

PRC/2017/1

DECISÃO

VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL

PESSOAS VISADAS

SCC – SOCIEDADE CENTRAL DE CERVEJAS E BEBIDAS, S.A. [ADMINISTRADOR SCC]

MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A. [DIRETOR MCH]

PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, S.A.

AUCHAN RETAIL PORTUGAL, S.A.

ITMP ALIMENTAR, S.A.

ÍNDICE

I DO PROCESSO.....	12
I.1 Notícia da infração.....	12
I.2 Abertura de inquérito, extração de certidão do PRC/2016/4 e alargamento do âmbito subjetivo do processo.....	12
I.3 Segredo de justiça.....	14
I.4 Registo do processo na rede europeia da concorrência	15
I.5 Diligências probatórias	15
I.5.1 Diligências de busca, exame, recolha e apreensão.....	15
I.5.2 Pedidos de elementos de informação e de documentação	16
I.6 Desentranhamento e restituição de documentos à SCC	17
I.7 Pedidos de identificação de informação confidencial.....	17
I.7.1 Utilização de informação confidencial como meio de prova	20
I.8 Decisão de Inquérito – Nota de Illicitude	21
I.9 Acesso das pessoas visadas ao processo	24
I.10 Pronúncias escritas sobre a Nota de Illicitude	30
I.11 Diligências Complementares de Prova	30
I.12 Prorrogação do prazo de Instrução	32
II DAS QUESTÕES PRÉVIAS	33
II.1 Da nulidade da Nota de Illicitude derivada da alegada proibição de prova	34
II.1.1 Posição das visadas MCH e ITMP	34
II.1.2 Posição da Autoridade	35
II.2 Da nulidade da prova derivada da alegada violação do direito à privacidade	45
II.2.1 Posição da visada MCH	45
II.2.2 Posição da Autoridade	47

II.3	Da nulidade da prova derivada da alegada nulidade da prova recolhida por ausência do despacho do Juiz de Instrução Criminal	50
II.3.1	Posição da visada MCH	50
II.3.2	Posição da Autoridade	51
II.4	Da alegada invalidade do levantamento da suspensão do prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude.....	53
II.4.1	Posição da visada Pingo Doce.....	53
II.4.2	Posição da visada SCC	53
II.4.3	Posição da Autoridade	54
II.5	Da alegada nulidade derivada da recolha de prova fora dos presentes autos	57
II.5.1	Posição da visada Pingo Doce.....	57
II.5.2	Posição da Autoridade	57
II.6	Da alegada nulidade das buscas e apreensões no PRC/2016/4 – A nulidade arguida no PRC/2016/4 e subsidiariamente no processo	61
II.6.1	Posição da visada Pingo Doce.....	61
II.6.2	Posição da Autoridade	62
II.7	Da alegada nulidade das buscas e apreensões no PRC/2016/4 – A nulidade da prova adquirida no PRC/2016/4 em função da sua génese e a ausência de indícios de práticas anticoncorrenciais envolvendo empresas retalhistas.....	62
II.7.1	Posição da visada Pingo Doce.....	62
II.7.2	Posição da Autoridade	64
II.8	Da alegada inadmissibilidade da prova extraída do PRC/2017/13.....	69
II.8.1	Posição da visada Pingo Doce.....	69
II.8.2	Posição da Autoridade	70
II.9	Da nulidade da Nota de Ilícitude derivada do tratamento de confidencialidades	77
II.9.1	Posição da visada Pingo Doce.....	77
II.9.2	Posição da Autoridade	79

II.10 Do desentranhamento de prova potencialmente exculpatória	86
II.10.1 Posição da visada Pingo Doce.....	86
II.10.2 Posição da Autoridade	86
II.11 Da nulidade da Nota de Ilícitude derivada da sua alegada insuficiente determinação	
90	
II.11.1 Posição da visada Pingo Doce.....	90
II.11.2 Posição da Autoridade	91
II.12 Da alegada invalidade da notificação da Nota de Ilícitude	99
II.12.1 Posição da visada Auchan.....	99
II.12.2 Posição da Autoridade	99
II.13 Da alegada nulidade por falta de fundamentação da Nota de Ilícitude	101
II.13.1 Posição da visada Auchan	101
II.13.2 Posição da Autoridade	102
II.14 Da alegada nulidade por violação do princípio da legalidade e da justiça efetiva ou erro sobre os pressupostos no que respeita à imputação da Auchan.....	108
II.14.1 Posição da visada Auchan.....	108
II.14.2 Posição da Autoridade	109
II.15 Da alegada prescrição do procedimento contraordenacional quanto às infrações praticadas entre 2007 e 2012	112
II.15.1 Posição da visada Auchan	112
II.15.2 Posição da Autoridade	112
II.16 Da alegada nulidade das inquirições derivada da falta de notificação de todas as pessoas visadas para comparecer	115
II.16.1 Posição das pessoas visadas SCC, [Administrador SCC] e Pingo Doce.....	115
II.16.2 Posição da Autoridade	116
III DOS FACTOS.....	119
III.1 Identificação e caracterização das pessoas visadas	119

III.1.1 SCC	119
III.1.1.1 [Administrador SCC]	121
III.1.2 MCH	121
III.1.2.1 [Director MCH]	122
III.1.3 Pingo Doce	122
III.1.4 Auchan.....	124
III.1.5 ITMP	125
III.2 Identificação e caraterização dos mercados	128
III.2.1 Dimensão do Produto	128
III.2.1.1 Produção, comercialização e distribuição do(s) produto(s)	128
III.2.1.1.1 Cervejas	128
III.2.1.1.2 Águas lisas sem sabor	129
III.2.1.1.3 Águas com gás sem sabor	129
III.2.1.1.4 Refrigerantes com gás	130
III.2.1.1.5 Sidras.....	130
III.2.1.2 Escoamento do(s) produto(s).....	131
III.2.2 Dimensão geográfica	132
III.2.3 Conclusão quanto aos mercados	134
III.2.4 Posição das empresas Visadas nos mercados identificados.....	135
III.2.4.1 SCC.....	135
III.2.4.1.1 Representatividade das empresas de distribuição visadas na faturação da SCC.....	137
III.2.4.2 Empresas de distribuição visadas.....	138
III.2.4.2.1 Posição relativa dos produtos da SCC no mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal.....	141
III.2.5 <i>Pronúncia das Visadas</i>	145
III.2.6 <i>Apreciação da Autoridade</i>	148
III.3 Comportamentos.....	154

III.3.1	Alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor	155
III.3.1.1.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	156
III.3.1.1.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	159
III.3.1.2	Definição dos PVP	177
III.3.1.2.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	198
III.3.1.2.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	202
III.3.1.3	Controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado	212
III.3.1.3.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	218
III.3.1.3.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	220
III.3.1.4	Correção de desvios	226
III.3.1.4.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	238
III.3.1.4.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	239
III.3.1.5	Formas de pressão, coação ou retaliação	246
III.3.1.5.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	255
III.3.1.5.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	257
III.3.2	Meios, forma e organização	261
III.3.2.1.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	264
III.3.2.1.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	265
III.3.3	Envolvimento das pessoas visadas.....	271
III.3.3.1	SCC	272
III.3.3.1.1	<i>Pronúncia da Visada</i>	274
III.3.3.1.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	275
III.3.3.2	[Administrador SCC]	281
III.3.3.2.1	<i>Pronúncia de [Administrador SCC]</i>	283
III.3.3.2.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	283
III.3.3.3	Pingo Doce	287
III.3.3.3.1	<i>Pronúncia da Visada</i>	288
III.3.3.3.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	291
III.3.3.4	MCH	306

III.3.3.4.1 <i>Pronúncia da Visada</i>	308
III.3.3.4.2 <i>Apreciação da Autoridade</i>	308
III.3.3.5 [Diretor MCH].....	313
III.3.3.5.1 <i>Pronúncia de [Diretor MCH]</i>	314
III.3.3.5.2 <i>Apreciação da Autoridade</i>	315
III.3.3.6 ITMP	318
III.3.3.6.1 <i>Pronúncia da Visada</i>	320
III.3.3.6.2 <i>Apreciação da Autoridade</i>	322
III.3.3.7 Auchan	329
III.3.3.7.1 <i>Pronúncia da Visada</i>	330
III.3.3.7.2 <i>Apreciação da Autoridade</i>	335
III.3.4 Conclusões da Autoridade sobre a matéria de facto	352
IV DO DIREITO	362
IV.1 Apreciação jurídica e económica dos comportamentos	362
IV.1.1 Regime jurídico da concorrência aplicável	362
IV.1.1.1 Regime substantivo	363
IV.1.1.2 Regime processual	364
IV.1.2 Mercado relevante	364
IV.1.2.1.1 Mercado relevante do produto ou serviço	365
IV.1.2.1.2 Mercados relevantes identificados.....	366
IV.1.2.1.3 Mercado geográfico relevante	366
IV.1.2.1.4 Mercado geográfico relevante identificado	367
IV.1.2.1.5 <i>Pronúncia das Visadas</i>	367
IV.1.2.1.6 <i>Apreciação da Autoridade</i>	367
IV.1.3 Tipo objetivo da infração	369
IV.1.3.1 Existência de um concurso de vontades.....	371
IV.1.3.1.1 <i>Pronúncia das Visadas</i>	376
IV.1.3.1.2 <i>Apreciação da Autoridade</i>	377
IV.1.3.2 Qualidade de empresa	383

IV.1.3.3	Objeto restritivo da concorrência	385
IV.1.3.3.1	Prática de fixação indireta de preços (“hub and spoke”)	392
IV.1.3.3.2	<i>Pronúncia das Visadas</i>	413
IV.1.3.3.3	<i>Apreciação da Autoridade</i>	416
IV.1.3.4	Caráter sensível da restrição da concorrência	426
IV.1.3.4.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	429
IV.1.3.4.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	430
IV.1.3.5	Restrição da concorrência na totalidade do mercado nacional	433
IV.1.3.5.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	434
IV.1.3.5.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	434
IV.1.3.6	Afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia .	437
IV.1.3.6.1	O conceito de comércio entre os Estados-Membros	439
IV.1.3.6.2	A noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros	441
IV.1.3.6.3	O conceito de caráter sensível	441
IV.1.3.6.4	Afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia no caso concreto	445
IV.1.3.6.5	<i>Pronúncia das Visadas</i>	448
IV.1.3.6.6	<i>Apreciação da Autoridade</i>	448
IV.1.3.7	Conclusão da Autoridade sobre o tipo objetivo da infração.....	454
IV.1.4	Tipo subjetivo da infração	455
IV.1.4.1	<i>Ilicitude</i>	461
IV.1.4.2	Culpa	463
IV.1.4.3	Punibilidade	465
IV.1.4.4	<i>Pronúncia das Visadas</i>	465
IV.1.4.5	<i>Apreciação da Autoridade</i>	466
IV.1.5	Da imputação da infração às pessoas singulares visadas.....	471
IV.1.5.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	471
IV.1.5.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	472

IV.1.6	Execução temporal e natureza permanente da infração	473
IV.2	Determinação das sanções	477
IV.2.1	Prevenção geral e prevenção especial.....	477
IV.2.2	Medida legal e determinação concreta das coimas aplicáveis	478
IV.2.2.1	Medida legal das coimas aplicáveis	478
IV.2.2.2	Critérios para a determinação concreta das coimas	480
IV.2.2.2.1	A gravidade da infração.....	482
IV.2.2.2.2	A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração	485
IV.2.2.2.3	A duração da infração	487
IV.2.2.2.4	O grau de participação das pessoas visadas na infração	487
IV.2.2.2.5	As vantagens de que as pessoas visadas hajam beneficiado em consequência da infração.....	491
IV.2.2.2.6	O comportamento das pessoas visadas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência.....	493
IV.2.2.2.7	A situação económica das pessoas visadas.....	493
IV.2.2.2.8	Os antecedentes contraordenacionais das pessoas visadas	493
IV.2.2.2.9	A colaboração prestada à Autoridade, até ao termo do procedimento administrativo.....	494
IV.2.3	Pronúncia das Visadas	495
IV.2.4	Apreciação da Autoridade.....	496
IV.2.5	Conclusão	500
IV.2.6	Sanções acessórias aplicáveis	501
V	CONCLUSÃO	502
VI	DECISÃO	504

PRC/2017/1

DECISÃO

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

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

Considerando o disposto na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“LdC” ou “Lei n.º 19/2012”) e nas regras de concorrência do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”)¹;

Considerando os autos do processo de contraordenação registado sob a referência interna PRC/2017/1 (“PRC/2017/1” ou “processo”), em que são pessoas visadas:

- A. SCC – SOCIEDADE CENTRAL DE CERVEJAS E BEBIDAS, S.A.**, com o número de pessoa coletiva 511147236 e sede em Estrada da Alfarrobeira, n.º 51, 2625-244 Vialonga, Vila Franca de Xira (“SCC”);
- B. MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A.**, com o número de pessoa coletiva 502011475 e sede na Rua João Mendonça, n.º 505, 4464-503 Senhora da Hora, Matosinhos (“MCH”);
- C. PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, S.A.**, com o número de pessoa coletiva 500829993 e sede na Rua Actor António Silva, n.º 7, 1649-033 Lisboa (“Pingo Doce”);
- D. AUCHAN RETAIL PORTUGAL, S.A.**, com o número de pessoa coletiva 502607920 e sede na Estrada de Paço de Arcos, n.º 48-A, 2770-129 Paço de Arcos (“Auchan”)²;
- E. ITMP ALIMENTAR, S.A.**, com o número de pessoa coletiva 503882003 e sede no Lugar do Marrujo – Bugalhos, 2384-004 Bugalhos, Santarém (“ITMP”);
- F. [ADMINISTRADOR SCC]**, com o número de identificação fiscal **[Confidencial – dados pessoais]** e domicílio profissional em Estrada da Alfarrobeira, n.º 51, 2625-244 Vialonga, Vila Franca de Xira (“[Administrador SCC]”); e

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

² Na data de abertura de inquérito no processo, a designação comercial da Auchan Retail Portugal, S.A. era Auchan Portugal – Hipermercados, S.A..

G. [DIRETOR MCH], com o número de identificação fiscal **[Confidencial – dados pessoais]** e domicílio em **[Confidencial – dados pessoais]** Lisboa (“[Diretor MCH]”);

Considerando a Nota de Ilicitude deduzida no processo, por decisão do conselho de administração da AdC, de 21 de março de 2019, bem como as pronúncias escritas sobre a Nota de Ilicitude submetidas à AdC pelas visadas, complementadas 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 direito³:

³ Doravante, as visadas MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP serão designadas por “empresas de distribuição visadas” quando mencionadas conjuntamente entre si, por “empresas visadas” quando mencionadas em conjunto com a SCC, e por “visadas” ou “pessoas visadas” quando mencionadas em conjunto com a SCC e com as pessoas singulares [Administrador SCC] e [Diretor MCH]. Quanto à visada ITMP, embora constitua uma sociedade de a provisãoamento, é abrangida pela designação “empresas de distribuição visadas” dada a semelhança do papel que desempenha face às restantes empresas de distribuição visadas, conforme melhor explicado no capítulo III.3.3.6.2 da presente Decisão.

I DO PROCESSO

I.1 Notícia da infração

1. O processo teve origem em diligências de investigação realizadas no âmbito do processo contraordenacional que correu termos na Autoridade sob a referência interna 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”) (PRC/2016/4)⁴.
2. Nas diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas no PRC/2016/4 entre os dias 25 de janeiro e 3 de fevereiro de 2017 surgiram, para além de indícios relativos ao envolvimento da empresa ali visada em práticas restritivas da concorrência, fortes indícios do envolvimento de outras empresas ativas no mercado da distribuição retalhista de base alimentar e no mercado da produção, fornecimento e comercialização de outros produtos alimentares e não alimentares em práticas anticoncorrenciais 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 do processo

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 decidido, oficiosamente, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º e do n.º 1 do artigo 17.º da LdC, proceder à abertura, em 21 de março de 2017, de

⁴ Em julho de 2019, a Autoridade condenou a Super Bock, um administrador e um diretor da empresa por fixação de preços mínimos e outras condições de transação aplicáveis à revenda dos seus produtos a hotéis, restaurantes e cafés (canal HORECA), durante mais de dez anos (2006-2017).

inquérito no âmbito do presente processo contra as empresas SCC, MCH, Pingo Doce, Auchan, ITMP, Modelo Continente, SGPS, S.A.⁵, Sonae MC, SGPS, S.A.⁶, Jerónimo Martins – SGPS, S.A. e Auchan Portugal – Investimentos (SGPS), S.A. (fls. 2 a 6 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 contraordenacionais, não existindo nenhuma relação de causa-efeito entre as práticas investigadas em cada um deles⁷.
7. Neste sentido, a AdC decidiu proceder 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. Termo de Extração de Certidão constante de fls. 182 a 215 do processo).
8. No decurso do inquérito, as diligências de investigação levaram a concluir pelo envolvimento do ITMP no eventual ilícito em causa, passando a assumir a qualidade de empresa de distribuição visada (cf. decisão do conselho de administração da AdC de 17 de outubro de 2018, fls. 1972 do processo).
9. As diligências de investigação levaram a concluir também pelo envolvimento de [Administrador SCC] (da SCC) e de [Diretor MCH] (da MCH), passando estes a assumir igualmente a qualidade de pessoas visadas (cf. decisão do conselho de administração da AdC de 17 de outubro de 2018, fls. 1972 do processo).
10. O ilícito investigado nos presentes autos diz respeito ao estabelecimento ou, pelo menos, à promoção de uma fixação ou alinhamento horizontal dos preços de venda ao público (“PVP”) de produtos da SCC 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.

⁵ Na data de abertura de inquérito no processo, a designação comercial da Modelo Continente, SGPS, S.A. era Sonae MC – Modelo Continente, SGPS, S.A..

⁶ Na data de abertura de inquérito no processo, a designação comercial da Sonae MC, SGPS, S.A. era Sonae Investimentos - SGPS, S.A..

⁷ Cf. artigo 36.º do RGCO e artigo 24.º do Código de Processo Penal, *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO.

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 19/2012⁸.
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 visadas.
13. Em 13 de agosto de 2018, a Visada MCH requereu a manutenção do segredo de justiça no presente processo “*mesmo após o termo da fase de inquérito*”, solicitando à Autoridade que “*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*” (fls. 892 a 908 do processo).
14. Como a própria MCH reconhece, “*a sujeição do processo contra-ordenacional a segredo de justiça é, nos termos do disposto no artigo 32.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, excepcional*”, cabendo à Autoridade, nos termos do n.º 4 do mesmo artigo, 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 decisão de inquérito adotada em 21 de março de 2019, 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 LdC, por considerar que deixavam de se verificar, na fase de instrução do processo, os fundamentos que determinaram a sua sujeição a segredo de justiça e que a adoção de uma Nota de Ilícitude não constituía qualquer juízo prévio e definitivo de condenação das visadas, não se vislumbrando interesses excepcionais para o desvio à regra da publicidade.

⁸ Cf. artigo 2.º da Decisão de Abertura de Inquérito, fls. 2 a 6 do processo.

I.4 Registo do processo na rede europeia da concorrência

16. Em 18 de janeiro de 2018, 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)⁹, a que correspondem os atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE, a Autoridade comunicou, por escrito, à Comissão Europeia, a instauração do processo, tendo esta informação sido disponibilizada às autoridades homólogas dos outros Estados-Membros.

I.5 Diligências probatórias

17. Tendo em vista o apuramento dos factos necessários à descoberta da verdade no âmbito do inquérito conduzido pela Autoridade, nos termos do n.º 2 do artigo 17 da LdC, foram realizadas 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 empresas que não eram visadas no referido processo em eventuais práticas restritivas da concorrência.
19. Com efeito, ainda no âmbito do PRC/2016/4, a Autoridade procedeu à realização de diligências de busca e apreensão num conjunto de empresas ativas no mercado da distribuição retalhista de base alimentar, que não eram visadas no referido processo.
20. Desse modo, a Autoridade realizou diligências de busca:
 - i) Em instalações da MCH, entre os dias 7 de fevereiro e 3 de março de 2017 (fls. 217 a 452 do processo);
 - ii) Em instalações da Pingo Doce e da Jerónimo Martins, entre os dias 7 e 27 de fevereiro de 2017 (fls. 453 a 553 do processo); e
 - iii) Em instalações da Auchan, entre os dias 16 de fevereiro e 3 de março de 2017 (fls. 556 a 662 do processo).

⁹ Publicado no JO de 4 de janeiro de 2003, L 1/1.

21. 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 SCC, nos termos e para os efeitos dos n.^{os} 2 e 3 do artigo 18.^º da Lei 19/2012 (fls. 9 a 28 do processo), tendo o respetivo mandado sido emitido na sequência de despacho da secção de turno do Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa (DIAP de Lisboa) de 28 de março de 2017 (fls. 29 a 38 do processo).
22. A Autoridade realizou as referidas diligências de busca e apreensão nas instalações da SCC entre os dias 3 e 20 de abril de 2017 (fls. 49 a 116 do processo).

I.5.2 Pedidos de elementos de informação e de documentação

23. Adicionalmente, foram efetuados durante a fase de inquérito pedidos de elementos à SCC (fls. 665 a 671, 699 a 773, 976 a 980 e 1056 a 1172 do processo) e a [Administrador SCC] (fls. 1973 a 1976 e 1991 a 2002 do processo).
24. No uso das prerrogativas concedidas pelo n.^º 5 do artigo 31.^º da LdC, a AdC decidiu carrear para o presente processo informações e documentação fornecida pelas empresas de distribuição visadas no processo contraordenacional n.^º PRC/2017/13, extraindo para o efeito certidão de teor de fls. 2153 a 2187, 2204, 2252 a 2270, 2273 a 2303, 2305-A a 2305-L, 2455 a 2459, 2878 a 2888, 3157 a 3159, 3173 a 3242, 3315, 3317, 3319, 3321, 3387 a 3389, 3391, 3393, 3396 a 3401, 3478 a 3505, 3585, 4062, 4350 a 4352, 4358 a 4363, 4399 a 4436, 4441, 4444 a 4445, 4558 a 4560, 4561 a 4572, 4573 a 4577, 4578 a 4586, 4587 a 4591, 4910 a 4911, 5049 e 3 folhas correspondentes ao Termo de Extração, juntas ao presente processo a fls. 2280 a 2603.
25. Em 17 de julho de 2020, durante a fase de instrução, a AdC dirigiu um pedido de elementos às Visadas (fls. 5659 a 5688 do processo), tendo a respetiva resposta sido apresentada em 31 de julho de 2020 pelas Visadas ITMP, SCC e Pingo Doce (fls. 6013 a 6046, 6112 a 6115 e 6060 a 6097 do processo), em 3 de agosto de 2020 pela visada MCH (fls. 6097-A a 6097-AG do processo) e em 10 de agosto de 2020 pela Visada Auchan (fls. 6312 a 6342 do processo).
26. Em 20 de outubro de 2020, a AdC dirigiu ainda um pedido de elementos a [Administrador SCC], tendo a respetiva resposta sido apresentada em 23 de outubro de 2020, e corrigida em 26 de outubro de 2020 (fls. 6560 a 6565 do processo).

I.6 Desentranhamento e restituição de documentos à SCC

27. No dia 21 de março de 2018, a Autoridade considerou que 2133 (dois mil cento e trinta e três) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da SCC durante as diligências de busca e apreensão 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 (Auto de Desentranhamento, fls. 120 a 143 do processo).
28. Nessa medida, a Autoridade determinou o respetivo desentranhamento e consequente devolução à SCC, através da entrega de dispositivo de armazenamento externo com certificação digital, tendo os referidos ficheiros eletrónicos sido entregues em mão, por protocolo, nas instalações dos mandatários da SCC, em 23 de março de 2018 (fls. 144 a 169 do processo).
29. Na sequência do referido procedimento de desentranhamento, ficaram então a constar do processo 783 (setecentos e oitenta e três) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da SCC durante as diligências de busca.

I.7 Pedidos de identificação de informação confidencial

30. 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 a oportunidade de classificar as informações que consideram confidenciais.
31. 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.
32. Neste processo, foram efetuados, durante a fase de inquérito, os seguintes pedidos de identificação de informação confidencial:

i) À SCC:

- Em 23 de março de 2018¹⁰, conforme resulta do teor de fls. 170 a 176 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 663 a 664 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 2 de maio de 2018;
- E em 16 de maio de 2018, conforme resulta do teor de fls. 693 a 698 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 822 a 841 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 7 de junho de 2018;

ii) À Pingo Doce:

- Em 16 de maio de 2018¹¹, conforme resulta do teor de fls. 672 a 678 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 847 a 879 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 15 de junho de 2018;

iii) À MCH:

- Em 16 de maio de 2018¹², conforme resulta do teor de fls. 686 a 692 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 882 a 885 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 20 de junho de 2018;

iv) À Auchan:

- Em 16 de maio de 2018, conforme resulta do teor de fls. 679 a 685 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 813 a 818 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 4 de junho de 2018.

¹⁰ Em 10 de abril de 2018, a AdC recebeu da SCC um pedido de prorrogação de prazo para resposta ao pedido de identificação de informação confidencial, por mais 15 dias úteis, tendo o mesmo sido parcialmente deferido por mais 10 dias úteis, nos termos do ofício com a referência S-AdC/2018/811, de 11 de abril de 2018 (fls. 177 a 181 do processo).

¹¹ Em 28 de maio de 2018, a AdC recebeu da Jerónimo Martins e Pingo Doce um pedido de prorrogação de prazo para resposta ao pedido de identificação de informação confidencial, por mais 10 dias úteis, tendo o mesmo sido deferido, nos termos do ofício com a referência S-AdC/2018/1215, de 29 de maio de 2018 (fls. 786 a 787 e 791 do processo).

¹² Em 21 de maio de 2018, a AdC recebeu da MCH um pedido de prorrogação de prazo para resposta ao pedido de identificação de informação confidencial, por mais 10 dias úteis, tendo o mesmo sido deferido, nos termos do ofício com a referência S-AdC/2018/1188, de 28 de maio de 2018 (fls. 782 a 784 e 788 a 790 do processo).

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

i) À SCC:

- Em 10 de julho de 2020, conforme resulta do teor de fls. 5474 a 5477 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 5707 a 5719 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 24 de julho de 2020;
- Em 17 de julho de 2020, conforme resulta do teor de fls. 5683 a 5688 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 6042 a 6046 e fls. 6112 a 6115 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 31 de julho e 4 de agosto de 2020, respetivamente;
- Em 30 de julho de 2020, conforme resulta do teor de fls. 5987 a 5990 do processo, não tendo a visada apresentado qualquer resposta;
- E em 26 de agosto de 2020, conforme resulta do teor de fls. 6343 a 6346 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 6360 a 6362 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 16 de setembro de 2020;

ii) A [Administrador SCC]:

- Em 10 de julho de 2020, conforme resulta do teor de fls. 5474 a 5477 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 5707 a 5719 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 24 de julho de 2020;
- E em 30 de julho de 2020, conforme resulta do teor de fls. 5987 a 5990 do processo, não tendo [Administrador SCC] apresentado qualquer resposta;

iii) À MCH:

- Em 10 de julho de 2020, conforme resulta do teor de fls. 5463 a 5466 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 5720 a 5818 e 6047 a 6052 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 24 e 31 de julho, respetivamente;
- E em 17 de julho de 2020, conforme resulta do teor de fls. 5671 a 5676 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 6097-A a 6097-AG do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 3 de agosto de 2020;

iv) À Pingo Doce:

- Em 13 de julho de 2020, conforme resulta do teor de fls. 5652 a 5655 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 5836 a 5969 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 27 de julho de 2020;
- E em 17 de julho de 2020, conforme resulta do teor de fls. 5677 a 5682 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 6060 a 6097 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 31 de julho de 2020;

v) À Auchan:

- Em 10 de julho de 2020, conforme resulta do teor de fls. 5467 a 5470 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 5819 a 5826 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 27 de julho de 2020;
- Em 17 de julho de 2020, conforme resulta do teor de fls. 5659 a 5664 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 6312 a 6342 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 10 de agosto de 2020;
- E em 3 de agosto de 2020, conforme resulta do teor de fls. 6056 a 6059 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 6134 a 6256 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 17 de agosto de 2020;

vi) À ITMP:

Em 17 de julho de 2020, conforme resulta do teor de fls. 5665 a 5670 do processo, tendo a respetiva resposta, constante de fls. 6013 a 6041 do processo, dado entrada nos serviços da Autoridade em 31 de julho de 2020.

I.7.1 Utilização de informação confidencial como meio de prova

34. Para efeitos de imputação às visadas dos factos que constituem a infração, e como prova da mesma, a par de documentos não confidenciais, a Autoridade constatou a necessidade de utilizar informação contida em documentos integral ou parcialmente classificados como confidenciais pelas visadas SCC, MCH, Pingo Doce e Auchan, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da LdC.

35. Para o efeito a AdC adotou, em 16 de outubro de 2020, sentido provável da decisão de levantamento de confidencialidades, através da qual foi determinada a notificação das referidas Visadas, para se pronunciarem, no prazo de 10 (dez) dias úteis, sobre o conjunto de documentos que classificaram como confidenciais, possibilitando que cada uma apresentasse esclarecimentos adicionais quanto à natureza sigilosa da informação ou revisse a classificação inicialmente efetuada, previamente à sua utilização pela Autoridade como meio de prova para demonstração da infração¹³.
36. As Visadas pronunciaram-se em 2 de novembro de 2020.
37. Recebidas e analisadas as referidas pronúncias, a Autoridade, mediante a adoção e notificação às visadas de decisão final em 4 de dezembro de 2020¹⁴, confirmou a utilização dos documentos classificados como confidenciais para efeitos de imputação dos factos que constituem a infração às visadas e como prova da mesma, tendo esta decisão final sido notificada às visadas (fls. 6797 a 6820 do processo).
38. 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 do visado e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º da Lei n.º 19/2012 e da eventual impugnação judicial da decisão da Autoridade, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim, 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.

I.8 Decisão de Inquérito – Nota de Ilicitude

39. Por decisão adotada em 21 de março de 2019, o conselho de administração da AdC concluiu, com base no inquérito realizado, que existia uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória contra as visadas, decorrente da sua participação em comportamentos que consubstanciam uma fixação de preços por via

¹³ Cf. ofícios com a referência interna n.º S-AdC/2020/4788, S-AdC/2020/4791, S-AdC/2020/4792, S-AdC/2020/4793, S-AdC/2020/4794 e S-AdC/2020/4795.

¹⁴ Cf. ofícios com a referência interna n.º S-AdC/2020/5349, S-AdC/2020/5350, S-AdC/2020/5351, S-AdC/2020/5352, S-AdC/2020/5353 e S-AdC/2020/5359.

de uma prática concertada de “*hub and spoke*” tendente a estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal dos PVP dos produtos da SCC no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar, que constitui uma infração à alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da LdC, bem como à alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

40. Nesse pressuposto, o conselho de administração da AdC decidiu encerrar o inquérito e dar início à instrução do processo, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da LdC, através da adoção e notificação de uma Nota de Ilícitude, que aqui se dá por integralmente reproduzida (fls. 2691 a 2897 do processo).
41. O conselho de administração da AdC procedeu, assim, à imputação de uma infração ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da LdC e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE a cada uma das pessoas visadas, em regime de comparticipação (sob a forma de coautoria).
42. 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., Jerónimo Martins – SGPS, S.A. e Auchan Portugal – Investimentos (SGPS), S.A..
43. O encerramento do inquérito e o início da instrução, mediante a adoção de Nota de Ilícitude, foi regularmente notificado a todas as visadas, por ofícios expedidos pela AdC em 22 de março de 2019 (fls. 3008 a 3041 do processo)¹⁵.
44. Para efeitos do exercício dos direitos de audição e defesa das visadas, a AdC fixou o prazo de 30 (trinta) dias úteis, a contar da data de receção da Nota de Ilícitude para, querendo, se pronunciarem sobre o conteúdo da mesma, em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 25.º da LdC, e no artigo 50.º do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), aplicável *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da LdC.
45. Em 16 de abril de 2019, em resposta aos requerimentos apresentados pelas Visadas MCH, ITMP, Auchan e SCC, o prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude foi prorrogado pela AdC por um período adicional de 30 (trinta) dias úteis, com término a 27 de junho de 2019, aproveitando a todas as pessoas visadas, com o intuito de disponibilizar o tempo e os recursos necessários ao exercício pleno dos direitos de defesa (fls. 3153 a 3172 do processo).
46. Por despacho de 12 de maio de 2019, no seguimento do recurso interlocutório interposto pela Visada MCH quanto a decisão final sobre pedidos de proteção de

¹⁵ Também o arquivamento relativo às empresas identificadas lhes foi regularmente notificado por ofícios expedidos na mesma data.

confidencialidades, no âmbito do processo de contraordenação que corre termos na AdC sob a referência interna n.º PRC/2017/13 (“PRC/2017/13”), o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (“TCRS”) decidiu, primeiro, suspender a decisão da AdC e, depois, converter o efeito do recurso de impugnação judicial de suspensão da decisão impugnada em suspensão do PRC/2017/13 (fls. 3268 a 3297 do processo)¹⁶.

47. A suspensão do processo produziu efeitos a 16 de maio de 2019, data em que o despacho do TCRS foi notificado à AdC.
48. Como a AdC havia extraído certidão para o processo de respostas da MCH aos pedidos de elementos da AdC efetuados no âmbito do PRC/2017/13 e, quando aplicável, das respetivas versões não confidenciais com relevância, a AdC entendeu que a suspensão do PRC/2017/13, tal como decretada pelo TCRS, poderia impactar na tramitação do processo, na sequência da utilização de informação decorrente da referida extração de certidão.
49. Consequentemente, em 19 de junho de 2019, o conselho de administração da AdC suspendeu o prazo de pronúncia sobre o conteúdo da Nota de Ilicitude no processo, até trânsito em julgado da decisão ou até ser proferida decisão de alteração do efeito do recurso interposto no PRC/2017/13, retroagindo esta suspensão a 16 de maio de 2019.
50. Em 9 de dezembro de 2019, o Tribunal da Relação de Lisboa (“TRL”) veio alterar o efeito do recurso do processo n.º 228/18.7YUSTR-E, levantando o efeito suspensivo do PRC/2017/13.
51. Em virtude da alteração do efeito do recurso por parte do TRL, o conselho de administração da AdC, por decisão adotada em 20 de dezembro de 2019, levantou a suspensão do prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilicitude, considerando que o TRL havia alterado o efeito do recurso judicial interposto pela MCH, levantando o efeito suspensivo do processo contraordenacional n.º PRC/2017/13 (fls. 3321 a 3353 e 3388 a 3390 do processo).
52. Finalmente, por ofício notificado às visadas em 10 de janeiro de 2020, a AdC veio esclarecer que o prazo de pronúncia sobre a Nota de ilicitude havia recomeçado a correr a partir do dia 8 de janeiro de 2020, data em que ocorreu a última notificação da deliberação do conselho de administração da AdC de 20 de dezembro de 2019, tendo, desta forma terminado no dia 17 de fevereiro de 2020 (fls. 3398 a 3417 do processo).

¹⁶ Cf. Proc n.º 228/18.7YUSTR-G.

I.9 Acesso das pessoas visadas ao processo

53. Conforme acima referido, na decisão de inquérito adotada em 21 de março de 2019, o conselho de administração da AdC determinou o levantamento do segredo de justiça no processo.
54. Desde a adoção da Nota de Ilicitude foram efetuados os seguintes pedidos de acesso ao processo:
 - i) Pela SCC:
 - Em 25 de março de 2019, requereu, com caráter de urgência, consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC e cópia da versão não confidencial do mesmo, pedido deferido pela Autoridade em 26 de março de 2019 (cf., respetivamente, fls. 3048 a 3049, 3059 a 3060 e 3071 a 3074 do processo);
 - O levantamento de cópias e a consulta presencial, ambos em suporte digital, ocorreram em 27 de março e 5 de abril de 2019 (fls. 3108 a 3109 e 3131 a 3133 do processo);
 - Em 17 de janeiro de 2020, requereu cópia da versão não confidencial das fls. 3041 e ss. do processo, pedido deferido pela AdC em 20 de janeiro de 2020 (fls. 3429 a 3433 do processo);
 - O levantamento de cópias em suporte digital ocorreu em 22 de janeiro de 2020 (fls. 3435 a 3438 do processo);
 - Em 17 de junho de 2020, requereu cópia das fls. 3426 e ss. do processo, na sua versão não confidencial, pedido deferido pela AdC em 23 de junho de 2020, com a ressalva de que a preparação desta versão ainda se encontrava em curso e de que à Requerente seria comunicado o momento em que esta seria disponibilizada (cf., respetivamente, fls. 4958 a 4960 e 5005 a 5007 do processo);
 - Em 27 de julho de 2020, reiterou, em sede de reclamação para o conselho de administração da Autoridade, o seu pedido (fls. 5827 a 5832 do processo);
 - A AdC apresentou a sua resposta em 29 de julho de 2020, apontando que, não obstante a referida cópia não ter sido disponibilizada, a Requerente poderia, a todo o tempo, ter consultado a versão confidencial (ou seja, a versão integral, com toda a documentação) do processo nas instalações da

Autoridade, reunindo, assim, todas as condições para o exercício efetivo dos seus direitos de defesa (fls. 5980 a 5983 do processo);

- Em 4 de agosto de 2020, requereu, através de nova reclamação para o conselho de administração da Autoridade, a entrega de cópia da versão não confidencial do processo e, a título subsidiário, a consulta da sua versão confidencial nas instalações da AdC (fls. 6107 a 6111 do processo);
- Em 7 de agosto de 2020, a AdC deferiu o pedido de consulta, informando que a consulta poderia realizar-se a partir de 10 de agosto de 2020, ressalvando que a versão não confidencial se encontrava a ser ultimada e de que à Visada seria comunicado o momento da sua efetiva disponibilização (fls. 6108 a 6110 do processo);
- A consulta presencial em suporte digital ocorreu em 12 de agosto de 2020 (fls. 6119 a 6121 do processo);
- Em 6 de novembro de 2020, a Visada reiterou o seu pedido de cópia da versão não confidencial do processo (fls. 6763 e 6764 do processo);
- Em 11 de novembro de 2020, a AdC informou a Visada de que o acesso ao processo poderia ser efetivado (cf. fls. 6769 a 6771 do processo), tendo em 12 de novembro enviado à Visada a referida cópia simples em suporte digital através de *link*;

ii) Pela MCH:

- Em 27 de março de 2019, requereu cópia da versão não confidencial do processo, pedido deferido pela AdC em 28 de março de 2019 (cf., respetivamente, fls. 3081 a 3082 e 3092 a 3094 do processo);
- O levantamento de cópias em suporte digital ocorreu em 29 de março de 2019 (fls. 3105 a 3106 do processo);
- Em 22 de maio de 2019, requereu consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC, pedido deferido na mesma data (cf., respetivamente, fls. 3191 a 3192 e 3198 a 3200 do processo);
- A consulta presencial em suporte digital ocorreu em 28 de maio de 2019 (fls. 3193 a 3194 e 3197 do processo);

- Em 18 de novembro de 2019, requereu cópia da versão não confidencial do processo, a partir das fls. 3041 (exclusive) e ss., pedido deferido pela Autoridade em 2 de dezembro de 2019 (fls. 3311 a 3315 do processo);
- O levantamento de cópias em suporte digital ocorreu em 6 de dezembro de 2019 (fls. 3316 a 3318 do processo);
- Em 16 de setembro de 2020, requereu cópia da versão não confidencial da prova digital que consta do processo, pedido deferido pela Autoridade em 28 de setembro de 2020, nos termos do qual se disponibilizou a referida cópia em suporte digital através de *link* (cf., respetivamente, fls. 6359 e 6369 a 6371 do processo);

iii) Pela Pingo Doce:

- Em 1 de abril de 2019, requereu, com caráter de urgência, consulta da versão confidencial do processo e cópia da versão não confidencial, pedido deferido pela AdC em 2 de abril de 2020 (cf., respetivamente, fls. 3118 a 3123 e 3124 a 3126 do processo);
- O levantamento de cópias ocorreu em 3 de abril de 2019 (fl. 3127 do processo) e a consulta presencial em 15, 16 e 22 de abril e em 9 e 23 de maio de 2019 (fls. 3086 a 3097, 3151 a 3152, 3175 a 3176, 3184 a 3190 e 3196 do processo), ambos em suporte digital;
- Em 20 de dezembro de 2019, requereu, com caráter de urgência, consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC, bem como a obtenção de cópia do mesmo a partir das fls. 3042 e ss. e ainda, cópia dos documentos vertidos nas fls. 1 a 3041 que, entretanto, tivessem sido disponibilizados nas suas versões não confidenciais (fls. 3319 a 3320 do processo), pedido deferido pela AdC em 3 de janeiro de 2020 (fls. 3391 a 3394 do processo);
- O levantamento de cópias em suporte digital ocorreu em 6 de janeiro de 2020 (fls. 3395 a 3397 do processo);
- A consulta presencial não chegou a realizar-se;
- Em 9 de junho de 2020, requereu consulta da versão não confidencial do processo nas instalações da AdC, cópia da versão não confidencial das fls. 3388 e ss., bem como cópia dos documentos vertidos nas fls. 1 a 3387 que

desde o último pedido da Requerente tivessem sido disponibilizados nas suas versões não confidenciais (fls. 5103 a 5105 do processo);

- O pedido foi deferido pela AdC em 29 de junho de 2020, com a ressalva de que a versão não confidencial se encontrava ainda em preparação e de que a Requerente seria informada da sua conclusão, confirmando que a consulta presencial poderia realizar-se a partir de 6 de julho de 2020 (fls. 5106 a 5108 do processo);
- A Requerente não agendou qualquer consulta presencial do processo;
- Em 6 de agosto de 2020, requereu a efetivação da consulta da versão não confidencial do processo nas instalações da AdC, bem como cópia da versão não confidencial do processo (fls. 6116 a 6118 do processo);
- Em 10 de agosto de 2020, a Autoridade deferiu, uma vez mais, o pedido de consulta ao processo, o qual não chegara a realizar-se nem tão-pouco a ser agendada, não obstante a referida consulta poder já ser realizada desde 6 de julho de 2020;
- Relativamente ao pedido de obtenção de cópia, a AdC reiterou que a versão não confidencial encontrava-se ainda em preparação e que a Requerente seria oportunamente informada da sua conclusão (fls. 6127 a 6130 do processo);
- A Requerente tornou a não agendar qualquer consulta ao processo;
- Em 21 de outubro de 2020, a Visada requereu, a título principal, a efetivação do seu acesso ao processo e, a título subsidiário, a consulta das versões não confidenciais das pronúncias escritas à Nota de Ilícitude das demais Visadas que lhe fosse possível consultar (fls. 6566 a 6568 do processo);
- Em 11 de novembro de 2020, a AdC informou a Visada de que o acesso ao processo poderia ser efetivado (cf. fls. 6772 a 6774 do processo), tendo em 12 de novembro enviado à Visada a referida cópia simples em suporte digital através de *link* (cf. fls. 6779 a 6780 do processo);

iv) Pela Auchan:

- Em 25 de março de 2019, requereu consulta da versão confidencial do processo e cópia da versão não confidencial do mesmo, com caráter de

urgência, pedido deferido pela AdC em 26 de março de 2019 (cf., respetivamente, fls. 3042 e 3061 a 3065 do processo);

- A consulta presencial e o levantamento de cópias, ambos em suporte digital, ocorreram em 27 de março e em 3 de junho de 2019 (fls. 3083 a 3085, 3088 a 3091, 3113 a 3115 e 3201 a 3202 do processo);
- Em 31 de maio de 2019, requereu cópia da versão confidencial e da versão não confidencial do processo (fls. 3200-A a 3200-B do processo). Em 4 de junho de 2019, a AdC deferiu apenas o pedido relativo à versão não confidencial, informando a Requerente da possibilidade de consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC (fls. 3204 a 3206 do processo);
- A consulta presencial e o levantamento de cópias, ambos em suporte digital, ocorreram, respetivamente, entre 3 e 6 de junho e em 5 e 14 de junho de 2019 (cf. fls. 3201 a 3203, 3207, 3208, 3209, 3249 a 3250 do processo);
- Em 3 de março de 2020, requereu consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC, pedido deferido pela Autoridade na mesma data (fls. 4715 a 4719 do processo);
- A consulta presencial ocorreu em 12 e 13 de março de 2020 (fls. 4720 a 4724 do processo);

v) Pela ITMP:

- Em 25 de março de 2019, requereu consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC, bem como cópia da versão não confidencial do mesmo, pedido deferido pela AdC em 26 de março de 2019 (cf., respetivamente, fls. 3043 a 3044 e 3066 a 3070 do processo);
- A consulta presencial e o levantamento de cópias, ambos em suporte digital, ocorreram em 27 de março de 2019 (fls. 3110 a 3112 e 3116 a 3117 do processo);
- Em 27 de março de 2019, requereu consulta à “conversação 7”, invocando o facto de este elemento não constar das cópias fornecidas nem da versão não confidencial do processo consultada, pedido respondido pela Autoridade em 28 de março de 2019 (cf., respetivamente, fls. 3078 a 3080 e 3094-A e 3094-B do processo);

vi) Por [Administrador SCC]:

- Em 27 de julho de 2020, requereu, em sede de reclamação para o conselho de administração da Autoridade, cópia da versão não confidencial do processo (fls. 5827 a 5832 do processo). Em 29 de julho de 2020, a AdC apresentou a sua resposta apontando que, não obstante a referida cópia não ter sido disponibilizada, o Requerente poderia, a todo o tempo, ter consultado a versão confidencial do processo nas instalações da Autoridade reunindo, deste modo, todas as condições para o exercício efetivo dos seus direitos de defesa (fls. 5980 a 5983 do processo);
- Em 4 de agosto de 2020, requereu, por via de nova reclamação para o conselho de administração da Autoridade, cópia da versão não confidencial do processo e, a título subsidiário, a consulta do mesmo nas instalações da AdC (fls. 6107 a 6111 do processo). Em 7 de agosto de 2020 a AdC deferiu o pedido de consulta, informando que a mesma poderia realizar-se a partir de 10 de agosto de 2020. Ressalvou, ainda, que a versão não confidencial encontrava-se a ser ultimada e que ao Requerente seria comunicado o momento da sua efetiva disponibilização (fls. 6108 a 6110 do processo);
- A consulta presencial em suporte digital ocorreu em 21 de agosto de 2020 (fls. 6309 a 6311 do processo);
- Em 6 de novembro de 2020, a Visada SCC reiterou o seu pedido de cópia da versão não confidencial do processo (fls. 6763 e 6764 do processo). Em 11 de novembro de 2020, a AdC informou a Visada, representada pelos mesmos mandatários que o Requerente, de que o acesso ao processo poderia ser efetivado (cf. fls. 6769 a 6771 do processo), tendo em 12 de novembro enviado à Visada a referida cópia simples em suporte digital através de *link*;

vii) Por [Diretor MCH]:

- Em 10 de abril de 2019, requereu cópia da versão não confidencial do processo, pedido deferido pela AdC na mesma data (cf., respectivamente, fls. 3136 a 3137 e 3142 a 3144 do processo);
- O levantamento de cópias em suporte digital ocorreu em 16 de abril de 2019 (fls. 3173 a 3174 do processo).

I.10 Pronúnícias escritas sobre a Nota de Illicitude

55. Em 17 e 18 de fevereiro de 2020, as pessoas visadas [Diretor MCH]¹⁷, ITMP¹⁸, Pingo Doce¹⁹, SCC (em conjunto com [Administrador SCC])²⁰, MCH²¹ e Auchan²² apresentaram as suas pronúnícias escritas sobre a Nota de Illicitude (“PNI”), que aqui se dão por integralmente reproduzidas e às quais a AdC se referirá doravante na presente Decisão, conjuntamente, por “Pronúncia das Visadas”.
56. Para além de contestarem a matéria de facto que lhes é imputada na Nota de Illicitude 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 2007 e 2012 (sobre as quais a AdC se pronunciará no capítulo II da presente Decisão).

I.11 Diligências Complementares de Prova

57. Nos termos do disposto do n.º 1 do artigo 25.º da LdC, as Visadas ITMP, MCH e Auchan requereram a realização de diligências complementares de prova com a PNI.
58. A Visada ITMP requereu a inquirição de três testemunhas; a Visada MCH requereu a inquirição de duas testemunhas; a Visada Auchan requereu a inquirição de duas testemunhas e a realização de um estudo e análise aprofundada sobre o funcionamento e estrutura do mercado de retalho alimentar em Portugal (“Estudo”).
59. Nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 25.º da LdC, a AdC realizou todas as diligências complementares de prova requeridas pelas visadas, com exceção da inquirição das duas testemunhas indicadas pela MCH e da realização do Estudo solicitado pela Auchan.

¹⁷ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/850, fls. 3457 a 3470 do processo (doravante individualmente designada “PNI [Diretor MCH]”).

¹⁸ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/868, fls. 3471 a 3794 do processo (doravante individualmente designada “PNI ITMP”).

¹⁹ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/869, fls. 3795 a 4138 do processo (doravante individualmente designada “PNI Pingo Doce”).

²⁰ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/875, fls. 4140 a 4182 do processo (doravante individualmente designada “PNI SCC”).

²¹ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/896, fls. 4183 a 4288 do processo (doravante individualmente designada “PNI MCH”).

²² Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/934, fls. 4289 a 4460 do processo (doravante individualmente designada “PNI Auchan”).

60. A inquirição das duas testemunhas indicadas pela Auchan ([CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] e [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]) ocorreu no dia 22 de junho de 2020, tendo o mandatário da Auchan estado presente, acompanhado a totalidade das diligências e solicitado às testemunhas os esclarecimentos que entendeu convenientes (cf. fls. 4979 a 4982 e 4992 a 4993 do processo).
61. A inquirição das três testemunhas indicadas pela ITMP ([CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] e [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]) ocorreu nos dias 24 e 25 de junho de 2020, tendo os mandatários da ITMP estado presentes, acompanhado a totalidade das diligências e solicitado às testemunhas os esclarecimentos que entenderam convenientes (cf. fls. 5009 a 5017, 5048 a 5053, 5073 a 5075 e 5079 a 5082 do processo).
62. A não inquirição das duas testemunhas indicadas pela MCH ficou a dever-se ao facto da Visada ter desistido das diligências complementares de prova requeridas em momento prévio à sua realização, tendo solicitado à AdC que desconvocasse as testemunhas²³ (cf. fls. 4973 a 4974, 4976 a 4978, 5091 a 5099, 5116 a 5121, 5122 a 5125 e 5126 a 5132 do processo).
63. A não realização do Estudo solicitado pela Auchan ficou a dever-se ao facto de a AdC ter considerado, por decisão devidamente fundamentada e notificada à Visada, tendo sido previamente dada à Visada a oportunidade de se pronunciar sobre o sentido provável de decisão da Autoridade, que no contexto do presente processo e em face dos elementos constantes dos autos (que já incluem uma análise dessa natureza) e das demais diligências complementares de prova a realizar na fase de instrução, o Estudo se reveste de um caráter manifestamente irrelevante e dilatório²⁴ (cf. fls. 4966 a 4970, 5133 a 5139 e 5178 a 5184 do processo).
64. Nos termos do n.º 8 do artigo 18.º da LdC, foi lavrado auto das diligências de inquirição realizadas.
65. Nos termos do n.º 5 do artigo 25.º da LdC, a AdC notificou todas as pessoas visadas pelo processo do relatório de diligências complementares de prova adotado, incluindo

²³ Cf. comunicações com as referências internas n.º E-AdC/2020/2951, de 16.06.2020, n.º S-AdC/2020/1964, de 17.06.2020, n.º E-AdC/2020/3254, de 25.06.2020, n.º S-AdC/2020/2130, de 26.06.2020, n.º E-AdC/2020/3445, de 01.07.2020, n.º S-AdC/2020/2189, de 01.07.2020 e n.º S-AdC/2020/2190 e n.º S-AdC/2020/2191, de 01.07.2020.

²⁴ Cf. comunicações com a referência interna n.º S-AdC/2020/1911, de 16.06.2020, n.º E-AdC/2020/3450, de 30.06.2020 e n.º S-AdC/2020/2757, de 07.07.2020.

os elementos probatórios juntos aos autos nesse contexto, fixando um prazo de 10 (dez) dias úteis para que, querendo, se pronunciassem²⁵.

66. Apresentaram pronúncia sobre o relatório de diligências complementares de prova as pessoas visadas ITMP²⁶, SCC e [Administrador SCC]²⁷, Pingo Doce²⁸, MCH²⁹ e Auchan³⁰.
67. A Autoridade não ordenou a realização oficiosa de diligências complementares de prova adicionais.

I.12 Prorrogação do prazo de Instrução

68. Em 19 de março de 2020, o conselho de administração da AdC decidiu prorrogar o prazo da fase de instrução do processo por 1 (um) ano adicional, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 29.º da LdC, considerando a suspensão do prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude entre 16 de maio de 2019 e 08 de janeiro de 2020, a necessidade de realizar diligências complementares de prova e o contexto relativo à pandemia do COVID-19 (fls. 4732 a 4733 do processo).
69. A referida prorrogação do prazo de instrução foi regularmente notificada a todas as pessoas visadas (fls. 4730 a 4753 do processo).
70. O prazo da fase de instrução termina, assim, em 21 de março de 2021.

²⁵ Cf. ofícios com a referência interna n.º S-AdC/2020/3114, S-AdC/2020/3115, S-AdC/2020/3116, S-AdC/2020/3117, S-AdC/2020/3118 e S-AdC/2020/3119, todos de 13.07.2020 (fls. 5478 a 5651 do processo).

²⁶ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/4212, de 15.07.2020 (fls. 5656 a 5658 do processo).

²⁷ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/4866, de 27.07.2020 (fls. 5827 a 5832 do processo).

²⁸ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/4893, de 27.07.2020 (fls. 5833 a 5835 do processo).

²⁹ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/4895, de 27.07.2020 (fls. 5970 a 5973 do processo).

³⁰ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/4920, de 28.07.2020 (fls. 5974 a 5979 do processo).

II DAS QUESTÕES PRÉVIAS

71. No presente capítulo, analisar-seão nulidades e irregularidades invocadas pelas Visadas SCC, MCH, Pingo Doce, Auchan, ITMP e por [Administrador SCC], umas em sede de pronúncia à Nota de Ilicitude, outras invocadas em requerimentos avulsos constantes dos autos.
72. Em sede de pronúncia à Nota de Ilicitude, algumas Visadas qualificaram as nulidades por si invocadas como “Questões Prévias”, outras fazem-no ao longo do texto, sem as qualificar.
73. Em conjunto, as Visadas suscitaram um total de 16 questões, sendo 8 qualificados como “Questões Prévias”.
74. Previamente à análise de cada um dos temas em suscitados, impõe-se um esclarecimento sobre a natureza e a finalidade das questões prévias.
75. A esse propósito o TCRS, recentemente³¹, teve oportunidade de esclarecer que “questões prévias são aquelas que, sendo anteriores ao mérito da causa, obstam à apreciação deste. Neste contexto, destriçam-se questões prévias de natureza substantiva (de que constituem paradigmáticos exemplos, a morte do arguido, a amnistia, a prescrição, a despenalização) e de natureza adjetiva (traduzidos na incompetência do Tribunal ou ilegitimidade) ”.
76. Sustentou ainda aquele Tribunal, com validade para o presente processo, *mutatis mutandis*, que «várias das pretensas “questões prévias” e/ou “prejudiciais” suscitadas pelos Recorrentes não consubstanciam, verdadeiramente, questões prévias ou prejudiciais, tal como definidas por Lei e preconizadas pela doutrina. Em rigor, estamos na presença de chavões – utilizados para expressar a discordância normativa das Visadas quanto ao sentido da decisão condenatória – invocados, na estratégia de sistematização de defesa gizada pelas Recorrentes, de forma prematura e manifestamente infundada, na esperança da prolação de uma decisão formal ou de 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 adjetiva da invocação de questões prévias, de natureza procedural, para contraditar a decisão final proferida».

³¹ Cf. Sentença do TCRS, de 30.09.2020, referente ao caso Proc. n.º 322/17.1YUSTR (caso EDP/Continente).

77. Não obstante o facto de nem todas as questões suscitadas pelas Visadas serem qualificadas como “questões prévias”, a AdC apreciará *infra*, em detalhe, cada um dos temas suscitados.

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

II.1.1 Posição das visadas MCH e ITMP

78. As Visadas ITMP e MCH alegam que, nos termos do n.º 4 do artigo 34.º da Constituição da República Portuguesa (“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*.
79. Na tese da Visada MCH, a AdC não dispõe de fundamento legal para apreensão de mensagens de correio eletrónico, quer estas se encontrem abertas ou fechadas.
80. Para tanto, refere que o legislador, aquando da revisão da LdC (2012) se absteve de introduzir qualquer referência específica às mensagens de correio eletrónico, eliminando a previsão expressa constante do n.º 1 do artigo 16.³² do Projeto de Proposta de Lei do Governo que aprova o Regime Jurídico da Concorrência.
81. Acrescenta ainda que, se dúvidas existissem relativamente a este tema, com a entrada em vigor da Lei n.º 108/2009, 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 mensagens se encontrarem lidas ou não lidas, pelo que o correio eletrónico constitui sempre correspondência e não um mero documento eletrónico.
82. 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 difere do regime previsto três anos antes para a Lei do Cibercrime e resulta de

³² 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”.

uma supressão da previsão inicial da Projeto de Proposta de Lei do Governo que aprova o Regime Jurídico da Concorrência.

83. Alega, assim, a empresa que 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 MP seja inexistente ou, no mínimo, nulo por violação do princípio da legalidade, nos termos do disposto nos artigos 126.º, n.º 3 Código de Processo Penal (“CPP”), 18.º, n.ºs 2 e 3, 32.º, n.ºs 8 e 10 e 34.º, n.º 4 CRP, constituindo tal apreensão por parte da AdC uma violação direta do disposto no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3, e 34.º, n.º 4 da Constituição. Como tal e, por consequência, a prova obtida será proibida.

II.1.2 Posição da Autoridade

84. 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”.
85. Ou seja, quis o legislador 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.
86. 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 de 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.
87. 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.

88. Ora, pelo contrário, a atual Lei permite, expressamente, apreender qualquer documentação independentemente do seu suporte.
89. Por outro lado, é entendimento pacífico, especificamente quanto à possibilidade de apreensão de correspondência em suporte físico que a sua admissibilidade dependerá de esta já não se encontrar fechada.
90. A partir do momento em que determinada carta é aberta e lida deixa de ser uma carta fechada e, portanto, deixa de beneficiar do regime previsto para a apreensão de correspondência (fechada), esse sim sem consagração expressa na LdC.
91. Assim, a correspondência já aberta/ lida, ainda que tenha natureza reservada, beneficia do regime, em termos de valor probatório, idêntico ao dos documentos em suporte físico, perdendo, portanto, as exigências associadas à reserva da correspondência.
92. Tal como asseverado no acórdão do TRL de 02 de março de 2011, proferido no processo n.º 463/07.3TAALM-A.L1-3, “*Como afirma COSTA ANDRADE (Comentário Conimbricense do Código Penal, Tomo I, pág. 758, § 16)* “é precisamente este facto - estar fechada - que define a fronteira da tutela penal do sigilo de correspondência e dos escritos, em geral.” *E uma carta está fechada quando exista “um procedimento que estabeleça um obstáculo físico à tomada de conhecimento e que só seja ultrapassável à custa de uma actividade física que pode ou não (...) implicar uma ruptura material (...)* Não basta seguramente (...) a sua arrumação num dossier ou numa gaveta aberta.” E para concluir: “*uma carta que foi (ainda que indevidamente) aberta, deixa de ser uma carta fechada, mesmo que persista reservada.*”
93. 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 supra referidos, seja a mesma constante de suporte físico, seja de suporte eletrónico/digital.
94. Ou seja, atento o teor daquela alínea, quaisquer documentos, sem prejuízo do seu suporte, podem ser apreendidos em sede de inquérito contraordenacional.
95. 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 encontram 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.

96. Neste sentido se pronunciou também o Acórdão do TRL de 29 de março de 2012³³:

"Concordamos com a necessidade de autorização judicial nos termos constantes dos art.ºs 187º e 188º CPP para interceptar correio electrónico quando o mesmo se encontre "em trânsito", em tempo real de transmissão, como algo incorpóreo, tal como se depreende do próprio art.º 187º CPP que se aplica em casos de "intercepção e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas" e isto num regime específico muito próximo à apreensão de correspondência escrita quando a mesma se encontra "em 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".

97. No mesmo sentido, ainda que a propósito de mensagens escritas por correio telefónico (SMS), veja-se o acórdão de 24 de janeiro de 2011 do Tribunal da Relação de Guimarães³⁴, proferido no âmbito do processo n.º 527/08.6GCVCT.G1, ao sustentar o seguinte:

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

³³ Acórdão disponível em www.dgsi.pt, consultado 01.09.2020, e cópia junta aos autos a fls. 6571 do processo.

³⁴ Acórdão disponível em www.dgsi.pt, consultado 01.09.2020, e cópia junta aos autos a fls. 6571 do processo.

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

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

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

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

98. Mais recentemente, veja-se a decisão³⁵ do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa – Juízo de Instrução Criminal de Lisboa (“JIC”) – Juiz 6, datada de 27 de março de 2019 a propósito da execução de uma diligência de busca e apreensão realizada pela AdC:

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

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

99. Este mesmo entendimento foi ainda já validado designadamente na Sentença proferida no dia 23 de setembro de 2019 pelo TCRS, no âmbito do apenso I do processo 71/18.3YUSTR, nos termos da qual:

“considerando que o legislador do NRJC se exprimiu da melhor forma e no melhor sentido sistemático com aqueles regimes, da redacção do art.º 18.º, n.º 1 al. c) do NRJC resulta de forma clara que esteve no espírito do legislador transpor para o correio electrónico e registos de comunicações de natureza

³⁵ Processo n.º 10626/18.0T9LSB.

semelhante apreendidos para efeitos do processo sancionatório do Direito da Concorrência, por referência ao correio tradicional, a distinção entre correio aberto ou fechado, o que desde logo se colhe do elemento literal previsto com a expressão demais documentação independentemente do seu suporte o que pressupõe que a comunicação já foi recebida/lida e, consequentemente, armazenada”.

100. Veja-se igualmente a recente decisão do TCRS de 03 de outubro de 2019 que, ainda que se tenha pronunciado sobre este tema a título instrumental como condição prévia da alegada apreensão de correio eletrónico em violação do segredo profissional, corrobora o entendimento *supra* explicitado:

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

101. 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.

102. Quanto à necessidade de recurso ao regime processual penal, o TRL no seu acórdão de 04 de março de 2020, relembrhou que no ordenamento português já se consolidou a autonomia do direito contraordenacional³⁶.
103. Ademais, no que respeita à necessidade de se recorrer ao regime processual penal para determinação da legitimidade para a apreensão de correio eletrónico em processos jusconcorrenciais, referiu o Tribunal que: “(...) *no caso dos autos 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*”³⁷.
104. 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 na 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.
105. 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”.
106. 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.”*

³⁶ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4.3.2020, processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2.

³⁷ Página 19 do acórdão.

107. Ou seja, o artigo 17.º da Lei do Cibercrime apenas se aplica a processos relativos a crimes, excluindo, *a contrario*, processos de contraordenação, incluindo o processo contraordenacional da concorrência.
108. 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.
109. 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 Lei da Concorrência –, mormente dos artigos 11.º e 17.º da Lei do Cibercrime, que nunca poderiam aplicar-se especificamente àquele processo contraordenacional.
110. Reitera-se que aos processos de contraordenação jusconcorrenciais aplica-se a 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 ilícto 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.
111. 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 invocação subsidiária de um diploma de âmbito geral (que dependeria da existência de uma lacuna, que na realidade, não se verifica).
112. Por outro lado, a Lei n.º 19/2912 (de 8 de maio de 2012, recorda-se), foi publicada e entrou em vigor em momento posterior à Lei do Cibercrime (de 15 de setembro de 2009), sendo manifesta a intenção do legislador em adotar um regime próprio que se afasta do regime consagrado pela Lei do Cibercrime e em criar um regime especial no que respeita ao âmbito dos poderes da AdC relativamente às diligências de busca e apreensão: o legislador podia ter previsto, na LdC, a aplicação subsidiária da Lei do Cibercrime e não o fez.
113. 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.

114. De qualquer modo, ainda que a Lei do Cibercrime fosse aplicável à situação em apreço (o que não se aceita), sempre se diga que o artigo 17.º respeita à apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante. Ora, as mensagens de correio eletrónico apreendidas no decurso da diligência efetuada pela AdC já se encontravam abertas e lidas, constituindo, portanto, meros documentos em suporte digital e não correio eletrónico (não lido/não aberto) ou registo de comunicação.
115. Como tal, reitera-se que qualquer mensagem já recebida, aberta e lida pelo destinatário integra um conceito lato de correspondência aberta e, assim, as mensagens de correio eletrónico que se encontrem já abertas e arquivadas, no sistema informático ou fora dele, devem ser consideradas como correspondência aberta, não sendo de distinguir a apreensão de uma mensagem de correio eletrónico lida (mas ainda guardada na caixa de entrada do servidor de correio eletrónico, ou convertida em qualquer outro documento em formato digital) dessa mesma mensagem de correio eletrónico impressa em papel e arquivada fisicamente ou de qualquer outro documento.
116. Este entendimento, segundo o qual a Lei do Cibercrime não se aplica a mensagens de correio eletrónico lidas, é sufragado pela recente decisão do TCRS supra mencionada, no processo n.º 159/19.3YUSTR-B:

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

117. Veja-se, também, o acórdão de 04 de março de 2020 do TRL, proferido no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2, que expressamente refere que «*afigura-se-nos que a Lei do cibercrime não pode ser aplicada à situação dos presentes autos, porquanto os seus normativos processuais se aplicam somente a “processos relativos a crimes” ali previstos, ou cometidos por meio de um sistema informático, ou “em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico” (...)* In casu, respeitando os presentes autos a processo contraordenacional por práticas restritivas

da concorrência, nenhuma correspondência ou ligação tem com um tal ambiente informático criminal».

118. 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 Lei da Concorrência.
119. 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.
120. 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.
121. É igualmente destituída de fundamentação a invocada violação do n.º 4 do artigo 34.º da CRP, uma vez que, como se elucidou, 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.
122. Importa notar que o n.º 4 do artigo 34.º da CRP dispõe que “é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais

meios de comunicação, salvo os casos previstos na lei em matéria de processo criminal”.

123. Em concretização deste preceito constitucional, dispõe o n.º 1 do artigo 42.º do RGCO que “*não é permitida a prisão preventiva, a intromissão na correspondência ou nos meios de telecomunicação nem a utilização de provas que impliquem a violação do segredo profissional*”.
124. Saliente-se a menção repetida e extremamente relevante, nestas duas disposições legais, a correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação.
125. 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 receptor, 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.
126. 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.
127. 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.
128. No mesmo sentido veja-se o entendimento vertido na sentença do TCRS de 03 de outubro de 2019 no processo n.º 159/19.3YUSTR-B: “*Note-se que, por via das asserções precedentes, centradas no âmbito de proteção constitucional do direito à inviolabilidade da correspondência, consagrado no artigo 34.º, da Constituição, estamos também a admitir que as mensagens de correio eletrónico 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.*”

129. Tal como asseverado no acórdão do TRL de 04 de março de 2020³⁸, 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”.
130. 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 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”.
131. Improcedem, portanto, os argumentos das Visadas no sentido de que a atuação da AdC merece censura, na medida em que a admissibilidade de apreensão de correio eletrónico lido não é inconstitucional, antes sendo legitimada pela própria LdC, e a Lei do Cibercrime não é aplicável ao processo contraordenacional de concorrência, concluindo-se, assim, pela necessária validade da prova apreendida pela AdC.

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

II.2.1 Posição da visada MCH

132. A visada MCH alega também que a apreensão de correspondência eletrónica, em sede de buscas, viola o direito à privacidade, nos termos do artigo 26.º e do n.º 2 do artigo 12.º da CRP.
133. A MCH começa por trazer à colação o n.º 2 do artigo 12.º da CRP e o facto de a referida disposição representar o “superar de uma determinada concepção dos direitos fundamentais centrada no indivíduo”, assim como o reconhecimento expresso da “capacidade de gozo de direitos (e submissão a deveres) às pessoas colectivas, desde que sejam compatíveis com a sua natureza”³⁹.

³⁸ Melhor identificado nos parágrafos 102 e 117.

³⁹ Cf. §718 da PNI MCH.

134. Para o efeito, a MCH considera que a norma constante do artigo 26.^º da CRP, designadamente na parte em que contempla o direito à reserva da intimidade da vida privada e familiar, permite estender a sua proteção a pessoas coletivas.
135. 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 amplas e teleologicamente fundada – referindo-nos, antes, à sua dimensão de tutela da privacidade, capaz de abranger a reserva daquelas áreas da vida (pessoal, societária, associativa, etc.) retiradas da esfera pública*”⁴⁰.
136. Face ao exposto, a visada MCH defende que as visadas em processos contraordenacionais deverão beneficiar de uma dupla tutela, devendo toda a correspondência apreendida em diligências de buscas, independentemente da questão que se possa colocar sobre missivas abertas ou fechadas, beneficiar da proteção que decorre do artigo 26.^º da CRP.
137. 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*”⁴¹.
138. 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 verdadeira “abusiva intromissão na vida privada”, desprovida de habilitação legal, e, por isso, aptar a gerar, por si só, a proibição de prova a que respeita o artigo 32.^º, n.^º 8 da CRP*”⁴².
139. A visada alega, deste modo, que a “*interpretação do artigo 18.^º, n.^º 1, alínea c), da Lei da Concorrência, no sentido em que é permitido à Autoridade da Concorrência apreender correio eletrónico, independentemente do mesmo se encontrar aberto ou fechado, é inconstitucional, por violação do princípio da proporcionalidade, do direito à inviolabilidade da correspondência, do direito à inviolabilidade das telecomunicações e do direito à privacidade dos respetivos destinatários, ainda que sejam pessoas coletivas,*

⁴⁰ Cf. §722 da PNI MCH.

⁴¹ Cf. §732 da PNI MCH.

⁴² Cf. §735 da PNI MCH.

tudo nos termos do disposto nos artigos 18.º, 32.º, n.º 8 e 10, 34.º, n.º 4, 26.º e 12.º, n.º 2 da CRP⁴³.

II.2.2 Posição da Autoridade

140. No que diz respeito à alegada violação do direito à inviolabilidade da correspondência e do direito à inviolabilidade das telecomunicações, remete-se para as considerações acima, tendo-se por improcedente a referida arguição.
141. Relativamente à aplicação do n.º 2 do artigo 12.º da CRP, a AdC não ignora que as pessoas coletivas podem ser titulares de direitos fundamentais, desde que compatíveis com a sua natureza⁴⁴.
142. Neste sentido, veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 593/2008, de 10 de dezembro de 2008⁴⁵, que analisa a extensão da titularidade do direito à privacidade às pessoas coletivas:

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

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

A susceptibilidade, em princípio, de extensão da tutela da privacidade às pessoas coletivas, 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”.

143. Não obstante este reconhecimento, não se pode deixar de referir que o direito à privacidade, mesmo tratando-se de um direito fundamental, não é um direito absoluto. Atente-se, nesse sentido, ao acórdão do Tribunal Constitucional n.º 607/2003, de 5 de

⁴³ Cf. §737 da PNI MCH.

⁴⁴ Titularidade essa cujos termos e amplitude poderão não coincidir com aqueles que decorrem relativamente à titularidade dos mesmos direitos por pessoas singulares.

⁴⁵ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080593.html>, consultado 01.09.2020, e cópia junta aos autos a fls. 6571 do processo.

dezembro de 2003⁴⁶, referindo que importa reconhecer que “*tal direito não pode configurar-se, em absoluto, como um direito ilimitável e irrestringível perante outros direitos ou interesses que, sub species constitutionis, se tenham por legítimos*”.

144. Veja-se, aliás, o 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*) significa que existem intromissões constitucionalmente permitidas.
145. Entre estas situam-se as buscas autorizadas por autoridades judiciárias ou judiciais que tenham lugar nos casos e segundo as formas previstas na lei, que a Constituição admite quando se trata da entrada do domicílio dos cidadãos, nos termos do nº 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 2006⁴⁷, que não existem, assim, razões que proibir buscas quando se trata da entrada em espaços fechados não merecedores de idêntica tutela constitucional.
146. 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).
147. Destarte, como concluiu o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.^º 593/2008 *supra* referido, «*a salvaguarda das pessoas coletivas está acautelada, na justa medida, pela necessidade de autorização do Ministério Público, entidade a quem cabe, nos termos constitucionais, “defender a legalidade democrática” (artigo 291.^º, n.^º1, da CRP)*».
148. Face ao exposto, a norma constante da alínea c) do n.^º 1 do artigo 18.^º da LdC, deverá ser entendida em termos de possibilitar a apreensão, em busca ordenada quer por despacho do Ministério Público, quer por despacho do juiz de instrução – e a posterior valoração como prova – do teor de quaisquer escritos de carácter confidencial ou referentes à intimidade da vida privada – sendo necessária uma articulação casuística e sempre ponderada e harmoniosa, do direito à reserva da vida privada com o interesse constitucionalmente protegido conflituante, *in casu*, a incumbência prioritária do Estado de assegurar o princípio da economia de mercado e de livre concorrência.

⁴⁶ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030607.html>, consultado 01.09.2020, e cópia junta aos autos a fls. 6571 do processo.

⁴⁷ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060364.html>, consultado 01.09.2020, e cópia junta aos autos a fls. 6571 do processo.

149. 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.
150. 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 concorrença e (ii) a incumbência prioritária do Estado de assegurar o princípio da economia de mercado e de livre concorrência (cf. alínea f) do artigo 81.º da CRP).
151. 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.
152. Releva, também, referir que o TRL, em acórdão de 12 de novembro de 2019, já se pronunciou sobre a diligência em questão, tendo esclarecido que “[s]erá fácil concordar que na autorização de qualquer diligência probatória invasiva, por qualquer autoridade judiciária competente para tal, especialmente em diligências de busca e apreensão de correspondência (em sentido lato) e/ou documentos eletrónicos, tais direitos do sujeito visado devem ser compulsados, efetuando-se um juízo de concordância e que ordene, por admissível, a lesão de tais direitos perante os interesses da investigação. Esse juízo envolve necessariamente a proporcionalidade ínsita à lesão desses direitos, de proteção legal e constitucional, numa lógica de indispensabilidade da obtenção do meio de prova. Neste sentido, torna-se imperativo afirmar que a preterição dos direitos de sigilo da correspondência, de sigilo profissional de advogados, ou até do direito à intimidade da vida privada, foi necessariamente cotejada pela autoridade judiciária na emissão do mandado de autorização das buscas e apreensão e posteriormente pela validação da apreensão”⁴⁸.
153. Não podem colher, pois, os argumentos da MCH.
154. 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 pessoas visadas na não divulgação dos seus segredos de

⁴⁸ Cf. Acórdão proferido no âmbito do processo 71/18.3YUSTR-J.L1-PICRS, de 12.11.2019, disponível em www.dgsi.pt, consultado 03.11.2020, e cópia junta aos autos a fls. 6571 do processo.

negócio, pelo que a tutela da privacidade, em concreto a proteção de documentos com informações estratégicas ou que por outra via constituam segredo de negócio, está sempre protegida, nos termos da lei.

155. Finalmente, 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 pessoas visadas num processo de contraordenação têm acesso ao processo para efeitos de exercício dos seus direitos de defesa.
156. Assim, aquando do acesso ao processo, a Autoridade atuou ao abrigo de uma necessária ponderação de interesses, a proteção da informação confidencial em confronto com o direito de defesa das visadas, concluindo-se que o acesso foi efetivamente dado dentro dos limites da estreita necessidade de acautelar os seus direitos de defesa, nos termos constantes da Nota Metodológica relativa à Organização e à Consulta do processo, pelo que a consulta aos referidos documentos confidenciais das visadas sempre seria e foi limitada ao advogado ou assessor económico dos mesmos, que declararam que os documentos confidenciais a que tenham acesso só poderão ser utilizados exclusivamente para efeitos de exercício de direitos de defesa e da eventual impugnação judicial de decisão final da Autoridade.
157. Deste modo, facilmente se comprehende 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.
158. Face a todo o exposto, importa concluir que não existe, portanto, qualquer desconformidade constitucional na atuação da AdC, uma vez que não está em causa qualquer prova obtida abusivamente mediante intromissão da vida privada, nem obtida por violação do princípio da proporcionalidade.

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

II.3.1 Posição da visada MCH

159. A visada MCH alega também que, ainda que se considerasse que a AdC detém poderes para a apreensão de correspondência, seria sempre necessário recorrer ao processo

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

160. Motivo pelo qual a Visada MCH vem 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 CPP⁴⁹.

II.3.2 Posição da Autoridade

161. Apreciando a alegação da Visada, cumpre esclarecer, em primeiro lugar, que não deverá ser aplicado o regime do processo penal à apreensão de correspondência 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.

162. Veja-se, a este propósito, a posição sufragada pelo TRL em 04 de março de 2020⁵⁰:

«*In casu, as visadas começam por asseverar que a apreensão de correspondência não é admitida nem pelo Regime Geral das Contraordenações e Coimas (RGCC) nem pelo “processo de contraordenação relativo a práticas restritivas da concorrência” (...).*

Com o devido respeito por opinião em contrário, afigura-se-nos que da simples leitura do disposto no art. 18.º, n.º 1 c) da Lei da Concorrência (...) salta aos olhos de qualquer mortal a sem razão da segunda parte desta asserção (...).

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

Na verdade, os processos relativos a práticas restritivas, como no caso acontece o respeitante n.º 1 do artigo 9.º, da LdC, rege-se em primeiro lugar “pelo previsto na presente lei”. Ora, afigura-se-nos que esse regime consta expressamente do n.º 1 alínea c) do art. 18.º, da LdC. Queremos com isto dizer que, com o devido respeito por opinião em contrário, no caso dos autos, inexiste uma lacuna da Lei da Concorrência, quanto à

⁴⁹ Cf. §746 da PNI MCH.

⁵⁰ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04.03.2020, proferido no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2.

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.»

163. Afastada a possibilidade de aplicação do regime do processo penal, é imperioso reiterar que, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/012, 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.
164. 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.
165. 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).
166. Não foi nenhum desses, no entanto, o caso das diligências no âmbito do presente processo.
167. 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).
168. 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.
169. A argumentação proposta pela Visada MCH não tem, assim, qualquer amparo na lei ou jurisprudência.
170. Em face do exposto, improcede também a alegada nulidade da Nota de Ilicitude quanto à inexistência de despacho que autorizasse a apreensão de prova realizada.

II.4 Da alegada invalidade do levantamento da suspensão do prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude

II.4.1 Posição da visada Pingo Doce

171. Na sua pronúncia, a Pingo Doce alega que a deliberação do conselho de administração da AdC de levantamento da suspensão do prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude, notificada através do ofício S-AdC/2019/5144 de 20 de dezembro de 2019, deve ser declarada ilegal, irregular e, em consequência, dada por sem efeito⁵¹.
172. Nesse contexto, em 30 de dezembro de 2019, a Pingo Doce havia já apresentado um requerimento junto da Autoridade, solicitando que (i) a deliberação do conselho de administração da AdC de 20 de dezembro de 2019 fosse declarada ilegal, irregular e, em consequência, dada por sem efeito, mantendo-se a suspensão do prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude do PRC/2017/1, ou, subsidiariamente (ii) que a AdC aclarasse qual a data em que terminaria o prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude e concedesse à Pingo Doce acesso ao processo.
173. Na sua pronúncia à Nota de Ilícitude, a Pingo Doce alegou que as razões que determinaram a Autoridade a suspender o processo PRC/2017/1 (*«a suspensão do processo de contraordenação com a referência n.º PRC/2017/13, tal como decretada pelo TCRS, pode impactar na tramitação dos processos com as referências n.ºs PRC/2017/1 e PRC/2017/7, na sequência da utilização de informação decorrente das referidas extrações de certidões»*) se mantinham inteiramente válidas, pelo que o levantamento da suspensão afetava as suas legítimas expectativas e direitos.

II.4.2 Posição da visada SCC

174. Em 20 de dezembro de 2019, a AdC, através de ofício registado sob a referência S-AdC/2019/5133, deu conhecimento à SCC da Deliberação do conselho de administração da AdC de retoma da contagem do prazo de pronúncia à Nota de Ilícitude no presente processo, o qual se encontrava suspenso desde 16 de maio de 2019⁵².
175. Em 26 de dezembro de 2019, a SCC apresentou um requerimento em resposta o ofício *supra* referido, o qual pretendia i) que lhe fosse dado conhecimento da decisão do TRL que alterou o efeito do recurso no âmbito do processo 228/18.7YUSTR-G, e ii) que fosse

⁵¹ Cf. §5 da PNI Pingo Doce.

⁵² Cf. fls. 3321 a 3325 do processo.

confirmado qual o estado dos processos que correm termos na AdC sob as referências n.ºs PRC/2017/7 e PRC/2017/13⁵³.

176. A AdC respondeu, em 10 de janeiro de 2020, através de ofício com referência interna S-AdC/2020/137, dando nota de que a SCC deveria requerer diretamente, junto do TRL, acesso à decisão solicitada e que o prazo de pronúncia sobre a Nota de Illicitude proferida no âmbito do processo contraordenacional PRC/2017/7 tinha sido retomado e que o PRC/2017/13 se encontrava suspenso⁵⁴.
177. Em 16 de janeiro de 2020, a visada SCC apresentou um requerimento nos termos do qual vem alegar a violação das condições de cessação da suspensão do prazo de apresentação de pronúncia sobre o conteúdo da Nota de Illicitude estabelecidas pelo conselho de administração da AdC na sua deliberação de 19 de junho de 2019, a qual, no entender da visada, constitui uma violação dos seus direitos de defesa e uma nulidade processual.⁵⁵
178. Por um lado, a SCC “*anota e regista que a AdC se escusa a dar conhecimento à SCC da decisão do Tribunal da Relação de Lisboa que alterou o efeito do recurso no âmbito do processo 228/18.7YUSTR-G, não obstante a deliberação do Conselho de Administração da AdC de 19.06.2019 tenha expressamente condicionado o termo final da suspensão do prazo de pronúncia sobre o conteúdo da Nota de Illicitude no presente processo até trânsito em julgado daquela decisão*”.
179. E, por outro lado, alega que a AdC, ao informar que o processo contraordenacional com a referência n.º PRC/2017/13 ainda se encontrava, à data, suspenso, a AdC estaria a “*desrespeitar a segunda condição a que a deliberação do Conselho de Administração da AdC de 19.06.2019 tinha expressamente submetido o termo final da suspensão do prazo de pronúncia sobre o conteúdo da Nota de Illicitude no presente processo*”.

II.4.3 Posição da Autoridade

180. Cumpre começar por referir que a AdC, através do ofício de 01 de abril de 2020⁵⁶, comunicou à Pingo Doce que não existiam fundamentos para afirmar que a decisão do conselho de administração da AdC de levantamento da suspensão do prazo de pronúncia sobre a Nota de Illicitude fosse declarada ilegal, irregular e sem efeito, uma

⁵³ Cf. fls 3386 a 3387 do processo.

⁵⁴ Cf. fls 3398 a 3399 do processo.

⁵⁵ Cf. fls 3428 do processo.

⁵⁶ Cf. Ofício com a referência S-AdC/2020/1183, de 1 de abril de 2020, fls. 4762 a 4764 do processo.

vez que esta se encontrava em consonância com os pressupostos de que se fazia depender esse levantamento aquando da suspensão deliberada a 19 de junho de 2019, bem como com as decisões proferidas pelo Tribunais, tendo esta Autoridade, adicionalmente, entendido que a causa de pedir do requerimento apresentado a 30 de dezembro de 2019 pela Pingo Doce deixou de existir, sendo este considerado sem efeito.

181. Como tal, e somada a circunstância de o efeito suspensivo do processo contraordenação que corre termos na AdC sobre o n.º PRC/2017/13 ter sido também levantado, a AdC dá aqui por totalmente reproduzida a sua resposta constante do ofício S-AdC/2020/1183, de 01 de abril de 2020, demonstrando-se não existir fundamento para sustentar a existência da ilegalidade ou irregularidade invocadas pela Pingo Doce no referido requerimento, bem como na sua PNI, nomeadamente, pela falta de manutenção de suspensão do processo.
182. Depois, relativamente à nulidade arguida pela visada SCC, cumpre relembrar sinteticamente o contexto no âmbito do qual a AdC entendeu determinar a suspensão do prazo de pronúncia à Nota de Ilícitude no âmbito do presente processo.
183. No âmbito do PRC/2017/13, uma das empresas ali visadas interpôs um recurso da decisão interlocutória da AdC de 7 de fevereiro de 2019, no âmbito do qual se questionava a legalidade de uma decisão da AdC sobre classificação de confidencialidades referentes a respostas a pedidos de elementos, tendo o TCRS inicialmente decidido atribuir efeito suspensivo à decisão impugnada.
184. Por despacho datado de 12 de maio de 2019, o TCRS, no âmbito do referido recurso, decidiu converter o efeito suspensivo atribuído à decisão impugnada em efeito suspensivo do PRC/2017/13.
185. A suspensão do referido processo produziu efeitos a 16 de maio 2019, data em que o despacho do TCRS foi notificado à AdC.
186. Como a AdC havia extraído certidão para o presente processo e para o PRC/2017/7 das referidas respostas a pedidos de elementos e respetivas versões não confidenciais, quando aplicável, com relevância no âmbito destes processos, a AdC entendeu que a suspensão do PRC/2017/13, tal como decretada pelo TCRS, poderia impactar na tramitação do presente processo e do PRC/2017/7.
187. Consequentemente, em 19 de junho de 2019, o conselho de administração da AdC – voluntariamente e numa perspetiva de prevenção – suspendeu o prazo de pronúncia

sobre o conteúdo das Notas de Ilicitude nos referidos processos até trânsito em julgado da decisão ou até ser proferida decisão de alteração do efeito do recurso interposto no PRC/2017/13, retroagindo esta suspensão a 16 de maio de 2019.

188. Em 9 de dezembro de 2019, numa de várias decisões no mesmo sentido, o TRL veio alterar o efeito do recurso em causa, levantando o efeito suspensivo do PRC/2017/13, passando, assim, a coexistir nesse mesmo processo contraordenacional efeitos diferentes para recursos diferentes, todos relativos à mesma temática (a saber, efeito meramente devolutivo nos termos sustentados pelo TRL e efeito suspensivo nos termos sustentados pelo TCRS).
189. Em virtude da alteração do efeito do recurso por parte do TRL (Tribunal de 2.^a instância), passou a verificar-se um dos pressupostos que, na sua deliberação de 19 de junho de 2019, o conselho de administração da AdC fez depender o levantamento da suspensão do prazo de pronúncia sobre o conteúdo da Nota de Ilicitude no presente processo: a alteração do efeito do recurso (no caso, reitera-se, por um tribunal superior).
190. Por essa razão o conselho de administração da AdC deliberou, a 20 de dezembro de 2019, em relação ao presente processo e ao PRC/2017/7, levantar a suspensão dos prazos de pronúncia sobre o conteúdo das Notas de Ilicitude e notificar as pessoas visadas pelos processos em causa da retoma de contagem desses prazos, o que foi realizado na mesma data⁵⁷.
191. Entende-se que a deliberação do conselho de administração da AdC de 20 de dezembro de 2019, de levantamento de suspensão do prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilicitude, se encontra em consonância com os pressupostos de que se fazia depender esse levantamento aquando da suspensão deliberada a 19 de junho de 2019, bem como com as decisões proferidas pelos Tribunais, na altura e até à presente data⁵⁸, sobre essa matéria.
192. Por fim, no que respeita ao argumento da SCC relacionado com o acesso ao acórdão do TRL que alterou o efeito do recurso no âmbito do processo 228/18.7YUSTR-G, a AdC considera que atuou de acordo com os termos legais aquando do pedido de acesso à decisão em causa, uma vez que esta fora adotada no âmbito de um processo judicial, estando o respetivo acesso – nesse mesmo processo – regulado nos termos do artigo 90.^º do CPP, aplicável ex vi artigo 41.^º do RGCO, artigos 13.^º e 83.^º da LdC.

⁵⁷ Cf. Parágrafos 46 a 51 *supra*.

⁵⁸ O TRL veio, entretanto, a confirmar, na totalidade dos recursos sobre a matéria em causa no PRC/2017/13, o efeito meramente devolutivo decorrente da respetiva interposição.

193. Neste contexto, e somado o facto de o efeito suspensivo do processo PRC/2017/13 ter sido também levantado, demonstra-se que não existe qualquer fundamento para sustentar a violação dos direitos da SCC, improcedendo, assim, a nulidade arguida.

II.5 Da alegada nulidade derivada da recolha de prova fora dos presentes autos

II.5.1 Posição da visada Pingo Doce

194. A visada Pingo Doce vem alegar a nulidade das diligências de busca e apreensão realizadas no âmbito do processo contraordenacional que correu termos na AdC sob referência interna 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., as quais deram origem ao presente processo, uma vez que considera que estas excederam o objeto do PRC/2016/4, tendo ocorrido “*fora do processo a que se dirigiam e destinavam – que nem estava ainda iniciado*”⁵⁹.
195. Pelo exposto, considera a Pingo Doce que as diligências de busca e apreensão foram realizadas fora dos casos em que a lei as prevê, sendo, por isso, nulas, não podendo ser utilizadas as provas obtidas através delas, nos termos dos artigos 18.^º e seguintes da LdC, n.^º 3 do artigo 126.^º do CPP, *ex vi* artigos 13.^º da LdC e 41.^º do RGCO, e n.^ºs 8 e 10 do artigo 32.^º da CRP⁶⁰.

II.5.2 Posição da Autoridade

196. Conforme acima⁶¹ referido, o processo teve origem em diligências de investigação realizadas no âmbito do PRC/2016/4.
197. No âmbito do PRC/2016/4, em que era visada a Super Bock, a AdC iniciou a realização de diligências de busca no dia 25 de janeiro de 2017.
198. No decurso dessas buscas surgiram indícios de infração envolvendo a empresa fornecedora Super Bock e empresas da grande distribuição (hipermercados, supermercados e lojas *discount*).
199. Neste contexto, e com vista a comprovar os indícios das práticas restritivas por parte das empresas em causa, para percecionar a sua real dimensão, o modo como as

⁵⁹ Cf. §14 da PNI Pingo Doce.

⁶⁰ Cf. §15 da PNI Pingo Doce.

⁶¹ Cf. capítulo I.2, *supra*.

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

200. As diligências de busca e apreensão adicionais foram autorizadas por despacho do Ministério Público, datado de 2 de fevereiro de 2017, tendo as mesmas tido início a 7 de fevereiro desse mesmo ano (cf. fls. 3925 a 3927, 217 a 218, 453, 454, 556 a 557 e 1191 e 1192 do processo).
201. Do referido despacho resulta com clareza que foi no decurso das diligências em curso (no PRC/2016/4) que a AdC encontrou indícios de envolvimento de cadeias da grande distribuição nas eventuais práticas proibidas e que este conjunto de empresas incluía a Pingo Doce.
202. Pelo exposto, é possível concluir que a diligência de busca e apreensão foi necessária para obtenção de prova porque existiam indícios da Pingo Doce estar a adotar comportamentos violadores da concorrência, resultando do despacho que seria *"imprescindível proceder à realização de buscas para apreensão de elementos probatórios que confirmem as forte suspeitas alicerçadas na análise e documentação existente nas instalações objeto de buscas"* (cf. fls. 3925 a 3927 do processo).
203. No decurso das diversas buscas realizadas, resultou fortemente indiciada a prática de uma ou mais infrações jusconcorrenciais que claramente sugeriam que a possível prática de alinhamento de preços de venda ao público dos produtos fornecidos pela Super Bock, envolvendo as principais cadeias de distribuição alimentar, poderia existir também quanto a outros fornecedores de produtos alimentares e não alimentares.
204. Assim, e após a verificação da existência de indícios de envolvimento de outros fornecedores nas possíveis infrações, a AdC optou por solicitar imediatamente mandado de alargamento do objeto da diligência, que foi emitido pelo Ministério Público acompanhado do respetivo despacho de fundamentação.
205. Em 15 de fevereiro de 2017, e no decurso das diligências de buscas previamente autorizadas, a Pingo Doce foi notificada do despacho de alargamento do objeto de mandado e respetivo mandado, emitidos Ministério Público em 10 de fevereiro de 2017.

206. Resulta do despacho de fundamentação que “[f]ace aos elementos entretanto coligidos nas diversas buscas realizadas no âmbito do processo contraordenacional da Autoridade da Concorrência nº PRC/2016/4 resulta fortemente indiciada a prática de uma ou mais infrações jusconcorrenciais...” como seja, “os fornecedores de produtos alimentares e não alimentares poderem estar a impor às cadeias de distribuição alimentar os preços de venda ao público dos seus produtos e que as cadeias de distribuição alimentar poderão integrar entre si e com vários fornecedores de produtos alimentares e não alimentares para garantir o alinhamento dos preços de venda ao público aos consumidores. O período destas possíveis infrações comprehende-se entre 2014 e 2017, não sendo de excluir um lapso temporal mais dilatado”.
207. Ou seja, resulta com clareza do despacho de alargamento que foi no decurso de diligências em curso no PRC/2016/4 que a AdC encontrou indícios de envolvimento nas possíveis infrações de outros fornecedores para além da Super Bock.
208. Numa primeira fase, os indícios referiam-se a uma ou várias infrações envolvendo a Super Bock e várias insígnias da grande distribuição, incluindo a Pingo Doce; numa segunda fase, que motivou o alargamento do objeto de diligências, os indícios encontrados referiam-se ao envolvimento naquele tipo de práticas proibidas de outros fornecedores, para além da Super Bock.
209. Deste modo, e após notificação à Pingo Doce do alargamento do mandado, permitiu-se à empresa conhecer, de imediato, e ainda durante a realização das diligências, que o seu envolvimento numa ou várias possíveis infrações poderia ser mais amplo, compreendendo outros fornecedores para além da Super Bock inicialmente identificada.
210. Face ao exposto, não se concebe que a Pingo Doce alegue que a AdC, no âmbito do PRC/2016/4 tenha “procedido ilegalmente e sem autorização, a buscas e apreensões visando a monitorização global de todos os mercados de distribuição alimentar a retalho”.
211. Como se acaba de demonstrar, todas as diligências de busca que ocorreram no âmbito do PRC/2016/4 foram antecedidas, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC, por despacho de autorização emitido pelo Ministério Público, entidade competente nos termos do artigo 21.º daquele mesmo diploma.
212. No sentido da validade deste procedimento, na sequência, aliás, da interposição de recurso nesse mesmo PRC/2016/4, o TRL já se pronunciou, sustentando que “[s]e no decurso desta busca se obtém prova da comissão de outras conduta sancionáveis a

prova assim obtida é válida desde que observados os trâmites legais para a sua preservação”⁶².

213. Neste contexto, tão-pouco pode valer a alegação da empresa Pingo Doce de que a “*AdC decidiu proceder, no processo PRC/2016/4, a buscas e apreensões que nada tinham que ver com o objeto daquele processo*”, tendo as mesmas sido realizadas “*num processo no qual o objeto que tinham em vista não podia ser investigado, por falta de conexão com o objeto do processo*”⁶³.
214. Ora, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 17.º da LdC, “*a AdC procede à abertura de inquérito por práticas proibidas pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da mesma lei (...) oficiosamente ou na sequência de denúncia*” e, nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da mesma Lei, a AdC pode proceder a diligências de busca, exame, recolha e apreensão, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova das infrações previstas naqueles artigos – independentemente da infração que em concreto esteja em causa.
215. Tal como já referido pelo TRL, no âmbito do acórdão proferido no processo 71/18.3YUSTR-D, de 04 de março de 2020, “*a busca, como meio de obtenção de prova, não pode estar dependente da prévia existência das provas que visa alcançar*”.
216. Assim, já na sequência das diligências de busca adicionais realizadas no PRC/2016/4, o conselho de administração da AdC entendeu que existiam fundamentos suficientes para averiguar práticas restritivas da concorrência no âmbito de procedimentos sancionatórios autónomos, tendo então decidido, oficiosamente, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º e do n.º 1 do artigo 17.º da LdC, proceder à abertura, em 21 de março de 2017, de inquérito no âmbito do presente processo.
217. A decisão do conselho de administração da AdC baseou-se no facto de se ter chegado à conclusão, após uma análise preliminar dos elementos probatórios apreendidos, que inexistiam elementos de conexão entre a factualidade, as entidades potencialmente envolvidas e a eventual duração das práticas indiciadas em causa nos dois processos contraordenacionais, não existindo uma relação de causa-efeito entre as práticas investigadas em cada um deles.

⁶²Cf. Acórdão proferido no âmbito do processo 71/18.3YUSTR-J.L1-PICRS, de 12.11.2019, disponível em www.dgsi.pt, consultado 03.11.2020, e cópia junta aos autos a fls. 6571 do processo.

⁶³Cf. §13 da PNI Pingo Doce.

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

II.6 Da alegada nulidade das buscas e apreensões no PRC/2016/4 – A nulidade arguida no PRC/2016/4 e subsidiariamente no processo

II.6.1 Posição da visada Pingo Doce

223. Em 01 de outubro de 2018, a visada Pingo Doce veio reiterar os requerimentos apresentados no âmbito do PRC/2016/04, nos quais invocara um conjunto de alegadas nulidades/irregularidades referentes às diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas por esta Autoridade⁶⁴.
224. Para o efeito, a visada, na sua PNI, dá por integralmente reproduzido o teor do requerimento de 01 de outubro de 2018, assim como o teor das alegações entretanto

⁶⁴ Cf. requerimento de 02.10.2018 registado sob o n.º E-AdC/2018/5152, fls. 1008 a 1050 do processo.

apresentadas no recurso, à data, pendente junto do Tribunal da Relação de Lisboa, sob o n.º 71/18.3YUSTR-D⁶⁵.

II.6.2 Posição da Autoridade

225. Sem prejuízo de ter sido extraída certidão do PRC/2016/4 para o processo, a qual inclui os referidos requerimentos de arguição de alegadas nulidades/irregularidades (cf. fls. 481 a 501, 505 e 526 do processo), a resposta a tais requerimentos, indeferindo tal arguição, foi, oportunamente, dada no âmbito do referido PRC/2016/4, pelo que se remete para a mesma⁶⁶.
226. Ademais, cumpre aqui referir que, à data da adoção da presente Decisão, o TRL já se pronunciou no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D, tendo o respetivo acórdão sido favorável à AdC, confirmando a sentença do TCRS e julgado improcedente o recurso interlocutório interposto pela Pingo Doce relativamente à prova apreendida no âmbito do PRC/2016/4.
227. Face ao exposto, a presente questão encontra-se definitivamente decidida, não reclamando qualquer apreciação adicional por parte da AdC.

II.7 Da alegada nulidade das buscas e apreensões no PRC/2016/4 – A nulidade da prova adquirida no PRC/2016/4 em função da sua génese e a ausência de indícios de práticas anticoncorrenciais envolvendo empresas retalihistas

II.7.1 Posição da visada Pingo Doce

228. A visada Pingo Doce alega que os despachos de autorização do Ministério Público de 20 de janeiro de 2017 e de 02 de fevereiro de 2017, complementado pelo despacho do Ministério Público de 10 de fevereiro de 2017 não esclarecem quais os factos ou indícios concretos que fundamentaram as diligências de busca e apreensão na sede da empresa, em particular factos ou indícios que apontem para a existência de meios aptos a servir de prova.
229. Alega a visada que após ter tido acesso ao PRC/2016/4, acesso que só fora concedido um ano após o pedido, em alegada violação dos seus direitos de defesa, e, em concreto, às denúncias e elementos probatórios com base nos quais o conselho de administração

⁶⁵ Cf. §26 da PNI Pingo Doce.

⁶⁶ Cf. resposta de 16.05.2018 constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1055, no âmbito do PRC/2016/4.

decidiu, a 03 de junho de 2016, proceder à abertura de inquérito, nos termos do nº 1 do artigo 8.º e do nº 1 do artigo 17.º da LdC, a visada Pingo Doce refere que estes nada têm que ver com as práticas de *hub and spoke* apresentadas na Nota de Ilícitude adotada no presente processo e que nas denúncias não existe qualquer referência à Pingo Doce ou a outros grupos retalhistas⁶⁷.

230. Refere, na sua pronúncia, que não se comprehende “*como é que as trocas de mensagens que não envolvem a Visada, as denúncias e elementos de prova relativos exclusivamente à relação Unicer/Super Bock com a sua rede de distribuidores, e os contratos celebrados por pessoas diferentes da Visada, e nos quais esta apenas é mencionada em termos que a excluem do canal on-trade, são indiciários de práticas restritivas da concorrência alegadamente praticadas por esta*⁶⁸”.
231. Face ao exposto, a Pingo Doce critica a posição da AdC em considerar que a realização de diligências de busca, exame, recolha e apreensão seria imprescindível para obtenção de elementos de prova adicionais face a uma “*mera possibilidade sem qualquer indício relevante nos autos que sugira a existência de uma infração que envolva, de qualquer forma, a Visada*⁶⁹”.
232. A visada Pingo Doce alega que o facto de a AdC ter afirmado no seu requerimento de mandado de busca, exame recolha e apreensão de 18 de janeiro de 2017 que não excluía que a prática de fixação de preços estivesse também a ser imposta pela Super Bock junto dos seus clientes retalhistas, com quem esta se relaciona no canal off-trade, não foi suficiente para justificar uma diligência de busca e apreensão na sede da Pingo Doce.
233. Relativamente ao primeiro despacho de fundamentação do Ministério Público, datado de 20 de janeiro de 2017, a Pingo Doce considera que o mesmo é irrelevante e não pode ser invocado perante si, uma vez que não autoriza buscas nas suas instalações (reportando-se e dirigindo-se à Super Bock) e não indica quaisquer factos ou indícios concretos que façam crer o envolvimento da Pingo Doce na necessidade da busca e apreensão na sua sede.
234. No que concerne ao segundo despacho de fundamentação do Ministério Público, datado de 02 de fevereiro de 2017, a Pingo Doce alega que este, além de ser demasiado

⁶⁷ Cf. §35 e 36 da PNI Pingo Doce.

⁶⁸ Cf. §41 da PNI Pingo Doce.

⁶⁹ Cf. §43 da PNI Pingo Doce.

genérico quanto a uma alegada violação das normas da concorrência, baseia-se em informação obtida ilicitamente pela AdC.

235. A visada Pingo Doce suporta a sua afirmação no facto de no seu requerimento de mandado de busca, exame, recolha e apreensão de 01 de fevereiro de 2017, a AdC ter referido que foram encontrados, nas buscas realizadas na sede da Super Bock, ao abrigo do mandado de 20 de janeiro de 2017, “*fortes indícios do envolvimento de outras empresas em práticas restritivas da concorrência de cariz vertical e horizontal*”, no entanto e, no entender da Pingo Doce, “*esses indícios constantes dos autos não eram suficientes para a realização das diligência de busca e apreensão nos termos em que foi efetuada*”⁷⁰.
236. Isto porque, tal como alegado pela Pingo Doce, as denúncias que deram origem às buscas na sede da Super Bock apenas diziam respeito ao canal *on-trade*, “*pelo que a concessão de um mandado de busca que abrangesse também o canal off-trade é claramente desproporcional e desadequada*”.
237. Por estes motivos, conclui a Pingo Doce que as buscas e apreensões realizadas no PRC/2016/4 são ilegais, sendo nulas, não podendo ser utilizadas as provas obtidas através delas, nos termos dos artigos 18.^º e ss. da LdC, n.^º 3 do artigo 126.^º do CPP, *ex vi* artigos 13.^º da LdC e 41.^º do RGCO, e n.^ºs 8 e 10 do artigo 32.^º da CRP.

II.7.2 Posição da Autoridade

238. De acordo com os números 2 e 3 do artigo 18.^º da LdC, as diligências previstas na alínea c) do n.^º 1 daquele artigo dependem de decisão da autoridade judiciária competente. No caso concreto, as diligências de busca e apreensão foram ordenadas pelo Ministério Público, que emitiu os respetivos mandados de busca e apreensão (cf. artigo 21.^º da LdC).
239. Deste modo, as invalidades/nulidades referentes às diligências de busca e apreensão levadas a cabo no PRC/2016/4 e também relevantes para efeitos do presente processo, deveriam ter sido dirigidas ao órgão que praticou o ato, ou seja, ao Ministério Público que autorizou e proferiu os despachos que fundamentaram as referidas diligências. A regra geral em matéria de invalidades/nulidades, incluindo em processo penal e

⁷⁰ Cf. §50 da PNI Pingo Doce.

contraordenacional, é a de que estas são sempre suscitadas perante a entidade que as cometeu e por esta conhecidas e reparadas, se reconhecida a sua existência.

240. A AdC não é, deste modo, competente para se pronunciar sobre aquelas alegadas invalidades/nulidades, na medida em que, a existirem, não tendo as mesmas sido cometidas por esta Autoridade, não é a mesma competente para as apreciar e concluir pela sua existência ou inexistência. Tais arguições deveriam, pois, ter sido dirigidas à Secção de Turno do DIAP e ali apreciadas.
241. Não obstante, e tendo a visada Pingo Doce trazido à colação argumentos que decorrem da consulta do PRC/2016/4, cumpre esclarecer que as nulidades/invalidades invocadas carecem de sustento, conforme se passará a demonstrar.
242. Em primeiro lugar, é importante esclarecer que o acesso ao PRC/2016/4 foi conferido nos termos legalmente previstos, não tendo havido qualquer violação dos direitos de defesa da Pingo Doce.
243. Na verdade, a empresa Pingo Doce solicitou o acesso ao PRC/2016/4 na qualidade de terceiro, no dia 17 de agosto de 2018, tendo o mesmo sido deferido com a menção de que seria ainda necessário concluir uma versão não confidencial do referido processo para acesso por terceiros.
244. Salienta-se a este propósito, como aliás é do conhecimento direto da Pingo Doce, que o procedimento de classificação e tratamento de confidencialidades pode assumir particular complexidade, implicando um número de interações sequenciais com as visadas e/ou com terceiros, com impacto na respetiva duração desse procedimento, o qual apenas depois de concluído, habilita o respetivo acesso aos autos.
245. Terminada a preparação da versão não confidencial do processo para acesso por terceiros, a AdC informou a visada de que o acesso já poderia ser efetivado, a 17 de setembro de 2019.
246. Tal como já referido, a visada Pingo Doce não era visada no PRC/2016/4. Acresce que foi extraída desses autos certidão de toda a documentação com relevo para o presente processo. Não se vislumbra, assim, em que moldes o acesso à versão não confidencial para terceiros do PRC/2016/04 poderia relevan para o exercício dos direitos de defesa da Pingo Doce no presente processo, improcedendo, assim, a referida alegação.
247. Não obstante, e por motivos de completude, demonstrar-se-á que a arguição da nulidade da prova adquirida no PRC/2016/4, nos termos alegados pela Pingo Doce, não tem qualquer fundamento, o que já foi, também, corroborado pelo TRL em 04 de março

de 2020⁷¹ que confirmou a sentença do TCRS e julgou improcedente o recurso interlocutório interposto pelas empresas Jerónimo Martins e pela Pingo Doce, relativamente à prova apreendida no âmbito do PRC/2016/4.

248. A AdC recebeu, em 22 de fevereiro de 2016, uma denúncia da empresa DSB CER Unipessoal, Lda. relativa a uma alegada prática da Super Bock de fixação dos preços de revenda dos distribuidores de bebidas que integram a sua rede.
249. A 03 de junho de 2016, é instaurado o PRC/2016/4, tendo como visada a Super Bock, por fortes indícios de práticas restritivas da concorrência, que infringiam o disposto no n.º 1 do artigo 9.º da LdC bem como no n.º 1 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE).
250. Posteriormente, em 07 de outubro de 2016, a AdC recebeu uma denúncia da empresa Teles & Filhos, Lda., à data distribuidora da Super Bock, cuja factualidade é idêntica à investigada no âmbito do processo contraordenacional PRC/2016/4, razão pela qual foi determinada a junção da documentação apresentada ao referido procedimento contraordenacional.
251. Com base nos elementos carreados para os autos pelas denunciantes, a Autoridade concluiu revelar-se necessário proceder à realização de diligências de buscas e apreensão nas instalações da Super Bock.
252. Para esse efeito, a Autoridade, a 18 de janeiro de 2017, instruiu e fundamentou o respetivo requerimento, dirigido à autoridade judiciária competente, para autorização das diligências de busca, exame, recolha e apreensão e para a emissão dos necessários mandados, nos termos e para os efeitos dos n.os 2 e 3 do artigo 18.º da LdC, tendo os mandados sido emitidos, na sequência de despacho fundamentado do Ministério Público, de 20 de janeiro de 2017 (Cf. fls 3925 a 3936 e 4021 a 4053 do processo).
253. Resulta do requerimento de mandado de busca, exame, recolha e apreensão de 18 de janeiro de 2017 que os ilícitos indiciados diziam respeito à imposição vertical pela Super Bock aos seus distribuidores de condições comerciais que os impediam de determinar livremente a sua política comercial face aos seus clientes.
254. Sem prejuízo do exposto, no referido requerimento é, igualmente, descrito o âmbito de atividade da Super Bock no setor das bebidas, em concreto a atividade desenvolvida no

⁷¹ Cf. acórdão de 04 de março de 2020 do TRL, proferido no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2.

canal *on-trade* (canal “*horeca*”), através da sua rede de distribuidores grossistas independentes que revendem os seus produtos, assim como no canal *off-trade* (canal alimentar), correspondente à compra para consumo em casa, e que compreende os hipermercados, supermercados e lojas *discount*, somando-se o facto de, à data, esta empresa se assumir como a “*maior empresa portuguesa de bebidas, dispondo de uma estratégia multimarca e multimercado, cuja atividade assenta nos negócios das cervejas e das águas engarrafadas, estando igualmente presente nos segmentos dos refrigerantes, dos vinhos, na produção e comercialização de malte e, ainda, no negócio do turismo*”.

255. Quando, em 18 de janeiro de 2017, a AdC elaborou o mencionado requerimento de mandado de busca, exame, recolha e apreensão, os elementos probatórios de que dispunha não lhe permitiam conhecer a concreta dimensão da alegada infração e os seus reais efeitos, nem tão-pouco os termos e os meios em que a referida prática restritiva da concorrência era concretizada e implementada.
256. Destarte, e face ao teor dos elementos de que já dispunha, a estrutura do mercado, dimensão da empresa e canais de atividade onde a Super Bock atuava (*on-trade* e *off-trade*), a AdC considerou que as diligências requeridas se afiguravam imprescindíveis para obter elementos de prova adicionais que confirmassem a existência dos comportamentos em relação às denunciantes e, bem assim, elementos de prova que demonstrassem que a referida prática também se verificaria em relação aos restantes distribuidores da Super Bock e, ainda, possivelmente aos “*grandes clientes retalhistas*” com quem a Super Bock, de acordo com a informação recebida no âmbito das denúncias, se relacionava comercialmente de forma direta.
257. As diligências requeridas visavam, assim, comprovar os referidos indícios das práticas restritivas por parte da empresa visada, percecionar a sua real dimensão, o modo como a mesma é concretizada e implementada e, bem assim, os seus efeitos, designadamente em termos de produtos implicados, compensações acordadas e de definição concreta do universo de distribuidores e/ou clientes retalhistas afetados.
258. Mais se diga que, face à informação carreada para os autos e ao setor de atividade da Super Bock, o facto de a AdC não excluir a existência de práticas restritivas da concorrência na relação comercial entre a Super Bock e os seus clientes retalhistas constituiu motivo para requerer que as buscas a realizar nas instalações da Super Bock englobassem, igualmente, essas relações, mas não levou a que a AdC requeresse,

nessa altura, a realização de diligências de busca e apreensão nas instalações de empresas do setor da grande distribuição.

259. E, na verdade, face aos elementos probatórios carreados pelas denunciantes, ao balanço preliminar dos factos denunciados e à respetiva subsunção ao direito aplicável, o Ministério Público autorizou a realização de diligências de busca e apreensão, nos termos requeridos pela AdC.
260. Importa, assim, realçar o papel aqui desempenhado pelo Ministério Público que autoriza as referidas buscas nos termos *supra* referidos, o qual o TRL, no âmbito das diligência de busca e apreensão que ora se analisam, já considerou como sendo o de “*verificar a ausência de arbitrariedade e a adequação e proporcionalidade da diligência cuja autorização lhe é solicitada*”⁷².
261. Continua ainda o TRL, esclarecendo que «*a alínea c) do n.º 1 do art. 18.º, da LdC não impõe, como pressuposto da busca, a existência de indícios concretos mas antes que “tais diligências se mostrem necessárias à obtenção da prova”, condição que se mostra satisfeita pelo despacho do Ministério Público e pelo correspondente mandado*».
262. Por fim, reitera-se que a AdC, *motu proprio*, não tem competência para proceder a buscas, tendo que para tanto ser autorizada por uma autoridade judiciária. Neste sentido, veja-se a sentença do TCL de 16 de janeiro de 2008, *Unilever c. AdC*, processo 572/07.9TYLSB, quando refere que:

[N]o domínio dos procedimentos sancionatórios de concorrência, a AdC quando solicita a necessária autorização para realizar buscas, fá-lo através de requerimento fundamentado (art. 17.º, n.º2, da Lei 18/2003), o que permite ao Ministério Público aferir da necessidade e proporcionalidade da diligência solicitada, sendo que se não ficar convencido da existência de indícios da prática de um ilícito e de que num dado local poderá haver elementos de prova relevantes, não autorizará, nos termos do seu estatuto desenhado por lei, a requerida diligência ou diligências”.
263. Ora, tanto tinham fundamento os indícios que determinaram os termos em que as referidas buscas se iriam desenrolar que, no decurso das mesmas, para além de elementos referentes a comportamentos da Super Bock, foram encontrados fortes indícios de envolvimento de outras empresas em práticas restritivas da concorrência de cariz vertical e horizontal.

⁷² Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4 de março de 2020, Proc. n.º 71/18.3YUSTR-D.

264. Face ao exposto, não colhe, nem poderá colher a alegação da visada Pingo Doce de que o segundo despacho do Ministério Público que autoriza, como base nos elementos encontrados na Super Bock, as buscas nas instalações de empresas ativas no setor da grande distribuição e, *in casu*, na Pingo Doce, se baseia em informação obtida ilicitamente pela AdC.
265. Do exposto se conclui que as buscas e apreensões foram realizadas nas condições previstas na LdC (cf. artigo 17.º, n.º 2 do artigo 18.º e do n.º 1 do artigo 20.º) e em conformidade com o mandado do Ministério Público.
266. A AdC, como *supra* se expôs, não tem competência para decidir sobre a validade do mandado, pelo que aqui reitera a sua posição (já confirmada pelos Tribunais).
267. Não é, deste modo, reconhecida a existência de qualquer nulidade, invalidade ou ilegalidade e, em consequência, improcede o alegado pela visada quanto a esta matéria.

II.8 Da alegada inadmissibilidade da prova extraída do PRC/2017/13

II.8.1 Posição da visada Pingo Doce

268. A visada alega que os elementos de prova extraídos do processo contraordenacional registado sob a referência interna n.º PRC/2017/13 (“PRC/2017/13”) para o processo, não podem ser tidos em conta, por ser tratar de prova inquinada de invalidade, sendo a Nota de Ilicitude também inválida na parte correspondente.
269. A Pingo Doce vem na sua pronúncia alegar que a AdC não cumpriu com o disposto no n.º 5 do artigo 31.º, e n.º 1, *in fine*, do artigo 15.º da LdC, ao ter extraído para o processo mensagens de correio eletrónico, informações e documentação fornecida pela Pingo Doce no âmbito do PRC/2017/13.
270. Refere a empresa que não foi previamente informada de que a informação e elementos prestados no âmbito do PRC/2017/13 seriam extraídos e juntos ao processo, incluindo para efeitos da sua incriminação.
271. No entender da Pingo Doce, quando existem processos já instaurados no âmbito dos quais a AdC pretenda utilizar os elementos fornecidos, “esta tem de informar, em concreto, quais os processos em causa e quais os factos ali em investigação, para que o Visado possa exercer, em pleno, o seu direito de defesa, designadamente no que

respeita ao direito ao silêncio e à não auto-incriminação”, constitucionalmente consagrados”⁷³.

272. Alega a empresa que quando o pedido de elementos é enviado, o processo já se encontrava pendente, pelo que a AdC não poderia ter omitido à Pingo Doce a sua intenção de utilizar os elementos fornecidos no PRC/2017/13, “usando, assim, meios enganosos para obter prova, o que lhe está vedado expressamente pelo artigo 31.º do RJC”⁷⁴.
273. No entender da Pingo Doce, esta circunstância torna o ato de extração de uma certidão do teor do PRC/2017/13 de onde constavam esses elementos e o seu carreamento para o processo nulo, bem como a consequente Nota de Ilicitude que destes depende.
274. Face ao exposto, a Pingo Doce alega que os emails, informações e documentos prestados por esta empresa no âmbito do PRC/2017/13 não podem ser utilizados como meio de prova no processo e na Nota de Ilicitude que neles assenta, uma vez que a empresa não foi previamente informada do processo no âmbito do qual tais elementos iriam servir como meio de prova e quais os factos nele em investigação, por estar em causa uma proibição de prova, nos termos dos artigos 31.º, n.º 5 da LdC e alínea a) do n.º 1 do artigo 126.º do CPP (aplicável ex vi artigos 13.º da LdC e 41.º do RGCO) e artigos 32.º n.os 8 e 10 da CRP⁷⁵.
275. A visada Pingo Doce conclui afirmando que uma interpretação do n.º 5 do artigo 31.º da LdC que permita a “utilização num processo de meios de prova prestados pelo visado em obediência a solicitação da AdC em outro processo contra-ordenacional, sem que àquele seja dada informação sobre o processo já pendente onde poderia ser utilizados e os factos ali em causa é inconstitucional por violação dos artigos 32.º, nºs 1, 2, 8 e 10, 20.º, nº 4 e 18.º, nº 2, da CRP e 6.º da CEDH”⁷⁶.

II.8.2 Posição da Autoridade

276. Como nota introdutória, é importante clarificar que, nos termos n.º 5 do artigo 31.º da LdC, a “informação e a documentação obtida no âmbito da supervisão ou em processos sancionatórios da Autoridade da Concorrência podem ser utilizadas como meios de prova num processo sancionatório em curso ou a instaurar, desde que as empresas

⁷³ Cf. §68 da PNI Pingo Doce.

⁷⁴ Cf. §69 da PNI Pingo Doce.

⁷⁵ Cf. §72 da PNI Pingo Doce.

⁷⁶ Cf. §73 da PNI Pingo Doce.

sejam previamente esclarecidas da possibilidade dessa utilização nos pedidos de informação que sejam dirigidos (...)".

277. Ora, no âmbito do PRC/2017/13, para efeitos de desenvolvimento da investigação, foram efetuados vários pedidos de elementos de informação e documentação às empresas visadas durante a respetiva fase de inquérito, ao abrigo do artigo 15.º da Lei n.º 19/2012, relevando para a questão em análise, o pedido de elementos enviado através do ofício registado sob referência interna S-AdC/2018/3052, de 13 de dezembro de 2018.
278. Nos termos do referido ofício, a AdC informou que corria termos o PRC/2017/13 por alegadas práticas restritivas da concorrência levadas a cabo pela Pingo Doce nos mercados de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, designadamente no que respeita à distribuição de cerveja, águas lisas sem sabor, águas com gás sem sabor, refrigerantes com gás, bebidas *iced tea*, vinhos tranquilos, sangrias e sidras, tendo sido identificada, para efeitos do desenvolvimento da investigação e na sequência das diligências de busca e apreensão realizadas, a necessidade de obtenção de esclarecimentos adicionais sobre os factos em causa.
279. Face ao exposto e através do referido ofício S-AdC/2018/3052, a AdC, nos termos do disposto no artigo 15.º, no n.º 2 do artigo 17.º e na alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC, solicitou que a empresa Pingo Doce fornecesse as informações, documentos e demais elementos elencados no anexo 1 ao respetivo ofício.
280. O pedido de informação visava obter informação referente a i) estimativa de quotas de mercado por referência a vendas realizadas nos anos de 2003 a 2017 no mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal e nos mercados de distribuição retalhista em Portugal: cerveja, águas lisas sem sabor, águas com gás sem sabor, refrigerantes com gás, bebidas *iced tea*, vinhos tranquilos, sangrias e sidras; ii) volumes de negócios por referência às vendas no realizadas no período de 2003 a 2017 no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal e nos segmentos de mercado já referidos; iii) cinco principais fornecedores da Pingo Doce nos mercados de cerveja, águas lisas sem sabor, águas com gás sem sabor, refrigerantes com gás, bebidas *iced tea*, vinhos tranquilos, sangrias e sidras, identificando qual a sua representatividade, no período compreendido entre 2003 e 2017; e iv) o envio do Relatório e Contas ou Relatório de Gestão da Pingo Doce referente ao ano de 2017.
281. Em concreto, os elementos solicitados no ofício de pedido de elementos de informação visavam habilitar a AdC a aferir a posição da Pingo Doce nos mercados identificados

(questão i) a iv) do anexo 1 do ofício), assim como proceder à determinação da medida da coima eventualmente aplicável (questão iv) do anexo 1).

282. Do referido ofício de pedido de elementos constava ainda, expressamente, a seguinte menção: “[c]umpre informar, adicionalmente, que, nos termos do n.º 5 do artigo 31.º da Lei da Concorrência, a informação e a documentação fornecidas são suscetíveis de utilização como meio de prova em processos sancionatórios em curso ou a instaurar”.
283. Em 18 de março de 2019, a AdC, no uso das prerrogativas concedidas pelo n.º 5 do artigo 31.º da LdC, decidiu carrear para o processo, entre outros elementos, as informações e documentação fornecidas pela Pingo Doce, em resposta ao ofício S-AdC/2018/3052, tendo, para o devido efeito, extraído certidão do respetivo teor, uma vez que as respostas ao pedido de elementos em causa aproveitavam também à investigação desenvolvida no âmbito do presente processo⁷⁷.
284. A AdC fê-lo, essencialmente, por razões de eficiência e celeridade processuais, evitando-se, por um lado, replicar a prática de atos com o mesmo conteúdo e as mesmas finalidades e, por outro, onerar a visada Pingo Doce com novos pedidos de elementos exatamente nos mesmos termos do anterior.
285. Tendo a AdC, na execução das referidas tarefas, cumprido todos os trâmites legais, atuando de acordo com a prerrogativa legalmente conferida (como de seguida se demonstrará em maior detalhe), inexiste qualquer invalidade no procedimento que adotou.
286. Contrariamente ao alegado, a AdC nunca omitiu à Pingo Doce a sua intenção de utilizar os elementos fornecidos no PRC/2017/13, tendo, pelo contrário, expressamente referido que, nos termos do n.º 5 do artigo 31.º da LdC, a informação e a documentação fornecidas seriam suscetíveis de serem utilizadas como meio de prova em processos sancionatórios em curso ou a instaurar.
287. A AdC cumpriu o requisito legal de informar a Pingo Doce da possibilidade de utilização da informação e documentação em causa como meio de prova, não sendo exigido que a AdC identifique *a priori* para que processo sancionatório em curso será a informação e documentação suscetível de ser extraída, para os devidos efeitos legais.
288. Aliás, essa necessidade de identificação do processo ou processos de destino não é, desde logo, possível nos casos de tais processos ainda não terem sido instaurados, não

⁷⁷ Cf. fls. 2280 a 2286 do processo.

acrescentando a lei qualquer exigência adicional a esse propósito nos processos já em curso.

289. Face ao exposto, constata-se que o dever de esclarecimento legalmente exigido à AdC nos termos do n.º 5 do artigo 31 da LdC foi claramente cumprido, não podendo colher a alegação de que a prova fora obtida por “*meios enganosos*”, numa errada subsunção da situação em apreço à alínea a) do n.º 2 do artigo 126.º do CPP.
290. A AdC refuta, pois, a conclusão, sem base legal, a que a Pingo Doce chega ao referir que “*quando existem processos já instaurados, no âmbito dos quais a AdC pretenda utilizar os elementos fornecidos, esta tem que informar, em concreto, quais os processos em causa e quais os factos ali em investigação, para que o Visado possa exercer, em pleno o seu direito de defesa, designadamente no que respeita ao direito ao silêncio e à não auto-incriminação constitucionalmente consagrados*”⁷⁸.
291. Na verdade, facilmente se comprehende que sujeitar o uso da prerrogativa constante do n.º 5 do artigo 31.º da LdC, no âmbito de processos sancionatórios já em curso, a uma comunicação prévia dos exatos termos em que os elementos em causa poderão ser utilizados, bem como a uma comunicação prévia dos potenciais processos relevantes para o efeito, desvirtuaria o escopo da referida norma.
292. Esta norma permite que a AdC, na promoção e defesa da concorrência através da ação sancionatória, seja legalmente dotada de amplos poderes de investigação na prossecução das suas atribuições de garantia e defesa das regras da concorrência, podendo para o efeito utilizar documentos e elementos informativos obtidos no âmbito da supervisão ou em processos sancionatórios, em processos sancionatório em curso ou a instaurar, desde que dê conhecimento expresso de tal facto à empresa em causa aquando do pedido de informações.
293. O que a referida norma pretende é, no âmbito dos poderes sancionatórios conferidos à AdC, num contexto de economia processual, visando evitar onerar as empresas visadas com solicitações de informação e/ou documentos similares, permitir que a AdC, aquando da análise da informação recebida, possa utilizar os referidos elementos de informação no âmbito de outros processos sancionatórios autónomos.
294. E essa utilização, cumprida a prerrogativa do n.º 5 do artigo 31.º da LdC, dar-se-á quando for necessária no âmbito desses processos autónomos, podendo não ser, de

⁷⁸ Cf. §68 da PNI Pingo Doce.

todo, previsível essa necessidade no momento em que o pedido é feito, mesmo que o processo autónomo de destino já exista.

295. Não se pode sustentar, por isso, que a AdC deveria, para efeitos do exercício desta prerrogativa, informar em que processos poderá ser a informação utilizada, comunicando quais os factos em causa nessas investigações.
296. No momento do pedido poderá ainda não ser – e em regra não será - conhecido o potencial ou os potenciais processos de destino dessas informações (para além, naturalmente, do processo no âmbito do qual foram solicitadas) pelo que, uma interpretação como defende esta Visada levaria a que a AdC, no extremo, fosse obrigada a identificar como potenciais processos de destino todos os que tivesse em curso no momento do pedido, comunicando quais os factos em causa nessas investigações, o que manifestamente não faz qualquer sentido e contraria a norma em causa.
297. A norma exige, sim, tal como asseverado pelo TCRS em 12 de novembro de 2018 no processo n.º 71/18.3YUSTR-F, “*o cumprimento de requisitos mínimos de fundamentação do[s] ofício[s], de modo a permitir à visada o conhecimento das finalidades processuais concretas, comunicando-se de modo suficiente e bastante o âmbito, objeto e escopo da prova produzida*”.
298. Constatase pelo referido *supra* que a AdC cumpriu o seu dever de fundamentação, tendo densificado o propósito e finalidade de cada elemento solicitado, bem como explicitado os elementos demonstrativos do conhecimento que a Pingo Doce tinha dos factos em investigação.
299. Daí que se entenda que a utilização da informação e documentação solicitada no âmbito do PRC/2017/13 e a respetiva extração de certidão da mesma para o processo seja válida, tendo esta decorrido nos termos legais.
300. Sem prejuízo do exposto, não pode a AdC deixar de referir que o direito de defesa da Pingo Doce, e bem ainda o direito ao silêncio e à não auto-incriminação nunca seriam violados, mesmo sem o conhecimento prévio por parte da Pingo Doce relativo ao processo autónomo em curso a que a referida informação poderia ser aproveitada.
301. Como se referiu, por um lado, o esclarecimento prévio legalmente exigido consta da menção que no ofício se faz à faculdade constante do n.º 5 do artigo 31.º da LdC.
302. Por outro lado, o teor da informação solicitada não é suscetível de implicar uma preterição do direito à não incriminação, uma vez que esta diz respeito a informações

meramente factuais. Tal foi expressamente referido pelo TCRS a 12 de novembro de 2018 no processo n.º 71/18.3YUSTR-B:

«afigura-se-nos que tais elementos não comportam em si qualquer conteúdo incriminatório ou susceptível de, por si só, representar a consolidação probatória de uma prática restritiva da concorrência, servindo antes para a identificação e caracterização da visada/recorrente e da sua actividade e para a definição do mercado do produto relevante, mormente quanto dimensão do produto e dimensão geográfica do produto de determinadas bebidas».

303. Este entendimento é igualmente preconizado pela jurisprudência europeia, a qual considera que a inexistência de uma obrigação de fornecer respostas através das quais a parte seja levada a admitir a existência da infração, cuja prova cabe à Comissão Europeia, não é extensível a documentos e puros elementos de facto, mesmo que destes resulte a incriminação do investigado, dada a possibilidade de demonstração posterior de significado diverso – a qual, no caso concreto, cabe à Pingo Doce, nos termos do artigo 25.º da LdC.
304. Veja-se, nesse sentido, o entendimento do Tribunal de Justiça⁷⁹, concluindo que “*o facto de ser obrigado a responder às questões puramente factuais colocadas pela Comissão e a satisfazer os seus pedidos de apresentação de documentos preexistentes não é susceptível de violar o princípio do respeito do direito de defesa ou o direito a um processo equitativo, que oferecem, no domínio do direito da concorrência, uma protecção equivalente à garantida pelo artigo 6.º da CEDH. Com efeito, nada impede o destinatário de um pedido de informações de demonstrar, mais tarde no quadro do procedimento administrativo ou num processo perante o juiz comunitário, que os factos constantes das suas respostas ou os documentos transmitidos têm um significado diferente daquele que lhes deu a Comissão*”.
305. Face ao exposto, e tendo em consideração o tipo de informação e documentação solicitada, não pode a AdC deixar de constatar que, pelo menos, desde o dia 21 de setembro de 2019, nos termos do ofício registado sob a referência interna S-AdC/2019/2639, a Pingo Doce sabia quais eram, à data, as empresas suas co-visadas no âmbito do PRC/2017/13, a saber, empresas de distribuição retalhistas suas concorrentes e o fornecedor Super Bock.

⁷⁹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça (Segunda Secção), de 29 de junho de 2006, processo C-301/04P, Comissão das Comunidades Europeias contra SGL Carbon AG., Colet. 2006 I-05915, par. 406.

306. No que ao processo diz respeito, a Pingo Doce sabia, pelo menos, desde o dia 23 de setembro de 2019, nos termos do ofício registado sob a referência interna S-AdC/2019/2666, quais, à data, eram as empresas suas co-visadas nos presentes autos, a saber, empresas de distribuição retalhistas concorrentes da Pingo Doce e o fornecedor SCC.
307. Destarte, face ao tipo de informação solicitada pelo ofício S-AdC/2018/3052 e sabendo a Pingo Doce do facto de estar a ser investigada em dois processos contraordenacionais por eventuais práticas restritivas da concorrência, proibidas pelo n.º 1 do artigo 9.º da LdC e pelo n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, tendo já a Pingo Doce tido contacto com a prova apreendida nas suas instalações relevante para cada um dos processos⁸⁰, não pode esta empresa alegar que a AdC “escondeu”, aquando do envio do pedido de elementos, nomeadamente a sua intenção de utilizar a informação em causa em outros processos sancionatórios em curso, tratando-se assim a extração de um “meio enganoso para obter prova”.
308. Acresce que, caso a AdC não usasse a prerrogativa do n.º 5 do artigo 31.º da LdC mas, em contrapartida, fizesse novo pedido de elementos à Pingo Doce nos exatos termos do primeiro, aquela visada seria obrigada a responder, sob pena de incorrer numa infração sancionada com coima de até 1% do seu volume de negócios (cf. alínea h) do n.º 1 do artigo 68.º e n.º 3 do artigo 69.º da LdC). Pelo que a prova em causa seria obtida de qualquer forma.
309. Ora, tendo o ofício S-AdC/2018/3052 cumprido todos os requisitos formal e materialmente exigidos, a utilização da prova daí obtida, no uso da prerrogativa do n.º 5 do artigo 31.º da LdC, não padece de qualquer vício, não tendo sido coartado qualquer direito de defesa à visada Pingo Doce.
310. Nestes termos, não se considera que a prova extraída do PRC/2017/13 e utilizada nos presentes autos esteja ferida de qualquer das nulidades ou invalidades alegadas pela visada Pingo Doce.

⁸⁰ Para não mencionar as múltiplas interações informais ocorridas – no âmbito do procedimento de classificação e validação de confidencialidades e outras – entre a AdC e esta (bem como com as demais) Visada(s), no âmbito das quais a natureza e objeto do(s) processo(s) – do presente e dos demais em que a Pingo Doce é visada – foram sendo discutidos.

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

II.9.1 Posição da visada Pingo Doce

311. Na sua PNI, a Pingo Doce reitera que a confidencialidade da informação e documentação submetidas em resposta a pedido de elementos, referente a informação extraída do PRC/2017/13 para o processo, e da prova apreendida, deveria ter sido mantida nos termos das respetivas respostas e fundamentações apresentadas⁸¹.
312. Defende a Pingo Doce que tendo cumprido corretamente o exercício de confidencialização, a AdC não poderia ter disponibilizado às pessoas 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.
313. Não obstante, a empresa Pingo Doce refere que a documentação que apresentou em resposta às decisões finais sobre tratamento de informação confidencial foi feita de modo a evitar que versões confidenciais de documentos fossem consideradas integralmente não confidenciais.
314. Ademais, a Pingo Doce alega que tendo constatado que existem *emails* que têm como interlocutor um ou mais colaboradores da Pingo Doce, apreendidos nas instalações da SCC, e tendo estes sido utilizados na Nota de Ilícitude como prova alegadamente incriminatória, sem que à Pingo Doce tivesse sido dada oportunidade de se pronunciar, considera que esta atuação viola o disposto no artigo 30.º da LdC⁸².
315. A visada não descura que a LdC permite que a AdC utilize como meios de prova para demonstração de uma infração, informação classificada confidencial, constatando que “*a NI e a versão não confidencial do processo contêm informações que foram classificadas como confidenciais por PINGO DOCE / JERÓNIMO MARTINS, pelo que o seu acesso apenas poderia ser permitido*” aos advogados ou assessores económicos das pessoas visadas e estritamente para efeitos de direito de defesa, nos termos do n.º 4 do artigo 33.º da LdC⁸³.
316. No entender da visada Pingo Doce, “*para efeitos de elaboração da NI e de acesso à versão não confidencial do processo (que é acessível a todas as co-visadas e não*

⁸¹ Cf. §25 da PNI Pingo Doce.

⁸² Cf. §87, 88 e 89 da PNI Pingo Doce.

⁸³ Cf. §90 e 91 da PNI Pingo Doce.

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 da prova apreendida que PINGO DOCE/JERÓNIMO MARTINS apresentaram a 15.6.2018 e a 8.11.2018, e a que foi prestada através dos pedidos de elementos (sem prejuízo das ilegalidades respeitantes à comunicação dos factos) a 3.1.2019 e 12.2.2019”⁸⁴.

317. 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 nas suas versões não confidenciais.
318. No entender da Pingo Doce, o exercício do direito de defesa dos restantes co-visadas nunca estaria prejudicado porquanto estes sempre teriam acesso, através dos seus advogados, à versão confidencial dos referidos documentos e emails classificados como confidenciais pela Pingo Doce⁸⁵.
319. 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”⁸⁶.
320. 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, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto, e 195.º do Código Penal, e inquia 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 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

⁸⁴ Cf. §92 da PNI Pingo Doce.

⁸⁵ Cf. §99 da PNI Pingo Doce.

⁸⁶ Cf. §100 da PNI Pingo Doce.

TFUE e 32.º, n.os 8 e 10 da Constituição. O que se estende, à NI, na medida em que nela se baseia”⁸⁷.

II.9.2 Posição da Autoridade

321. A propósito da argumentação da Pingo Doce, a AdC não alcança em que medida o alegado se consubstancia numa nulidade.
322. Ora, como 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.
323. 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.
324. 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 pessoas 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.
325. 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.
326. No presente caso, observa-se que, terminado o procedimento de tratamento de confidencialidades referente à prova apreendida nas diligências de busca e apreensão e à documentação/informação prestada em resposta a pedidos de elementos, a Pingo Doce enviou versões não confidenciais dos documentos de acordo com o entendimento da AdC, não obstante referir que o fez “*sob ameaça ilegal de que a não submissão de versões não confidenciais dos e-mails nos termos indicados pela AdC nas respectivas Decisões Finais implicaria a consideração de todas as informações em causa como não confidenciais*”.

⁸⁷ Cf. §101,102, 103 e 104 da PNI Pingo Doce.

327. 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 devia e deve ser mantida nos termos das respostas e fundamentação apresentadas.
328. 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.
329. 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.
330. Destarte, a visada Pingo Doce poderia sempre ter recorrido das Decisões Finais de 22 de novembro de 2018⁸⁸ e 06 de fevereiro de 2019⁸⁹, nos termos do n.º 3 do artigo 84.º e do artigo 85.º da LdC, nomeadamente do que à alegada falta de fundamentação diz respeito.
331. 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.
332. 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”.

⁸⁸ Cf. Decisão Final de 22.11.2018 constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/2922.

⁸⁹ Cf. Decisão Final de 06.02.2019 constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2019/421.

333. 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.
334. 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, com vista a fundamentar a arguição que ora se desconstrói.
335. A Pingo Doce refere que não desconhece que a LdC, nos termos do n.º 3 do artigo 31.º permite, para efeitos de imputação dos factos que constituem uma infração, e como prova da mesma, a utilização pela AdC de informação confidencial, mas que a Nota de Ilícitude e a versão não confidencial do processo contêm informações classificadas pela visada como confidenciais, pelo que o acesso a essa informação só poderia ser conferido aos advogados ou assessores económicos das co-Visadas, nos termos do n.º 4 do artigo 33.º da LdC.
336. 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 Ilícitude 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 pessoas visadas titulares de informações confidenciais o cumprimento de determinados ónus sob pena da cominação legal de classificação da informação como não confidencial.
337. No termo do procedimento de classificação de confidencialidades, a AdC aceitou as versões não confidenciais apresentadas, as quais foram de encontro com as decisões finais por si proferidas, tendo sido conferida proteção a determinados segmentos de informação.
338. Assim, a informação relevante da Pingo Doce constante da Nota de Ilícitude e da versão não confidencial do processo é a que resulta do procedimento de classificação de confidencialidades.
339. Não se comprehende, 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”.

340. 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.
341. 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.
342. A AdC cumpriu todos os trâmites legais, não se alcançado, assim, em que medida poderia a sua atuação culminar numa nulidade da prova utilizada.
343. Improcede, pois, o alegado por esta visada.
344. Não obstante, cumpre ainda referir que, ao invés do alegado pela Pingo Doce, a AdC não violou o artigo 30.º da LdC ao não ter concedido à Pingo Doce a oportunidade de se pronunciar relativamente a uma série de *emails* apreendidos nas instalações da SCC que têm como interlocutor um ou mais colaboradores da Pingo Doce.
345. A este respeito, vejam-se as Linhas de Orientação 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, que, no que à proteção dos segredos de negócio diz respeito, se refere às entidades *titulares* das informações em causa.
346. Ora, a menção a titular da informação em causa terá de se referir à entidade *detentora* da informação cuja confidencialidade se pretende proteger.
347. 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*”.
348. Ora, os documentos a que a Pingo Doce faz menção, nomeadamente, os documentos SCC152, SCC160, SCC278 e conversação 49 (composta por SCC1933, SCC1936, SCC1944 e SCC1945) foram apreendidos nas instalações da SCC, é esta empresa a

detentora da informação apreendida, sendo a esta empresa visada que a AdC se deve dirigir, e dirigi⁹⁰, nos termos do n.^º 2 do artigo 30.^º da LdC.

349. 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.
350. Ademais e nos casos em que colaboradores da Pingo Doce figuram como remetentes das mensagens, relembra-se o entendimento do TRL, mencionado *supra* (parágrafo 96), 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"*.
351. Pelo exposto se conclui que a Autoridade, no que aos documentos SCC152, SCC160, SCC278, SCC1933, SCC1936, SCC1944 e SCC1945 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.
352. Finalmente, e no que respeita ao acesso ao processo regulado no artigo 33.^º da LdC, não poderão igualmente colher os argumentos da visada Pingo Doce, como se passará a demonstrar.
353. No âmbito do procedimento de confidencialidades, recai sobre o detentor do segredo de negócio o ónus de fundamentar perante a AdC a natureza confidencial das informações, identificando as razões para tais 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.
354. Dito de outro modo e olhando para o caso concreto: 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.

⁹⁰ Cf. pedido de identificação de informação confidencial de 23.03.2018 constante do ofício registado sob o n.^º S-AdC/2018/683.

355. 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 pessoas 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)).

356. Ora, 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, cautelarmente, versões não confidenciais dos documentos sob análise, conformando-se com o mesmo.

357. Facilmente se comprehende 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. Improcede, por isso, 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 15 de junho de 2018⁹¹, 08 de novembro de 2018⁹², 31 de janeiro de 2019⁹³ e 12 de fevereiro de 2019⁹⁴, versões não confidenciais estas que a AdC, tal como referido nas suas decisões finais

⁹¹ Cf. carta com a referência E-AdC/2018/3318, 15.06.2018.

⁹² Cf. carta com a referência E-AdC/2018/5873, de 8.11.2018.

⁹³ Cf. carta com a referência E-AdC/2019/46, de 03.01.2019.

⁹⁴ Cf. carta com a referência E-AdC/2019/781, de 12.02.2019.

de 22 de novembro de 2018 e 06 de fevereiro de 2019 e pelas razões aí detalhadamente exploradas, indeferiu – ato que, reitera-se, não obteve qualquer tipo de reação por parte da Pingo Doce, que não a conformação com o entendimento da AdC – o que torna o pedido da Visada impossível e desprovido de coerência.

358. Por fim, 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/e-mails qualificados como confidenciais por PINGO DOCE não prejudicam o exercício dos direitos de defesa daquelas empresas (artigo 33, n.º 4 do RJC)*”.
359. 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*.
360. De *iure condito*, o conteúdo do n.º 4 do artigo 33.º 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.
361. Por esta razão, 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 e se assegure um acesso a informação confidencial padronizado nos termos previstos na lei.
362. De resto, e como é bom de ver, 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.
363. 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.
364. 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) que não aqueles previstos na lei, 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.

365. Pelo exposto se comprehende 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 (artigo 61.º, n.º 1 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.
366. Inexiste, pois, qualquer nulidade que deva ser declarada nos termos alegados.

II.10 Do desentranhamento de prova potencialmente exculpatória

II.10.1 Posição da visada Pingo Doce

367. 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.
368. Nesta medida, a visada Pingo Doce considera que o desentranhamento de documentos eletrónicos determinado pela AdC no presente processo configura uma denegação do direito de efetivação do acesso, consulta e cópia integral de todos os documentos e emails, sendo ilegal e inconstitucional, por tal se revelar imprescindível para o exercício do direito de defesa, os termos dos artigos 33.º, 25.º, n.º 1 ambos da LdC, e artigos 32.º, n.º 10, 20.º, n.º 4 da CRP e 6.º da CEDH⁹⁵.

II.10.2 Posição da Autoridade

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

⁹⁵ Cf. §116 da PNI Pingo Doce.

370. 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.
371. 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).
372. Por outro lado, e tendo conhecimento dos demais desentranhamentos efetuados, a Pingo Doce 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 recurso de decisão final tentar reprimir a recorribilidade de decisões já perfeitamente estabilizadas na ordem jurídica.
373. Neste sentido, atente-se à sentença proferida pelo TCRS em 16 de março de 2017⁹⁶:

“- Efectivamente, a AdC determinou o desentranhamento de modo unilateral, sem contraditório ou sindicância das demais visadas;

Todavia, afígura-se-nos igualmente preclaro que a decisão de desentranhamento se encontra consolidada por falta de impugnação judicial das visadas enquanto medida da autoridade administrativa, sendo excedente do objecto deste processo, presumindo-se, formalmente, a sua conformação processual.”
374. 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.
375. 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.
376. Esse pressuposto basilar da atividade sancionatória da AdC é observado em todos os processos contraordenacionais que instrui, não constituindo o presente processo uma exceção.

⁹⁶ Proferida no âmbito do proc. n.º 20/16.3YUSTR

377. Neste contexto e voltando ao desentranhamento, note-se 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.
378. 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.
379. Nesse sentido, já se pronunciou o TCRS, concluindo que “*tendo a AdC competência exclusiva para conduzir o inquérito, bem como para determinar a relevância dos elementos probatórios pode ordenar a exclusão de documentação irrelevante para o objecto do presente processo*”⁹⁷.
380. Com base no referido entendimento jurisprudencial, *in casu*, a prova considerada irrelevante pela Autoridade foi desentranhada na fase de inquérito, conforme referido na secção I.6 da presente Decisão.
381. 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.
382. 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*”⁹⁸.
383. 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.
384. 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

⁹⁷ Cf. Acórdão do TRL, de 5 de abril de 2016, Proc. n.º 225/15.4YUSTR.L1 – 5.ª Secção –, disponível em www.concorrencia.pt.

⁹⁸ Cf. Acórdão do TRL, de 25 de outubro de 2016, Proc. n.º 195/16.1YUSTR.L1, disponível em www.concorrencia.pt.

diversos obstáculos processuais que desvirtuam o próprio objetivo de eficiência e celeridade processual inerente à adoção do procedimento de desentranhamento.

385. 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 (Cf. secção I.3 da presente Decisão), 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.
386. 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. 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).
387. 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.
388. 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.
389. 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.

390. Face ao exposto, a Autoridade mantém inalterada a sua posição relativa ao procedimento de desentranhamento adotado no processo, não se reconhecendo a existência de qualquer invalidade processual, pelo que improcede a argumentação invocada pela visada.

II.11 Da nulidade da Nota de Ilícitude derivada da sua alegada insuficiente determinação

II.11.1 Posição da visada Pingo Doce

391. Subsidiariamente ao que argumentou e que acima se descreveu, a visada Pingo Doce alega que o n.º 2 do artigo 69.º da LdC, “*na sua conjugação com as disposições que tipificam as infrações a que se segue a coima que aquele estabelece (...)*” é inconstitucional, por estabelecer uma coima indeterminada, violando, o disposto nos n.os 1 a 4 do artigo 29.º da CRP⁹⁹.
392. Neste sentido, a visada Pingo Doce entende que à prática *sub judice* só podem aplicar-se as coimas estabelecidas no artigo 17.º do RGCO.
393. A visada refere ainda que, mesmo que assim não se entendesse, a Nota de Ilícitude deveria fornecer «“*todos os elementos necessários para que este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito*” sob pena de violação dos artigos 24.º, n.º 3 alínea a) e 25.º, n.º 1, do RJC e, bem assim, através deles do direito de defesa dos arguidos ou visados e da presunção de inocência (artigo 32.º, n.os 1 e 10, da Constituição)»¹⁰⁰.
394. Padecendo, alegadamente, a Nota de Ilícitude de uma insuficiente determinação nessa matéria.
395. Afirma ainda a visada que perante uma coima cujos limites estão estabelecidos no RGCO e a determinar nos termos desse mesmo diploma, a indicação do mínimo da sanção aplicável não consta da Nota de Ilícitude, não obstante da mesma constarem o “*máximo e as circunstâncias ou factores a ter em conta para a determinação concreta da coima*”.
396. Alega a visada Pingo Doce que a referência da AdC à utilização das suas Linhas de Orientação sobre a aplicação de coimas, referindo-se as mesmas, no entender da

⁹⁹ Cf. §117 da PNI Pingo Doce.

¹⁰⁰ Cf. §120 da PNI Pingo Doce.

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, 41.º do RGCO e n.º 3 do artigo 283.º, do CPP, de acordo com o Assento n.º 1/2003, de 16 de janeiro de 2002, do Supremo Tribunal de Justiça¹⁰¹.

II.11.2 Posição da Autoridade

397. 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.
398. A título introdutório importa dar a nota de que a conformidade constitucional da norma contida no n.º 2 do artigo 69.º da LdC já foi objeto de vários recursos junto do Tribunal Constitucional, tendo este órgão, invariavelmente, emitido juízos no sentido da plena conformidade com o ordenamento constitucional¹⁰².
399. Com efeito, o facto do n.º 2 do artigo 69.º da LdC determinar que a coima aplicável pela Autoridade não pode exceder 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade, não impacta com o princípio constitucional invocado.
400. 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.
401. Nos ilícitos jusconcorrenciais, em concreto, a *ratio legis* do n.º 2 do artigo 69.º da LdC prende-se, tão-só e naturalmente, com a preocupação do legislador em balizar o valor máximo da coima aplicável com a situação económica (atual) das empresas visadas pelo processo de contraordenação, e não com qualquer intenção de impedir que as empresas visadas determinem o montante máximo da coima aplicável.

¹⁰¹ Cf. §124, 125 e 128 da PNI Pingo Doce.

¹⁰² Acórdão n.º 400/2016 de 21 de junho de 2016; Acórdão n.º 641/2017 de 4 de outubro de 2017.

402. 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^{103, 104}, 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.
403. Por outras palavras, ainda que, num primeiro momento, o limite máximo possa não estar determinado, a verdade é que o mesmo é sempre determinável por referência ao volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão de condenação da AdC, concedendo-se às empresas visadas, desde logo, os mínimos para conformar a sua margem de ação e conhecer as consequências do desrespeito dessa obediência legal^{105, 106}.
404. 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 2016¹⁰⁷, 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.
405. 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.

¹⁰³ Cf. Sentença do TCRS de 20.10.2016 – proc. n.º 36/16.0YUSTR – pp. 291-292, confirmada no Acórdão do TRL de 14.07.2017, pp. 239-269. Ainda não publicados.

¹⁰⁴ Cf. a decisão sumária do TC n.º 216/2016 analisou a questão na sua fundamentação a propósito do artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012. Autos de recurso n.º 383/15 da 1.ª Sessão e confirmada pelo Acórdão n.º 400/2016, de 21.06.2016, respectivamente: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsunarias/20160216.html> e <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160400.html>.

¹⁰⁵ Cf. Acórdão do TC n.º 466/12, proc. 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>.

¹⁰⁶ Sentença proferida em 04.01.2016, no âmbito do proc. n.º 102/15.9YUSTR.

¹⁰⁷ Cf. Autos de recurso n.º 383/15 da 1.ª Sessão. Confirmada pelo Acórdão n.º 400/2016, de 21.06.2016, respectivamente:<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsunarias/20160216.html> e <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160400.html>.

406. Não se aplica, pois, o disposto no artigo 17.º do RGCO nos termos avançados pela Pingo Doce, inexistindo qualquer lacuna na Lei da Concorrência a este respeito que precise de ser colmatada.
407. Alega ainda a visada que mesmo que se considerasse que a regulamentação legal da matéria de determinação da coima fosse constitucionalmente admissível – que já se viu que é – a Nota de Illicitude sempre padeceria de uma insuficiente determinação nessa matéria, em concreto, pela falta de indicação do mínimo da sanção aplicável.
408. Invoca, para os devidos efeitos, a nulidade da Nota de Illicitude, nos termos conjugados da alínea a), do n.º 3 do artigo 24.º, do n.º 1 do artigo 25.º e do artigo 13.º da LdC, 41.º do RGCO e n.º 3 do artigo 282.º, do CPP, de acordo com o Assento n.º 1/2003, de 16 de janeiro de 2002, do Supremo Tribunal de Justiça.
409. Ora, no que respeita à nulidade invocada pela visada Pingo Doce, quanto à omissão de requisitos da Nota de Illicitude, como sejam “*todos os elementos necessários para este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito*”, sob pena de violação do direito de defesa das visadas e da presunção de inocência, impõe-se esclarecer, no âmbito dos parâmetros gerais, que os requisitos da NI não podem ser supridos pelo recurso neste plano, ao n.º 3 do artigo 283.º do CPP.
410. Em primeiro lugar, não se concebe como, pelo facto de da Nota de Illicitude 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 €394.493.012, [s]endo assim, patentemente afectado o seu direito de defesa*”¹⁰⁸. Fica por esclarecer qual a razão pela qual a ausência de menção a limite mínimo ligada à menção expressa do limite máximo determinam “*patentemente*” a afetação do seu direito de defesa.
411. Ora, de acordo com a Nota de Illicitude e nos termos do n.º 2 do artigo 69.º da LdC, o limite máximo da coima eventualmente aplicada à visada Pingo Doce, caso a decisão final tivesse sido adotada em 2018, seria de €394.493.012, independentemente do montante mínimo da coima. Este valor não releva para o facto de, no máximo, poder ser aplicada uma eventual coima de €394.493.012.

¹⁰⁸ Cf. §126 da PNI Pingo Doce.

412. E mais se diga, a Autoridade na Nota de Ilícitude não indica o limite mínimo da coima eventualmente aplicável, tal como a lei não o indica, não dependendo este de determinação da AdC.
413. 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.
414. 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.
415. 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.
416. Veja-se, a propósito, o entendimento Tribunal Constitucional, na decisão sumária n.º 216/2016 quando refere que “*a lei especificou os critérios que deverão nortear a determinação da medida da coima dentro da moldura sancionatória. Com efeito, à luz do estabelecido no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a determinação da coima faz-se em função da gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no 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*”.
417. Face ao exposto, facilmente se comprehende que o direito de defesa da visada Pingo Doce não foi, de modo algum, coartado.
418. De facto, cumpre recordar que a nota de ilícitude 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.
419. Ou seja, é na pronúncia sobre a nota de ilícitude 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.

420. Daqui resulta outro aspeto relevante para a presente análise: ainda não foi, neste momento do processo (adoção da Nota de Ilícitude), 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. Tal momento corresponde ao que imediatamente se segue àquele.
421. Deste modo, não tendo as visadas, nesta fase do processo, exercido o contraditório, estranho seria, conforme parece pretender a Pingo Doce, se desde logo na Nota de Ilícitude, a AdC fosse conclusiva na descrição das circunstâncias que poderiam vir a ser tidas em consideração caso venha a ser aplicada uma sanção.
422. De facto, afigura-se descabido pretender que assim seja, na medida em que, na pronúncia sobre a Nota de Ilícitude, as visadas poderão vir contraditar a factualidade relevante e 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.
423. Em bom rigor, no limite, até poderá não haver condenação e aplicação de coima em razão de, em face da defesa apresentada, a AdC poder determinar o arquivamento do processo.
424. Aliás, não pode a Pingo Doce, que noutra sede da sua PNI invoca a pretensa violação do princípio da presunção da inocência, pretender que a AdC fique impedida de considerar os factos e o enquadramento jurídico que ela própria carreie 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.
425. De facto, a argumentação da Pingo Doce a este respeito afigura-se manifestamente contraditória com o que esta visada alega a propósito de uma pretensa violação do princípio da presunção de inocência por parte da AdC na Nota de Ilícitude. Se num contexto, pugna pela necessidade de a AdC apresentar dados definitivos e conclusivos sobre a aplicação das sanções a que a Pingo Doce estaria sujeita, noutro pugna pelo oposto. Ora, se a AdC apresentasse dados definitivos e conclusivos sobre a aplicação das sanções à Visada, certamente a Pingo Doce iria argumentar que tal atuação configurava uma violação da sua presunção de inocência.

426. Assim se explica que, sem prejuízo de a Nota de Ilícitude 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 Ilícitude não possam deixar de ser efetuadas de forma não conclusiva, porquanto, sendo assegurado o contraditório às visadas, a AdC terá necessariamente de confrontar as conclusões da investigação com as pronúncias sobre a Nota de Ilícitude apresentadas pelas visadas e só depois adotar juízos conclusivos suscetíveis de determinar a medida concreta da coima.
427. 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.
428. Em primeiro lugar, como é consabido e está estabilizado na doutrina e na Jurisprudência, a Nota de Ilícitude 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 MP prevista no artigo 283.º CPP¹⁰⁹.
429. Efetivamente, não existe uma norma quanto aos requisitos de forma da Nota de Ilícitude e de acordo com a jurisprudência constante do Assento n.º 1/2003¹¹⁰ quanto aos direitos de defesa e audiência no regime geral das contraordenações – artigo 50.º do RGCO:
- “Quando, em cumprimento do disposto no artigo 50.º do regime geral das contra-ordenações, o órgão instrutor optar, no termo da instrução contra-ordenacional, pela audiência escrita do arguido, mas, na correspondente notificação, não lhe 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, o processo ficará doravante afectado de nulidade, dependente de arguição, pelo interessado/notificado, no prazo de 10 dias após a notificação, perante a própria administração, ou, judicialmente, no acto de impugnação da subsequente decisão/acusação administrativa”* (destaque da Autoridade).

¹⁰⁹ Pois que, se impugnada, convola-se na “acusação” do Ministério Público (cf. n.º 1 do artigo 62.º do RGCO ex vi artigo 83.º da Lei da Concorrência).

¹¹⁰ Cf. Assento n.º 1/2003 publicado no Diário da República n.º 21/2003, Série I-A de 25-01-2003, pp. 547 – 559.

430. E, por maioria de razão, nem 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.
431. Efetivamente, a aplicação do regime penal ou processual penal não pode, no limite, redundar numa importação acrítica de regimes e figuras que desvirtuam a natureza e os princípios do próprio processo contraordenacional e, *in casu*, dos processos previstos na LdC (regime especial face ao RGCO)¹¹¹ como defende a visada.
432. Assim sendo, a Nota de Ilícitude é uma acusação funcional¹¹² (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. Assim sendo, e aplicando-se à Nota de Ilícitude 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.
433. De acordo com o citado Assento n.º 1/2003, uma Nota de Ilícitude deve conter: a descrição dos factos imputados com a indicação das normas segundo as quais se pune – cf. n.º 5 do artigo 25.º da LdC e artigo 50.º do RGCO *ex vi* artigo 13.º da LdC.
434. Este é, pois, o conteúdo mínimo que uma Nota de Ilícitude deve conter: factos imputados e indicação das normas aplicáveis suscetíveis de imporem uma condenação.
435. 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.
436. Entende-se que, no presente caso, não assiste razão à visada, porquanto se considera que a NI é clara quanto à imputação objetiva e subjetiva da infração objeto da presente Decisão, pelo que não se verifica a existência do vício ora imputado à Nota de Ilícitude.
437. 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 pessoas visadas

¹¹¹ Sobre o sentido do artigo 41.º, do RGCO, cf. LEONES DANTAS, “Os direitos de audição e defesa no processo das contra-ordenações – art. 32.º, n.º 10, da Constituição da República, Contra-ordenações Laborais”, CEJ, novembro de 2013, pp. 41 e ss.

¹¹² Cf. Paulo Pinto Albuquerque “Comentário do Regime Geral das Contra-Ordenações à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem”, 2011, Lisboa: Universidade Católica, pp. 207-222.

os critérios de determinação da medida concreta da coima – designadamente em função do respetivo grau de participação na infração. Da mesma forma, encontram-se definidos os limites máximos para a determinação abstrata da coima (de 10% do volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória, no caso das empresas visadas, e de 10% da respetiva remuneração anual auferida pelo exercício das suas funções na empresa infratora, no último ano completo em que se tenha verificado a prática proibida, no caso das pessoas singulares).

438. No mesmo sentido, esclareceu o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 376/2016, de 8 de junho de 2016¹¹³, 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)”.

439. 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.
440. Da Nota de Ilícitude constavam, pois, todos os elementos relevantes e necessários para a Decisão, relacionados com sanções aplicáveis, estando as visadas na posse de toda a informação para que pudessem exercer cabalmente os seus direitos de defesa, também quanto à medida da coima aplicável.
441. Em face do que antecede, e considerando o que a este respeito foi já mencionado na Nota de Ilícitude, conclui-se que não assiste razão à visada quanto à alegada violação do direito de defesa e do direito à presunção de inocência.
442. Pelo exposto, não se verifica, deste modo, a existência de qualquer nulidade quanto a esta matéria, nos termos previstos dos artigos 25.º da LdC e do artigo 50.º do RGCO, ex vi artigo 13.º da LdC, que densificam o n.º 10 do artigo 32.º da CRP.

¹¹³ Publicado no Diário da República n.º 131/2016, Série II, de 11 de julho de 2016.

II.12 Da alegada invalidade da notificação da Nota de Ilicitude

II.12.1 Posição da visada Auchan

443. Na sua PNI, a Auchan vem reiterar a posição defendida no seu requerimento de 07 de junho de 2019¹¹⁴, alegando que a Nota de Ilicitude que lhe foi notificada “não se encontra assinada, tratando-se, por isso, de um ato inválido, encontrando-se ferido de nulidade (...)”¹¹⁵.
444. Alega, ademais, que a Nota de Ilicitude notificada “não corresponde ao texto integral da NI que foi aprovada pelo conselho e que imputa determinada infração à empresa, antes consistindo numa versão truncada desse mesmo texto”¹¹⁶.
445. A visada alega que não existe qualquer disposição na LdC que permita a truncatura de uma nota de ilicitude, a qual sempre seria constitucional, por violação do artigo 32.º da CRP.
446. No entender da Auchan, “ao truncar-se a nota de ilicitude torna-se impossível na prática ler e analisar a NI de forma contínua e ininterrupta na sua plenitude, apenas sendo possível proceder a um exercício aproximado nas instalações da AdC, mas sempre de forma intercalada com a consulta a cada momento, em data room, das partes truncadas”¹¹⁷.
447. Deste entendimento retira a Auchan que “a não notificação do texto integral da nota de ilicitude à Visada determina a sua nulidade, que desde já se vem arguir com todas as consequências legais (cf. n.º 3 do artigo 283.º, n.º 5 do artigo 97.º e artigo 120.º do CPP, n.º 10 do artigo 32.º da CRP)”¹¹⁸.
448. A visada exprime, ainda, a sua discordância, alegando que “a AdC não tem sequer o cuidado de fundamentar, ainda que sucintamente, a decisão de truncar a nota de ilicitude e explicar qual a base legal que legitimaria essa opção”¹¹⁹.

II.12.2 Posição da Autoridade

449. Tal como referido no parágrafo 36 da PNI da Auchan, a AdC já se pronunciou relativamente às questões suscitadas, nomeadamente quanto à alegada falta de

¹¹⁴ Cf. requerimento de 07.06.2019 registado sob o n.º E-AdC/2019/3735, fls. 3224 a 3229 do processo.

¹¹⁵ Cf. §40 da PNI Auchan.

¹¹⁶ Cf. §41 da PNI Auchan.

¹¹⁷ Cf. §48 da PNI Auchan.

¹¹⁸ Cf. §50 da PNI Auchan.

¹¹⁹ Cf. §51 da PNI Auchan.

notificação à Auchan da Nota de Ilícitude adotada (e assinada) pelo conselho de administração da AdC, bem como sobre a alegada ininteligibilidade da versão notificada, truncada e incompleta, pelo que se dá aqui por totalmente reproduzida a sua resposta constante do ofício S-AdC/2019/2718, de 11 de julho de 2019¹²⁰, resposta com a qual a Auchan se conformou.

450. Sem prejuízo do exposto, importa reiterar que o facto de a notificação em causa conter informação truncada não implica a incompletude da Nota de Ilícitude, apenas traduz a necessidade de substituir a informação confidencial, suscetível de proteção, por descritivos que resumem de forma clara, rigorosa e concisa a informação suprimida, preservando a sua inteligibilidade.
451. E tanto preserva a sua inteligibilidade que a maioria da informação confidencial substituída diz respeito, designadamente, a dados numéricos referentes a quotas de mercado e volumes de negócio, *i.e.*, informação concentrada no capítulo II. 2 – “Identificação e caracterização dos mercados envolvidos”, em especial, o subcapítulo II.2.3 – “Posição das empresas Visadas nos mercados identificados”, da Nota de Ilícitude, consubstanciando-se os respetivos descritos em intervalos de valor.
452. Pelo que não se concebe que a Auchan venha alegar que a compreensão do conteúdo integral da Nota de Ilícitude sempre ficaria dependente de uma análise em *dataroom* de documentos “necessariamente dispersos” que contivessem a informação truncada, coartando um exercício cabal dos seus direitos de defesa, na medida em que, no entender da visada, ao se truncar a Nota de Ilícitude “torna-se impossível na prática ler e analisar a NI de forma contínua e ininterrupta”.
453. Ora, a este propósito cumpre esclarecer que de acordo com o disposto no artigo 33.º da LdC e nos termos e condições aí estatuídos, a versão integral da Nota de Ilícitude (ou seja, a versão com as confidencialidades desprotegidas) sempre se encontrou (e encontra-se) disponível para consulta em *dataroom*, pelo que da sua simples consulta e leitura, conseguem as visadas (por intermédio dos seus mandatários) facilmente constatar a informação confidencial que foi substituída, não se vislumbrando sequer como poderá este exercício corresponder a uma análise de “documentos (necessariamente dispersos)”.
454. Por fim, cumpre esclarecer e reiterar que a decisão de enviar cópia certificada da versão não confidencial da Decisão de Inquérito é permitida pela própria lei, em concreto do

¹²⁰ Cf. fls 3298 a 3301 do processo.

artigo 30.º da LdC, face ao dever que incumbe à AdC de acautelar o interesse legítimo das visadas na não divulgação dos seus segredos de negócio, sem nunca coartar os direitos de audição e defesa estatuídos no artigo 25.º da mesma lei.

455. Ou seja, no processo foram cotejados e ponderados quer os direitos de defesa das pessoas visadas quer o seu interesse legítimo na não divulgação dos seus segredos de negócio, tendo a solução adotada, em conformidade com a lei, permitido o equilíbrio adequado de tais direitos e interesses, sem restrição desproporcionada de qualquer deles.
456. Neste sentido, não se afigura que a decisão da AdC careça de fundamentação, e muito menos se pode acolher tal posição quando a referida questão já fora densificada e comunicada à visada Auchan em 11 de julho de 2019 e com a qual a mesma se conformou.
457. Improcedem, portanto, as arguições de nulidade suscitadas quanto à notificação da Nota de Illicitude.

II.13 Da alegada nulidade por falta de fundamentação da Nota de Illicitude

II.13.1 Posição da visada Auchan

458. A visada Auchan vem alegar que a Nota de Illicitude 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”¹²¹.
459. Considera que a AdC “não transmite à Auchan os fundamentos concretos para a imputação da infração, antes se limitando a remeter para prova constante dos autos, não acompanhada de qualquer explicitação da análise empreendida ou da ponderação e valoração efetuadas”¹²².
460. O recurso à remissão da prova sem uma explicação adicional determina, de acordo com a visada, a nulidade da Nota de Illicitude por falta de fundamentação da acusação contra a Auchan (nos termos do n.º 5 do artigo 97.º, alínea b) do n.º 3 do artigo 283.º, e n.º 2

¹²¹ Cf. §372 da PNI Auchan.

¹²² Cf. §367 da PNI Auchan.

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

461. Por fim, a Auchan considera também que a mera exemplificação ou não indicação de todos os meios de prova disponíveis contra a Auchan “*impede a visada de se poder pronunciar sobre factos que lhe possam estar a ser imputados (...)*”¹²³.
462. Omissão esta que, segundo a visada, também se consubstancia numa nulidade por manifesta falta de fundamentação, nos termos do n.º 5 do artigo 97.º, alínea b) do n.º 3 do artigo 283.º, e n.º 2 do artigo 120.º, do CPP.

II.13.2 Posição da Autoridade

463. A argumentação aduzida pela Auchan é totalmente improcedente pelos motivos que se passarão a expor.
464. Em primeiro lugar, importa desde já afastar a nulidade invocada pela visada, por suposta violação do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, na medida em que referindo-se o disposto às garantias em processos contraordenacionais, dispõe apenas que nestes “(...) *bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa*”.
465. Ora, como 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 contraordenacional, são garantidos pelo n.º 10 do artigo 32.º da CRP.
466. Acresce que, no âmbito de processos contraordenacionais, na fase da investigação e 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.
467. 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.

¹²³ Cf. §378 da PNI Auchan.

468. 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 5.º do RGCO) a visada teve oportunidade de apresentar a sua pronúncia escrita sobre a Nota de Ilicitude e requerer as diligências complementares de prova que considerou convenientes, – o que a visada não contesta – assim se efetivando o seu direito de audiência e defesa.
469. Depois, no que respeita às nulidades invocadas pela Auchan 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 a outros normativos invocados do CPP.
470. A este respeito, cumpre em primeiro lugar relembrar que a questão da equiparação de uma nota de ilicitude, emitida nos termos e para os efeitos do disposto na LdC, a uma acusação, tal como prevista no artigo 283.º do CPP, não se afigura tão linear como a Auchan a configura.
471. No entender da Autoridade, já expresso na sua prática decisória¹²⁴, a nota de ilicitude adotada no âmbito do processo contraordenacional por infrações à LdC não pode ser equiparada a uma acusação, conforme prevista no processo penal.
472. Com efeito, e tal como já referido no parágrafo 432 da presente Decisão, a Nota de Ilicitude é uma acusação funcional (não tendo a natureza de decisão final), não se podendo fazer o paralelismo com a acusação do MP – 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.
473. 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.
474. Em suma, o direito contraordenacional encontra-se, na nossa ordem jurídica, autonomizado face ao direito penal, fundando-se tal autonomia na diferente natureza do

¹²⁴ Cf. Decisão do conselho de administração da AdC de 30/07/2019 no âmbito do PRC/2017/10, em particular parágrafos 439 a 444.

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.

475. Clarificada esta questão, no que respeita especificamente ao conteúdo da Nota de Ilicitude, o Assento n.º 1/2003 do STJ é claro no sentido de que “[a] *notificação fornecerá os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito (...)*” (sublinhado da Autoridade)¹²⁵.
476. 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,
477. 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.
478. O TCRS também já pronunciou, em 30 de setembro de 2020¹²⁶, relativamente à questão prévia de falta de fundamentação, esclarecendo que «*conforme jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal de Justiça, a “falta de fundamentação implica a inexistência dos fundamentos de facto e de direito que justificam a decisão e só 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*».
479. Neste quadro de análise, entende-se que, no presente caso, não assiste razão à visada, porquanto se considera que a Nota de Ilicitude é clara quanto à imputação objetiva e

¹²⁵ Assento 1/2003 do Supremo Tribunal de Justiça, Diário da República n.º 21/2003, Série I-A de 2003-01-25, recurso 467/2002, ponto 13, II.

¹²⁶ Sentença do TCRS de 30.09.2020 no âmbito do Proc. n.º 322/17.1YUSTR.

subjetiva da infração objeto da presente Decisão, pelo que não se verifica a existência do vício ora imputado à Nota de Ilícitude.

480. 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 ilícitude 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 ilícitude 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"¹²⁷ (sublinhado da Autoridade).

481. Nestes termos, considerando a Nota de Ilícitude junta aos autos e regularmente notificada, importa salientar o seguinte, por referência à informação que deverá constar da mesma, conforme descrita nas Linhas de Orientação da AdC sobre Instrução de Processos:

- (i) *Identificação dos visados*: as pessoas visadas são devidamente identificadas, desde logo no preâmbulo da NI (páginas 7 e 8 da Nota de Ilícitude), sendo posteriormente efetuada, no capítulo II.1 da Nota de Ilícitude ("Identificação e caracterização dos Visados" – parágrafos 29 a 67 da Nota de Ilícitude¹²⁸), uma descrição mais detalhada de cada uma, da respetiva atividade comercial e profissional desenvolvida e do grupo empresarial em que se inseriam as pessoas visadas à data da factualidade relevante;
- (ii) *Descrição dos factos que lhes são imputados, com indicação das provas obtidas*: no capítulo II.3 da Nota de Ilícitude ("Comportamentos dos Visados" – parágrafos 130 a 339 da Nota de Ilícitude¹²⁹), foi realizada uma descrição

¹²⁷ Linhas de Orientação da AdC sobre a Instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, de 22/03/2013 – parágrafos 84 e 85.

¹²⁸ Reproduzidos na presente Decisão nos parágrafos 561 a 606 infra.

¹²⁹ Reproduzidos na presente Decisão nos parágrafos 710 a 1648 infra.

sequencial, narrativamente orientada e espaço-temporalmente circunstanciada, das condutas das visadas com relevância contraordenacional, incluindo não só a narração dos factos, como também a indicação de todos elementos de prova que serviram de base à descrição da factualidade efetuada pela Autoridade;

- (iii) "Indicação das normas que se consideram infringidas e respetiva fundamentação": no capítulo III.1 da Nota de Illicitude ("Apreciação jurídica e económica do comportamento dos Visados" – parágrafos 367 a 667 da Nota de Illicitude¹³⁰), a AdC procedeu à apreciação jurídica e económica da factualidade anteriormente apurada, indicando, para todos os elementos do tipo objetivo e subjetivo, as normas jurídicas e a jurisprudência dos tribunais europeus e portugueses que foram tidas em consideração para esse efeito;
- (iv) "Moldura da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis, com exposição das circunstâncias que podem ser consideradas na sua determinação concreta na decisão final": no capítulo III.2 da Nota de Illicitude ("Determinação das sanções" – parágrafos 668 a 731 da Nota de Illicitude¹³¹), 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.

482. Adicionalmente, na Nota de Illicitude foram ainda comunicados às pessoas visadas diversos aspetos relacionados com a origem e tramitação do PRC/2017/1 (secção I da Nota de Illicitude – "Do processo"), nomeadamente como é que a AdC teve notícia da infração¹³², quando é que foi aberto o inquérito¹³³ e quais as diligências probatórias realizadas¹³⁴.
483. Por fim, na secção II da Nota de Illicitude – "Dos Factos" –, para além da factualidade relativa à conduta anticoncorrencial propriamente dita, a AdC abordou ainda as dimensões de produto e geográfica dos mercados em causa, assim como a posição das empresas visadas nesses mesmos mercados (capítulo II.2 da Nota de Illicitude¹³⁵).

¹³⁰ Reproduzidos na presente Decisão nos parágrafos 1686 a 2233 infra.

¹³¹ Reproduzidos na presente Decisão nos parágrafos 2234 a 2378 infra.

¹³² Reproduzida na presente Decisão na secção I infra.

¹³³ Reproduzida na presente Decisão na secção I infra.

¹³⁴ Reproduzida na presente Decisão na secção I infra.

¹³⁵ Reproduzida na presente Decisão na secção III infra.

484. À luz do exposto, fica patente que as exigências de conteúdo da Nota de Ilícitude foram respeitadas na íntegra no presente processo, tendo sido comunicados às pessoas visadas, aquando da Decisão de Inquérito, todos os elementos necessários para que estes pudessem exercer os seus direitos de defesa previstos na LdC, no RGCO e na CRP, inexistindo como tal, a este respeito, qualquer violação desses mesmos direitos.
485. No que respeita à invocada utilização na Nota de Ilícitude de uma técnica remissiva e seleção de elementos de prova para ilustrar a prática da infração, saliente-se que a utilização de uma tal metodologia (que, como se demonstrará, não acarreta qualquer indeterminação) não pode relevar nos termos alegados pela Auchan, uma vez que a Nota de Ilícitude é esclarecedora quanto à recondução da conduta das pessoas visadas às normas legais aplicáveis e à imputação objetiva e subjetiva da infração em causa, permitindo-lhes ponderar a eventual *"oportunidade sobre a conveniência da impugnação judicial"* da decisão final.
486. Ou seja, é patente que, relativamente à visada Auchan e a todas as pessoas visadas, o exercício dos seus direitos de defesa não ficaram frustrados pelas alegadas insuficiências que a Nota de Ilícitude pudesse conter, sendo sempre possível percorrer o raciocínio da Autoridade e dele extrair as devidas conclusões.
487. 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.
488. A este propósito, no que à prova respeita, a visada alega que a não indicação de todos os meios de prova disponíveis contra a Auchan, através da utilização da expressão *"entre outros"*, impede que esta se pronuncie sobre factos que lhe possam ser imputados, frustrando um exercício pleno dos seus direitos de defesa.
489. Não colhe, contudo, a alegação feita pela visada.
490. A AdC utiliza como meio de prova para demonstrar a infração, bem como o envolvimento das pessoas visadas, apenas uma parte do acervo probatório constante dos autos (designadamente os elementos/documentos identificados na Nota de Ilícitude e nos seus Anexos 1 e 2).
491. De entre estes documentos, a circunstância de a AdC, no capítulo II.3.3. *"Envolvimento dos Visados"*, apenas fazer referência àqueles que considera mais ilustrativos e

- evidentes da participação e envolvimento de cada visada na prática ilícita, não obsta a que as visadas utilizem todo o acervo probatório mencionado para efeitos de defesa.
492. Tal utilização ilustrativa, com menção para demais elementos do mesmo tipo constantes dos autos, decorre da necessidade de um esforço de síntese atento o volume da prova em causa.
493. 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.
494. Destarte, o exercício dos direitos de defesa da Auchan 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 a visada, de facto, acesso à versão confidencial (integral) e não confidencial do processo.
495. E tanto assim é que, para efeitos da sua pronúncia, num exercício pleno do seu direito ao contraditório, a visada Auchan 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 pessoas visadas, recorrendo, igualmente, a uma técnica remissiva, de seleção de elementos de prova para efeitos de defesa (cf., nomeadamente, os parágrafos 619, 633, 809 e 811da PNI Auchan).
496. Em face do exposto, improcedem as alegações suscitadas quanto à alegada nulidade da Nota de Ilicitude por violação das garantias de defesa da visada.

II.14 Da alegada nulidade por violação do princípio da legalidade e da justiça efetiva ou erro sobre os pressupostos no que respeita à imputação da Auchan

II.14.1 Posição da visada Auchan

497. 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 Lidl, da Leclerc ou da Dia Minipreço.
498. 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 artigo 4.º do CPP”.

II.14.2 Posição da Autoridade

499. 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.
500. Também não contesta que os indícios revelados nesses meios de prova relativamente às empresas de distribuição visadas, aplicam-se, *mutatis mutandis*, às tais insígnias.
501. Finalmente, não contesta que tais empresas de distribuição não foram investigadas no presente processo de contraordenação.
502. Trata-se, no entanto, de uma matéria que não deverá ser objeto de análise em sede de questões prévias.
503. Uma questão prévia é uma questão que pode prejudicar a análise dos factos e do direito no âmbito da presente Decisão. O facto de a Auchan discordar das conclusões da Autoridade quanto aos factos e ao direito não consubstancia uma questão prévia. Constitui, isso sim, matéria que deverá ser (e será) analisada em sede de apreciação dos factos e respetiva qualificação (direito).
504. Não obstante, cumpre à AdC no presente capítulo demonstrar a improcedência das nulidades arguidas pela visada.
505. Segundo um princípio da justiça relativa, para situações iguais deve ser aplicado o mesmo critério jurídico.
506. Sucede que, no presente processo, o recurso a este princípio não resulta na igualdade de posições sustentada pela visada Auchan para outras insígnias que não as empresas de distribuição visadas, ou seja, a posição das empresas Lidl, Leclerc e Dia Minipreço, 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.
507. O facto de estas empresas surgirem identificadas em alguns meios de prova relevantes para efeitos de imputação da prática ilícita a algumas pessoas 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 parágrafos 842 a 850 da presente Decisão.

508. Destarte, e não se tratando de situações exatamente iguais, nunca poderia o princípio da justiça relativa ter sido violado, nem, tão-pouco, o facto de aquelas empresas não terem sido investigadas no presente processo se consubstancia numa nulidade insanável, nos termos das alíneas *b* e *d*) do artigo 119.^º do CPP.
509. 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 SCC, MCH, Pingo Doce, Auchan, Modelo Continente, SGPS, S.A., Sonae MC, SGPS, S.A., Jerónimo Martins – SGPS, S.A. e, à data, Auchan Portugal – Investimentos (SGPS), S.A. (Cf. fls. 2 a 6 do processo).
510. No decurso do inquérito, as diligências de investigação levaram a concluir pelo envolvimento da empresa ITMP no eventual ilícito em causa (cf. Decisão do conselho de administração da AdC de 17 de outubro 2018, fls. 1972 do processo).
511. 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*”.
512. 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.
513. 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 (“CPC”) *ex vi* artigo 4.^º do CPP.
514. 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, consubstanciar uma violação dos direitos de audição e defesa da Auchan, nos termos do n.^º 10 do artigo 32.^º da CRP.

515. Com efeito, a verificar-se, conforme entendimento da Auchan, que os elementos de prova constantes dos autos não corroboram as conclusões da AdC quanto à factualidade relevante, a PNI é precisamente o instrumento processual adequado para a Auchan fornecer a sua visão dos factos vertidos pela AdC na NI.
516. A Auchan tem direito a discordar do entendimento da Autoridade, tendo expressado as razões da sua discordância na sua PNI. Só não se concebe como é que o facto de a Auchan ter um entendimento diverso do entendimento da Autoridade, que oportunamente expressou na sua PNI, no exercício do seu direito de defesa constitucionalmente consagrado, constitui uma violação desse mesmo direito de defesa gerador de uma nulidade.
517. Não obstante a Auchan estar precisamente a exercer o seu direito de defesa, facilmente se comprehende que a arguição de nulidade da Nota de Ilícitude por erro sobre os pressupostos de facto e contradição dos factos com a acusação, não pode colher.
518. 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.
519. O simples facto de a Auchan não concordar com a AdC ou o facto de questionar a Autoridade sobre os motivos que levaram a que determinadas insígnias mencionadas em elementos probatórios relevantes constantes dos autos não tivessem assumido a qualidade de visadas não pode, por si só, determinar a nulidade da NI, nos termos arguidos.
520. Veja-se, nesse mesmo sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09 de fevereiro de 2017¹³⁶ 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”.

¹³⁶

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

521. 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 Ilícitude.
522. No caso concreto, como se aflorou acima e se demonstrará em maior detalhe *infra*, tal erro e contradição nem sequer se verificam.
523. A referida matéria será, contudo, melhor analisada em sede de apreciação nos factos, sendo nessa sede que a Autoridade avaliará os argumentos trazidos à colação pela Auchan (cf. parágrafos 842 a 850 da presente Decisão).

II.15 Da alegada prescrição do procedimento contraordenacional quanto às infrações praticadas entre 2007 e 2012

II.15.1 Posição da visada Auchan

524. Na PNI¹³⁷, a Auchan alega que a AdC não dispõe de elementos probatórios para demonstrar que, em cada ano (de 2008 a 2017), a Auchan praticou cada um dos quatro subelementos do tipo de ilícito de *hub&spoke*, bem como é de descartar a qualificação da infração como de execução permanente.
525. 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 constituir 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.
526. Pelo que invoca a prescrição quanto aos factos suscetíveis de constituir subelementos do tipo de ilícito contraordenacional em causa, especificamente imputados à Auchan, praticados entre 11 de fevereiro de 2008 e 16 de fevereiro de 2012.

II.15.2 Posição da Autoridade

527. Apreciada a argumentação da Auchan a este respeito, a Autoridade considera-a improcedente por duas ordens de razão.

¹³⁷ Cf. PNI Auchan capítulo IV.5.

528. Em primeiro lugar, a Autoridade reafirma estar em causa nos autos uma (única) infração de natureza permanente (cf. secção IV.1.6 da presente Decisão).
529. Ou seja, é possível constatar uma componente de continuidade temporal nos comportamentos das empresas visadas, que decorre não só do facto de existirem mensagens de correio eletrónico em todos os anos do período de tempo considerado, mas também do facto de inexistirem quaisquer indícios de que os referidos comportamentos se tenham interrompido ou suspendido em algum momento ou circunstância do período de tempo considerado, inexistindo qualquer elemento de prova que evidencie que alguma das empresas visadas tenha alguma vez posto fim aos seus comportamentos ou deles se tenha distanciado (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).
530. 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 pessoas visadas.
531. A este propósito, a Autoridade faz ainda notar que este tipo de infração jusconcorrencial é, por natureza, tendencialmente secreta e difícil de detetar; os agentes envolvidos não só recorrem a meios de comunicação que dificilmente deixam registo quanto ao conteúdo (como o caso do telefone ou do contacto presencial [cf. parágrafo 1168 da presente Decisão]), como utilizam regra-geral uma linguagem específica, muito sucinta e pouco detalhada, baseada em siglas, sempre que se referem ao tema preços recomendados ou preços de venda ao público, para além de, em alguns casos, chegarem mesmo a eliminar os meios de prova que possam existir.
532. Portanto, somente a análise da globalidade da prova constante dos autos poderá revelar os verdadeiros e reais contornos da prática em causa.
533. E o que a globalidade da prova revela no presente caso é que, independentemente do grau de participação de cada pessoa visada ou da ocorrência de desvios face aos PVP concertados, os comportamentos ilícitos foram-se sucedendo ao longo do período de tempo considerado relevante, ao abrigo da estratégia conjunta de alinhamento de preços no mercado (cf. parágrafos capítulo III.3 da presente Decisão), sem que se vislumbre qualquer indício de comportamento que pusesse termo à prática ilícita ou qualquer indício de que a Auchan se tenha dela distanciado (cf. capítulo III.3.3.7 da presente Decisão).

534. Na verdade, as visadas podiam ter posto fim aos comportamentos ilícitos em qualquer momento do período de tempo considerado relevante, mas mantiveram o mesmo tipo de comportamento que preenche os elementos do tipo objetivo e subjetivo da infração jusconcorrencial que lhes é imputada (cf. secções IV.1.3 e IV.1.4 da presente Decisão).
535. A globalidade da prova demonstra, assim, que os comportamentos ilícitos subsistiram de forma permanente e sem quaisquer alterações durante todo o período de tempo considerado, não sendo aliás possível excluir que os referidos comportamentos tenham tido início em data anterior e/ou possam encontrar-se ainda em curso.
536. Considera-se, portanto, a existência de uma única infração, que decorreu de forma ininterrupta, no caso da Auchan, entre 11 de fevereiro de 2008 e 7 de março de 2017 (cf. parágrafo 2233 da presente Decisão).
537. Em segundo lugar, a Autoridade concorda que a primeira interpelação à Auchan no contexto deste processo ocorreu em 16 de fevereiro de 2017, data em que lhe foi notificado pela Autoridade o mandado para a realização das diligências de busca e apreensão e se interrompeu o prazo legal para a contagem do prazo de prescrição.
538. Nos termos do n.º 3 do artigo 74.º da LdC, a prescrição do procedimento por contraordenação interrompe-se “*com a notificação [ao visado] de qualquer ato da Autoridade da Concorrência que pessoalmente o afete, produzindo a interrupção efeitos desde a notificação do ato a qualquer um dos visados pelo processo*”.
539. Assim, no dia 16 de fevereiro 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 da Autoridade da Concorrência que pessoalmente a afeta.
540. 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, encontrando-se o processo contraordenacional em tempo e cumprindo à Autoridade decidir o mesmo, sem prejuízo das suspensões do prazo prescricional em curso impostas por determinação legal.

II.16 Da alegada nulidade das inquirições derivada da falta de notificação de todas as pessoas visadas para comparecer

II.16.1 Posição das pessoas visadas SCC, [Administrador SCC] e Pingo Doce

541. A AdC notificou, em 13 de julho de 2020, todas as pessoas destinatárias da presente Decisão 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.
542. As pessoas visadas SCC, [Administrador SCC] e Pingo Doce pronunciaram-se sobre o Relatório em 27 de julho de 2020, conforme, respetivamente fls. 5828 a 5832 e 5834 a 5835.
543. Nas suas pronúncias, as visadas alegam que os atos de instrução de diligências complementares de prova, *i.e.* as diligências de inquirição de testemunhas e audições orais, padecem de nulidade pelo facto de as co-Visadas não terem sido notificados e convocados a comparecer nas diligências complementares de prova, nem para nelas participarem.
544. Para o efeito, alegam uma devida aplicação subsidiária do n.º 2 do artigo 289.º do CPP, que dispõe que o “*Ministério Público, o arguido o defensor, o assistente e o seu advogado podem assistir aos atos de instrução por qualquer deles requeridos e suscitar pedidos de esclarecimento ou requerer que sejam formuladas as perguntas que entenderam relevantes para a descoberta da verdade*”.
545. 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 em 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*”.
546. A Visada SCC e [Administrador SCC] referem ainda, por sua vez, que ainda que se entendesse que o artigo 289.º do CPP não tem aplicação no presente processo, o direito de defesa e o direito ao contraditório, numa interpretação conforme à CRP, sempre imporiam que as pessoas co-visadas fossem convocadas para estar presentes, só sendo tais direitos plenamente respeitados se “*tivesse sido dada a todos os visados no processo a possibilidade de participarem nas diligências complementares de prova, questionando as testemunhas sobre o que entendessem ser relevante e suscitando pedidos de esclarecimento, aliás, tal como foi dada essa oportunidade às visadas que*

requereram as diligências de prova, discriminando-as positivamente relativamente aos demais visados desconsiderados".

547. Arguem, destarte, que “os actos de instrução de diligências complementares de prova padecem de nulidade, sanável, através da realização de novas diligências complementares de prova, com convocação dos restantes co-visados, conforme dita o artigo 289.º, n.º2, do CPP”.

II.16.2 Posição da Autoridade

548. Tendo em vista a boa decisão do pedido de declaração de nulidade por parte das pessoas visadas acima identificadas, começa-se por se salientar que não tem lugar a aplicação subsidiária do regime do CPP nesta matéria, a qual é expressamente regulada pelo disposto no artigo 25.º da LdC.
549. Com efeito, o regime aí previsto não prevê a possibilidade de uma pessoa visada presenciar e/ou intervir na apresentação da defesa de uma co-visada, nem ainda nas diligências complementares de prova por esta última requeridas.
550. Nos termos da referida disposição legal, cada pessoa 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.
551. 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.
552. Como se constata, a LdC não é, de todo, omissa nesta matéria, inexistindo qualquer lacuna a preencher.
553. Neste sentido, a AdC esclarece que a instrução no processo contraordenacional da Concorrência é exercida nos termos da LdC e não se assemelha à fase de instrução no processo penal.

554. Em cumprimento do disposto na LdC, a nota de ilicitude fornece todos os elementos necessários para que as pessoas visadas fiquem a conhecer todos os aspectos relevantes para a decisão, mas não equivale à notificação da acusação em Direito Penal, pois não constitui a decisão final da AdC.
555. 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.
556. Em processo contraordenacional da Concorrência, do princípio do contraditório não resulta, portanto, o direito de uma pessoa 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 esta solicitadas, mas sim o direito 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.
557. O Tribunal Constitucional¹³⁸ já se pronunciou sobre a questão *sub judice*, ao não julgar inconstitucional a 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.
558. 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*”
559. Importa também referir que o TCRS, no âmbito do processo n.º 229/18.5YUSTR-E¹³⁹, ao analisar exatamente 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*

¹³⁸ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 73/2012, de 08.02.2012, proferido no âmbito do processo n.º 733/10.

¹³⁹ Cf. sentença do TCRS de 09.10.2020 no âmbito do Proc. n.º 229/18.5YUSTR-E já transitada em julgado

ao contraditório se efetive no momento processual próprio com as limitações decorrentes do procedimento instituído. Em face do exposto, já porque não existe qualquer lacuna, já porque não cabe qualquer acolhimento da norma contida no artigo 289.º do Código de Processo Penal, já porque tal se assume conforme à Constituição da República Portuguesa, e sem que assim se descortine qualquer nulidade, decai a pretensão da Recorrente e improcede o respetivo recurso".¹⁴⁰

560. Inexiste, pois, qualquer nulidade (ainda que sanável) nos termos alegados.

¹⁴⁰ No mesmo sentido, sentenças do TCRS proferidas no âmbito dos processos n.ºs 225/15.4YUSTR-J, 225/15.4YUSTR-L, 225/15.4YUSTR-M e 225/15.4YUSTR-P

III DOS FACTOS

III.1 Identificação e caracterização das pessoas visadas

III.1.1 SCC

561. A SCC é uma sociedade anónima, com o capital social de 50.000.000 euros, que tem por objeto social a “*importação, exportação, exploração, produção, preparação, fabrico e comercialização, por grosso ou a retalho, de malte, cerveja, sidras, vinhos e bebidas espirituosas, refrigerantes, águas minerais, águas de nascente e de mesa e seus derivados, águas artificialmente mineralizadas ou de qualquer modo preparadas e de outros produtos alimentares, bem como das correspondentes matérias-primas e bens associados, nomeadamente compra e venda de vidro e objetos de vidro, assim como a comercialização por grosso a estabelecimentos de comércio, serviços e/ou restauração de merchandising e material de apoio à venda de géneros alimentícios, assim como a prestação de serviços de consultoria e estudos de mercado nestas áreas ou em áreas conexas, aquisição, venda e qualquer outra forma de exploração de marcas registadas, patentes e direitos conexos e gestão de carteira própria de títulos; 2. a sociedade pode ainda proceder à exploração de estabelecimentos termais, balneários, salões de recreio, piscinas e campos de jogos e de indústria hoteleira e alimentar; 3. a sociedade poderá igualmente produzir e comercializar eletricidade de origem térmica e produzir e distribuir vapor*”¹⁴¹.
562. A SCC é detida pela Heineken España (74,99% do capital social), pela Heineken International, B.V. (25% do capital social), pela Mouterij Albert N.V. (uma ação), pela Distilled Trading International B.V. (uma ação) e pela Servicio Integral A Horeca, S.A. (uma ação)¹⁴².
563. Por seu turno, a SCC detém a 100% as sociedades Hoppy House Brewing Unipessoal, Lda., Novadis Unipessoal, Lda. e Sociedade da Água de Luso, S.A., detendo esta última, a 100%, as sociedades TDL – Termas de Luso, Lda. e Fundação Luso¹⁴³.
564. A SCC foi constituída em 1934, designando-se, à data, Sociedade Central de Cervejas¹⁴⁴.

¹⁴¹ Cf. Certidão permanente de registo comercial da SCC (fls. 744 a 754 do processo).

¹⁴² Cf. Resposta da SCC ao pedido de elementos da AdC (fls. 699 a 773 do processo).

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Cf. <http://www.centralcervejas.pt/pt/sobre-nos/soc-central-cervejas.aspx> (último acesso em 12.09.2018).

565. Ao longo dos anos, a SCC sofreu uma série de alterações na constituição do seu capital social, tendo o Grupo Heineken assumido o controlo societário em 29 de abril de 2008, após conclusão do processo de compra da Scottish & Newcastle por um consórcio constituído entre a Carlsberg e a Heineken, que se desfez depois da referida aquisição¹⁴⁵.
566. A SCC assume-se como “uma Grande Empresa de Bebidas: Cerveja, Sidra, Águas e Refrigerantes com Distribuição Nacional”¹⁴⁶, declarando publicamente que a sua visão é fazer “as marcas que as pessoas preferem e adoram beber” e que a sua missão é ser “a empresa de bebidas, a operar em Portugal, que lidera a satisfação dos consumidores e clientes, produzindo e distribuindo com paixão marcas de bebidas que fazem parte das suas vidas”¹⁴⁷.
567. O Grupo Heineken, por seu turno, assume-se como um “grupo cervejeiro líder europeu e uma das maiores empresas do mundo”¹⁴⁸.
568. A SCC comercializa as marcas de bebidas Sagres, Bohemia, Heineken, Desperados, Affligem, Guinness, John Smith’s, Kilkenny, Bandida do Pomar, Strongbow, Água do Luso, Água do Cruzeiro e Royal Club¹⁴⁹.
569. A maior parte destas marcas são marcas reconhecidas por qualquer consumidor médio em Portugal, agregando a preferência de muitos consumidores portugueses e com visibilidade a nível internacional.
570. Por exemplo, em 2017, a cerveja Sagres e a Água do Luso foram eleitas, pela 11^a e 8^a vez consecutiva, respetivamente, Marcas de Confiança pelo Reader’s Digest¹⁵⁰; e as cervejas Sagres Branca e Bohemia Original e a Água do Luso e água do Luso com gás receberam medalhas de ouro atribuídas pelo prémio Monde Selection; e a cerveja Bohemia recebeu o prémio “Produto Master da Distribuição” atribuído pelos retalhistas¹⁵¹.
571. O volume de negócios realizado pela SCC no ano de 2019 foi de 295.006.727 euros¹⁵².

¹⁴⁵ Idem.

¹⁴⁶ Idem.

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ Idem.

¹⁴⁹ Cf. <http://www.centralcervejas.pt/pt/marcas-produtos.aspx> (último acesso em 12.09.2018).

¹⁵⁰ Cf. <http://www.centralcervejas.pt/pt/sobre-nos/factos-e-numeros.aspx> (último acesso em 12.09.2018).

¹⁵¹ Idem.

¹⁵² Cf. Resposta da SCC a pedido de elementos da AdC (fls. 6042 a 6046 do processo).

572. O volume de negócios realizado pela SCC com produtos para revenda no mercado da distribuição retalhista de base alimentar no período entre 2008 e 2017 consta da Tabela 1 *infra*.

III.1.1.1 [Administrador SCC]

573. [Administrador SCC] foi membro do conselho de administração da SCC desde 30 de maio de 2014 e Diretor Comercial para o canal *Off Trade* desde 1 de fevereiro de 2010¹⁵³.
574. A remuneração anual auferida pelo exercício das suas funções na SCC em 2016 foi de [100.000 – 200.000] euros¹⁵⁴.

III.1.2 MCH

575. A Visada MCH insere-se num universo empresarial denominado “Grupo Sonae”, com presença em múltiplos setores de atividade em Portugal, designadamente no da distribuição retalhista de base alimentar¹⁵⁵.
576. A MCH é uma sociedade anónima, com o capital social de 79.360.000 euros, exclusivamente detida pela sociedade Sonae MC, SGPS, S.A. (100%)¹⁵⁶, que tem por objeto social o “comércio retalhista e armazénista, nomeadamente a exploração de centros comerciais, grandes armazéns, charcutarias, confeitorias, cafés, restaurantes, padarias, talhos, relojoarias e ourivesarias e, ainda as indústrias de confeitoria, padaria, charcutaria e outras pequenas indústrias e a distribuição em livre serviço, a importação de todos os bens destinados ao comércio retalhista, edição, produção e distribuição de livros e de outras publicações, a indústria de abate, transformação, preparação, processamento, refrigeração, conservação, embalagem, distribuição por grosso ou a retalho, de carnes, produtos à base de carnes, de todos os tipos de peixes e produtos à

¹⁵³ Cf. Resposta da SCC ao pedido de elementos da AdC (fls. 699 a 773 do processo).

¹⁵⁴ Cf. resposta ao pedido de elementos da AdC constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/4824 (Cf. comunicações registadas sob o n.º E-AdC/2020/6579, de 23.10.2020, e n.º E-AdC/2020/6596, de 26.10.2020).

¹⁵⁵ Para os efeitos do n.º 4 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, importa referir que a Sonae MC adquiriu, em 2007, o controlo exclusivo da Carrefour (Portugal) – Sociedade de Exploração de Centros Comerciais, S.A. (cf. decisão da Autoridade de 27 de dezembro de 2007, processo n.º Ccent. 51/2007 (*Sonae / Carrefour*)). Por virtude desta aquisição, toda a atividade no âmbito do retalho alimentar do Grupo Carrefour em Portugal (sob a insígnia “Carrefour”), foi incorporada no negócio do Grupo Sonae.

¹⁵⁶ Cf. Resposta da MCH a pedido de elementos da AdC registada sob o n.º E-AdC/2020/5028 (fls. 6097-A a 6097-AG do processo).

base de peixes e outros produtos alimentares, e ainda a importação e exportação. A sociedade pode ainda importar e comercializar medicamentos não sujeitos a receita médica, e a título acessório, prestar serviços na área de comércio retalhista e grossista a outros estabelecimentos de livre serviço, bem ainda como a promoção, desenvolvimento e gestão imobiliária, compra e venda de imóveis próprios ou alheios e revenda dos adquiridos para esse fim e arrendamento de imóveis e ainda a prestação de serviços na área do bem-estar físico, nomeadamente, higiene e beleza”¹⁵⁷.

577. A MCH é a sociedade operacional do Grupo Sonae para o setor da distribuição retalhista, explorando um *portfolio* de lojas que operam sob as marcas “Continente”, “Continente Modelo” e “Continente Bom Dia”.
578. O volume de negócios realizado pela MCH no ano de 2019 foi de 3.989.023.040 euros¹⁵⁸.
579. O volume de negócios realizado pela MCH no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela SCC no período entre 2010 e 2017¹⁵⁹ consta da Tabela 5 *infra*.

III.1.2.1 [Diretor MCH]

580. [Diretor MCH] foi responsável pela direção da unidade de negócio “Soft Drinks” da MCH entre 1 de maio de 2014 e 28 de fevereiro de 2015¹⁶⁰.
581. A remuneração anual auferida pelo exercício das suas funções na MCH no ano de 2014 foi de [Confidencial – dados pessoais] euros¹⁶¹.

III.1.3 Pingo Doce

582. A Visada Pingo Doce integra um grupo empresarial denominado “Grupo Jerónimo Martins”, que se encontra ativo no setor da distribuição retalhista de base alimentar (o

¹⁵⁷ Cf. Certidão permanente de registo comercial da MCH, código de acesso a fls. 2283 do processo.

¹⁵⁸ Cf. Resposta da MCH a pedido de elementos da AdC registada sob o n.º E-AdC/2020/5028 (fls. 6097-A a 6097-AG do processo).

¹⁵⁹ A MCH não apresenta informação relativa aos anos de 2008 e 2009.

¹⁶⁰ Cf. Resposta da MCH a pedido de elementos da AdC (fls. 2283 a 2317 do processo).

¹⁶¹ Cf. resposta ao pedido de elementos da AdC constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1898 (Cf. comunicação registada sob o n.º E-AdC/2018/4640, de 06.09.2018, fls. 2096 a 2110 do processo).

qual representa mais de 95% das vendas consolidadas do Grupo¹⁶²), em Portugal, na Polónia e na Colômbia.

583. A Pingo Doce é uma sociedade anónima, com um capital social de 33.808.115 euros, detido a 100% pela JMR – Prestação de Serviços para a Distribuição, S.A.¹⁶³, 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*”¹⁶⁴.
584. A Pingo Doce é a sociedade operacional do Grupo Jerónimo Martins para o setor da distribuição retalhista, explorando um *portfolio* de lojas que operam sob as marcas “Pingo Doce” e “Pingo Doce & Go”¹⁶⁵.
585. 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 Lidosol II Distribuição de Produtos Alimentares, S.A. (51,00%)¹⁶⁶.
586. O volume de negócios realizado pela Pingo Doce no ano de 2019 foi de 4.282.475.897 euros¹⁶⁷.
587. O volume de negócios realizado pela Pingo Doce no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela SCC no período entre 2012 e 2017¹⁶⁸ consta da Tabela 6 *infra*.

¹⁶² Cf. <https://www.jeronimomartins.com/pt/sobre-nos/o-que-fazemos/distribuicao-alimentar/> - consultado, pela última vez, em 22.11.2018.

¹⁶³ Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com>, consultado em 17 de novembro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6571 do processo.

¹⁶⁴ Cf. Certidão permanente de registo comercial do Pingo Doce, a fls. 2675 a 2681 do processo.

¹⁶⁵ Para os efeitos da alínea a) do n.º 4 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, 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, o Pingo Doce responde diretamente pela factualidade imputada ao Feira Nova no caso *sub judice*.

¹⁶⁶ Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com>, consultado em 23 de outubro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6571 do processo.

¹⁶⁷ Cf. Resposta da Pingo Doce a pedido de elementos da AdC (fls. 6063 a 6096 do processo).

¹⁶⁸ A Pingo Doce não apresenta informação relativa aos anos de 2008 a 2011.

III.1.4 Auchan

588. A Auchan é uma sociedade anónima, com um capital social de 84.055.000 euros, 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 respetiva alimentação, flores, plantas, sementes e fertilizantes, incluindo o comércio por via eletrónica, o comércio geral de exportação e importação, a venda de medicamentos não sujeitos a receita médica e de produtos de dermocosmética e prestação de serviços farmacêuticos e outros relacionados com a promoção da saúde e do bem-estar geral incluindo cuidados de beleza, estética, podologia, terapias alternativas e afins, a comercialização de produtos óticos e prestação de serviços com eles relacionados, bem como a exploração e oferta de redes e ou serviços de comunicações eletrónicas, atividade de restauração, a exploração e gestão de centros comerciais, etc*”¹⁶⁹.
589. 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”.
590. No âmbito de uma operação de reestruturação, foi aprovada, por deliberação de 27 de dezembro de 2019, uma fusão, mediante a transferência global do património da sociedade Auchan Portugal Investimentos, SGPS, S.A. (“Auchan SGPS”) por incorporação na sociedade Auchan.
591. 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.
592. A fusão foi inscrita na Conservatória do Registo Comercial competente a 06 de fevereiro de 2020, momento no qual se deu a extinção da Auchan SGPS, transmitindo-se a universalidade dos respetivos direitos e obrigações para a sociedade incorporante (Auchan).
593. Na medida em que a acionista única 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.

¹⁶⁹ Cf. Certidão permanente de registo comercial do Auchan, a fls. 2483 a 2492 do processo.

594. Por outro lado, os restantes ativos e passivos da Auchan SGPS foram transferidos para a Auchan.
595. De facto, anteriormente à fusão operada entre a Auchan e a Auchan SGPS, 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 que, por sua vez, unifica as gestão e organização das três divisões de operação deste grupo económico (retalho, imobiliário e banca).
596. A Auchan SGPS era uma sociedade gestora de participações sociais, controlada em exclusivo pela Auchan Portugal, S.A., que tinha por único objeto social a gestão de ativos noutras sociedades do Grupo Auchan, pelo que não realizava qualquer outra atividade económica e não apresentava volume de negócios.
597. Em virtude da fusão *supra* mencionada, a estrutura societária do grupo Auchan foi alterada, passando a Auchan a ter como acionista única a sociedade Auchan Portugal, S.A. (100%).
598. O volume de negócios realizado pela Auchan no ano de 2019 foi de 1.471.558.095 euros¹⁷⁰.
599. O volume de negócios realizado pela Auchan no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela SCC no período entre 2008 e 2017 consta da Tabela 7 *infra*.

III.1.5 ITMP

600. A ITMP é uma sociedade anónima, com o capital social de 16.000.000 €, maioritariamente detido pela ITMP Portugal – Sociedade de Desenvolvimento e Investimento, S.A. (99,92%), pela Casa Por ITM, S.A. (0,02%), pela ITMP Automóvel, S.A. (0,02%), e também pelas sociedades de direito francês ITM Alimentaire International (0,02%) e ITM Entreprises, S.A. (0,02%)¹⁷¹.
601. O ITMP tem por objeto social a “compra e venda de todo o tipo de produtos, bem como o transporte dos mesmos e a gestão de stocks, em território nacional ou no estrangeiro, transformação e secagem de peixe, mariscos e afins, preparação de conservas e de

¹⁷⁰ Cf. Resposta da Auchan a pedido de elementos da AdC (fls. 6314 a 6342 do processo).

¹⁷¹ Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com>, consultado em 21 de outubro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6571 do processo.

todas as demais atividades complementares das atrais indicadas, todas as operações que se relacionem com a compra, abate e revenda por grosso e a retalho de todos os animais destinados ao consumo, à preparação de carnes; à desmancha, à refrigeração; à congelação; à elaboração de todos os produtos alimentares e derivados; à compra; à venda e à exportação de todas as carnes, e ao armazenamento de todos os géneros perecíveis; à compra e revenda de todos os animais destinados à criação e reprodução, animais de produção nacional ou importados pela sociedade, bem como o transporte dos mesmos, englobando o serviço de transporte rodoviário das mercadorias, tanto por conta própria como por conta de terceiros, à comissão; à corretagem, por representação ou por qualquer outra forma; b) análise, implementação e coordenação de todos os meios que permitam ou facilitem o aprovisionamento de todas as unidades comerciais do grupo “Os Mosqueteiros”, podendo exercer a atividade de comissionista; c) realização de estudos, pesquisas e ações no domínio da assistência, aconselhamento e formação de todas as pessoas que exerçam a sua atividade no setor económico da distribuição, nomeadamente, às pessoas singulares e coletivas membros do grupo “Os Mosqueteiros”, em todos os domínios e, de modo específico, em matéria de organização, gestão, promoção, dinamização e dos diferentes direitos privativos do grupo “Os Mosqueteiros”, existentes ou a criar, recrutamento de empresários para o mesmo grupo, pesquisa de locais de implantação e assistência à criação de unidades comerciais independentes a explorar sob qualquer uma das suas insígnias; e) realização de todas as operações comerciais, de licenciamento, financeiras, industriais, mobiliárias e imobiliárias, que possam estar diretamente relacionadas com o seu objeto social ou permitam o seu desenvolvimento”¹⁷².

602. O ITMP encontra-se integrado no grupo “Les Mousquetaires” (“Os Mosqueteiros”), um dos maiores grupos retalhistas a nível europeu, atuando em Portugal na área da distribuição retalhista de base alimentar através de um portfolio de lojas que operam sob a marca “*Intermarché*”.
603. O ITMP desenvolve a sua atividade como sociedade de aprovisionamento, sendo responsável pela gestão de mercadorias, compras feitas a terceiros e vendas realizadas às sociedades franqueadas da insígnia “*Intermarché*” (“franqueadas ou sociedades de exploração”)¹⁷³.

¹⁷² Cf. Certidão permanente de registo comercial da ITMP, código de acesso a fls. 2522 do processo.

¹⁷³ Cf. Resposta do ITMP a pedido de elementos da AdC (fls. 2522 e 2523 do processo).

604. As franqueadas são sociedades comerciais constituídas por empresários independentes que detêm 90% do respetivo capital social e que gerem a sua sociedade de acordo com a Carta dos Mosqueteiros, um Contrato de Adesão e um Contrato de Insígnia que assinam com a ITMP Portugal – Sociedade de Desenvolvimento e Investimento, S.A. (“ITMP Portugal”)¹⁷⁴.
605. O volume de negócios realizado pelo ITMP no ano de 2019 foi de 778.259.881 euros¹⁷⁵.
606. O volume de negócios realizado pela ITMP no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela SCC no período entre 2008 e 2017 consta da Tabela 8 *infra*.

¹⁷⁴ Cf. capítulo III.2 da PNI ITMP.

¹⁷⁵ Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com>, consultado em 21 de outubro de 2020, e cópia junta aos autos a fls. 6571 do processo.

III.2 Identificação e caraterização dos mercados

607. O preenchimento dos tipos de infração previstos na legislação da concorrência implica, em regra, uma prévia definição dos mercados relevantes, na sua dupla dimensão do produto ou serviço e geográfica.
608. Atendendo aos contornos dos comportamentos investigados no PRC/2017/1, estão em causa, nos termos que se detalham seguidamente, mercados nacionais de bebidas para revenda no canal alimentar e o mercado nacional da distribuição retalhista alimentar.
609. Os mercados de bebidas para revenda no canal alimentar constituem, face à natureza dos serviços prestados na distribuição grossista, um mercado naturalmente distinto do mercado da distribuição retalhista, como se verá de seguida.

III.2.1 Dimensão do Produto

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

610. A SCC produz, comercializa e distribui bebidas, designadamente cervejas, águas engarrafadas (lisas e com gás), refrigerantes e sidras, a nível nacional¹⁷⁶.
611. Do ponto de vista do produto, e conforme demonstrado em maior detalhe *infra*, as bebidas cervejas, águas (lisas e com gás), refrigerantes e sidras constituem mercados distintos, na medida em que não são substituíveis entre si na perspetiva da procura¹⁷⁷.

III.2.1.1.1 Cervejas

612. A cerveja consiste numa bebida alcoólica produzida a partir da fermentação de produtos à base de amido, principalmente cereais maltados, como a cevada e o trigo¹⁷⁸.
613. Existe uma grande variedade de cervejas, sendo que alguns tipos de cerveja podem conter lúpulo, fermento, temperos, frutas, ervas e outras plantas.

¹⁷⁶ Cf. sítio da SCC na Internet, disponível em <http://www.centralcervejas.pt/pt/marcas-produtos.aspx>.

¹⁷⁷ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.3289, *Interbrew / SpatenFranziskaner / Lowenbraun / Dinkelacker*; decisão no processo COMP/M.3032, *Interbrew / Brauergilde*; COMP/M.2569, *Interbrew / Beck's*; decisão no processo COMP/M.2.877, *Karlsberg / Brau Holding International / JV*.

¹⁷⁸ A água constitui igualmente um importante ingrediente para o fabrico da cerveja.

614. Identifica-se, assim, do ponto de vista do produto, em conformidade com a prática decisória nacional¹⁷⁹ e da Comissão Europeia¹⁸⁰, o mercado da produção e da comercialização de cerveja como mercado autónomo no âmbito do presente processo.

III.2.1.1.2 Águas lisas sem sabor

615. As águas minerais naturais e de nascentes engarrafadas são de origem subterrânea.
616. As suas características de pureza tornam-nas próprias para consumo humano sem que seja necessário qualquer tipo de tratamento químico ou de desinfeção prévios.
617. Diferenciam-se das águas de distribuição pública, geralmente captadas nos rios e em albufeiras, na medida em que as últimas são sujeitas a tratamentos químicos que visam atribuir-lhes características de potabilidade, facto que origina a presença de resíduos de desinfeção (sabor, cor, odor, entre outros).
618. Do ponto de vista da procura, as águas minerais naturais e de nascentes engarrafadas e as águas de distribuição pública são percebidas como produtos distintos, atentas as características das águas minerais naturais e de nascentes engarrafadas, nomeadamente as relacionadas com a composição, a imagem e o gosto.
619. Identifica-se, assim, do ponto de vista do produto, em conformidade com a prática decisória nacional¹⁸¹, o mercado da produção e da comercialização das águas lisas engarrafadas sem sabor (minerais naturais e de nascentes) como mercado autónomo no âmbito do presente processo.

III.2.1.1.3 Águas com gás sem sabor

620. As águas com gás sem sabor distinguem-se das águas com gás aromatizadas, nomeadamente pelas características intrínsecas à primeira: inodora, insípida, incolor e sem qualquer valor calórico.

¹⁷⁹ Cf. decisão da Autoridade de 13 de fevereiro de 2006, processo n.º Ccent. 77/2005 (*Grupo Pestana / Anglotel Holdings*).

¹⁸⁰ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.3298, *Interbrew / SpatenFranziskaner / Lowenbraun / Dinkelacker*; decisão no processo COMP/M.3032, *Interbrew / Brauergilde*; COMP/M.2569 *Interbrew / Beck's*; decisão no processo COMP/M.2.877, *Karlsberg / Brau Holding International / JV*; decisão no processo COMP/M.2387, *Heineken / Bayerische Brauholding / JV*; decisão no processo COMP/M. 2152, *Scottish&Newcastle / Centralcer*; e decisão no processo CP02/03, *SCC – Sociedade Central de cervejas, S.A.*

¹⁸¹ Cf. decisão da Autoridade de 10 de março de 2009, processo n.º Ccent. 5/2009 (*Refecon / Águas de Gouveia*), e decisão da Autoridade de 21 de fevereiro de 2013, processo n.º Ccent. 61/2012 (*Engarrafadores Ibéricos da Coca-Cola / NewCo*).

621. Além disso, os preços das águas com gás sem sabor tendem a ser inferiores aos das águas com gás aromatizadas.
622. Identifica-se, assim, do ponto de vista do produto, o mercado da produção e da comercialização das águas com gás sem sabor como mercado autónomo no âmbito do presente processo.

III.2.1.1.4 Refrigerantes com gás

623. Os refrigerantes com gás são bebidas não alcoólicas e não fermentadas produzidas a partir de água, açúcar ou edulcorante, concentrados, extratos, aromas e dióxido de carbono (carbonatação), apresentando igualmente diferentes sabores (por exemplo, cola, lima-limão ou outras frutas)¹⁸².
624. Identifica-se, assim, do ponto de vista do produto, o mercado da produção e da comercialização de refrigerantes com gás como mercado autónomo no âmbito do presente processo.

III.2.1.1.5 Sidras

625. A sidra é uma bebida obtida através da fermentação alcoólica de maçãs, água e glucose, sendo geralmente apresentada em garrafa, lata, barril ou cascos¹⁸³.
626. A Comissão Europeia já considerou a possibilidade dos produtos sidra e cerveja constituírem um único mercado relevante¹⁸⁴, atendendo à semelhança entre os níveis de preço e formas de comercialização, tendo, no entanto, chegado à conclusão de que a sidra constitui um mercado de produto relevante autónomo¹⁸⁵.

¹⁸² Cf. decisão da Autoridade de 23 de abril de 2015, processo n.º Ccent. 14/2015 (*Cobega / CCIP*), e decisão da Autoridade de 21 de fevereiro de 2013, processo n.º Ccent. 61/2012 (*Engarrafadores Ibéricos da Coca-Cola / NewCo*).

¹⁸³ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.3182, *Scottish & Newcastle / HP Bulmer*.

¹⁸⁴ 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.

¹⁸⁵ 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).

627. Identifica-se, assim, do ponto de vista do produto, em conformidade com a prática decisória da Comissão Europeia, o mercado da produção e comercialização de sidra como mercado autónomo no âmbito do presente processo.

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

628. Do ponto de vista do escoamento, os produtos da SCC podem ser comercializados através do canal Alimentar¹⁸⁶ (também designado canal *off-trade*) ou do canal Horeca¹⁸⁷ (também designado canal *on-trade*).
629. Dada a diferenciação entre canal Alimentar e canal Horeca ao nível das respetivas estruturas da procura, dos níveis de preços praticados (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 embalagens¹⁸⁸, consoante o canal a que se destinam, considera-se que correspondem a mercados distintos.
630. No caso concreto, e na perspetiva do mercado do produto, está em causa o fornecimento de diferentes produtos da SCC (não substituíveis entre si¹⁸⁹) às cadeias de supermercados e hipermercados (e lojas *discount*¹⁹⁰) para comercialização ao consumidor final através do canal alimentar.
631. Exclui-se, consequentemente, da análise a distribuição retalhista em que a componente alimentar não seja a dominante, bem como o comércio especializado, ou seja, as lojas cuja oferta apenas engloba uma categoria específica de produtos alimentares (como os talhos, as peixarias e as padarias, entre outros)¹⁹¹, e 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)¹⁹².

¹⁸⁶ O canal Alimentar corresponde à venda ao consumidor final em hipermercados, supermercados e lojas *discount* para consumo em casa.

¹⁸⁷ O canal Horeca corresponde à venda ao consumidor final em hotéis, restaurantes e cafés para consumo no local da compra (ou fora de casa).

¹⁸⁸ Tais oscilações resultam, por exemplo, da menor dimensão das embalagens comercializadas no canal Horeca.

¹⁸⁹ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.3289, *Interbrew / SpatenFranziskaner / Lowenbraun / Dinkelacker*, decisão no processo COMP/M.3032, *Interbrew / Brauergilde; Comp/M.2569 Interbrew / Beck's*; decisão no processo COMP/M.2.877, *Karlsberg / Brau Holding International / JV*.

¹⁹⁰ A Autoridade tem considerado que este formato integra 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*).

¹⁹¹ Cf. Decisão da Autoridade de 30 de julho de 2015, processo n.º Ccent. 29/2015 (*Pingo Doce / Amol*).

¹⁹² Cf. decisão da Autoridade de 27 de dezembro de 2007, processo n.º Ccent. 51/2007 (*Sonae/Carrefour*).

632. 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 *supra* mencionados, dirigindo-se a um público-alvo específico, designadamente empresas/comerciantes, e distinto do público-alvo dos formatos retalhistas¹⁹³.

III.2.2 Dimensão geográfica

633. Do ponto de vista geográfico, e ao nível grossista da relação entre fornecedor e distribuidor (supermercado ou hipermercado), os diferentes mercados de produto acima identificados têm uma dimensão nacional, nomeadamente tendo em conta: (i) as características da procura composta por empresas de distribuição (por vezes também designadas por “insígnias”) que operam a nível nacional; (ii) a necessidade de uma rede de distribuição e de logística que assegure o fornecimento até aos pontos de venda em todo o território nacional; (iii) a tributação e (iv) a legislação aplicável.
634. Poderia assim definir-se, no segmento grossista e por referência aos diferentes produtos em causa, o mercado nacional de venda de cerveja no canal alimentar, o mercado nacional de venda de sidras no canal alimentar, etc.
635. Ao nível retalhista da relação, ou seja, entre a empresa de distribuição retalhista/insígnia e o consumidor final, a Autoridade já considerou, no passado, que os mercados têm uma dimensão local, relevando para esse efeito, em particular, o facto de o consumidor final (a procura) tender a fazer as suas compras no supermercado ou hipermercado mais próximo de sua casa ou do seu local de trabalho¹⁹⁴.
636. Poderia assim definir-se, no segmento retalhista e por referência aos diferentes produtos em causa, o mercado de distribuição retalhista de cerveja em Lisboa, o mercado de distribuição retalhista de sidras no Porto, etc.
637. Não obstante, a prática decisória da Comissão Europeia reconhece que o mercado da distribuição retalhista de base alimentar pode ser mais amplo — nacional —, dada a

¹⁹³ 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.

¹⁹⁴ A dimensão geográfica do mercado da distribuição retalhista de base alimentar 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 influência¹⁹⁵, anúncios de produtos em todo o território nacional (através da televisão e da imprensa) e políticas de preços que não diferem entre regiões¹⁹⁶.

638. Sem prejuízo de a Autoridade já ter atribuído uma dimensão local ao mercado relevante geográfico, a constatação de que as empresas de distribuição visadas no processo reúnem características semelhantes àquelas que resultam dos casos analisados pela Comissão Europeia – ou seja, são grandes cadeias de retalho com atuação e com estratégias definidas a nível nacional e com lojas espalhadas por todo o país, e tendo igualmente em conta os aspetos do lado da oferta¹⁹⁷ –, considerar-se-á o mercado geográfico de uma forma mais ampla, ou seja, correspondendo à totalidade do território nacional.
639. Para além disso, no caso concreto, a prática investigada consiste, como se demonstra *infra*, numa prática concertada entre empresas de distribuição através do respetivo fornecedor tendo em vista a fixação ou o alinhamento dos PVP em todo o território nacional.
640. De facto, independentemente das estruturas e condições de concorrência locais (número e dimensão de concorrentes, preços observados, características dos consumidores finais, etc., como por exemplo, a existência de PVP diferentes consoante a zona do país), está em causa uma prática homogénea e transversal de fixação e alinhamento do nível de PVP em todo o país.
641. O objetivo das 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 SCC ao consumidor final.
642. Está em causa, portanto, uma prática concertada entre as Visadas de carácter transversal e generalizado para todo o território nacional.

¹⁹⁵ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.6506, *Groupe Auchan/Magyar Hipermarket* (par. 14) e decisão no processo COMP/M.1684, *Carrefour / Promodes* (par. 25).

¹⁹⁶ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo COMP/M.1221 – *Rewe/Meinl* (par. 21).

¹⁹⁷ Cf. decisão da Autoridade de não oposição de 24 de maio de 2005, processo n.º Ccent 19/2005 (*Pingo Doce / Imocom*), parágrafo 32; cf., igualmente, decisão da Autoridade de não oposição de 11 de maio de 2005, processo n.º Ccent 59/2005 (*Feira Nova / Horta*), parágrafo 25, onde se faz referência à possibilidade de uma delimitação mais lata do mercado geográfico, por apelo à prática decisória europeia, podendo esta referência ser ainda encontrada, entre outras, na decisão proferida pela Autoridade em 9 de abril de 2007, processo n.º Ccent 13/2007 (*ITMI / Marrachinho*), na decisão da Autoridade de 23 de janeiro de 2007, processo n.º Ccent 65/2006 (*Pingo Doce / Simões e Freitas*) e na decisão da Autoridade de 2 de novembro de 2006, processo n.º Ccent 44/2006 (*Pingo Doce / "Activos" Faustino Lopes*).

III.2.3 Conclusão quanto aos mercados

643. Em face do exposto, a Autoridade identifica os seguintes mercados:

- (i) Mercado nacional das cervejas para revenda no canal alimentar;
- (ii) Mercado nacional das águas lisas sem sabor para revenda no canal alimentar;
- (iii) Mercado nacional das águas com gás sem sabor para revenda no canal alimentar;
- (iv) Mercado nacional dos refrigerantes com gás para revenda no canal alimentar;
- (v) Mercado nacional das sidras para revenda no canal alimentar; e
- (vi) Mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar.

III.2.4 Posição das empresas Visadas nos mercados identificados

III.2.4.1 SCC

644. O volume de negócios realizado pela SCC nos mercados de bebidas identificados na presente Decisão nos anos de 2008 a 2017 foi o seguinte¹⁹⁸:

Tabela 1: Volume de negócios da SCC nos mercados de bebidas identificados¹⁹⁹

Ano	Volume de Negócios
2008	[60.000.000 – 70.000.000]
2009	[70.000.000 – 80.000.000]
2010	[70.000.000 – 80.000.000]
2011	[60.000.000 – 70.000.000]
2012	[50.000.000 – 60.000.000]
2013	[60.000.000 – 70.000.000]
2014	[60.000.000 – 70.000.000]
2015	[60.000.000 – 70.000.000]
2016	[70.000.000 – 80.000.000]
2017	[70.000.000 – 80.000.000]

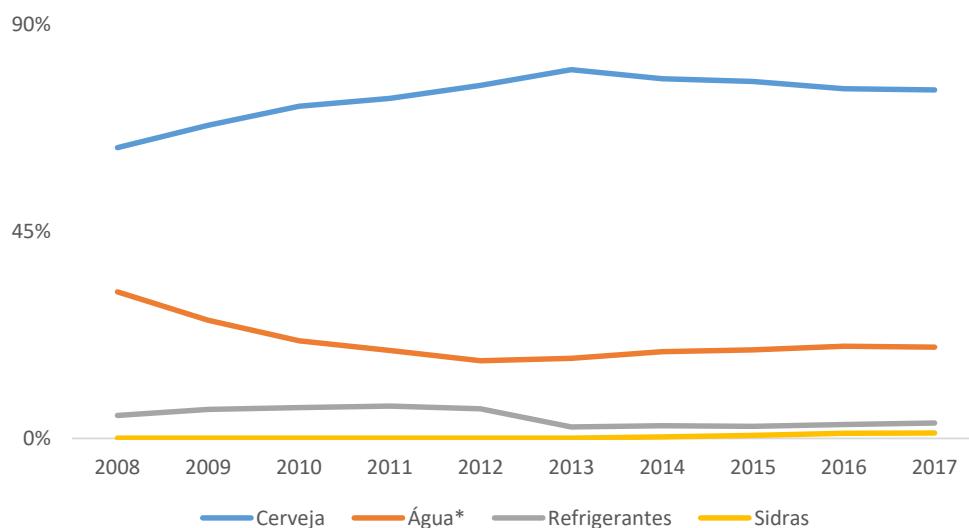
Fonte: SCC, valores aproximados, expressos em euros.

645. O volume de negócios realizado pela SCC no mercado das cervejas é, de longe, o mais expressivo, representando em média, entre 60% a 80% do volume de negócios total realizado pela empresa no conjunto dos mercados identificados entre os anos 2008 e 2017 (cf. Figura 1 *infra*).
646. O volume de negócios realizado pela SCC no mercado das águas (lisa sem sabor e com gás sem sabor) representou, em média, entre 15% e 35% do volume de negócios realizado pela SCC nos mercados identificados, entre os anos 2008 e 2017 (cf. Figura 1 *infra*).
647. Adicionalmente, a representatividade do volume de negócios no mercado dos refrigerantes no contexto do volume de negócios realizado pela empresa nos mercados identificados tem vindo a registar uma leve diminuição, traduzindo-se em 5% a 10% em 2011 (ano de maior representatividade no período analisado) e em 2,5% a 5% no ano de 2017 (cf. Figura 1 *infra*).

¹⁹⁸ Cf. Resposta da SCC a pedido de elementos da AdC (fls. 1056 a 1172 do processo).

¹⁹⁹ Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 1 da Decisão de Inquérito.

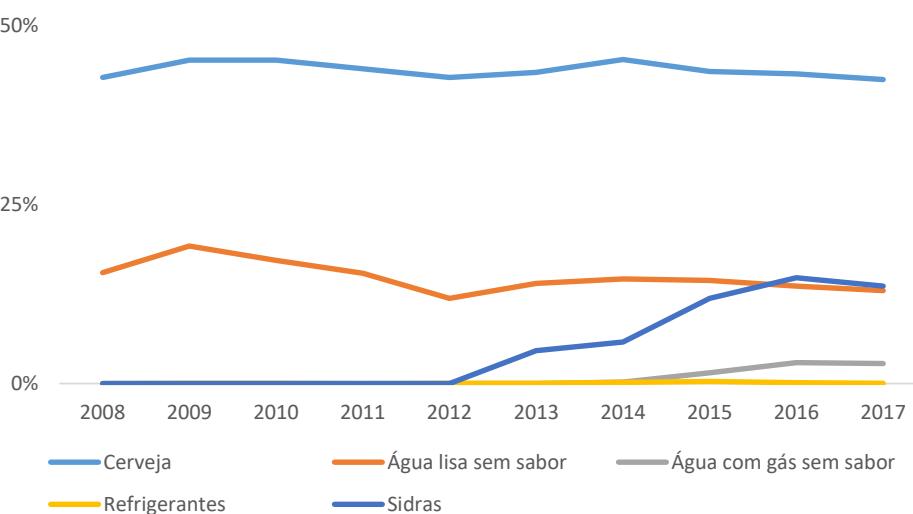
Figura 1: Representatividade do volume de negócios da SCC em cada um dos mercados identificados²⁰⁰



Fonte: Tratamento pela Autoridade de dados fornecidos pela SCC, valores aproximados, expressos em percentagem.

648. De acordo com as informações prestadas à Autoridade²⁰¹, a SCC estima que as vendas por si realizadas nos mercados de bebidas identificados na presente Decisão nos anos de 2008 a 2017 correspondam às quotas de mercado indicadas na figura *infra*:

Figura 2: Quotas da SCC nos mercados de bebidas identificados²⁰²



Fonte: SCC, quotas de mercado em valor, expressas em percentagem, estimadas pela empresa com base em informação da Nielsen.

²⁰⁰ Corresponde à representação gráfica da informação apresentada na Tabela 2 da Decisão de Inquérito.

²⁰¹ Cf. Resposta da SCC a pedido de elementos da AdC (fls. 699 a 773 e 1056 a 1172 do processo).

²⁰² Corresponde à representação gráfica da informação apresentada na Tabela 3 da Decisão de Inquérito.

649. Refira-se ainda que, de acordo com informação constante do *site* internet da SCC, no ano de 2017, as vendas do seu *portfolio* no mercado nacional cresceram, em volume, cerca de 6% no mercado das cervejas, 14% no mercado das sidras e 4% no negócio das águas²⁰³.

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

650. Na Tabela 2 e na Tabela 3 indica-se o montante faturado pela SCC nas vendas às empresas de distribuição visadas e a representatividade das referidas empresas no volume de negócios total da SCC²⁰⁴.

Tabela 2: Faturação da SCC nas vendas às empresas de distribuição visadas²⁰⁵

Ano	Faturação SCC (€)
2008	[40.000.000 – 50.000.000]
2009	[50.000.000 – 60.000.000]
2010	[50.000.000 – 60.000.000]
2011	[50.000.000 – 60.000.000]
2012	[40.000.000 – 50.000.000]
2013	[40.000.000 – 50.000.000]
2014	[40.000.000 – 50.000.000]
2015	[50.000.000 – 60.000.000]
2016	[50.000.000 – 60.000.000]
2017	[50.000.000 – 60.000.000]

Fonte: SCC, valores aproximados, expressos em euros.

Tabela 3: Representatividade das empresas de distribuição visadas no volume de negócios total da SCC²⁰⁶

Ano	Faturação SCC (%)
2008	[10-20]
2009	[10-20]
2010	[10-20]
2011	[10-20]
2012	[10-20]
2013	[10-20]
2014	[10-20]

²⁰³ Cf. sítio da empresa SCC na Internet, disponível em <http://www.centralcervejas.pt/pt/sobre-nos/factos-e-numeros.aspx> (último acesso em 12.09.2018).

²⁰⁴ Cf. Resposta da SCC a pedido de elementos da AdC (fls. 699 a 773 do processo).

²⁰⁵ Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 4 da Decisão de Inquérito.

²⁰⁶ Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 5 da Decisão de Inquérito.

2015	[10-20]
2016	[10-20]
2017	[10-20]

Fonte: tratamento pela Autoridade de dados fornecidos pela SCC, valores aproximados, expressos em percentagem.

- 651. A análise da Tabela 2 e da Tabela 3 revela que as empresas de distribuição visadas têm um peso preponderante no volume de negócios total realizado pela SCC.
- 652. Entre 2008 e 2017, as quatro empresas Visadas representaram, em média, [10%-20%] do volume de negócios total do fornecedor, com crescente representatividade ao longo do período analisado ([10%-20%] em 2008 para [10%-20%] em 2017, ou seja, um ganho de [0-5] pontos percentuais).
- 653. É importante salientar que as empresas de distribuição visadas encontram-se entre os nove maiores clientes da SCC no canal alimentar no período analisado e, de um modo geral, constituem os maiores clientes no mercado nacional tendo em consideração o menor volume de negócios no canal grossista (*Cash&Carry*)^{207, 208}.

III.2.4.2 Empresas de distribuição visadas

- 654. Segundo o Instituto Nacional de Estatística (INE), em documento intitulado “Estatísticas do Comércio”²⁰⁹, o volume de negócios gerado por 1% das maiores sociedades dedicadas ao comércio retalhista em Portugal correspondeu a 58,9% do total do mercado em 2016.
- 655. O designado “grupo 471”, correspondente ao “comércio a retalho não especializado”²¹⁰, registou o nível de concentração mais elevada, correspondente a 78,6% em 2016.

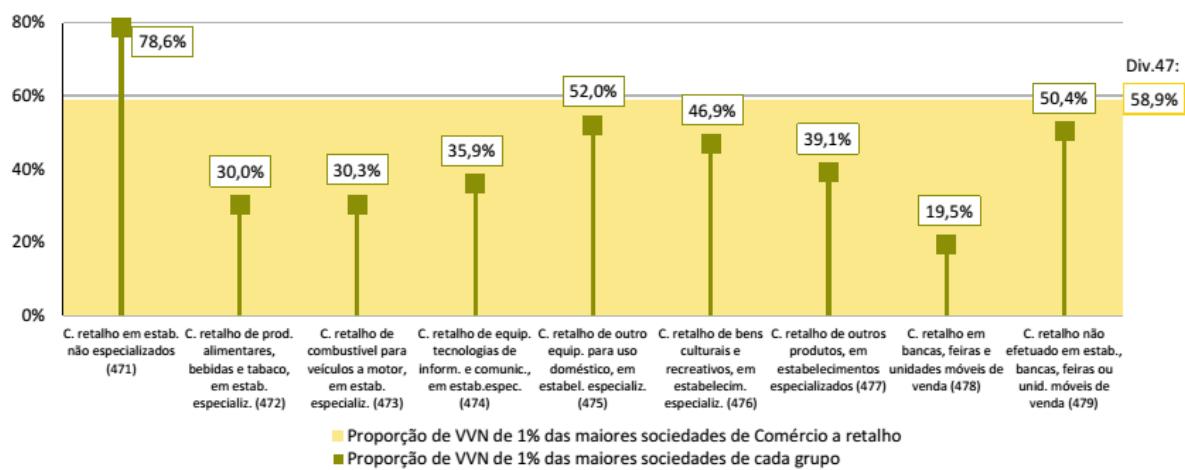
²⁰⁷ A Autoridade solicitou à SCC que indicasse os dez maiores clientes nos anos de 2008 a 2017 nos canais alimentar (off trade) e grossista (*Cash&Carry*).

²⁰⁸ Com exceção do cliente “Recheio Cash & Carry” que possui volumes de negócios mais elevados que as empresas de distribuição Visadas entre os anos 2008 e 2017.

²⁰⁹ Cf. INE, *Estatística do Comércio 2016*, de dezembro de 2017, disponível em: https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=313645270&att_display=n&att_download=y.

²¹⁰ O grupo 471 comprehende 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. 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: Indicador de concentração de sociedades de comércio a retalho, por Grupo – 2016



Fonte: INE

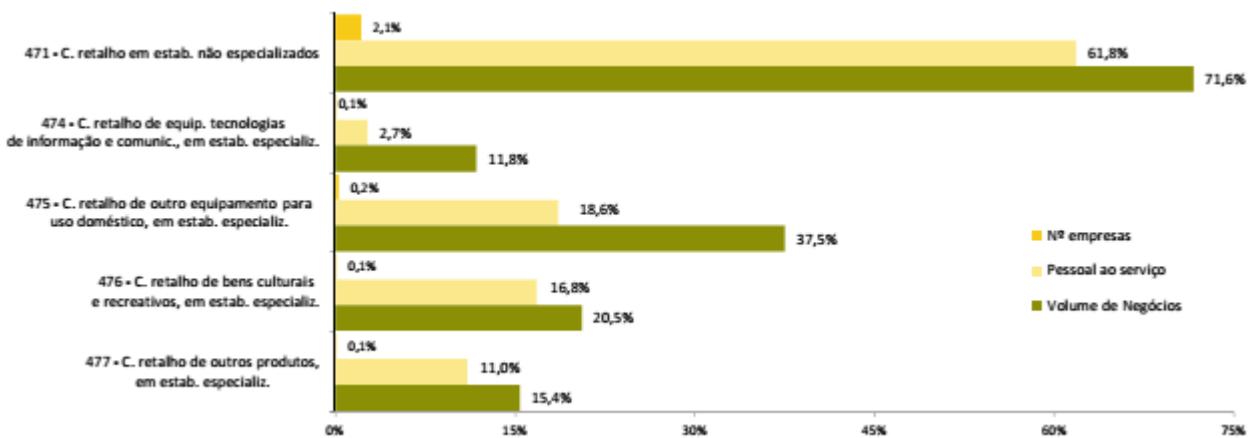
656. Quanto à comparação dos segmentos do comércio a retalho ao nível da margem comercial — diferença entre venda de mercadorias e respetivo custo —, o grupo 471 registou a segunda melhor margem em 2016 (174,3 mil euros por empresa), apenas atrás do grupo de comércio a retalho de combustível (176,6 mil euros, em média, por empresa), de acordo com a mesma base de comparação.
657. O referido grupo 471 representou 39,2% do total do volume de negócios do comércio retalhista em 2016. Dentro deste segmento, os “produtos alimentares, bebidas e tabaco” representaram 65,5% (correspondendo a 11,9 mil milhões de euros), enquanto os “produtos farmacêuticos, médicos, de higiene e cosmética” representaram 7,3% do segmento.
658. Daqui se conclui que o grupo que engloba o mercado retalhista de base alimentar, no qual estão inseridas as empresas de distribuição visadas, é caracterizado por um nível de concentração acima da média e por ter uma das mais altas margens comerciais, representando quase 40% de todo o comércio retalhista português.
659. Ainda de acordo com os dados do INE²¹¹, o setor do comércio a retalho de base alimentar gerava em Portugal, em finais de 2016, um volume de negócios de 18,1 mil milhões de euros, sendo que as denominadas Unidades Comerciais de Dimensão

²¹¹ Cf. Estatísticas do Comércio 2016, Edição 2017 do INE – Instituto Nacional de Estatística, disponível em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=277091204&PUBLICACOESmodo=2.

Relevante (UCDR)²¹² “realizaram 71,6% do VVN [volume de negócios] do setor de comércio onde se inserem (71,5% em 2015), possuindo mais de 1700 estabelecimentos na totalidade do território nacional.

660. Note-se que as UCDR representam apenas 2,1% do universo de empresas registadas no comércio a retalho.

Figura 4: UCDR – Representatividade das UCDR no comércio a retalho - 2016



Fonte: INE.

661. Em termos absolutos, em 2016, encontravam-se registados como UCDR cerca de 3.400 estabelecimentos. Deste total, 50,4% são classificados como comércio a retalho de base alimentar ou com predominância alimentar, sendo o remanescente correspondente ao comércio a retalho de base não alimentar ou sem predominância alimentar.

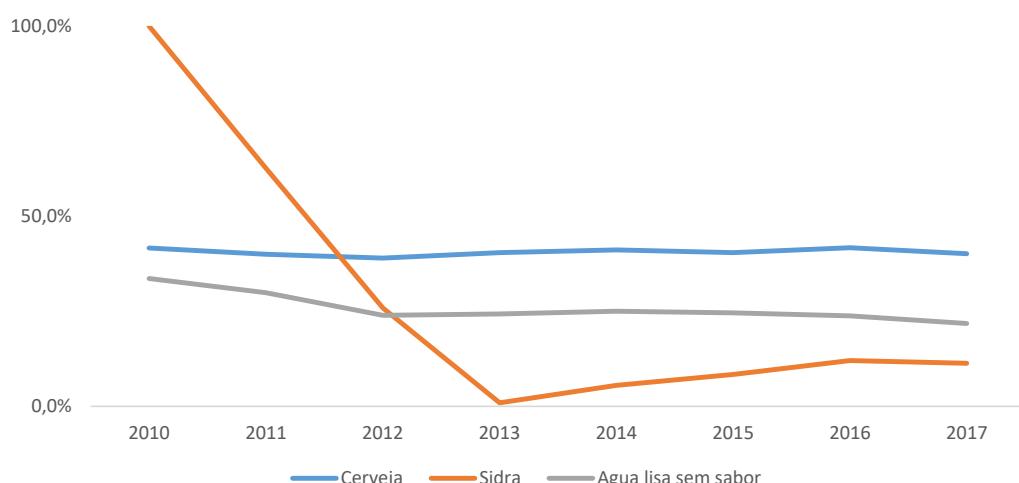
²¹² Segundo o INE, “[e]ntende-se por Unidade Comercial de Dimensão Relevante (UCDR) o estabelecimento, considerado individualmente ou no quadro de um conjunto pertencente a uma mesma empresa ou grupo de empresas, em que se exerce a atividade comercial e relativamente ao qual, se verificam as condições:

1. Sendo de comércio a retalho alimentar ou misto, disponham de uma área de venda contínua igual ou superior a 2 000 m²;
2. Sendo de comércio a retalho não alimentar, disponham de uma área de venda contínua, igual ou superior a 4 000 m²;
3. Sendo de comércio a retalho alimentar ou misto, pertencentes a uma empresa ou grupo de empresas que detenha, a nível do Continente, uma área de venda acumulada, de comércio a retalho alimentar, igual ou superior a 15 000 m²;
4. Sendo de comércio a retalho não alimentar, pertencentes a uma empresa ou grupo que detenha, a nível do Continente, uma área de venda acumulada igual ou superior a 25 000 m².

III.2.4.2.1 Posição relativa dos produtos da SCC no mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal

662. Quanto à posição relativa dos produtos da SCC no mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, as figuras e a tabela que se seguem indicam a representatividade da SCC na faturação de cada uma das empresas de distribuição visadas no processo, bem como o volume de negócios de cada uma das empresas de distribuição visadas nos mercados de produto identificados²¹³.

Figura 5: Representatividade da SCC na faturação da MCH nos mercados de bebidas identificados²¹⁴

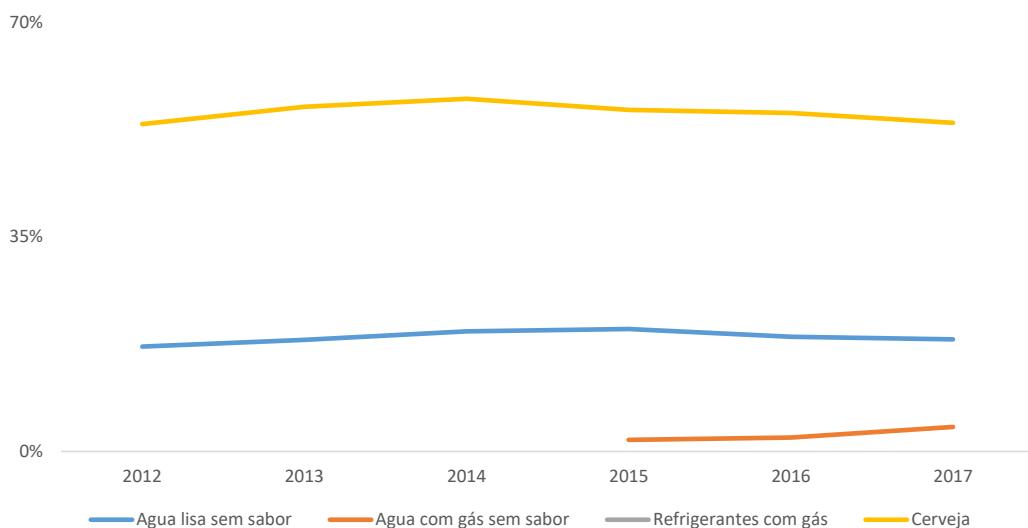


Fonte: MCH, valores expressos em percentagem.

²¹³ A Autoridade solicitou a cada uma das empresas de distribuição visadas que indicasse os cinco maiores fornecedores em cada um dos mercados identificados na presente Decisão, pelo que a ausência de dados em alguns pontos das tabelas 6, 7 e 8 significa que a SCC não se encontra entre os cinco maiores fornecedores no respetivo mercado.

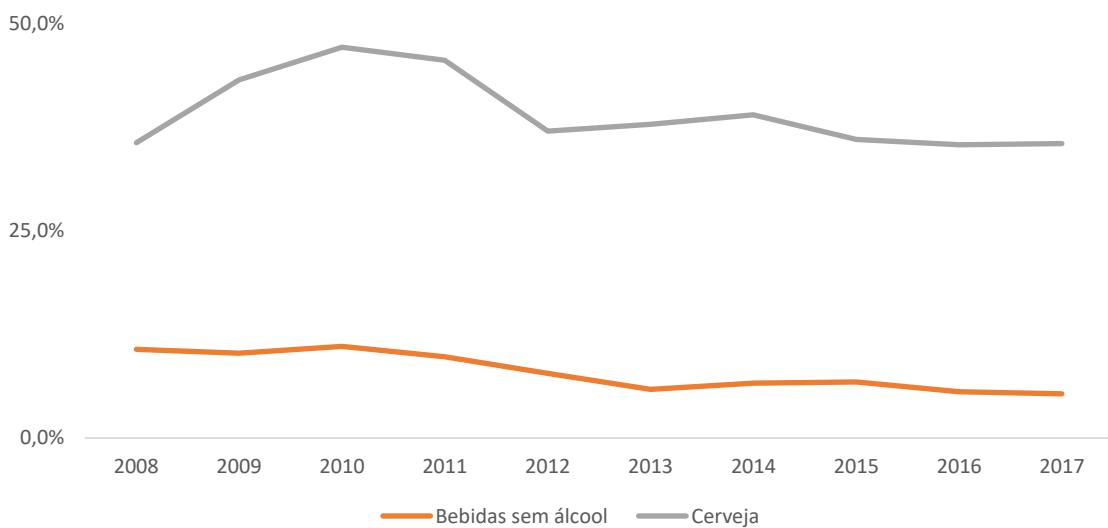
²¹⁴ Cf. Resposta da MCH a pedido de elementos da AdC (fls. 2358 a 2363 do processo). Corresponde à representação gráfica da informação apresentada na Tabela 6 da Decisão de Inquérito.

Figura 6: Representatividade da SCC na faturação da Pingo Doce nos mercados de bebidas identificados²¹⁵



Fonte: Pingo Doce, valores expressos em percentagem.

Figura 7: Representatividade da SCC na faturação do Auchan nos mercados de bebidas identificados²¹⁶



Fonte: Auchan, valores expressos em percentagem.

²¹⁵ Cf. Resposta da Pingo Doce a pedido de elementos da AdC (fls. 2409 e 2410 do processo). Corresponde à representação gráfica da informação apresentada na Tabela 7 da Decisão de Inquérito.

²¹⁶ Cf. Resposta da Auchan a pedido de elementos da AdC (fls. 2499 a 2503 e 2505 a 2513 do processo). Corresponde à representação gráfica da informação apresentada na Tabela 8 da Decisão de Inquérito.

Tabela 4: Representatividade da SCC na faturação da ITMP nos mercados de bebidas identificados²¹⁷

ITMP	2003 a 2017
Agua lisa sem sabor	[10-20]
Agua com gás sem sabor	[50-60]
Refrigerantes com gás	-
Cerveja	[40-50]
Sangria e sidra	[30-40]

Fonte: ITMP, valores expressos em percentagem.

663. A análise da Figura 5, da Figura 6, da Figura 7 e da Tabela 4 revela que a SCC se apresenta como um fornecedor preponderante para as empresas de distribuição visadas, em especial nos mercados de cervejas, onde a posição da SCC é sempre superior a 40% ao longo de todo o período considerado.
664. Verifica-se que a elevada representatividade deste fornecedor, particularmente evidente no mercado de cervejas, é também acompanhada pelo elevado volume de negócios de cada empresa de distribuição retalhista nos mercados identificados no presente processo. (cf. Tabela 5 a Tabela 8 *infra*).

Tabela 5: Volume de negócios da MCH no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela SCC (em euros) – 2010 a 2017²¹⁸

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	[90.000.000 – 100.000.000]
2016	[100.000.000 – 110.000.000]
2017	[110.000.000 – 120.000.000]

Fonte: MCH, valores aproximados, expressos em euros.

²¹⁷ Cf. Resposta da ITMP a pedido de elementos da AdC (fls. 2594 do processo). Cumpre salientar que o ITMP forneceu os dados solicitados englobados na média das vendas no período de tempo em considerado, pelo que não é possível identificar a percentagem correspondente a cada um dos anos do período de tempo relevante.

²¹⁸ Cf. Resposta da MCH a pedido de elementos da AdC (fls. 2358 a 2359 do processo). A MCH não apresentou informação relativa aos anos 2008 e 2009. Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 10 da Decisão de Inquérito.

Tabela 6: Volume de negócios da Pingo Doce no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela SCC (em euros) – 2012 a 2017²¹⁹

Ano	Volume de negócios
2012	[90.000.000 – 100.000.000]
2013	[100.000.000 – 110.000.000]
2014	[100.000.000 – 110.000.000]
2015	[110.000.000 – 120.000.000]
2016	[120.000.000 – 130.000.000]
2017	[130.000.000 – 140.000.000]

Fonte: Pingo Doce, valores aproximados, expressos em euros.

Tabela 7: Volume de negócios do Auchan no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela SCC (em euros) – 2008 a 2017²²⁰

Ano	Volume de negócios
2008	[60.000.000 – 70.000.000]
2009	[60.000.000 – 70.000.000]
2010	[60.000.000 – 70.000.000]
2011	[60.000.000 – 70.000.000]
2012	[60.000.000 – 70.000.000]
2013	[60.000.000 – 70.000.000]
2014	[60.000.000 – 70.000.000]
2015	[60.000.000 – 70.000.000]
2016	[60.000.000 – 70.000.000]
2017	[60.000.000 – 70.000.000]

Fonte: Auchan, valores aproximados, expressos em euros.

Tabela 8: Volume de negócios do ITMP no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela SCC (em euros) – 2008 a 2017²²¹

Ano	Volume de negócios
2008	[40.000.000 – 50.000.000]
2009	[50.000.000 – 60.000.000]
2010	[50.000.000 – 60.000.000]
2011	[40.000.000 – 50.000.000]
2012	[40.000.000 – 50.000.000]
2013	[40.000.000 – 50.000.000]
2014	[40.000.000 – 50.000.000]
2015	[40.000.000 – 50.000.000]
2016	[40.000.000 – 50.000.000]
2017	[50.000.000 – 60.000.000]

Fonte: ITMP, valores aproximados, expressos em euros.

²¹⁹ Cf. Resposta da Pingo Doce a pedido de elementos da AdC (fls. 2407 a 2408 do processo). A Pingo Doce não apresentou informação relativa aos anos 2008 a 2011. Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 11 da Decisão de Inquérito.

²²⁰ Cf. Resposta da Auchan a pedido de elementos da AdC (fls. 2499 e 2505 do processo). Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 12 da Decisão de Inquérito.

²²¹ Cf. Resposta da ITMP a pedido de elementos da AdC (fls. 2593 do processo). Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 13 da Decisão de Inquérito.

665. O volume de negócios gerado pelo mercado de cervejas representou entre 40% a 50% (MCH), entre 40% a 50% (Pingo Doce), entre 30% a 70% (Auchan) e entre 50% a 60% (ITMP), respetivamente, no volume de negócios total das empresas de distribuição visadas nos mercados identificados para efeitos do presente processo²²².

III.2.5 Pronúncia das Visadas

666. Nas pronúncias escritas sobre a Nota de Illicitude, as Visadas alegam que a AdC não caracterizou o mercado nacional de retalho alimentar, não analisou detalhadamente o seu funcionamento, nem os efeitos que a alegada prática possa ter produzido nesse mercado²²³.

667. Segundo as Visadas, o mercado nacional de retalho alimentar caracteriza-se por:

- i) Existência de nove 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, verdadeiros “gatekeepers” no acesso dos produtos ao consumidor final²²⁴;
- 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 produtos²²⁵;

²²² Cálculos da AdC, com base no volume de negócios total das empresas de distribuição visadas no conjunto dos mercados identificados e no respetivo volume de negócios em cada um dos mercados de produto identificados (cf. Tabelas 10, 11, 12 e 13 da Decisão de Inquérito).

²²³ Cf. capítulo 4 da PNI SCC, capítulo IV.1 da PNI Auchan, capítulo II.B da PNI MCH e capítulo 1.A. da PNI Pingo Doce.

²²⁴ Cf. capítulo I.2 da PNI SCC. Aí se refere que, em 2008, os 9 GGR detinham uma quota de mercado conjunta equivalente a 85%, com os dois principais GGR (MCH e Pingo Doce) a deterem uma quota de mercado conjunta equivalente a 45%.

²²⁵ Cf. capítulos I.2 e 6 da PNI SCC, na qual se remete para o Estudo da Nielsen “FMCG 2018 performance & trends – How grow beer in modern distribution on the last years?”, de fevereiro de 2019, cuja cópia se junta à PNI SCC como Doc. SCC-07, que conclui que as vendas de FMCG com promoção atingiram os 26% em 2012 e os 47% em 2017. Neste parâmetro, a categoria das bebidas situa-se acima da média, situando-se a venda de cervejas com promoção em 29% em 2009, 46% em 2012, 67% em 2017 e em 69% em 2018 (p. 28 do Estudo), o que coloca a cerveja no top 3 dos FMCG mais promocionados desde 2012. Cf. também capítulo II.B.3 da PNI MCH, podendo ler-se no §134: “Assim, se se atentar no comportamento de longo prazo dos preços, verifica-se que, no caso da Água do Luso, embora os preços sem promoção (os que poderiam resultar de um “alinhamento” em função dos PVPr) possam demonstrar, ao longo dos cerca de 6 anos, uma ligeira subida, o facto é que os preços promocionais se mantiveram dentro de uma mesma banda, banda essa que se toma cada vez mais distante dos preços sem promoção”. Cf. ainda capítulo IV.1 da PNI Auchan e capítulo 1.A. da PNI Pingo Doce.

- iii) Progressivo aumento da capacidade instalada (número de lojas dos GGR abertas ao público), passando a existir, na mesma zona de proximidade, mais do que uma loja de retalho alimentar, o que implica que o PVP se torne no parâmetro principal da concorrência entre insígnias²²⁶;
 - iv) Existência de outros parâmetros da concorrência entre insígnias, designadamente variedade da gama, a qualidade dos produtos, a proximidade/conveniência, a experiência da compra e os benefícios de programas de fidelização²²⁷;
 - v) Enquadramento jurídico aplicável às práticas comerciais com redução de preço²²⁸ e às práticas individuais restritivas do comércio (PIRC)²²⁹, cuja aplicação tem fomentado a participação pelos fornecedores nas promoções dos GGR, de modo a que estes possam oferecer condições de compra aliciantes aos consumidores sem praticar preços ilegais²³⁰;
 - vi) Grande transparência que decorre da intensa publicidade associada às promoções e do progressivo aumento dos meios de disseminação de informação²³¹;
 - vii) Importância estratégica da recomendação de PVP; para qualquer fornecedor, principalmente para os que detêm um *portfolio* com notoriedade, os PVP são um elemento crucial para o posicionamento do produto no mercado, pelo que os fornecedores recomendam e discutem PVP com os seus clientes, sem que isso coarte a liberdade das insígnias de praticar os PVP que entenderem²³².
668. Não obstante o alegado na alínea i) do parágrafo anterior, 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 reduzidas²³³, consistentes com a agressividade comercial observável, com elevados custos operacionais e

²²⁶ Cf. capítulo I.2 da PNI SCC e capítulo II.B da PNI MCH.

²²⁷ Cf. capítulo II.B.4 da PNI MCH.

²²⁸ Decreto-Lei n.º 70/2007, de 26 de março, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro, e pelo Decreto-Lei n.º 109/2019, de 14 de agosto.

²²⁹ 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.

²³⁰ Cf. capítulo 3 da PNI SCC.

²³¹ Cf. capítulo 2 da PNI SCC, capítulo IV.1 da PNI Auchan e capítulo II.B.4 da PNI MCH.

²³² Cf. capítulo 5 da PNI SCC.

²³³ A este respeito, a MCH alega que este mercado se caracteriza pela ausência de rentabilidades excessivas ou lucros significativos para os distribuidores e que a generalidade dos *players* apresenta taxas de rentabilidade do capital empregue de 10 a 12%, o que, segundo a MCH, revela uma prática de preços baixos (cf. §90 da PNI MCH).

investimentos em capitais fixos, PVP baixos, constantemente alterados, graças a uma intensa atividade promocional²³⁴.

669. A MCH argui que, na verdade, as grandes insígnias internacionais presentes no mercado têm capacidade para competir agressivamente, independentemente do seu diferente peso relativo, pois exibem as mesmas economias de escala que líderes circunscritos a mercado locais²³⁵.
670. Segundo a MCH, os distribuidores concorrem entre si ao nível do cabaz e não do produto, o que dota o mercado de grande complexidade, pois os produtos não podem ser vistos de modo isolado, relacionando-se entre si na base da complementaridade e substituibilidade²³⁶.
671. A MCH analisa o comportamento e a evolução dos preços praticados no mercado de distribuição retalhista para produtos do *portfolio* da SCC, designadamente cerveja Sagres (24 unidades * 25cl) e Água do Luso (6 unidades * 1,5L), com base em informações fornecidas pela A.C. Nielsen referentes ao período entre 2012 e 2017.
672. A MCH conclui que o nível de concentração deste mercado não é anormal, sendo compatível com a realidade internacional em geografias semelhantes à nacional²³⁷.
673. 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 Europa²³⁸.
674. Refere a Pingo Doce:

*“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 – informação comercialmente sensível, estimativa interna juízo sobre a evolução de custos vs. vendas de concorrente]”*²³⁹.
675. Para sustentar a sua posição sobre a inexistência de um ambiente propício à coordenação neste mercado, a Pingo Doce apresenta um estudo independente elaborado pela consultora económica *NERA Economic Consulting*, que conclui que a coordenação não é provável, sustentável ou efetiva, pois não estão preenchidos três

²³⁴ Cf. pág. 34 e ss. da PNI Pingo Doce e capítulo II.B da PNI MCH.

²³⁵ Cf. §85 da PNI MCH.

²³⁶ *Idem*.

²³⁷ Cf. §89 da PNI MCH.

²³⁸ *Idem*.

²³⁹ Cf. §151 da PNI Pingo Doce.

pressupostos cumulativos essenciais: (i) as empresas que alegadamente coordenam o seu comportamento têm de conseguir articular-se entre si e monitorizar essa coordenação; (ii) a coordenação tem de ser internamente estável, estando os coordenadores alinhados quanto ao objetivo comum; e (iii) a coordenação tem de ser externamente estável, não sendo minada por fatores externos²⁴⁰.

676. E como evidência 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”²⁴¹.
677. Quanto à dimensão geográfica do mercado, as Visadas alegam que as empresas de distribuição visadas não são um bloco homogéneo, têm diferentes dimensões, tipologias de loja, estruturas logísticas e modos de operação, pelo que a dimensão geográfica definida pela AdC não se encontra devidamente justificada²⁴².

III.2.6 Apreciação da Autoridade

678. O facto de a AdC não ter atribuído o título “mercado de retalho alimentar” a um capítulo ou a uma secção específicos da Nota de Ilícitude, não significa que a AdC não tenha identificado e/ou caracterizado esse mercado.
679. Não obstante, como se demonstrará *infra* no capítulo do Direito, apesar de a definição dos mercados relevantes não ser 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 concorrência²⁴³, a AdC, na Nota de Ilícitude e, bem assim, na presente Decisão, identificou e caracterizou todos os mercados necessários para contextualizar a análise dos comportamentos em causa, incluindo o mercado retalhista de base alimentar²⁴⁴.
680. Tal identificação e caracterização resulta, pois, da apreciação desenvolvida quanto aos mercados, quer relativamente à dimensão do produto, incluindo o respetivo

²⁴⁰ Cf. pág. 58 e ss. da PNI Pingo Doce e anexo 13 à PNI Pingo Doce.

²⁴¹ Cf. §186 da PNI Pingo Doce.

²⁴² Cf. capítulo 4 da PNI SCC, onde se refere que a AdC devia, pelo menos, reconhecer que a dimensão geográfica deste mercado se limita ao continente, excluindo os Açores e a Madeira. Cf. também capítulo IV.1 da PNI Auchan, onde se refere que o segmento retalhista do mercado tipicamente corresponde a geografias locais.

²⁴³ Cf. capítulo IV.1.2 da presente Decisão.

²⁴⁴ Cf. § 71 e ss., § 91 e ss., § 96 e ss. – entre outros no capítulo dos Factos relacionado com a Identificação e Caracterização dos Mercados – da Nota de Ilícitude.

escoamento, quer relativamente à dimensão geográfica, quer ainda, relativamente à posição das Visadas nesses mercados.

681. A AdC remete, assim, para os capítulos II.2.1.2, II.2.2, II.2.3.2, II.2.3.1.1 e II.2.3.2.1 da Nota de Illicitude, para os devidos efeitos²⁴⁵.
682. A caracterização do mercado de retalho alimentar constante da Nota de Illicitude, ainda que mais sucinta que a apresentada pelas Visadas nas respetivas defesas, não deixa de ser, em geral, com ela condizente, com exceção do alegado pelas Visadas MCH e Pingo Doce quanto ao grau de concentração e ao nível de rentabilidade do mercado de retalho alimentar em Portugal.
683. Sucede que, nesta matéria, a AdC não pode deixar de considerar infundadas as alegações da MCH e da Pingo Doce e, nessa medida, falsas as suas conclusões.
684. Com efeito, as conclusões da AdC constantes da Nota de Illicitude 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.
685. Com base nessa informação, a AdC conclui na Nota de Illicitude — seção II.2.3.2 (“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.
686. As estatísticas apresentadas e, consequentemente, as conclusões da AdC na Nota de Illicitude têm por base os diferentes grupos presentes no estudo²⁴⁶, não sendo elaboradas de maneira isolada.

²⁴⁵ Cf., *mutatis mutandis*, capítulos III.2.1.2, III.2.2, III.2.4.2, III.2.4.1.1 e III.2.4.2.1 da presente Decisão.

²⁴⁶ 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);

687. As alegações das Visadas quanto a este aspeto não são apresentadas no mesmo contexto e não podem, portanto, ser comparadas com a análise feita na referida seção da Nota de Ilicitude.
688. Em concreto e por referência ao ano de 2016, o grupo em que estão inseridas as empresas de distribuição visadas registou um grau de concentração de 78,6% e um nível de rentabilidade situado em 39,2% do total do comércio retalhista português.
689. O setor do comércio a retalho de base alimentar gerava em Portugal, em finais de 2016, um volume de negócios de 18,1 mil milhões de euros, sendo que o grupo em que as empresas de distribuição visadas se inserem, realizaram 71,6% do volume de negócios total do setor (71,5% em 2015), com mais de 1700 estabelecimentos na totalidade do território nacional.
690. A atualização do documento “Estatística do Comércio” referente ao ano 2018²⁴⁷ permite afirmar que, de modo geral, os resultados para o comércio retalhista em Portugal foram mantidos face ao ano de 2016.
691. 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 40,2% do volume de negócios total em 2018 face a 39,2% em 2016.
692. Quanto às UCDR (Unidades Comerciais de Dimensão Relevante) do grupo 471, estas representavam, em 2018, 2% do universo de empresas registadas, gerando 67,1% do volume de negócios e empregando 59,2% do pessoal ao serviço, valores muito semelhantes àqueles apresentados em 2016.
693. Estas conclusões são, aliás, consentâneas com a caracterização e as conclusões apresentadas pela SCC na sua defesa (cf. alínea i) do parágrafo 667 da presente Decisão).
694. No que se refere ao argumento apresentado pela Pingo Doce de que os preços praticados pelas empresas de distribuição visadas são mais baixos do que os preços praticados pelas empresas de distribuição remanescentes ou “não cartelistas”, é importante salientar que o que está em causa no presente processo é o alinhamento

²⁴⁷ ▪ 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).

Cf. INE, *Estatística do Comércio 2018*, de dezembro de 2019, disponível em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=358631574&PUBLICACOESmodo=2

concertado de PVP no mercado retalhista de base alimentar em Portugal e não o nível desses PVP, sendo certo que, na maioria das situações, o alinhamento se verificou para garantir subidas de PVP, conforme se demonstrará *infra*.

695. Outro aspeto a salientar é que, na construção do argumento, a Pingo Doce **[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]**²⁴⁸.
696. 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 incluisse apenas os produtos do *portfolio* da SCC.
697. 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.
698. Estes resultados são calculados com base na totalidade dos produtos comercializados por estas empresas e não especificamente sobre os mercados identificados no presente processo.
699. 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.
700. Assim, margens mais elevadas em determinados mercados no qual estas empresas atuam não teriam impacto na avaliação geral da variável rentabilidade neste processo.
701. Quanto à análise apresentada pela MCH sobre a evolução de preços dos produtos cerveja Sagres (24 unidades * 25cl) e Água do Luso (6 unidades * 1,5L) com base em informações fornecidas pela A.C. Nielsen para o período entre 2012 e 2017²⁴⁹, podem ser feitas três observações gerais:
 - i) Valem a este propósito, *mutatis mutandis*, as considerações tecidas no parágrafo 694 *supra* a propósito da relevância do nível de preços no processo;
 - ii) O facto de a análise de dados ser realizada entre 2012 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 SCC no mercado de distribuição retalhista de base alimentar — entre o

²⁴⁸ Cf. §174 da PNI Pingo Doce.

²⁴⁹ Cf. §104 da PNI MCH.

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 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 8 e 9²⁵⁰ da respetiva PNI é sinal de “*intensa actividade promocional*” e evidencia que tal atividade não “*assenta numa alternância — entre os diferentes operadores retalhistas — de campanhas de cariz idêntico*”. Discorda-se da interpretação feita pela visada MCH uma vez que o comportamento apresentado nas Figuras 8 e 9 corrobora os comportamentos de correção de desvios apresentados na seção II.3.1.3 da Nota de Illicitude. Os desvios em relação ao PVP concertado — denominado “*ruídos*” no parágrafo 128 da PNI MCH — eram recorrentes e corrigidos através dos tais mecanismos de correção.
702. Tendo em vista a incoerência das informações utilizadas para realizar a análise do comportamento de preços e a desconsideração de outras hipóteses para os 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 cerveja Sagres (24 unidades * 25cl) e Água do Luso (6 unidades * 1,5L) no mercado português entre 2012 e 2017.
703. Quanto à dimensão geográfica do mercado de retalho alimentar, a AdC sublinha que a sua conclusão nesta matéria se baseia na sua experiência, na prática decisória da Comissão Europeia, bem como nas especificidades do caso concreto, sustentadas na prova resultante dos Autos.
704. Reitera-se ainda, no entanto, que a prática investigada tem um carácter transversal e generalizado, estando em causa “Grandes Grupos Retalhistas” com estabelecimentos em todo o território nacional.
705. 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.

²⁵⁰ Cf. §118 da PNI MCH.

706. Como refere a Auchan na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude, “*No que respeita à natureza da atividade em causa (distribuição retalhista), esta desenvolve-se necessariamente a nível nacional, sendo o posicionamento das marcas, nomeadamente no que respeita ao fator preço, preferências e hábitos de consumo, realizada para o território nacional e nos supermercados localizados necessariamente em Portugal*”²⁵¹.
707. Também a Pingo Doce refere, “*Há que ter em conta que se trata de mercados marcadamente nacionais, nomeadamente porque o abastecimento das empresas retalhistas visadas pela SCC (ou por fornecedores concorrentes) respeita as fronteiras nacionais*”²⁵².
708. Confirma-se, portanto, que a dimensão geográfica dos mercados identificados *supra* (Cf. seção III.2.2 da presente Decisão) corresponde ao território nacional.
709. 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.

²⁵¹ Cf. parágrafo 778 da PNI Auchan.

²⁵² Cf. parágrafo 1088 da PNI Pingo Doce.

III.3 Comportamentos

710. Os comportamentos em causa ocorrem no contexto da relação comercial estabelecida entre a SCC e algumas das principais empresas no setor da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, tendo em vista a comercialização ao consumidor final de um conjunto de bebidas que integram o *portfolio* da SCC, incluindo cervejas, águas engarrafadas (com e sem gás) sem sabor, refrigerantes e sidras.
711. As empresas de distribuição visadas adquirem os produtos em causa à SCC para revenda ao consumidor final nos seus estabelecimentos comerciais, inexistindo entre as referidas empresas de distribuição e a SCC qualquer tipo de relação de grupo ou relação contratual diferente da inherente ao negócio típico de compra para revenda.
712. Assim sendo, para os efeitos da comercialização dos produtos em causa no setor da distribuição retalhista de base alimentar, as referidas empresas de distribuição são tomadoras do risco comercial e financeiro associado à revenda dos produtos em causa.
713. Os comportamentos sob investigação ocorrem também no contexto da relação estabelecida, por meios indiretos, por via da relação individual entre cada uma e o fornecedor, entre as empresas de distribuição visadas, no que se refere à definição dos PVP dos produtos do *portfolio* da SCC.
714. No presente capítulo analisar-se-á a matéria de facto que consubstancia os comportamentos apreciados nos presentes autos e, consequentemente, o conteúdo do acervo probatório constante do processo, constituído maioritariamente por mensagens de correio eletrónico (*emails*).
715. Em termos metodológicos, caracterizar-se-ão os comportamentos ocorridos com a transcrição de *emails* identificados com o código alfanumérico que lhes foi atribuído no contexto do processo.
716. Os *emails* de conteúdo semelhante ou análogo aos transcritos encontram-se identificados no Anexo 1 à presente Decisão por referência a cada subtipologia de comportamentos analisados nos capítulos III.3.1.2, III.3.1.3, III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão.
717. Os *emails* que fazem parte da mesma cadeia de conversação, ou que sejam duplicados, dos *emails* transcritos na presente Decisão encontram-se identificados no Anexo 2 à Decisão, de modo a permitir um acesso mais imediato à prova da infração.

III.3.1 Alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor

718. Como se ilustrará detalhadamente de seguida, o acervo probatório constante do processo revela a existência de uma fixação dos PVP dos produtos que fazem parte do *portfolio* da SCC concertada entre as empresas de distribuição visadas com intervenção do fornecedor, com o intuito de garantir um alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar.
719. É particularmente revelador da existência de uma prática anticoncorrencial o conteúdo do documento MCH1721, que consiste numa troca interna de *emails* (MCH) ocorrida entre 8 e 9 de julho de 2009, sobre o assunto “*Cuidados a ter*”, em que pode ler-se:

From [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 8 de Julho de 2009 19:44
To: [REDACTED]
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,

[REDACTED]
From [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 8 de Julho de 2009 9:02
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject:

Bom dia,
Tendo em conta todas as notícias que têm saído na comunicação social dos últimos dias, sobre as investigações que a AdC está a efectuar, ou pretende efectuar, no relacionamento entre fornecedores-distribuidores, venho alertar para a necessidade, se ainda não o fizeram, de eliminarem todos os mails (incluindo este) com comunicação que verse sobre preços com os fornecedores e também entre as equipas.
Principalmente aqueles que não obedecem ao mail-tipo que temos implementado com a ajuda do Dep. Legal.

Obrigada.

Atentamente,

720. Os comportamentos que se analisam de seguida, ocorridos no contexto da relação triangular estabelecida entre a SCC e as empresas de distribuição visadas, têm uma importância fulcral no mecanismo de formação dos PVP dos produtos da SCC, permitindo às empresas visadas reduzir o risco inerente a uma atuação concorrencial entre operadores que determinam de modo autónomo a sua conduta no mercado.

721. Tais comportamentos envolvem normalmente a comunicação pelo fornecedor às empresas de distribuição de uma recomendação de PVP (PVPR ou PVP recomendado) que, na realidade, funciona como ponto de referência para a convergência dos reposicionamentos de PVP no mercado (cf. capítulo III.3.1.2 da presente Decisão).
722. A prova demonstra que os PVP comunicados pelo fornecedor são previamente discutidos com as empresas de distribuição visadas, que dão a sua anuênciia ao nível de PVP fixado e ao calendário para os reposicionamentos no mercado.
723. Verifica-se, posteriormente, uma rigorosa monitorização dos PVP que estão efetivamente a ser praticados no mercado, realizada pelas empresas de distribuição visadas e pela própria SCC (cf. capítulo III.3.1.3 da presente Decisão).
724. É com base nessa monitorização que a SCC e as empresas de distribuição visadas procedem à deteção e ao reporte de eventuais desvios nos PVP praticados face aos PVP concertados, cabendo ao fornecedor solicitar à insígnia desviante que corrija o desvio (cf. capítulo III.3.1.4 da presente Decisão).
725. Verificando-se um desvio, a insígnia que o detetou reporta a situação ao fornecedor, pressionando-o e requerendo a sua intervenção junto da insígnia desviante para que esta proceda ao reposicionamento de acordo com o PVP concertado.
726. O fornecedor intervém de facto junto da insígnia desviante e reporta às demais insígnias o motivo para o desvio registado e as circunstâncias em que o reposicionamento vai ocorrer.
727. Finalmente, existem mecanismos de coação para induzir as insígnias a cumprir os PVP concertados e mecanismos de retaliação para punir as insígnias e o próprio fornecedor pelo incumprimento dos PVP combinados (v.g., corte de fornecimento ou de descontos, do lado do fornecedor; emissão de notas de crédito correspondentes à diferença entre o preço combinado e o preço mais baixo observado em caso de desvio, corte nas compras ou no portefólio, do lado das insígnias) (cf. capítulo III.3.1.5 da presente Decisão).
728. Analisar-se-á de seguida, detalhadamente, cada uma desses comportamentos que, em conjunto e quando globalmente considerados, constituem e dão substrato à prática anticoncorrencial apreciada nos presentes autos.

III.3.1.1.1 Pronúncia das Visadas

729. Tendo sido notificados, mediante Nota de Ilícitude, da existência de uma possibilidade razoável de contra eles vir a ser proferida uma decisão condenatória, todas as pessoas visadas contestaram a matéria de facto que lhes é imputada²⁵³.
730. De uma perspetiva mais abrangente sobre a valoração da prova constante dos autos por parte da AdC, as Visadas arguem que esta desconsiderou a caracterização e o funcionamento do mercado nacional de retalho alimentar²⁵⁴, pelo que a teoria do dano constante da Nota de Ilícitude é um equívoco que se alicerça numa leitura isolada de emails, sem a devida contextualização²⁵⁵.
731. 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 alinhamento²⁵⁶.
732. A título de exemplo, alega a MCH que o que a prova demonstra é uma negociação intensa e em permanente ebullição, que decorre de uma ambivalência genética – as partes têm um objetivo comum e, ao mesmo tempo, interesses próprios conflituantes, o que não implica qualquer ilegalidade ou propósito anticoncorrencial²⁵⁷.
733. Em termos metodológicos, de uma perspetiva mais circunscrita aos elementos de prova utilizados pela AdC, podem distinguir-se argumentos das Visadas que visam contestar os pressupostos de valoração da prova pela AdC e argumentos das Visadas que procuram contestar as conclusões da AdC sobre elementos de prova utilizados para consubstanciar a infração e estabelecer a conexão entre a infração e as pessoas visadas.
734. A AdC passará de imediato a enunciar os argumentos que procuram contestar os pressupostos da apreciação da prova pela AdC, aos quais responderá no capítulo seguinte da presente Decisão, enunciando mais adiante, nos capítulos relevantes, os argumentos que visam contestar as conclusões da AdC sobre elementos de prova utilizados para consubstanciar a infração e estabelecer a conexão entre a infração e as pessoas visadas.

²⁵³ Cf. capítulo I.10 da presente Decisão.

²⁵⁴ Cf. capítulo III.2.5 da presente Decisão.

²⁵⁵ Cf. capítulo 10 da PNI SCC, capítulos II.B) e II.F.a) da PNI MCH, capítulos I.A) e B) e II.A) da PNI Pingo Doce e capítulo IV.1 da PNI Auchan.

²⁵⁶ Segundo a Auchan, constituem exemplo da alegada concorrência efetiva e aguerrida os documentos SCC160, SCC271, SCC290, SCC406, SCC1503, MCH420, MCH1718, cf. capítulo III.1. da PNI Auchan.

²⁵⁷ Cf. capítulo II.F.a) da PNI MCH.

735. A propósito da apreciação da prova, a SCC critica o facto de a AdC sustentar a Nota de Ilícitude num único meio de prova (*emails*), referindo que há vários aspetos que denotam a sua ineptidão para demonstrar a existência da alegada infração²⁵⁸:

- i) A AdC apenas faz a análise expressa de 336 do total de 872 *emails* que constam do processo, pelo que incorre na violação dos direitos de defesa das visadas²⁵⁹;
- ii) A AdC construiu a teoria do dano com base em meros indícios, pois na Nota de Ilícitude afirma que os *emails* indiciam uma infração e não que a demonstram;
- iii) Os documentos SCC259 e SCC260 são rascunhos e não *emails* efetivamente enviados;
- iv) Em 48 dos 336 *emails* expressamente analisados pela AdC, são interlocutores (remetente/destinatário) colaboradores de empresas de distribuição que não são visadas no processo e muitos outros *emails* referem-se a empresas de distribuição que não são visadas no processo, pelo que são irrelevantes para a imputação da alegada infração às pessoas visadas²⁶⁰;
- v) Em 140 dos 336 *emails* expressamente analisados pela AdC, remetente e destinatário são ambos colaboradores da mesma empresa (*emails* internos), pelo que são irrelevantes para demonstrar a alegada infração e imputá-la às pessoas visadas, dado que são inábeis para demonstrar as comunicações entre as empresas visadas²⁶¹;

²⁵⁸ Cf. capítulo 7.2 da PNI SCC, §156 a 164.

²⁵⁹ Cf., também, capítulo III.1. da PNI Auchan.

²⁶⁰ Cf., também, capítulo III.1.1. da PNI Auchan e § 581 da PNI Pingo Doce. Cf. documentos SCC128; SCC136; SCC141; SCC150; SCC160; SCC862; SCC957; SCC1294; SCC1716; SCC1739; SCC1747; SCC1763; SCC1783; SCC1787; SCC1794; SCC1856; SCC2009; SCC2258; SCC2323; SCC2336; SCC2351; SCC2370; SCC2373; SCC2374; SCC2447; SCC2452; SCC2457; SCC2458; SCC2459; SCC2492; SCC2520; SCC2547; SCC2575; SCC2601; SCC2602; SCC2603; SCC2604; SCC2610; SCC2625; SCC2628; SCC2632; SCC2633; SCC2656; SCC2657; SCC2658; SCC2659; SCC2671; SCC2679; SCC2681; SCC2699; SCC2862; SCC2864; SCC2877.

²⁶¹ Cf. também §581 da PNI Pingo Doce. Cf. documentos Auchan2; Auchan314; Auchan368; Auchan369; Auchan383; Auchan401; MCH338; MCH339; MCH387; MCH896; MCH900; MCH1054; MCH1056; MCH1284; MCH1540; MCH1715; MCH1718; MCH1720; MCH1721; MCH1766; MCH1934; MCH1937; MCH1945; MCH2917; SCC1; SCC2; SCC3; SCC4; SCC6; SCC7; SCC13; SCC15; SCC18; SCC85; SCC135; SCC173; SCC204; SCC207; SCC224; SCC225; SCC231; SCC237; SCC240; SCC241; SCC252; SCC256; SCC257; SCC260; SCC261; SCC274; SCC283; SCC286; SCC292; SCC297; SCC304; SCC319; SCC321; SCC322; SCC323; SCC327; SCC328; SCC353; SCC405; SCC407; SCC409; SCC410; SCC411; SCC426; SCC486; SCC533; SCC599; SCC796; SCC838; SCC839; SCC859; SCC862; SCC891; SCC905; SCC920; SCC945; SCC960; SCC999; SCC1012; SCC1035; SCC1132; SCC1181; SCC1184; SCC1242; SCC1264; SCC1344; SCC1355; SCC1389; SCC1391; SCC1413; SCC1415; SCC1453; SCC1460; SCC1471; SCC1503; SCC1612; SCC1614; SCC1674; SCC1683; SCC1690; SCC1704; SCC1705; SCC1707; SCC1741; SCC1754; SCC1755; SCC1756; SCC1771; SCC1975; SCC1976; SCC1992; SCC2001; SCC2005; SCC2012; SCC2018; SCC2023; SCC2046; SCC2062; SCC2067; SCC2079; SCC2088; SCC2089; SCC2258; SCC2259; SCC2294; SCC2455; SCC2460; SCC2761; SCC2775; SCC2851; SCC2859; SCC2862; SCC2864; SCC2877; SCC2891; SCC2893; SCC2915.

- vi) O mercado relevante geográfico deve cingir-se a Portugal continental, pelo que 55 dos 336 *emails* expressamente analisados pela AdC, relativos às ilhas, devem ser desconsiderados²⁶²;
- vii) Os 336 *emails* expressamente analisados pela AdC são inábeis para demonstrar uma infração ininterrupta, porque se verificam muitos *gaps* temporais entre eles;
- viii) O documento MCH1721 não contém qualquer elemento que faça referência ao mercado das bebidas, à SCC ou à Auchan²⁶³.
- ix) As empresas de distribuição visadas contestam ainda o facto de a AdC não ter “constituído como visadas no processo” outras insígnias identificadas em alguns meios de prova descritos na Nota de Ilicitude, solicitando à AdC que esclareça o critério utilizado para estes efeitos²⁶⁴.

III.3.1.1.2 Apreciação da Autoridade

736. Analisados os argumentos apresentados pelas Visadas para contestar os pressupostos da apreciação da prova que consta da Nota de Ilicitude, a AdC conclui pela sua improcedência, pelas razões a seguir indicadas.

Sobre a apreciação descontextualizada da prova

737. Como ponto prévio, a AdC recorda que a definição exata do mercado relevante não é indispensável quando estejam em causa práticas restritivas da concorrência consubstanciadas em acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas a que se atribua um objeto restritivo, como é o presente caso²⁶⁵.

²⁶² Cf. documentos MCH564; MCH570; MCH571; MCH572; MCH584; MCH590; MCH635; MCH644; MCH1068; SCC241; SCC1186; SCC2294; SCC2298; SCC2300; SCC2323; SCC2336; SCC2337; SCC2351; SCC2370; SCC2373; SCC2374; SCC2375; SCC2447; SCC2452; SCC2455; SCC2456; SCC2457; SCC2458; SCC2459; SCC2460; SCC2485; SCC2492; SCC2520; SCC2547; SCC2575; SCC2601; SCC2602; SCC2603; SCC2604; SCC2610; SCC2625; SCC2628; SCC2632; SCC2633; SCC2656; SCC2657; SCC2658; SCC2659; SCC2671; SCC2674; SCC2679; SCC2681; SCC2697; SCC2699; SCC2720.

²⁶³ Cf. também, capítulo III.1. da PNI Auchan.

²⁶⁴ Cf. capítulo III.1.1 da PNI Auchan, capítulo II.E da PNI MCH e págs. 66 e ss. da PNI Pingo Doce.

²⁶⁵ Cf. capítulo IV.1.2 da presente Decisão.

738. Nesse sentido, no presente caso, a análise da prova à luz do contexto do mercado relevante não assume a importância que tem no contexto de outros tipos de infrações concorrenceis (como os abusos de posição dominante).
739. Não obstante, no caso concreto, a verdade é que a AdC identificou e caracterizou na Nota de Ilícitude todos os mercados envolvidos para, precisamente, contextualizar a análise dos comportamentos em causa, incluindo o mercado retalhista de base alimentar²⁶⁶.
740. 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 caracterização do mercado de retalho alimentar e as circunstâncias específicas do seu funcionamento.
741. Mais do que isso, a AdC faz menções expressas na Nota de Ilícitude à sua análise sobre as características do mercado de retalho alimentar, em particular, nos capítulos dedicados aos factos (referidos no parágrafo 739) e à subsunção dos factos ao direito²⁶⁷.
742. Sucede que, apesar da caracterização do mercado apresentada pelas Visadas ser muito semelhante ou análoga à caracterização tida em consideração pela AdC, as Visadas formaram conclusões distintas das conclusões formadas pela AdC sobre o funcionamento do mercado de retalho alimentar.
743. Onde algumas Visadas, em particular a MCH e a Pingo Doce, identificam argumentos para qualificar o mercado de altamente concorrencial, a AdC identifica provas concretas de coordenação/concertação e da implementação efetiva da mesma²⁶⁸.
744. A verdade é que a apreciação global da prova transpira, na perspetiva da AdC – corroborada pela defesa de algumas Visadas – aquilo a que a MCH designa na sua defesa de “ambivaléncia genética”, querendo isto dizer que subjaz às discussões entre as Visadas, descritas na presente Decisão, a defesa de um objetivo comum e, ao mesmo tempo, de interesses próprios conflituantes das partes²⁶⁹.
745. A MCH traduz o referido objetivo comum na *realização do número máximo de transações com os produtos do fornecedor*²⁷⁰; 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

²⁶⁶ Cf. § 70 e capítulos II.2.1.2, II.2.2, II.2.3.2, II.2.3.1.1 e II.2.3.2.1 da Nota de Ilícitude, bem como, *mutatis mutandis*, capítulos III.2.1.2, III.2.2, III.2.4.2, III.2.4.1.1 e III.2.4.2.1 da presente Decisão.

²⁶⁷ Cf. capítulos III.1.3.6.3 e III.2.2.2.2 da Nota de Ilícitude.

²⁶⁸ Cf. capítulo III.2.6. da presente Decisão.

²⁶⁹ Cf. § 331 da PNI MCH.

²⁷⁰ Cf. § 331 da PNI MCH.

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).

746. A caracterização do mercado de retalho alimentar, mesmo aquela que é apresentada pelas Visadas na sua defesa²⁷¹, 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.
747. 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.
748. A prova também 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 a todos os *players* pôde ser implementada.
749. A PNI SCC explica que o enquadramento jurídico deste mercado levou a que se perdesse a noção do preço base dos produtos e que hoje em dia, na realidade, o consumidor português foca-se nas promoções e no preço riscado e perde a noção do preço real dos produtos²⁷².
750. Na realidade, o consumidor português não se apercebe que está a pagar mais ao longo do tempo, limitando-se a comprar o produto com a maior promoção.
751. Neste sentido, pode ler-se na PNI SCC:

“Refere também que “Entre os portugueses impera o preço riscado. Em Portugal, nós, como consumidores, muitas vezes acabamos por olhar para o preço riscado e ver se a oferta é suficientemente interessante, mas perdemos a noção do preço base (...). Em

²⁷¹ Cf. §667 da presente Decisão.

²⁷² Cf. capítulos 2 e 3 da PNI SCC. Decreto-Lei n.º 70/2007, de 26 de março, que regula as práticas comerciais com redução de preço nas vendas a retalho praticadas em estabelecimentos comerciais, com vista ao escoamento das existências, ao aumento do volume de vendas ou a promover o lançamento de um produto não comercializado anteriormente pelo agente económico, foi, entretanto, alterado pelo Decreto-Lei n.º 10/2015, de 16 de janeiro, que, entre o mais, revogou o n.º 2 do artigo 5.º, que continha a definição de preço anteriormente praticado.

*Portugal, com tanta promoção e tanto preço riscado, perde-se um pouco a noção do preço dos produtos*²⁷³.

*O cenário de “everyday promo”, que se implementou durante o período relevante e que hoje se mantém, ganhou nova força com esta alteração legislativa²⁷⁴, permitindo-se, na prática, que não haja uma verdadeira promoção, mas apenas o anúncio de que se cortou no preço em X %, sem qualquer evidência ou exigência de comprovação de que o preço base de referência utilizado para fazer a promoção era, de facto, o preço praticado anteriormente, durante um período de tempo minimamente razoável. Tendo presente e sabendo desta alteração legal, comprehende-se melhor a caracterização que vem sendo atribuída ao shopper português nos últimos anos, no sentido de que é bastante influenciado e está habituado a promoções nos FMCG, mas não é conhecedor das reduções de preço efetivamente aplicadas nas promoções*²⁷⁵ (sublinhado AdC).

752. O contexto de mercado, portanto e ao contrário do alegado pelas Visadas, não exclui ou impede a interpretação que a AdC retira da prova constante dos autos.
753. De qualquer modo, o contexto de mercado considerado não permite refutar as conclusões fundadas na prova documental constante do processo.
754. O que daí resulta está escrito e, na grande maioria das vezes, como refere a Auchan na sua defesa, “o teor do documento não exige explicações adicionais”²⁷⁶.
755. Aliás, em alguns casos, o conteúdo não exige mesmo explicações nenhuma. Veja-se o documento SCC128, no qual pode ler-se:

“Era importante que a recomendação fosse seguida sob risco do resto do mercado reagir se não houver alterações amanhã”.
756. Veja-se o documento SCC1459 (conversação n.º 15), no qual pode ler-se:

“Sim PD está ok. Mas numa subida de PVP de Mercado, e tendo em conta o número de artigos, deixa-me desconfortável o IP da categoria ao momento”.

757. Veja-se o documento SCC2720, no qual pode ler-se:

“Relativamente ao dia de subida de preços, é mesmo importante que subam os preços na próxima terça-feira, dia 19 (...) por forma a que a subida de preços se dê simultaneamente em todo o país”.

²⁷³ Cf. §46 da PNI SCC.

²⁷⁴ Refere-se à alteração legislativa ao Decreto-Lei n.º 70/2007, de 26 de março.

²⁷⁵ Cf. § 61 da PNI SCC.

²⁷⁶ Cf. § 293 da PNI Auchan.

758. No mesmo documento SCC2720 pode ler-se também:

“Eu percebo o vosso ponto de vista, mas esta é uma estratégia nacional e temos de estar alinhados com as restantes insígnias”.

759. E, por fim, o documento SCC2258, que consiste numa cadeia de emails de 2 e 3 de junho de 2015, sobre o assunto “Aumento de PVP Sagres 6x33cl”, em que um colaborador da Selplus²⁷⁷ informa uma gestora de conta da SCC sobre a sua visita a alguns estabelecimentos de empresas de distribuição em que constatou que o PVP do produto Sagres 6x33cl estava a 3,90€ e procedeu à alteração do referido PVP para 4,20€, podendo ler-se:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 2 de Junho de 2015 22:46
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Aumento de PVP Sagres 6x33cl
Importance: High

Boa noite,

Na semana passada visitei algumas lojas com a [REDACTED] em particular as lojas Roma Moderna e Maxigrula (Stª Iria) estavam com rutura de 6x33cl mas a etiqueta que tinham no linear marcava 3,90€. Depois de explicarmos aos responsáveis de cada loja o quanto importante é posicionar o preço um pouco mais acima e fazendo demonstração com Skus de cx (15x33cl e 24x33cl) eles perceberam que estavam a vender muito barato o pack de 6x33cl. A [REDACTED] pediu-lhes que efetuassem uma compra de pelo menos 10 tabuleiros e que passaria novamente nas lojas não só para destacar o produto como para colocar uns brindes (sobras que ainda tinha no carro).

Sugerimos nivelar os PVP da Unicer e em alguns casos até colocar um pouco acima.

Na visita de hoje foi possível verificar a compra sugerida, concretizar destaques e aumentar o PVP para 4,20€, pretendemos que daqui a pouco tempo nestas lojas esteja acima de 4,50€ caso os responsáveis constatem que venderam todo o stock a este novo PVP e em pouco tempo.

Cumprimentos,

[REDACTED]

760. No email de resposta da gestora de conta da SCC, constante do mesmo documento SCC2258, é possível ler-se:

²⁷⁷ O Grupo Selplus/Seldata é uma empresa prestadora de serviços de gestão de operações comerciais, incluindo shoppings, recolha de talões de compra e ativação de ações promocionais em loja.

RE: Aumento de PVP Sagres 6x33cl

From:

To:

Cc:

Date: Wed, 03 Jun 2015 12:51:23 +0100

Olá [REDACTED]

É exactamente esse o objectivo. Aumentar preços!!
Keep going!!



[REDACTED]
Key Account Manager Traditional
Off trade

761. Concluindo, não se contesta que a caracterização do mercado possa ser relevante para contextualizar uma prática e não se ignorarão esses aspetos na respetiva apreciação. 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 facilitam) 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, necessariamente, de relevar mais do que essa caracterização geral.

Sobre a apreciação de apenas 336 emails de um total de 872

762. Não corresponde à verdade que a AdC tenha analisado apenas 336 de um total de 872 ficheiros eletrónicos juntos ao processo (assim incorrendo numa violação dos direitos de defesa das pessoas visadas).
763. A AdC analisou a totalidade dos referidos ficheiros e identificou cada um com o código alfanumérico que lhes foi atribuído no contexto do processo.
764. 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 nos seus Anexos 1 e 2), pois nem todos os ficheiros têm relevância probatória;

- (ii) alguns ficheiros fazem parte de cadeias de conversação, pelo que vêm identificados apenas no Anexo 2 à Nota de Ilícitude; (iii) alguns ficheiros são duplicados de ficheiros existentes no processo, pelo que foram desconsiderados.
765. Concluindo, todos os ficheiros eletrónicos ou *emails* utilizados pela AdC como meio de prova para demonstrar a infração e os seus agentes foram identificados na Nota de Ilícitude ou nos seus Anexos 1 e 2, tendo a AdC utilizado uma parte para ilustrar os comportamentos ocorridos e identificado outra parte no Anexo 1 que lista os *emails* de conteúdo equivalente aos descritos na Nota de Ilícitude, consoante o comportamento em causa.
766. Inexiste, pois qualquer violação dos direitos de defesa das pessoas visadas a esse propósito, não se alcançando sequer como a mesma poderia ter sido efetivada nesse contexto.
- Sobre a apreciação da prova com base em indícios
767. 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.
768. Refere a SCC que a AdC construiu a teoria do dano com base em meros indícios, pois na Nota de Ilícitude afirma que os *emails* indiciam uma infração e não que a demonstram.
769. A este respeito, em cumprimento do disposto na Lei n.º 19/2012 e conforme expressamente decorre da Nota de Ilícitude notificada às pessoas visadas, este documento contém todos os elementos de facto e de direito que permitem, com base na prova elencada, sustentar a possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória no processo e que permitem às pessoas visadas exercer plenamente os seus direitos de audição e defesa.
770. Nomeadamente, a Nota de Ilícitude notificada no processo contém a identificação das pessoas 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.
771. Analisada a Nota de Ilícitude, poderá constatar-se que a AdC apreciou um conjunto extenso de meios a 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.

772. Ou seja, a Nota de Ilícitude, naturalmente, funciona como uma acusação à qual, em homenagem aos direitos de audição e defesa das pessoas visadas, estas poderão reagir. Não é, nem poderia ser, uma decisão final, sob pena de restrição inadmissível daqueles direitos.
773. Assim, tem de se salientar que não se alcança totalmente a natureza do argumento da SCC: pretende essa Visada que a AdC considere demonstradas na Nota de Ilícitude, para além de qualquer contestação, as condutas que imputa às pessoas visadas? Ao não aceitar a indicação (inerente ao tipo de decisão que a Nota de Ilícitude corporiza), parece ser esse o único caminho que a SCC pretende ver trilhado. Mas esse é um caminho que pode redundar, paradoxalmente, na violação dos seus próprios direitos de audição e defesa, que igualmente invoca e que, efetivamente exerceu.
774. 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 anticoncorrenciais²⁷⁸.
775. Note-se que não se está a afirmar que a prova dos autos no presente processo seja constituída por este tipo de elementos, apenas que, caso os mesmos integrassem essa prova, nada obstaria à sua consideração e valoração.
776. 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*”.
777. 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

²⁷⁸ 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*”.

pessoa visada, na decisão final, uma coima ou outra sanção aplicável nos termos da Lei n.º 19/2012.

778. 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.
779. No presente processo a Nota de Ilícitude corporizou, precisamente, um juízo acusatório dessa natureza.

Sobre a apreciação da prova com base em rascunhos

780. A SCC contesta a valoração como meio de prova dos documentos SCC259 e SCC260, alegando que se tratam de *emails* não enviados (rascunhos).
781. Em primeiro lugar, cumpre à AdC esclarecer que, em ambos os casos, os *emails* não revelam qualquer evidência de se tratarem de rascunhos.
782. Pelo contrário, ambos indicam data e hora de envio.
783. Do documento SCC259 consta que terá sido enviado no dia 11 de fevereiro de 2008, às 10 horas e 34 minutos.
784. Do documento SCC260 consta que terá sido enviado no dia 11 de fevereiro de 2008, às 10 horas e 32 minutos.
785. De qualquer modo, a AdC esclarece que, ainda que os documentos SCC259 e SCC260 fossem meros rascunhos (o que não resulta demonstrado), não existe, nem é invocada pelas Visadas, qualquer disposição legal que proíba a utilização de um rascunho como meio de prova.
786. Ainda que se entenda que esse tipo de documento (nos casos em que explicitamente se revele um mero rascunho) constitua prova indiciária, tendo um valor diferente de um *email* efetivamente enviado e recebido, trocado entre duas ou mais partes visadas, 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 devidamente valorada segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC.
787. Assim, nada impede a AdC de utilizar um rascunho como meio de prova, desde que os indícios que nele se identifiquem se revelem suficientemente sérios, precisos e

concordantes com os demais meios de prova, contribuindo para a formação de um juízo que fundamente a existência de uma prática restritiva da concorrência.

788. É, exatamente, o que sucede com os documentos SCC259 e SCC260, que se tratam de duas mensagens escritas por uma colaborada da SCC, com destino a outro colaborador da SCC, alertando para a necessidade de os PVP de produtos do *portfolio* do fornecedor estarem ao PVP proposto nas insígnias ITMP, Auchan e Leclerc em determinada data.
789. É, assim, razoável concluir com base nestes documentos que a SCC controla o cumprimento pelas insígnias ITMP, Auchan e Leclerc dos PVP propostos, que a expressão “*terão que estar*” utilizada revela a existência de uma obrigação nesse sentido e que a indicação de uma data demonstra a existência de um calendário para o reposicionamento dos PVP.
790. A AdC conclui, assim, pela relevância probatória dos documentos SCC259 e SCC260 no contexto do processo, contribuindo para a demonstração da prática e respetiva qualificação como uma infração e para a sua imputação a, pelo menos, uma empresa de distribuição visada.

Sobre a apreciação da prova com base em emails enviados/recebidos por colaboradores de empresas não visadas ou que identificam empresas não visadas

791. Em primeiro lugar, a AdC salienta que todos os elementos de prova juntos aos autos (*emails*) são enviados/recebidos ou, no limite, transmitidos com o conhecimento de, pelo menos, uma pessoa visada pelo processo. Caso contrário, não fariam parte do acervo probatório junto aos autos.
792. Existe sempre, portanto, pelo menos uma pessoa visada diretamente envolvida.
793. Em segundo lugar, a AdC salienta que não existe, nem é invocada pelas visadas, qualquer disposição legal que proíba a utilização de documentos que consubstanciem prova indireta ou prova indiciária ou circunstancial da infração que a AdC pretenda invocar.
794. Ainda que se entenda que esse tipo de prova terá necessariamente um valor diferente de um *email* efetivamente 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 valorada segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC.

795. A título de exemplo, veja-se o teor da conversação n.º 9 entre a SCC e a INSCO (Insco Insular de Hipermercados S.A.):

[SCC] “[CONFIDENCIAL - Informação relativa a dados pessoais de colaborador da INSCO], Apontamos próximo dia 14 para alteração de preços? Fiquei a aguardar uma resposta vossa para esta subida de preços. Qual a data? Amanhã? Sexta-feira?”

[INSCO] “Nós é que estamos a aguardar resposta. Vieram artigos com PVPs sugeridos que não temos condição de praticar, sendo que ficamos a aguardar a vossa resposta à nossa analista de preço (e-mail em anexo)”.

[SCC] “Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Em anexo os comentários e correcções. No caso das embalagens Sagres 10x25cl e 20x25cl, não nos resta alternativa senão subir os PVP's recomendados para não incorrerem em dumping. Na Sagres 10x20cl esta embalagem vai ser descontinuada em breve e vai ser substituída pela 6x20cl que vai ter um PVP mais baixo”.

[INSCO] “Boa tarde, [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Vamos avançar com a alteração de preços, excepto onde a margem não comporte. Iremos solicitar shopping aos concorrentes para verificar se já alteraram. Alerto que onde não houver alteração do concorrente teremos de reagir e reposicionar”.

[SCC] “Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Qual a data? Ainda não alterei preços nas outras insígnias”.

[INSCO] “Relativamente à data, quando irás alterar nas outras insígnias? Alteramos no dia a seguir”.

[SCC] “Na próxima segunda-feira dia 29 de Fevereiro”.

796. Para além de (pelo menos) uma das pessoas visadas pelo processo estar diretamente envolvida, 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.

797. Concluindo, não é verdade que *emails* enviados/recebidos por colaboradores de empresas não visadas ou que *emails* que mencionam empresas não visadas sejam irrelevantes e inaptos como meio de prova da infração que a AdC pretende invocar, desde que os indícios que neles se identificam contribuam para 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.

Sobre a apreciação da prova com base em emails internos

798. Em primeiro lugar, não existe, nem é invocada pelas visadas, qualquer disposição legal que proíba a utilização de documentos que revelem comunicações estabelecidas entre colaboradores da mesma empresa visada (*emails internos*).
 799. Aliás, nem se concebe qual o fundamento que poderia justificar uma restrição desse tipo.
 800. Em segundo lugar, o valor desse tipo de prova – como qualquer elemento probatório, aliás – variará consoante o contexto em que seja apresentado e a factualidade que a ele se subsuma.
 801. Caso quisesse demonstrar-se uma interação direta entre empresas, poderia entender-se que esse tipo de prova pudesse ter um valor diferente de um email efetivamente enviado e/ou recebido pelos agentes ao qual a conduta em causa se quisesse imputar.
 802. Mas isso não significa que *emails internos* não tenham igual ou superior valor probatório nos casos em que queiram demonstrar uma conduta e uma postura referentes à empresa no seio da qual são enviados, bem como um valor enquanto prova indireta, nos termos do n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012 (que admite a sua utilização, no pressuposto de que a prova seja valorada segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC), de condutas eventualmente imputáveis a outras pessoas visadas.
 803. A própria SCC reconhece na respetiva pronúncia escrita sobre a Nota de Illicitude: “*Já quanto aos emails internos, e não obstante o que supra se referiu, vale a pena incluí-los neste exercício, pois que ajudam contextualmente na compreensão do enquadramento correto de certas situações*”²⁷⁹.
 804. A título de exemplo, veja-se o teor do documento SCC1503, que consiste numa cadeia interna de *emails* (SCC) de 7 de novembro de 2013, sobre o assunto “*Alteração PVP PD – 07.11.2013*”:

“Pf façam-me um plano com as datas previstas de subida por cliente e enviem-me hoje até ao fim do dia”.
 805. Os referidos colaboradores respondem o seguinte (no dia 07 de novembro de 2013 (5ª feira)):
- “Datas previstas:*

²⁷⁹ Cf. § 168 da PNI SCC.

ITM: subiu já o Garrafão 7L. Falta 5,4L e 1,5L. Só no próximo Candenssier? O [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] está em NY com o [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] assim que vires este e-mail, corrige sff se estiver errado

LIDL: [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] ainda não me ligou após a tempestade. Garantiu-me por telefone na 3^aF^a que iriam estar connosco, esta 6^aF^a

Sonae: Próxima 2^aF^a

El Corte Inglês: Próxima 2^aF^a

Auchan: Subida a partir de 2^aF^a, correcto [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]?

Leclerc: Subida a partir de 2^aF^a, via Informação [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] + Sales Rep loja a loja

Aldi: Próxima 3^aF^a

PD: Dependendo do desenrolar de tudo, ao qual ainda estou a aguardar contacto (estão fechados), estimo que a data seja a próxima 4^aF^a

DIA: não subiram as Águas, subiram apenas a Sagres 24x25cl. Estimo que a data seja a próxima 5^aF^a"

806. Mais tarde, em reação à informação entretanto recebida de que a Pingo Doce só reposicionaria os PVP no dia 20, [Administrador SCC] dá a seguinte instrução:

"É preciso re-alinhar com os outros clientes timings de preços. Pf vejam na reunião de equipa na 2^a feira".

807. Concluindo, não é verdade que emails internos sejam irrelevantes e inaptos como meio de prova da infração que a AdC pretende invocar.

808. O seu valor probatório não resulta diminuído de qualquer forma apenas pela circunstância de serem mensagens internas.

809. 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.

Sobre a apreciação da prova com base em emails relativos às ilhas (Madeira e Açores)

810. Dado que a AdC atribui ao mercado de retalho alimentar uma dimensão geográfica nacional, o argumento de impugnação suscitado pela SCC perde pertinência e não poderá ser acolhido²⁸⁰.
811. De qualquer modo, ainda que essa não fosse a dimensão geográfica atribuída ao mercado de retalho alimentar, a AdC não poderia acolher o argumento da irrelevância e ineptidão dos *emails* que têm por objeto o mercado dos arquipélagos.
812. Do ponto de vista do tipo objetivo da infração em causa, existindo um elemento de conexão entre o documento e o âmbito objetivo/subjetivo do processo, a relevância probatória dos elementos de prova dependerá, na verdade, da factualidade que a eles se subsume.
813. Do ponto de vista do tipo subjetivo, não existe, nem é invocada pelas visadas, qualquer disposição legal que proíba a utilização de documentos que consubstanciem prova indireta ou prova indiciária ou circunstancial da infração que a AdC pretenda invocar.
814. Ainda que se entenda que esse tipo de prova possa ter um valor diferente de um *email* efetivamente 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 valorada segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC.
815. Portanto, não é verdade que este tipo de *emails* sejam irrelevantes e inaptos como meio de prova das condutas que a AdC pretende invocar, desde que os indícios que neles se identificam se revelem suficientemente sérios, precisos e concordantes das mesmas, permitindo a respetiva utilização para fundamentar a declaração de existência de uma prática restritiva da concorrência.
816. É o caso das conversações n.º 7, 9, 30 e 34 e do documento SCC2575.
817. A título de exemplo, veja-se o documento SCC1428 (conversação n.º 7), em que é possível ler a seguinte mensagem da MCH para a SCC, a propósito de um calendário com as datas para a reposição de PVP de vários produtos do *portfolio* do fornecedor:

“[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],
Estes PVPs são válidos para Madeira correto?”
818. Em resposta, a interlocutora da SCC esclarece:

“*Estes são os PVPR são válidos para o Continente.*

²⁸⁰ Cf. capítulos III.2.2, III.2.6 e IV.1.2 da presente Decisão.

[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] tendo em conta estes PVPR podes pff dar indicação ao [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] de quais são os PVPR da Madeira para os artigos abaixo mencionados?”

819. Podendo ler-se de seguida a seguinte mensagem do colaborador da SCC referido na mensagem ([CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]):

“[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]

*No caso madeira alterar sff cx de minibar 24*25 para 18,59€.*

820. Veja-se também a conversação n.º 30 (designadamente o documento SCC2720), que tem início numa mensagem da SCC para o Pingo Doce com a lista de PVP's recomendados para a Madeira a partir de 19 de março de 2015, podendo ler-se o seguinte:

“Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],

Relativamente ao dia de subida de preços, é mesmo importante que subam os preços na próxima terça-feira, dia 19.

Tenho esta indicação por forma a que a subida de preços se dê simultaneamente em todo o país.

Agradeço a vossa compreensão”.

821. Na sequência, o interlocutor da Pingo Doce informa:

“Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]!

Conforme explicamos na nossa reunião, não podemos subir os preços na próxima terça feira por motivos promocionais!

Estava combinada a subida de preços para o dia 02 de Junho, mas na melhor das hipóteses podemos tentar subir preços no dia 26 de Maio!”

822. Ao que o interlocutor da SCC responde:

“Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],

Eu percebo o vosso ponto de vista, mas esta é uma estratégia nacional e temos de estar alinhados com as restantes insígnias.

É possível subirem os preços nos artigos que não estão em campanha?”

823. Retorquindo o interlocutor da Pingo Doce:

“Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]! Na próxima semana temos a Sagres toda em acção! Talvez consiga alterar as outras referências, mas para isso solicito novamente o envio do ficheiro com os códigos PD”.

824. Em todo o caso, os *emails* relativos às ilhas seriam sempre relevantes, no sentido em que demonstram 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.

Sobre a apreciação da prova com base num conjunto de emails com gaps temporais

825. A SCC alega que os *emails* utilizados pela AdC são inábeis para demonstrar uma prática ininterrupta, pois verificam-se entre eles muitos *gaps* temporais.
826. A este respeito tem de começar por questionar-se o que deve entender-se (e o que entende aquela visada) por *gaps* temporais. Que período sem cobertura probatória basta para que se esteja perante um *gap* temporal? Um ano? Um mês? Um dia?
827. Depois tem de questionar-se se e por que razão esse *gap* temporal releva e em que termos.
828. Ora, não é ignorado que existem no processo períodos temporais, nuns casos muito curtos, noutras um pouco mais alargados, para os quais a AdC não dispõe de prova.
829. Mas a prova de que dispõe dos períodos/momentos imediatamente anteriores e imediatamente posteriores confirma a manutenção das condutas em causa durante o período intermédio.
830. Não é de acolher, pois, o argumento invocado pela SCC. Com efeito, este tipo de prática é, por natureza, secreta e muito difícil de detetar.
831. Acresce que seria impossível dispor de prova de todas as componentes dos comportamentos objeto de análise para todos os períodos temporais, até porque algumas condutas se sucedem no tempo, com hiatos de permeio.
832. Mas tal não significa que não seja possível descortinar um lastro probatório coerente, que demonstre a manutenção ininterrupta dos comportamentos que a AdC qualifica como infração.
833. Foi avaliado, por referência aos meios de prova juntos ao processo e com base nas regras de apreciação estabelecidas no n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, se resultava dessa mesma prova a ocorrência de uma prática de caráter permanente, com determinada duração. E a prova demonstrou essa mesma realidade.

834. A AdC remete, assim, a sua conclusão sobre a duração da prática para os capítulos III.3.4 e IV.1.6 da presente Decisão.

Sobre a ineptidão probatória do documento MCH1721

835. As visadas contestam a relevância probatória do documento MCH1721, transscrito no parágrafo 719 da presente Decisão, na medida em que não é possível associá-lo ao setor das bebidas, nem a todas as empresas visadas.
836. Não obstante o teor do documento ser suficientemente esclarecedor e dispensar explicações adicionais, a AdC destaca os seguintes aspectos:
- i) Trata-se de um *email* enviado pela Diretora Comercial da MCH para Produtos de Grande Consumo aos colaboradores que lhe estão subordinados, sobre notícias que vieram a público e que davam conta de investigações que a AdC estaria a efetuar no setor da distribuição retalhista às relações entre fornecedores e distribuidores;
 - ii) A mensagem escrita pela Diretora Comercial da MCH revela que esta assume a existência de *emails* internos e de *emails* trocados com fornecedores sobre preços aplicáveis ao retalho alimentar e que o seu conteúdo exige a sua eliminação face à possibilidade de a MCH vir a ser alvo das investigações da AdC em curso, sendo dada essa ordem expressa pela Diretora Comercial da MCH;
 - iii) A mensagem da Diretora Comercial é reencaminhada às respetivas equipas comerciais, conforme sua indicação e instruções, referindo-se que a disseminação da mensagem deverá ser feita verbalmente a partir desse momento.
837. Portanto, este documento permite concluir que, em julho de 2009, a MCH discutia PVP com os seus fornecedores de Produtos de Grande Consumo (em que as bebidas se inserem).
838. Permite também concluir que tais discussões sobre PVP podiam ser percecionadas pela AdC como reveladoras de uma prática anticoncorrencial.
839. 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.

840. 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.
841. 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 aspectos do relacionamento desta com os respetivos fornecedores, entre os quais a SCC.

Sobre os critérios para a imputação de uma infração

842. As Visadas MCH, Pingo Doce e Auchan contestam o facto de a AdC lhes imputar uma infração jusconcorrencial muito grave com base em indícios que resultam de meios de prova que identificam também outras insígnias que não foram “constituídas visadas no processo”, como é o caso da Lidl, do El Corte Inglês (“ECI”), do Leclerc, do Aldi ou do Dia Minipreço.
843. A este propósito e como tem vindo a sustentar-se ao longo da 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.
844. Com efeito, é verdade que alguns meios de prova utilizados pela AdC na Nota de Ilicitude identificam outras insígnias, para além das empresas de distribuição visadas.
845. Também é verdade que os indícios revelados nesses meios de prova relativamente às empresas de distribuição visadas, aplicam-se, *mutatis mutandis*, às tais insígnias.
846. Não obstante, cumpre à AdC esclarecer que não foi possível apurar meios de prova suficientes, em termos de relevância probatória do conteúdo e em termos de dispersão temporal da prova, para suportar o envolvimento dessas insígnias na infração investigada.
847. Ou seja, a AdC não exclui que tais insígnias pudessem estar envolvidas nas condutas qualificadas como infração, apenas não reuniu nos autos – para as mesmas e contrariamente ao que apurou para as visadas – elementos suficientes para que pudesse imputar-lhes essas mesmas condutas.

848. 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.
849. No entanto, o conjunto desses indícios não são suficientemente precisos e concordantes para fundamentar a imputação de uma prática restritiva da concorrência a essas empresas.
850. 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.

III.3.1.2 Definição dos PVP

851. Os factos apurados nos capítulos que se seguem revelam que a prática em causa envolve o estabelecimento de comunicações bilaterais, essencialmente por *email*, entre o fornecedor e cada uma das empresas de distribuição visadas.
852. 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 por todas as empresas de distribuição de forma concertada (cf. capítulo III.3.1.2 da presente Decisão).
853. Existem casos em que o referido posicionamento é transmitido por via do envio de tabelas com PVP de referência e/ou recomendados e/ou mínimos, ou de determinadas condições comerciais ou ações promocionais, condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado posicionamento de PVP (cf. capítulo III.3.1.2 da presente Decisão).
854. Em resposta, as empresas de distribuição visadas confirmam a adoção do posicionamento de PVP transmitido às várias insígnias, informam o fornecedor que o reposicionamento estará dependente do reposicionamento de insígnias concorrentes, solicitando ao fornecedor confirmação do alinhamento pelas suas concorrentes ou procurando renegociar o posicionamento de PVP pretendido e a respetiva calendarização (cf. capítulo III.3.1.2 da presente Decisão).
855. Passemos, então, à transcrição de *emails* que caracterizam a primeira subtipologia dos comportamentos ocorridos.

856. O documento MCH900, que consiste numa cadeia interna de emails (MCH) de 6 de outubro de 2011, sobre o assunto “*Confirmação de preços – URGENTE*”, em que se lê:

From: Shopping Direccao Marketing
Sent: quinta-feira, 6 de outubro de 2011 13:01
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Confirmação de preços - URGENTE

Boa Tarde [REDACTED],

Junto envio as confirmações que fiz no Pingo Doce.

Fica só a faltar Castelo Branco, mas já consegues verificar que não houve alterações.

Obrigado [REDACTED]

Cumps

[REDACTED]

[ASSINATURA SONAE]

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 6 de Outubro de 2011 10:01
To: [REDACTED]
Cc: Shopping Direccao Marketing; [REDACTED]
Subject: Confirmação de preços - URGENTE
Importance: High

Bom dia [REDACTED],

No seguimento das nossas conversas (subida de preços da SCC e REFRIGE), venho por este meio solicitar confirmação de preços nos seguintes artigos (temos shopping ADDOC para amanhã) no nosso concorrente Pingo Doce (temos informação dos fornecedores que este concorrente subiu ontem os preços):

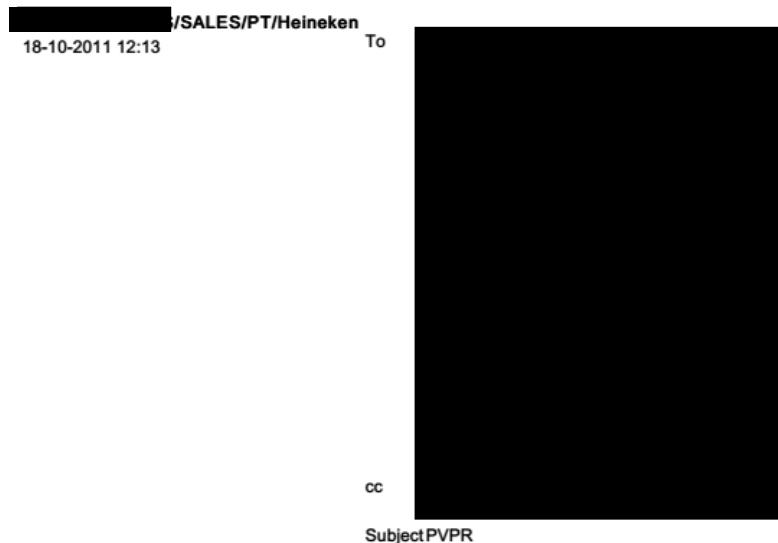
SCC

3788589 CERV. C/ALC. T/P SAGRES MINI 10*20CL – **5.05€**
4501178 CERVEJA C/ALC T/P SAGRES 15*20CL – **7.55€**
4486211 CERV.C/A T/P SAGRES 24*20 CL AB.FACIL – **11.99€**
3696620 CERV. C/ALC. T/P SAGRES MINI 10*25CL – **5.56€**
3605517 CERV.C/ALC.T/P SAGRES MINI24*25CL PACKEC - **12.99€**
3662248 CERV. C/ALC. T/P SAGRES 6*33CL – **3.89€**
2844937 Cerv. C/Alc T/P Sagres 24*33 Cl – **14.49€**
3035502 CERV. C/ALC. LATA SAGRES 6*33CL – **3.69€**

857. O conteúdo do documento MCH900 que acaba de transcrever-se permite demonstrar que: (i) na referida data, foi combinada entre a SCC, a MCH e a Pingo Doce (pelo menos), uma subida de preços para o conjunto de produtos da SCC identificados no

email, (ii) tendo em vista o reposicionamento alinhado de PVP, a SCC confirmou antecipadamente à MCH que a Pingo Doce já teria reposicionado os PVP em causa no dia anterior, (iii) a MCH procurou confirmar internamente esta informação, de modo a poder avançar, também ela, com o reposicionamento dos PVP concertados.

858. No documento SCC862, que consiste numa cadeia interna de *emails* (SCC) de 18 de outubro de 2011, sobre o assunto “PVPR”, o gestor da conta Pingo Doce na SCC informa os seus colegas do *Off-Trade* que a referida insígnia vai seguir o posicionamento de PVP recomendado no dia seguinte:



Bom dia,

Pingo Doce segue amanhã novos PVPR.

10x20cl: 5,05
15x20cl: 7,55
24x20cl: 11,99
24x25cl: 12,99
6x33cl: 3,89
10x33cl 6,19
15x33cl: 9,19
24x33cl: 14,49
1L: 1,49
Lata 6x33cl 3,69
Baril 5L: 14,99
Hnk 6x25cl: 3,89

859. Na sequência do *email* que acaba de transcrever-se, o gestor das contas Auchan e Leclerc na SCC solicita à sua equipa de vendas que interceda junto das referidas insígnias, para que estas acompanhem o reposicionamento de PVP na data agendada (cf. documento SCC862):

Fw: PVPR

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Date: Tue, 18 Oct 2011 12:31:39 +0100

Boa tarde,

Devem falar (ASAP) com as lojas Auchan e Leclerc para fazer este acompanhamento.

Solicito que seja dado feedback à [REDACTED].

860. O documento SCC128²⁸¹, que consiste numa cadeia de *emails* de 8 e 9 de março de 2012, sobre o assunto “PVP R LUSO 5L”, em que o gestor da conta Dia Minipreço na SCC solicita expressamente aos seus interlocutores na referida insígnia que reposicionem o PVP de Luso 5L em linha com o PVP recomendado no *email*, de modo a garantir um alinhamento do PVP no mercado, podendo ler-se:

²⁸¹ Conversações como as que decorrem do presente *email* são reveladoras de um padrão de comportamento no mercado, transversal a fornecedor e empresas de distribuição, pelo que a AdC não deixará de as transcrever na presente Decisão, para efeitos de caracterização desse comportamento, independentemente de nas mesmas poderem participar ou estar envolvidas, a par do fornecedor, empresas de distribuição não visadas (as quais não assumiram essa qualidade apenas pela circunstância de a globalidade da prova não ter revelado evidências suficientes para suportar o seu envolvimento na prática investigada, conforme referido no capítulo III.3.1.1.2 da presente Decisão),

[REDACTED]
/SALES/PT/SNPLC 08-03-
2012 15:55

To [REDACTED]
cc [REDACTED]
Subject PVP R LUSO 5L

Boa tarde [REDACTED],

Estamos com indicações que o PVP de Luso 5L passou a 1,26€ após folheto (PVP R 1,29€).

Era importante que a recomendação fosse seguida sob risco do resto do mercado reagir se não houver alterações amanhã.

Aguardo feedback

861. Ainda no mesmo documento SCC128, é possível verificar que a SCC insiste com uma nova solicitação expressa à Dia Minipreço, para que esta adote o PVP recomendado quanto ao produto identificado, podendo ler-se no segundo *email*:

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Bcc: [REDACTED]
Date: Fri, 09 Mar 2012 12:19:09 +0000

[REDACTED],
Na ausência do [REDACTED] esta semana, reforço o ponto abaixo. É importante que o Dia MP siga a nossa recomendação de 1,29 para o Luso 5L.
Muito obrigado pela ajuda.
[REDACTED]

862. O documento SCC136²⁸², que consiste numa cadeia de *emails* de 11 de julho de 2012, sobre o assunto “Escoamento / alerta”, entre uma colaboradora do Lidl e o gestor da conta Lidl na SCC, em que pode ler-se:

²⁸² Cf. supra nota de rodapé 281.

[REDACTED]
11-07-2012 16:02

To

cc

Subject

Escoamento / alerta

Boa tarde

de forma a não comprometer a 2^a feira das cervejas, bem como auxiliar ao rápido escoamento dos SKUs em loja, solicito V/ melhor atenção para:

- 1) Sagres Pack Económico 24*0.33L
apenas 18 % vendido -> possivel alguma promo para incentivar vendas?
- 2) Bohemia
apenas 500un vendidas ->possivel alguma promo para incentivar vendas?

M.f.G. / Cumprimentos

[REDACTED]
Lidl & Cia
Deptº de Compras/ Einkauf
Rua Pé de Mouro nº 18, Porta B, Linhó

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Date: Wed, 11 Jul 2012 16:38:56 +0100

[REDACTED]
[REDACTED]

Proponho:

1. 24x33cl - 9,99 durante fds 14 e 15; 2^a feira dia 16 pvpr a 14,49 e avaliamos
2. Bohemia - L2P1 durante fds 14 e 15; 2^a feira dia 16 pvpr a 3,89 e avaliamos

Outros pontos:

1. Lata 6x33cl - não posso fazer L2P1; terei que manter L3P2
2. Barril 5L - 9,99 durante fds 14 e 15; 2^a feira dia 16 pvpr a 14,99 e avaliamos

Precisava que me reposicionasse pvpr de Mini Preta a 4,99 e de 6x33cl sem alcool a 3,89 agora que terminou a feira.

Obrigado

863. O conteúdo do documento SCC136 que acaba de transcrever-se permite demonstrar que a SCC não se limitou apenas a responder à solicitação do Lidl (que, por seu turno, informa não pretender comprometer o combinado quanto a cervejas para 2^a feira) e a indicar os PVP que podiam ser praticados durante ações promocionais com o intuito de escoar produto, mas antes dirigiu uma solicitação expressa para que o Lidl reposicionasse os PVP em linha com os PVP recomendados, assim que terminassem as ações promocionais identificadas no email.

864. No documento SCC278, que consiste numa cadeia de emails ocorrida em 2 e 3 de abril de 2013, sobre o assunto “Recomendação de PVPs”, pode ler-se a seguinte mensagem do gestor da conta Pingo Doce na SCC para o seu interlocutor na referida insígnia:

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Date: 02-04-2013 15:29
Subject: Recomendação de PVPs

[REDACTED], segue a nossa recomendação de preços para os artigos falados:

6001316 - Luso 5,4L - 1,29€
518832 - Sagres 24x25cl - 13,49€
642036 - Sagres 24x33cl - 15,49€

Obrigado,

865. Em resposta, o colaborador do Pingo Doce afirma o seguinte:

[REDACTED] 03- To [REDACTED]
04-2013 01:31 cc [REDACTED]
Subject Re: Recomendação de PVPs

[REDACTED]
Os preços recomendados serão adotados.

Contudo o meu shopping indica que as lojas o Jumbo de Alverca e o Minipreço de S. Bento não estão a seguir os vossos preços recomendados.

Melhores cumprimentos,

866. O documento SCC1503²⁸³ consiste numa cadeia interna de emails (SCC) de 7 de novembro de 2013, sobre o assunto “Alteração PVP PD – 07.11.2013”, em que é discutida a reação de outras empresas de distribuição a um folheto promocional da MCH e as diligências levadas a cabo por colaboradores da SCC com vista ao reposicionamento de PVP no mercado e à implementação por várias empresas de distribuição de uma subida generalizada e alinhada de PVP de produtos do portfolio da SCC.

867. O conteúdo do referido documento SCC1503 permite demonstrar que: (i) o Pingo Doce reagiu, de facto, à ação promocional da MCH e baixou o PVP das águas; não obstante, tendo sido informado pela SCC de que a MCH seguiria os PVPR no dia 11 de novembro e tendo a SCC concordado em comparticipar ações promocionais nas águas caso a recomendação de PVP fosse seguida, o Pingo Doce consentiu alinhar com a alteração para dia 20 de novembro; (ii) o ITMP implementou a subida de PVP no garrafão 7Litros e anuiu subir nos garrafões de 5,4 e 1,5Litros; (iii) o Lidl garantiu alinhar na subida de PVP no dia 8 de novembro; (iv) a MCH, o ECI, a Auchan e o Leclerc consentiram subir os PVP no dia 11 de novembro; (v) o Aldi anuiu subir PVP no dia 12 de novembro; e (vi)

²⁸³ Cf. supra nota de rodapé 281.

o Dia Minipreço implementou a subida de PVP na Sagres 24x25cl e consentiu subir PVP nas Águas no dia 14 de novembro.

868. O conteúdo do documento SCC2864²⁸⁴, que consiste num *email* interno (SCC) de 7 de abril de 2014, sobre o assunto “*Plano 6x1,5L Off Trade*”, permite demonstrar que: (i) na referida data, a SCC combinou com várias empresas de distribuição, incluindo Lidl, Pingo Doce, MCH, Auchan, Dia Minipreço e ITMP, um determinado reposicionamento de PVP; (ii) o Lidl terá informado a SCC que reposicionaria os PVP se o Pingo Doce, MCH, Auchan, Dia Minipreço e ITMP reposicionassem; (iii) para responder à solicitação do Lidl, o gestor da conta na SCC solicitou internamente talões comprovativos do reposicionamento de PVP pelas várias insígnias; (iv) o Pingo Doce alinhou; (v) o Dia Minipreço alinhou; e (vi) o ITMP alinhou.
869. No documento SCC2877²⁸⁵, que consiste numa cadeia interna de *emails* (SCC) de 20 e 21 de maio de 2014, sobre o assunto “[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] – *Shopping + TR*”, pode ler-se o seguinte:

²⁸⁴ Cf. *supra* nota de rodapé 281.

²⁸⁵ Cf. *supra* nota de rodapé 281.

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 20 de Maio de 2014 11:00
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Telefonema [REDACTED] - Shopping + TR

Malta,

TR 20cl » Ok na próxima 6ªFº.

Issues: Jumbo Amadora + ITM Mafra + ITM Cacém

Skus:

Sagres 10x20cl = 5,45€ » Jumbo de Amadora Dolce Vita

Sagres 6x0,33cl = 2,99€ à 6 semanas » ITM Mafra

Sagres 6x33cl = 4,19€ » ITM Cacém

Sagres 6x33cl = 3,98€ » Jumbo Amadora à 4 semanas

Luso 5,4L = 1,19€ Jumbo Amadora à 6 semanas

Luso 5,4L = 1,25€ ITM Mafra

Luso 1,5L = 0,39€ ITM Mafra

Aldi » Sem correcção na TR

[REDACTED]: necessito até 5ªFº que me entreguem os talões de Jumbo Amadora + ITM Mafra + ITM Cacém com correcção destes PVP's.

[REDACTED], Necessito do talão do Aldi com a TR

Obg.

870. Em resposta a este *email*, pode ler-se no mesmo documento SCC2877:

From: [REDACTED]

Sent: terça-feira, 20 de Maio de 2014 11:29

To: [REDACTED]

Subject: RE: Telefonema

[REDACTED] - Shopping + TR

Olá,

Jumbo vai estar OK.

Itmi tb ja falei com vendedor e à partida tb estará para 5f ambas as lojas.

Obrig,

No dia 21/05/2014, às 17:51, " [REDACTED] > escreveu:

[REDACTED],

Esta semana temos folheto nacional ITMI com 6*0,33cl a 3,19 por isso não vamos conseguir neste sku.

<image002.png>

Quanto a aguas à partida está OK.

Obrigada,

871. O conteúdo do documento SCC2877 que acaba de transcrever-se permite demonstrar que: (i) o gestor da conta Lidl na SCC reporta internamente à sua equipa que esteve ao telefone com a sua interlocutora na referida insígnia e que esta consentiu em implementar os PVP recomendados a partir da sexta-feira seguinte, não obstante ter sinalizado o desvio de algumas insígnias concorrentes (Auchan e ITMP); (ii) o referido gestor da conta comprometeu-se perante a sua interlocutora do Lidl a interceder junto das insígnias concorrentes para que estas corrigissem os desvios assinalados até à quinta-feira seguinte e a apresentar talões comprovativos do alinhamento até lá; (iii) a gestora das contas Auchan e ITMP na SCC reporta internamente a anuênciam das referidas insígnias em alinhar os PVP até à data combinada com o Lidl, com exceção

para o PVP do produto Sagres 6x33cl, por estar em folheto promocional no ITMP na mesma altura.

872. O conteúdo dos documentos que integram a conversação n.^o 7²⁸⁶, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 21 e 31 de outubro de 2014, sobre o assunto “CICLO Promo ÁGUAS”, revela que: (i) a SCC comunicou à MCH a calendarização para o reposicionamento de PVP de vários produtos do seu *portfolio* (i.e. 22 de outubro e 5 de novembro, consoante os produtos), confirmando que todas as insígnias concorrentes cumpririam a referida calendarização; (ii) a MCH confirmou à SCC que alinharia na alteração prevista para o dia 22 de outubro; não obstante, tentou renegociar a alteração prevista para dia 5 de novembro, solicitando à SCC que garantisse o alinhamento das insígnias concorrentes para o dia 3 de novembro; (iii) dado que a SCC só conseguira garantir o alinhamento das insígnias concorrentes no dia 5 de novembro, explicando que o reposicionamento tem de ser à 4.^a feira, a alteração de PVP prevista para esse dia acabou por só acontecer no dia 11 de novembro.
873. Sobre o mesmo assunto, o conteúdo dos documentos que integram a conversão n.^o 15²⁸⁷, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 23 e 28 de outubro de 2014, sobre o assunto “Shopping Luso 22 Outubro”, permite demonstrar que: (i) a MCH pressionou várias vezes a SCC para que esta atuasse junto de insígnias concorrentes (designadamente, ITMP, Auchan, Leclerc e Lidl) que, de acordo com os *shoppings* de 22 e 26 de outubro, estariam desviadas do objetivo comum de “subida de PVPs de Mercado”; (ii) a SCC garantiu várias vezes à MCH que iria interceder junto das insígnias concorrentes, tendo a gestora da conta MCH na SCC solicitado internamente aos seus colegas responsáveis pelas contas de outras insígnias que pressionassem os seus interlocutores; (iii) o Pingo Doce estava alinhado com o objetivo comum de “subida de PVPs de Mercado”.
874. Ainda sobre o mesmo assunto, veja-se o documento SCC1355 (que integra a conversação n.^o 56), que consiste numa cadeia de *emails* de 6 de novembro de 2014, sobre o assunto “Ciclos Promo”, em que a gestora da conta MCH na SCC partilha internamente o *shopping* enviado pela MCH, alertando para o facto de várias lojas

²⁸⁶ A conversação n.^o 7 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos SCC1384, SCC1360, SCC1428, SCC1429, SCC1430, SCC1431, SCC1359, SCC1427, SCC1389, MCH338 e MCH339.

²⁸⁷ A conversação n.^o 15 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos MCH574, MCH575, MCH576, MCH577, MCH587, SCC1458, SCC1413, MCH588 e SCC1459. Cf. *supra* nota de rodapé 281.

Auchan estarem desviadas face ao reposicionamento de PVP recomendado, referindo expressamente “*Precisamos de controlar e colocar ao recomendado...*”.

875. Por fim, sobre o mesmo assunto do reposicionamento de PVP no mercado nas águas do *portfolio* SCC em novembro de 2014, veja-se o conteúdo do documento SCC240²⁸⁸, que consiste numa cadeia interna de *emails* (SCC) de 4 de novembro de 2014, sobre o assunto “Águas”, que demonstra que o Lidl concordou reposicionar os PVP no dia 7 de novembro e o Auchan concordou reposicionar no dia 5 de novembro na loja da Amadora e esperar pelo reposicionamento nas restantes insígnias (*shopping* de 5 de novembro) para reposicionar na loja de Alfragide.
876. No documento SCC2720, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 12 e 16 de maio de 2015, sobre o assunto “*Tabela PVPR's Madeira Maio 2015*”, o gestor da conta Pingo Doce na SCC envia aos seus interlocutores na referida insígnia uma solicitação expressa para reposicionar PVP de determinados produtos no dia 19 de maio, alertando para a importância do alinhamento de PVP na data agendada para que a subida de preços fosse simultânea em todo o país.
877. Em resposta, o colaborador do Pingo Doce refere que a sua insígnia não poderá reposicionar os PVP na referida data por motivos promocionais, relembrando que a subida de PVP em causa estava combinada para o dia 2 de junho e que, na melhor das hipóteses, poderiam tentar reposicionar no dia 26 de maio (cf. documento SCC2720).
878. Em reação à referida resposta, o gestor da conta Pingo Doce na SCC alerta para o seguinte (cf. documento SCC2720):

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Date: 15-05-2015 21:21
Subject: Re: Tabela PVPR's Madeira Maio 2015

Boa tarde [REDACTED],

Eu percebo o vosso ponto de vista, mas esta é uma estratégia nacional e temos de estar alinhados com as restantes insígnias.

É possível subirem os preços nos artigos que não estão em campanha?

Obrigado

²⁸⁸ Cf. *supra* nota de rodapé 281.

879. Em resposta, o colaborador do Pingo Doce refere que talvez consigam reposicionar os PVP na data agendada no que se refere aos produtos que não sejam da marca Sagres (cf. documento SCC2720).
880. O conteúdo do documento SCC11, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 20 e 27 de maio de 2015, sobre o assunto “*Desconto Extra em uma caixa Sagres 20x25 Jumbo Setúbal*”, cujo conteúdo permite demonstrar que: (i) a SCC concedeu um desconto extra ao Auchan para que a insígnia pudesse acompanhar a recomendação de PVP; (ii) sete dias depois, um colaborador do Auchan sinaliza à sua interlocutora na SCC que a MCH está desviada da recomendação de PVP e reclama pelo facto de não conseguir acompanhar esse desvio com o desconto extra que a SCC lhe atribuiu; (iii) em resposta, a gestora da conta na SCC esclarece que o PVP praticado pela MCH não está correto, que o assunto “*está a ser tratado*”, chamando a atenção para o folheto da MCH dessa semana que tem o PVP a 8,99 para o produto em causa; (iv) em resposta, o colaborador da Auchan refere que já tinha visto folheto, mas que também viu os talões de compra.
881. O conteúdo do documento SCC1787²⁸⁹, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 20 e 22 de outubro de 2015, sobre o assunto “*Desconto de Ciclo - Luso*”, revela que: (i) na referida data, a SCC solicitou expressamente ao Dia Minipreço que reposicionasse os PVP das águas do seu *portfolio*; (ii) o Dia Minipreço (através da Cindia²⁹⁰) solicitou à SCC que adiasse o reposicionamento para 1 de novembro, visto ter produto em promoção até lá; (iii) a SCC informou o Dia Minipreço que o reposicionamento só poderia ser adiado no caso da Luso Fruta 1L, dado que insígnias concorrentes já teriam iniciado o reposicionamento de PVP dos restantes produtos no dia 14 de outubro; (iv) o Dia Minipreço solicitou à SCC que mantivesse as condições comerciais em vigor até ao fim do mês, dado que algumas insígnias concorrentes não teriam ainda reposicionado os PVP conforme o combinado, comprometendo-se a proceder ao reposicionamento no dia 1 de novembro.
882. O conteúdo dos documentos que integram a conversação n.º 9²⁹¹, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 11 de janeiro e 29 de fevereiro de 2016, sobre o assunto “*PvPs recomendados – Alteração quinta-feira dia 14*”, permite demonstrar que: (i) a SCC

²⁸⁹ Cf. *supra* nota de rodapé 281.

²⁹⁰ A Cindia foi uma central de compras criada pelo Intermarché e pelo Grupo Dia.

²⁹¹ A conversação n.º 9 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos SCC2602, SCC2603, SCC2604, SCC2628, SCC2656, SCC2657, SCC2658, SCC2336, SCC2457, SCC2458 e SCC2459. Cf. *supra* nota de rodapé 281.

solicitou expressamente à INSCO que reposicionasse os PVP de várias cervejas do seu *portfolio* no dia 14 de janeiro; (ii) a INSCO solicitou à SCC a revisão de alguns PVP em que o reposicionamento podia implicar uma margem negativa; (iii) a SCC enviou à INSCO a revisão dos PVP solicitada; (iv) a INSCO confirmou à SCC que ia reposicionar os PVP no dia seguinte ao reposicionamento por insígnias concorrentes (exceto nos produtos em que a margem não comportasse), solicitando à SCC que indicasse a data agendada; (v) a SCC confirmou à INSCO que a data agendada para o reposicionamento era o dia 29 de fevereiro; (vi) a INSCO expressou a sua anuêncià à SCC; (vii) na sequência de um *shopping*, a INSCO reportou à SCC o desvio de insígnias concorrentes face ao reposicionamento de PVP concertado, solicitando-lhe que intercedesse junto das mesmas para que corrigissem o desvio.

883. O conteúdo do documento SCC1857, que consiste numa cadeia de *emails* de 26 de setembro de 2016, sobre o assunto “*Folheto PD 30/08 a 05/09*”, entre a SCC e o ITMP, revela que: (i) na referida data, o gestor da conta ITMP na SCC interpelou o seu interlocutor na referida insígnia para sinalizar o desvio dos PVP em vigor face à recomendação, alertar para a importância dos PVP estarem “corretos” para que não se verifiquem retaliações e para solicitar que a ITMP partilhasse com a SCC a sua estratégia e posicionamento de PVP antes da efetiva implementação, de modo a que esta pudesse garantir o alinhamento do mercado, (ii) em resposta, o colaborador da ITMP confirma que a insígnia irá reposicionar os PVP de acordo com a recomendação e que a sua intenção é estar 100% alinhada com a SCC, (iii) mais tarde, o colaborador da ITMP interpela o gestor de conta da SCC para sinalizar que embora a ITMP já tenha o PVP “correto”, o Pingo Doce está desviado.
884. Veja-se ainda o conteúdo do documento SCC2575²⁹², que consiste numa cadeia de *emails* de 6 de março de 2017, sobre o assunto “*Sagres*”, em que um retalhista dos Açores informa antecipadamente o respetivo gestor de conta da SCC sobre o posicionamento de PVP que vai adotar para os produtos Sagres 25cl e Sagres 20cl, e solicita recomendação de PVP, tendo o gestor de conta respondido que, quanto ao produto TR, enviará a recomendação mais tarde, e quanto ao produto Sagres 20cl TP, deve ser colocado o PVP de 10,99€, explicando que esse é o PVP que está a ser praticado pelas empresas de distribuição concorrentes, Insco e Solmar.

²⁹² Cf. *supra* nota de rodapé 281.

885. Como referido anteriormente, em determinadas situações, verifica-se o envio pela SCC às empresas de distribuição de tabelas com fórmulas de marcação de preços prefixadas, com menção expressa a um nível de preço fixo ou mínimo, com preços de referência e/ou recomendados (e que, na prática, funcionam efetivamente como PVP obrigatórios que devem ser implementados pelas empresas de distribuição), ou ainda que associam o PVP a um preço de referência de um concorrente específico.
886. O documento SCC864, que consiste num *email* de 24 de outubro de 2011, sobre o assunto “*PvpR’s 24 Outubro 2011*”, enviado por um gestor de vendas da SCC para os seus interlocutores na Auchan, permite demonstrar a existência de um entendimento prévio entre a SCC e várias insígnias (incluindo, MCH, Pingo Doce e Auchan), podendo ler-se:

PvpR’s 24 Outubro 2011

From: [REDACTED]
Bcc: [REDACTED]
Date: Mon, 24 Oct 2011 13:29:56 +0100
Attachments: ATTZV08F.xls (32,26 kB)

Viva!

Agora que a Sonae e Pingo Doce alinharam os preços peço-vos que façam o mesmo nas vossas lojas.



Cumprimentos e Boas Vendas



Sales Rep
Off-Trade
Tim/Mobile:
[REDACTED]

887. Em anexo ao referido documento SCC864 consta uma tabela em ficheiro Excel com os novos PVP recomendados (PVPR) para um conjunto de cervejas do *portfolio* SCC, a implementar pelas empresas de distribuição a partir de outubro de 2011.
888. No documento SCC865, que consiste num *email* de 28 de setembro de 2012, enviado por um gestor de vendas da SCC para os seus interlocutores na Auchan, sobre o assunto “*PVPR’S Outubro 2012 Central de Cervejas*”, pode ler-se:

PVPR'S Outubro 2012 Central de Cervejas

From:

Cc:

Bcc:

Date: Fri, 28 Sep 2012 17:39:11 +0100

Attachments: PVPR Outubro 2012.xls (24,58 kB)

Viva!

A partir de 1 de Outubro irá haver uma alteração por parte da vossa sede dos pvpr's da cerveja Sagres.

Esta alteração vai ser efectuada gradualmente pelas várias insignias (dia 1 Auchan; dia 2 Sonae; dia 3 Pingo Doce e acabará no dia 6 com o Intermarché) ou seja na primeira semana de Outubro vai haver uma subida geral dos pvpr's.

Como foi referido em cima, os preços vão ser alterados pelo [REDACTED] contudo pelo que sei os preços não vão ser trancados e face a isto peço para não reagir ao shopping para que na primeira e segunda semana todas as insignias tenham os mesmos pvpr's!

Em anexo está uma tabela com os sirius e os pvpr's de Outubro de 2012 para consulta.



Os meus Cumprimentos,



Sales Rep
Off-Trade
Tlm/Mobile [REDACTED]

889. Em anexo ao referido documento SCC865 consta uma tabela em ficheiro Excel com os PVP recomendados (PVPR) a implementar pelas empresas de distribuição a partir de outubro de 2012 num conjunto de cervejas do *portfolio* SCC.
890. No documento Auchan383, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 24 e 26 de dezembro de 2012, sobre o assunto “*Promocionais e Tabela de Preços Janeiro 2013 – SCC*”, uma colaboradora da SCC envia aos seus interlocutores na Auchan uma tabela de preços em ficheiro Excel com uma coluna em que é indicado o PVP mínimo para um conjunto de produtos do *portfolio* da SCC.
891. No documento SCC428, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 3 e 19 de abril de 2013, sobre o assunto “*Tabela de Preços (alteração PVP) Abril 2013*”, uma colaboradora da SCC envia aos seus interlocutores na Auchan uma tabela em ficheiro Excel com os novos PVP para um conjunto de produtos do *portfolio* da SCC a implementar a partir de abril de 2013.
892. Em complemento, através de um *email* de 6 de maio de 2013, a mesma colaboradora da SCC envia aos seus interlocutores na Auchan uma nova tabela em ficheiro Excel

com os novos PVP para um conjunto de produtos do *portfolio* da SCC com TR (cf. documento SCC2876).

893. Nos documentos que integram a conversação n.º 34, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 5 e 12 de agosto de 2014, sobre o assunto “*PVP's Madeira*”, é possível ler a seguinte mensagem da MCH para a SCC:

No dia 05/08/2014, às 13:53, [REDACTED] escreveu:

[REDACTED]
Conforme falamos, vamos proceder ao alinhamento do mercado na Madeira assim como fizemos para Portugal Continental, nos artigos anteriormente indicados. Em vigor a partir de amanhã.

[REDACTED]

894. Em resposta à mensagem *supra* transcrita, o gestor da conta MCH na SCC alerta para as alterações necessárias aos PVP em vigor em Portugal continental em função dos impostos devidos nas ilhas e solicita à MCH que apresente um ficheiro com os PVP finais a implementar nas lojas da Madeira.
895. Em sequência, a MCH envia à SCC o ficheiro solicitado com uma tabela com os PVP finais e, tendo a SCC sugerido algumas alterações, a MCH reage da seguinte forma:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 12 de Agosto de 2014 16:18
To: [REDACTED]
Subject: RE: PVP's Madeira

[REDACTED]
Em 1º lugar peço-te que envies os mails diretamente para mim.. já não estou a usar o user da V. Em relação aos PVP's precisamos de falar asap. Em quase todos sugeris algo superior ao que tenho. Em apenas um deles estamos em desacordo. Preciso de saber quando vai ser feito o reposicionamento em todas as insígnias pois neste momento estamos com PVP's superiores. É um tema bastante prioritário.

896. Da leitura dos *emails* que acabam de transcrever-se é possível concluir que: (i) a MCH informa antecipadamente a SCC sobre o seu posicionamento de PVP; (ii) o posicionamento de PVP da MCH é discutido previamente com a SCC; (iii) a MCH solicita à SCC informação sobre a estratégia de reposicionamento de PVP em todas as outras insígnias, informação que influencia o seu posicionamento de PVP.
897. No documento SCC1358²⁹³, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 8 e 12 de agosto de 2014, sobre o assunto “*Ciclo a partir de 15/08*”, uma colaboradora da SCC

²⁹³ Cf. *supra* nota de rodapé 281.

solicita expressamente aos seus interlocutores no ITMP que a referida insígnia reposicione os PVP de um conjunto de produtos do seu *portfolio* (cervejas) no dia 15 de agosto, tendo o colaborador do ITMP solicitado em resposta que a SCC fornecesse talões comprovativos do reposicionamento pelas insígnias concorrentes (designadamente, Lidl, Dia Minipreço, MCH e Pingo Doce), de forma a poder justificar internamente a subida de PVP.

898. O conteúdo dos documentos que integram a conversação n.º 33²⁹⁴, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 17 e 31 de agosto de 2014, sobre o assunto “*Urgente! Ficheiro PVPs 19.08*”, permite demonstrar que: (i) na referida data, a SCC solicitou expressamente à MCH que reposicionasse os PVP de um conjunto de produtos do seu *portfolio* (cervejas e sidras) no dia 19 de agosto; (ii) a MCH perguntou à SCC se todos os reposicionamentos deviam ser implementados na referida data, tendo a SCC respondido afirmativamente, exceto no caso de dois artigos, cujos PVP deveriam ser reposicionados apenas em 26 de agosto; (iii) em 20 de agosto, a MCH reportou à SCC o desvio de insígnias concorrentes; (iv) em 21 de agosto, a SCC confirmou à MCH algumas correções, informou que quanto ao produto “Desperados” o reposicionamento só ocorreria em 26 de agosto e reembrou que aguardavam o reposicionamento da MCH em determinados produtos até 27 de agosto, dado que insígnias concorrentes já teriam reposicionado os PVP conforme combinado; (v) a MCH solicitou à SCC talões comprovativos do reposicionamento no mercado.
899. No documento SCC847, que consiste num *email* de 23 de outubro de 2014, sobre o assunto “*Alteração pvp Luso Lisa*”, enviado pela SCC à Auchan, pode ler-se:

²⁹⁴ A conversação n.º 33 considerada relevante para efeitos de prova nos presentes autos, inclui os documentos SCC241, MCH570, MCH590, MCH571 e MCH572.

De: [REDACTED]
 Enviada: 23 de outubro de 2014 14:27
 Para: [REDACTED]
 Assunto: Alteração pvp Luso Lisa

[REDACTED]

Em anexo envio-te os pvp para luso lisa.

Faz hoje a alteração para que amanhã saiam as etiquetas.

Abraço

[Sales Rep Off Trade]

Luso Lisa	
Luso 7L	1,69 €
Luso 5,4L	1,49 €
Luso 1,5L	0,55 €
Luso 6x0,33L	1,69 €
Luso 6x0,33L Júnior	1,75 €
Luso 6x0,50L	2,19 €
Luso 0,75L	0,59 €
Luso 1L vidro	0,50 €

900. No documento MCH367, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 18 e 19 de fevereiro de 2015, sobre o assunto “*Talões*”, a gestora da conta MCH na SCC pressiona diversas vezes os seus interlocutores na referida insígnia para reposicionarem, com urgência, os PVP de vários produtos do *portfolio* da SCC, em linha com a recomendação.
901. Em resposta, os colaboradores da MCH acabam por confirmar que vão proceder ao reposicionamento dos PVP em linha com a recomendação, solicitando à colaboradora da SCC que indique os PVP unitários dos produtos em causa e ainda os PVP a implementar nas lojas da Madeira, o que sucede logo de seguida, por via do envio das seguintes tabelas (documento MCH367):

SKU	Descrição	PVP
5276607	CERV.S/ALC.LATA SAGRES RADLER 33CL	0,89
5078861	CERV. C/ALC.LATA SAGRES RADLER 33CL	0,89
5276605	CERV.S/ALC.T/P SAGRES RADLER 33CL	0,92
5278366	CERV.S/ALC.T/P SAGRES RADLER 6*33CL	5,49
5078862	CERV. C/ALC.T/P SAGRES RADLER 33CL	0,92
5079355	CERV. C/ALC.T/P SAGRES RADLER 6*33CL	5,49
5311721	CERV.C/ALC.T/P SAGRES RADLER GENGIB.33CL	0,92
5313269	CERV.C/ALC.T/P SAGRES RADLER GENG.6*33CL	5,49

SKU	Descrição	PVP MADEIRA
5276607	CERV.S/ALC.LATA SAGRES RADLER 33CL	0,89
5078861	CERV. C/ALC.LATA SAGRES RADLER 33CL	1,07
5276605	CERV.S/ALC.T/P SAGRES RADLER 33CL	0,92
5278366	CERV.S/ALC.T/P SAGRES RADLER 6*33CL	5,49
5078862	CERV. C/ALC.T/P SAGRES RADLER 33CL	1,10
5079355	CERV. C/ALC.T/P SAGRES RADLER 6*33CL	6,54
5311721	CERV.C/ALC.T/P SAGRES RADLER GENGIB.33CL	1,10
5313269	CERV.C/ALC.T/P SAGRES RADLER GENG.6*33CL	6,54

902. Como referido anteriormente, os elementos probatórios revelam também a ocorrência de situações em que a SCC procede ao envio de determinadas condições comerciais ou de realização de ações promocionais, condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado PVP.
903. É o que resulta do conteúdo do documento SCC1503, descrito nos parágrafos 866 e 867 *supra*.
904. Mas veja-se também o documento SCC204, que consiste numa cadeia de *emails* de 17 e 18 de agosto de 2015, sobre o assunto “SelPlus: Ativação 1ª Jornada”, em que a prestadora de serviços reporta à SCC os resultados da ativação em várias lojas de uma ação promocional para a marca Sagres, por ocasião do jogo de futebol Benfica-Estoril para a 1ª jornada, em que foi recomendado um PVP mínimo de 5,19€ (de acordo com as apresentações e fotografias anexas ao documento SCC204), podendo ler-se a seguinte reação da SCC:

RE: SelPlus: Ativação 1ª Jornada

From:

To:

Date: Tue, 18 Aug 2015 15:13:59 +0100

Boa tarde,

Muito bom trabalho [REDACTED].

Vamos continuar a fazer o nosso trabalho de aumentar os preços nestas lojas.

Optimas implementações! Agora o desafio é manter estes pvp recos depois das acções.

905. E o documento SCC2610²⁹⁵, que consiste num *email* de 23 de julho de 2015, sobre o assunto “*Emissão de Débitos relativo a acerto de margens*”, enviado por um gestor de conta da SCC para o seu interlocutor no Grupo Marques, em que pode ler-se:

From: [REDACTED]
Sent: 23 de julho de 2015 17:54
To: [REDACTED]
Subject: Emissão de Débitos relativo a acerto de margens
Importance: High

Boa tarde [REDACTED]

Na sequência dos nossos acordos de preço para revenda, aceitamos os vossos débitos de acordo com o seguinte:

- Emissão de débito relativo à referência Sagres Branca 24x25cl Ilhas, no valor de 15.000,00€
- Emissão de débito relativo aos restantes artigos de acordo com o mapa seguinte, no total de 7.169,74€:

Sagres 23x33	2.545,83 €
Validades	500,23 €
Jansen	103,68 €
Luso	1.780,80 €
Sagres 0,20 0%	1.999,20 €
Sagres 0,20TR	240,00 €
Total	7.169,74 €

Atentamente,



[REDACTED]
Key Account Manager
Ilhas



²⁹⁵ Cf. supra nota de rodapé 281.

III.3.1.2.1 Pronúncia das Visadas

906. Relativamente à matéria de facto descrita no capítulo sobre a definição dos PVP, as Visadas impugnam a interpretação e leitura da AdC com base nos argumentos que se seguem.
907. A SCC alega que, subjacente às comunicações descritas na Nota de Ilícitude, existe uma estratégia de *marketing* definida por si para o posicionamento dos seus produtos no mercado, legítima e absolutamente lícita, aplicável de forma uniforme em todo o país, razão pela qual aquilo que corresponde a meras recomendações de PVP são iguais para todas as insígnias (SCC428, SCC847, SCC2876 e MCH367)²⁹⁶.
908. Relativamente às discussões sobre preços reveladas nas referidas comunicações, designadamente aquelas em que são expressamente mencionados PVP praticados por insígnias concorrentes, a SCC alega que refletem apenas a defesa de interesses comerciais legítimos e absolutamente lícitos das partes envolvidas²⁹⁷.
909. Por um lado, o fornecedor, que se encontra melhor preparado para definir o posicionamento dos seus produtos no mercado²⁹⁸, procura convencer as insígnias a seguir as suas recomendações, recorrendo ao argumento de que insígnias concorrentes já aderiram ao PVPR para demonstrar que não existe qualquer discriminação (SCC152, SCC160, SCC290, SCC439, SCC441, SCC444, SCC864, SCC1242, MCH1718, MCH1937); por outro lado, as insígnias não querem perder competitividade no mercado, pressionando o fornecedor para que este lhes garanta competitividade, por via da atribuição de condições financeiras compatíveis (SCC16, SCC141, SCC160, SCC271, SCC278, SCC290, SCC862, SCC865, SCC1358, JM415, JM644, MCH910, MCH1718, conversações n.ºs 7, 15, 21 e 43)²⁹⁹.
910. Estas circunstâncias são particularmente exacerbadas no contexto da atividade promocional.
911. Não obstante interessar a ambas as partes fazer a promoção, ambas querem perder o mínimo de valor possível, pelo que as insígnias exigem a participação do fornecedor e as condições de fornecimento que entendem ter sido proporcionadas à sua concorrência, recorrendo à comparação direta com PVP por ela praticados (SCC11, SCC1760, SCC1857, SCC1996, SCC2023, SCC2863, MCH420, MCH591)³⁰⁰; o

²⁹⁶ Cf. capítulo 5 da PNI SCC, §126 e 127.

²⁹⁷ Cf. capítulo 7 da PNI SCC.

²⁹⁸ Cf. § 121 da PNI SCC.

²⁹⁹ Cf. capítulo 5 da PNI SCC, §128.

³⁰⁰ Cf. capítulo 6 da PNI SCC, §146 a 148.

fornecedor procura negociar comparticipações economicamente racionais, tendo que alertar as insígnias para a necessidade de repor os PVP quando o período designado para a promoção termina, de forma a dar por finda a sua comparticipação (SCC136, SCC253)³⁰¹.

912. Quanto à utilização dos termos “preço mínimo” e/ou PVP, a SCC alega que essas expressões surgem nas comunicações descritas na Nota de Ilícitude porque o instituto da venda com prejuízo tornou o PVP no parâmetro principal das negociações entre fornecedores e retalhistas, constituindo o elemento principal a definir e o limite máximo da comparticipação economicamente racional para o fornecedor (Auchan383)³⁰².
913. Não obstante, a SCC sustenta que as insígnias são livres de praticar os PVP que entenderem e de não seguir as suas recomendações³⁰³.
914. A Auchan alega que as comunicações descritas na Nota de Ilícitude não permitem inferir a existência de um acordo, pois uma parte dos *emails* revelam apenas comunicações unilaterais de PVP pela SCC (SCC1787, SCC1857, SCC2575 e conversação n.º 9)³⁰⁴, e os *emails* que revelam mais do que isso não são suscetíveis de demonstrar aquiescência e/ou implementação das recomendações pela Auchan (SCC239, SCC240, SCC428, SCC1503, SCC2864, SCC2876, SCC2877)³⁰⁵.
915. No entanto, a Visada reconhece que é possível extrair da matéria de facto descrita na Nota de Ilícitude algumas conclusões a que a AdC chegou na Nota de Ilícitude, designadamente: (i) o envolvimento da SCC e de outras insígnias (que não a Auchan) em ações de definição de PVP, algumas delas dando origem a ações de pressão sobre a Auchan para implementar os PVP concertados (a título de exemplo, documento MCH1504 e conversações n.ºs 7 e 15)³⁰⁶; (ii) o posicionamento e alinhamento dos PVP tem origem e/ou é sugerido por outras insígnias à SCC (a título de exemplo, documentos SCC1358 e MCH367 e conversação n.º 34)³⁰⁷; (iii) a MCH exerce pressão sobre a SCC para esta garantir a implementação de determinados PVP (conversação n.º 7)³⁰⁸; (iv) a SCC exerce pressão sobre insígnias para que estas implementem os PVPRs quando é

³⁰¹ Cf. capítulo 6 da PNI SCC, §150.

³⁰² Cf. capítulo 6 da PNI SCC, §149. No mesmo sentido, do uso da terminologia PVP/PVPr decorrer do enquadramento regulatório nacional, cf. § 229 a 231 da PNI MCH.

³⁰³ Cf. §128 da PNI SCC.

³⁰⁴ Cf. capítulo III.1.1. da PNI Auchan.

³⁰⁵ Cf. capítulo III.1.1. da PNI Auchan.

³⁰⁶ Cf. § 179 da PNI Auchan.

³⁰⁷ Cf. § 180 da PNI Auchan.

³⁰⁸ Cf. § 123 da PNI Auchan.

pressionada por insígnias concorrentes no sentido de lhes garantir competitividade (SCC11)³⁰⁹.

916. A MCH admite que existem múltiplas comunicações no processo ocorridas entre o fornecedor e a Visada sobre preços de retalho, incluindo PVPRs e até mesmo PVP concretamente praticados pela MCH e por concorrentes; não obstante, alega que o seu contexto e motivação são absolutamente legítimos³¹⁰.
917. Em primeiro lugar, a MCH caracteriza o relacionamento entre fornecedor e insígnias de “intenso, dialéctico e populado por inúmeras interacções”³¹¹, referindo que ele “não se esgota no negócio de compra e venda e é utilizado também pelo fornecedor para fomentar o escoamento dos seus produtos”³¹², o que implica a discussão permanente de informação relevante para o desenrolar da relação comercial, sendo frequentemente utilizados argumentos em interações calorosas para sustentar propósitos comuns, mas também propósitos conflituantes, fazendo uso da queixa, exagero, pressão, *bluff*, recorrendo a estratégias de empatia e persuasão³¹³.
918. Em segundo lugar, a MCH afirma que o PVP é um fator muito relevante no posicionamento estratégico dos produtos e, portanto, o PVPR é uma variável comercial essencial para a construção da gama do retalhista, negociação das condições de aprovisionamento, comparticipação de descontos ao consumidor final, o que explica a recorrência com que é objeto de discussão entre o fornecedor e as insígnias e a tensão negocial envolvida³¹⁴.
919. Segundo a MCH, o papel do fornecedor e respetivos produtos é essencial para a construção pelo distribuidor de uma gama ampla e com preços competitivos adequada à procura pelos consumidores³¹⁵, podendo ler-se na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude o seguinte:

“Como é evidente, não é eficiente nem rentável para o retalhista ser ele a definir unilateralmente (sem estreita colaboração com os seus fornecedores ou à sua revelia) o posicionamento de cada um dos produtos de marca do fornecedor que adquire”³¹⁶;

³⁰⁹ Cf. capítulo III.1.1. da PNI Auchan.

³¹⁰ Cf. capítulo II.F.b) da PNI MCH.

³¹¹ Cf. §186 da PNI MCH.

³¹² Cf. §189 da PNI MCH.

³¹³ Cf. capítulo II.F.f) da PNI MCH.

³¹⁴ Cf. §§ 214 a 216, 222 e 229 a 231 da PNI MCH.

³¹⁵ Cf. § 197 da PNI MCH.

³¹⁶ Cf. § 206 da PNI MCH.

“Com a [SEGREDO DE NEGÓCIO – RELAÇÃO NEGOCIAL COM FORNECEDOR] fornecedores, principalmente os que têm organizações mais estruturadas, e em particular com a Visada SCC, a MCH desenha e acorda planos e estratégias [SEGREDO DE NEGÓCIO – RELAÇÃO NEGOCIAL COM FORNECEDOR], assentes em princípios de desenvolvimento de segmentos e marcas”³¹⁷.

920. Conclui a MCH que, em todo o caso, é irrelevante que as comunicações descritas na Nota de Ilicitude incluam tabelas de preços mais ou menos detalhadas, porque na realidade não existe marcação de PVP pré-fixados, mas sim metodologias de cálculo de preços de aquisição (*sell-in*)³¹⁸; os PVP efetivamente praticados variam constantemente e raramente coincidem com o PVPR; quando essa coincidência se verifica, trata-se de um acto unilateral da MCH em virtude do PVPR coincidir com os seus próprios interesses comerciais³¹⁹.
921. A Pingo Doce alega que a sua estratégia comercial alterou-se radicalmente a partir da ação promocional que ficou conhecida por “1 de Maio de 2012”, passando a focar-se no aumento de quota de mercado por via do aumento do volume de vendas a PVP reduzidos³²⁰, o que implica a construção de boas propostas ao consumidor e, consequentemente, duras negociações com os fornecedores, condicionadas pelas PIRC³²¹.
922. Segundo a Pingo Doce, a prova revela isso mesmo, 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 pretendem aumentar o volume de vendas a preços reduzidos, o que torna inviável a teoria da coordenação³²².
923. Não obstante, a Pingo Doce afirma que sempre foi livre de praticar PVP diferentes dos PVPR³²³.

³¹⁷ Cf. § 210 da PNI MCH.

³¹⁸ Cf. § 355 da PNI MCH.

³¹⁹ Cf. §§ 366 e ss. da PNI MCH.

³²⁰ Cf. pág. 70 e ss. da PNI Pingo Doce.

³²¹ *Idem*.

³²² Cf. pág. 70 e ss. da PNI Pingo Doce.

³²³ Cf. pág. 212 da PNI Pingo Doce.

924. A ITMP afirma que aconselha PVP máximos às suas franqueadas, mas que estas “são livres de fixar os PVP’s que entenderem, salvo quanto ao preço máximo nas ações promocionais a nível nacional e às quais decidam aderir”³²⁴.
925. A ITMP afirma também que “não estabeleceu, ao longo de qualquer dos anos de 2008 a 2017 e com referência aos produtos identificados nos autos, qualquer acordo, qualquer entendimento ou prática concertada com a SCC e, ou, com as demais visadas, tendente a uma “estabilização dos PVP”³²⁵.
926. Segundo a ITMP, a negociação dos preços dos produtos entre si e a SCC é realizada sob tabela de preços para um determinado período de tempo e embora existam casos em que a SCC pretende que os produtos sejam comercializados com respeito por um determinado PVP máximo recomendado, tal não significa que essa vontade seja aceite e muito menos executada³²⁶.
927. A ITMP afirma que negoceia ações comerciais apenas com o fornecedor, nunca com qualquer outra sociedade terceira (incluindo as demais visadas), procurando garantir a obtenção de condições que permitam às suas franqueadas realizar vendas com respeito do regime jurídico das PIRC³²⁷.

III.3.1.2.2 Apreciação da Autoridade

928. Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na presente Decisão para demonstrar a conduta em causa, a AdC conclui pela improcedência da impugnação quanto à matéria de facto descrita no capítulo sobre a definição dos PVP, pelas razões a seguir indicadas.
929. As Pronúncias das Visadas não impugnam (pelo contrário, são consentâneas com) dois pressupostos fundamentais da presente Decisão: (i) as comunicações descritas no capítulo sobre a definição de PVP fazem menção expressa a PVP, e (ii) existe uma estratégia sobre o posicionamento do PVP dos produtos da SCC, aplicável a todas as insígnias, de forma igual, em todo o país.
930. Cumpre, portanto, averiguar se os PVP expressamente mencionados nas comunicações descritas na presente Decisão são meras recomendações da SCC ou se

³²⁴ Cf. capítulos III.3 e III.9 da PNI ITMP, designadamente §111 da PNI ITMP.

³²⁵ Cf. §108 da PNI ITMP.

³²⁶ Cf. capítulo III.9 da PNI ITMP.

³²⁷ Cf. capítulo III.10 da PNI ITMP.

correspondem, de facto, a uma concertação de PVP e, neste caso, quem são os intervenientes na referida concertação.

931. Independentemente de os PVP terem origem numa recomendação do fornecedor, a prova demonstra que as insígnias discutem efetivamente o posicionamento futuro de PVP com a SCC e manifestam a sua adesão a um determinado PVP, cristalizando-se, assim, os “PVP pré-fixados”³²⁸ que surgem identificados nas comunicações descritas (cf. documentos SCC862, SCC278, SCC1503, SCC2864, SCC2877, SCC11, SCC1787, SCC1857, SCC1358, MCH367 e conversações n.º 7, 9, 30, 33 e 34).
932. O teor da conversação n.º 9³²⁹ deixa efetivamente muito claro que, embora o ponto de partida possa ser uma recomendação da SCC, as insígnias discutem o posicionamento futuro dos PVP e transmitem a sua adesão a um determinado PVP:

[SCC] “[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Apontamos próximo dia 14 para alteração de preços? Fiquei a aguardar uma resposta vossa para esta subida de preços. Qual a data? Amanhã? Sexta-feira?”

[INSCO] “Nós é que estamos a aguardar resposta. Vieram artigos com PVP sugeridos que não temos condição de praticar, sendo que ficamos a aguardar a vossa resposta à nossa analista de preço (e-mail em anexo)”.

[SCC] “Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Em anexo os comentários e correcções. No caso das embalagens Sagres 10x25cl e 20x25cl, não nos resta alternativa senão subir os PVP’s recomendados para não incorrerem em dumping. Na Sagres 10x20cl esta embalagem vai ser descontinuada em breve e vai ser substituída pela 6x20cl que vai ter um PVP mais baixo”.

[INSCO] “Boa tarde, [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Vamos avançar com a alteração de preços, excepto onde a margem não comporte. Iremos solicitar shopping aos concorrentes para verificar se já alteraram. Alerto que onde não houver alteração do concorrente teremos de reagir e reposicionar”.

[SCC] “Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Qual a data? Ainda não alterei preços nas outras insígnias”.

³²⁸ Para efeitos da presente Decisão, deve entender-se por “PVP pré-fixados” os PVP que serão aplicados pelas insígnias no futuro e que, portanto, são objeto de referência num momento em que não são ainda do domínio público.

³²⁹ Cf. supra nota de rodapé 281.

[INSCO] “Relativamente à data, quando irás alterar nas outras insígnias? Alteramos no dia a seguir”.

[SCC] “Na próxima segunda-feira dia 29 de Fevereiro”.

933. No mesmo sentido, recorde-se a conversação n.º 34:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 12 de Agosto de 2014 16:18
To: [REDACTED]
Subject: RE: PVP's Madeira

[REDACTED]

Em 1º lugar peço-te que envies os mails diretamente para mim.. já não estou a usar o user da V.
Em relação aos PVP's precisamos de falar assim. Em quase todos sugeris algo superior ao que tenho. Em apenas um deles estamos em desacordo. Preciso de saber quando vai ser feito o reposicionamento em todas as insígnias pois neste momento estamos com PVP's superiores. É um tema bastante prioritário.

Melhores cumprimentos,

[REDACTED]
Analista de Preço Cervejas e Águas
Direcção Comercial Alimentar – Soft Drinks

934. A prova revela que há casos em que são as próprias insígnias que solicitam ao fornecedor a indicação do PVP ou condições financeiras para estarem niveladas com o mercado, ou seja, para poderem praticar os PVP pré-fixados (cf. documentos SCC11, SCC2575, MCH367, SCC1503 e MCH1054).

935. Neste sentido, pode ler-se no documento MCH367, de fevereiro de 2015, a seguinte mensagem da MCH para a SCC:

“Boa tarde [Confidencial - Dados Pessoais],

Para Radler peço que coloque à frente os PVP dos artigos por forma a garantir a alteração ainda hoje (...)

“Se não me enviar resposta com urgência não vou conseguir corrigir pvp's para amanhã”.

936. Pode ler-se também o documento SCC1503, de novembro de 2013:

“PD pretende fazer folheto em Gama Luso 7 dias na Semana 48. Se nós aceitarmos analisam se sobem os preços na 4ªFª”

937. A sequência desta mensagem consta do mesmo documento SCC1503:

“1h ao telefone com a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] [Pingo Doce], desde o envio do ultimo e-mail!

Última proposta dela depois de muito serrar:

1-Margens: [20-30%] para as 4 acções [40-60%] + [20-30%] para as [20-40%] » Geração de 60K€ + 30K€ das Águas. [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], está esticadíssimo, mesmo!

2-Folheto das Águas: Marcaram para 3^aF^a e alteraram a data à ultima hora. Folheto vai ser uma semana.

3-PVP's: Mudam no dia 20".

938. Pode ler-se ainda no documento SCC1787³³⁰ a solicitação de uma insígnia à SCC:

"No seguimento da nossa conversa telefónica em relação ao ciclo de descontos que foi enviado para o Dia, que tem como objectivo novos reposicionamentos, informo que o mesmo vem sem uma data de aplicação. Como sabes existem folhetos com os artigos em questão cuja alteração não pode ser efectuada. Peço que a aplicação destas condições seja a 01-11-2015".

939. Em resposta, o interlocutor da SCC afirma:

"Confirmo que podemos adiar a data de entrada em vigor do novo ciclo promocional para dia 1-11-2015 no caso da gama Luso de Fruta 1L, tendo em conta que o artigo está em folheto. Para os restante artigos a alteração teve efeito no dia 14/10, condições que manteremos até final do mês".

940. Ao que o interlocutor da insígnia responde:

"Peço que mantengas as condições do ciclo anterior até ao fim do mês, existem insígnias que ainda não alinharam. Tens a minha garantia que no dia 01-11 o Dia terá os PVP's alinhados".

941. O conteúdo dos documentos que acaba de se recordar evidencia que a participação da SCC na atividade promocional das insígnias serve muitas vezes para viabilizar o alinhamento de PVP por todas as insígnias, em todo o país, mas também que são as insígnias a definir – com maior ou menor interação do fornecedor – o calendário para a alteração dos PVP.

942. Para além de transmitirem à SCC a sua adesão a um determinado posicionamento futuro de PVP, as insígnias informam o fornecedor sobre a data em que estão dispostas a alterar os PVP e implementar o posicionamento definido (cf. documentos SCC862, SCC1503, SCC2864, SCC2877, SCC11, SCC1787, SCC1857, SCC1358, MCH367 e

³³⁰ Cf. supra nota de rodapé 281.

conversações n.º 7, 9, 30 e 34), solicitando expressamente à SCC que as informe sobre as datas em que as suas concorrentes estão dispostas a fazer o movimento de PVP, de forma a estarem todas alinhadas.

943. Neste sentido, recorda-se o teor da conversação n.º 34:

[MCH] “*Preciso de saber quando vai ser feito o reposicionamento em todas as insígnias pois neste momento estamos com PVP’s superiores*”.

944. E o teor do documento SCC1358:

[ITMP] “*Agradeço envio em PDF dos talões de compra da concorrência, LDL, MINI PREÇO, CONTINENTE e PINGO DOCE. Isso para poder justificar internamente subida de PVP's*”.

945. E o teor da conversação n.º 33:

[MCH] “*Todos estes valores vão ser reposicionados no mercado amanhã? Ou apenas alguns?*”

946. Ou seja, a prova demonstra que são, de facto e frequentemente, as insígnias que determinam o calendário para o movimento de subida simultânea dos PVP.

947. Recorde-se ainda a conversação n.º 7, que tem início numa mensagem da SCC para a MCH com o calendário para o reposicionamento de PVP de alguns produtos do portfolio do fornecedor:

[SCC] “*Olá [Confidencial - Dados Pessoais],*

De acordo com o que falamos abaixo segue calendarização de águas.

Está tudo confirmado com estas datas. Se houver algo em contrário aviso-te. Verifica e dá-me feedback nomeadamente relativamente a Fruta!

Relativamente a Luso Lisa peço especial atenção uma vez que os efeitos são a partir de amanhã (22/10)”.

[MCH] “*Precisamos que este movimento de PVPs em águas seja feito no dia 3 (Segunda-Feira). Conseguem garantir-me este alinhamento?*”

[SCC] “*O dia que conseguimos garantir, de acordo com o que informamos é o dia 05/11 (sempre à 4ªf)*”.

“No Luso Fruta 2L, e com o constrangimento das acções que já é normal, confirmem que conseguem fazer o movimento no dia 11/11”.

[MCH] “Tendo em conta a atividade promocional, informo que só podemos fazer o exercício de movimentações de preços nos artigos Fruta 2L, 1L e 0.33cl no dia 11”.

948. Recorde-se também o teor do documento SCC2659³³¹:

RE: PVP's recomendados

From:

To:

Cc:

Date: Mon, 06 Jul 2015 16:22:07 +0100

A vossa concorrência ainda não aumentou preços porque estamos todos à vossa espera.

Ficaram de me enviar um mapa com os SKUs que vocês vão subir para eu dar a indicação de subida de preços. Estou a aguardar este mapa para subir os preços na vossa concorrência.

Esta situação é urgente. Caso contrário não vos posso continuar a financiar campanhas.

Obrigado,



Key Account Manager
Ilhas

949. Cabe, depois, à SCC organizar o calendário para o movimento de alinhamento simultâneo (subida) dos PVP, com base na informação que lhe é transmitida pelas insígnias (cf. documentos SCC1503, SCC2864, SCC2877, SCC1787, SCC864, SCC865, conversações n.º 7, 9, 30, 33 e 34).

950. Recorde-se o teor do documento SCC1503, no qual pode ler-se a seguinte mensagem de [Administrador SCC] (SCC) para os seus colaboradores:

“Pf façam-me um plano com as datas previstas de subida por cliente e enviem-me hoje até ao fim do dia”.

951. Os referidos colaboradores respondem o seguinte (no dia 07 de novembro de 2013 (5ª feira)):

“Datas previstas:

³³¹ Cf. supra nota de rodapé 281.

ITM: subiu já o Garrafão 7L. Falta 5,4L e 1,5L. Só no próximo Candenssier? O [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] está em NY com o [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] assim que vires este e-mail, corrige sff se estiver errado

LIDL: [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] ainda não me ligou após a tempestade. Garantiu-me por telefone na 3^aF^a que iriam estar connosco, esta 6^aF^a

Sonae: Próxima 2^aF^a

El Corte Inglês: Próxima 2^aF^a

Auchan: Subida a partir de 2^aF^a, correcto [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]?

Leclerc: Subida a partir de 2^aF^a, via Informação [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] + Sales Rep loja a loja

Aldi: Próxima 3^aF^a

PD: Dependendo do desenrolar de tudo, ao qual ainda estou a aguardar contacto (estão fechados), estimo que a data seja a próxima 4^aF^a

DIA: não subiram as Águas, subiram apenas a Sagres 24x25cl. Estimo que a data seja a próxima 5^aF^a"

952. Mais tarde, depois de a Pingo Doce ter informado a SCC que só reposicionaria os PVP no dia 20, [Administrador SCC] dá a seguinte instrução:

"É preciso re-alinhar com os outros clientes timings de preços. Pf vejam na reunião de equipa na 2^a feira".

953. No documento SCC231 pode ler-se a seguinte mensagem de 05 de janeiro de 2016 de um colaborador da SCC para o seu interlocutor na Seldata³³²: "[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Amanhã entram estes pvp's em vigor podes carregar em todas as insígnias(Sonae,Auchan,ITM,Leclerc, Pingo Doce) pf?"

954. A AdC forma, assim, a sua convicção de que é falso que os PVP pré-fixados mencionados na prova junta aos autos correspondam a meras recomendações do fornecedor, pelo que improcedem os argumentos invocados, e esse respeito, pelas Visadas.

³³² O Grupo Selplus/Seldata é uma empresa prestadora de serviços de gestão de operações comerciais, incluindo shoppings, recolha de talões de compra e ativação de ações promocionais em loja.

955. Mais, para além de não ser possível descortinar uma fixação de preços da SCC sobre as empresas de distribuição visadas, a prova demonstra com muita clareza que os PVP mencionados são, de facto, objeto de discussão e concertação com as insígnias em momento prévio à sua adoção.
956. Tão-pouco se trata de simples metodologias de cálculo de preços de aquisição (*sell-in*), porque efetivamente o que está a ser discutido é especificamente o PVP e não quaisquer outros preços inerentes à atividade de retalho alimentar.
957. E está a ser discutido num contexto e em condições que visam explicitamente o alinhamento transversal desse PVP no mercado retalhista (e não apenas qualquer referencial para determinação de preços grossistas).
958. As empresas de distribuição visadas assentam expressamente quanto aos PVP pré-fixados, de forma livre, espontânea e esclarecida, no único pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias nos movimentos de subida simultânea, nos termos da informação que lhes é transmitida pelo fornecedor.
959. A AdC identifica elementos de prova que demonstram que as insígnias implementam os PVP pré-fixados após confirmação de que esses PVP estão a ser seguidos pelas suas concorrentes (cf. documentos MCH900, SCC152, SCC271, SCC864, SCC1358, SCC2864, SCC2877 e SCC1787).
960. Mas, mais do que isso, a AdC identifica elementos de prova que demonstram que as insígnias tomam, de facto, decisões relativas ao seu posicionamento futuro de PVP e ao respetivo calendário de implementação com base na informação relativa ao posicionamento futuro (ainda não implementado) das suas concorrentes que lhes é transmitida pelo fornecedor (cf. documentos SCC862, SCC865, SCC1503, SCC2659, SCC2720, SCC2775 e conversações n.º 7, 9, 30, 33 e 34).
961. Para ilustrar este facto, recorde-se ainda o conteúdo do documento SCC865, que consiste numa mensagem de 28 de setembro de 2012:

“A partir de 1 de Outubro irá haver uma alteração por parte da vossa sede dos pvpr’s da cerveja Sagres. Esta alteração vai ser efectuada gradualmente pelas várias insígnias (dia 1 Auchan; dia 2 Sonae; dia 3 Pingo Doce e acabará no dia 6 com o Intermarché) ou seja na primeira semana de Outubro vai haver uma subida geral dos pvpr’s. Como foi referido em cima, os preços vão ser alterados pelo [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] contudo pelo que sei os preços não vão ser trancados e face a isto peço para

não reagir ao shopping para que na primeira e segunda semana todas as insígnias tenham os mesmos pvpr's!"

962. A análise destes dois tipos de elementos de prova permite evidenciar, sem quaisquer hesitações ou ambiguidades, que as empresas de distribuição visadas transmitem informação relativa ao seu posicionamento futuro de PVP à SCC com a intenção expressa de que a SCC transmita essa mesma informação às suas concorrentes, concretizando-se, deste modo, o plano de alinhamento e subida simultânea dos PVP de mercado.
963. À SCC cabe veicular a informação entre as empresas de distribuição visadas, estabelecendo a comunicação entre elas, de forma indireta, tendo todos os participantes plena consciência deste facto, sendo as próprias insígnias que, em muitas ocasiões, incitam e pressionam o fornecedor a transmitir a informação e a garantir o alinhamento e a subida conjunta de PVP de mercado, como veremos adiante, nos capítulos III.3.1.3, III.3.1.4, III.3.1.5 e III.3.2 da presente Decisão.
964. A AdC forma, assim, a sua convicção de que a concertação prévia relativa ao posicionamento futuro dos PVP e ao movimento de subida conjunta no mercado é alcançada entre as empresas de distribuição visadas, através do fornecedor, estando as referidas empresas diretamente envolvidas na prática investigada.
965. A AdC desenvolverá a sua apreciação a respeito do âmbito subjetivo da prática e do envolvimento da SCC e de cada uma das empresas de distribuição visadas nos capítulos III.3.1.3.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e, em particular, no capítulo III.3.3 da presente Decisão.
966. Por fim, note-se que a AdC tem uma perspetiva diferente das Visadas sobre o impacto do contexto nos comportamentos investigados, conforme exposto anteriormente na presente Decisão³³³.
967. Onde as 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, a supremacia de uma percepção de preços baixos e promoções, grande transparência e disseminação dos meios de comunicação.

³³³ Cf. capítulo III.3.1.1.2 da presente Decisão.

968. Facto é que a AdC identifica na prova evidências muito concretas, inilidíveis, da existência de um objetivo comum a todas as Visadas, no sentido da subida gradual e progressiva dos PVP de mercado, em conjunto, por todas as empresas de distribuição visadas, em todo o país (cf. documentos SCC2012, SCC1181, SCC1184 e conversações n.º 3, 7, 9, 15 e 18).

969. Neste sentido, recorde-se as seguintes passagens:

[SCC] “*Era importante que a recomendação fosse seguida sob risco do resto do mercado reagir se não houver alterações amanhã*” (Documento SCC128).

[MCH] “*Sim PD está ok. Mas numa subida de PVPs de Mercado, e tendo em conta o número de artigos, deixa-me desconfortável o IP da categoria ao momento*” (Documento SCC1459, que faz parte integrante da conversação n.º 15).

[SCC] “*Relativamente ao dia de subida de preços, é mesmo importante que subam os preços na próxima terça-feira, dia 19 (...) por forma a que a subida de preços se dê simultaneamente em todo o país*” (Documento SCC2720).

[SCC] “*Eu percebo o vosso ponto de vista, mas esta é uma estratégia nacional e temos de estar alinhados com as restantes insígnias*” (Documento SCC2720).

[SCC] “*Esta alteração vai ser efectuada gradualmente pelas várias insígnias (dia 1 Auchan; dia 2 Sonae; dia 3 Pingo Doce e acabará no dia 6 com o Intermarché) ou seja na primeira semana de Outubro vai haver uma subida geral dos pvp's*” (Documento SCC865).

[MCH] “*2051383 – Água S/Gás Luso 5l – 1.18€ (processo de reposicionamento de PVP que começou no dia 03-02-2010, a nível nacional)*” (Documento MCH1715).

970. Mais, sempre que existem referências a “descompetitividade”, as mesmas referem-se a um desalinhamento por parte de alguma(s) das empresas de distribuição que urge corrigir. Não sendo a correção efetuada, como melhor se demonstrará *infra*, a solução passa frequentemente pelo financiamento pelo fornecedor de um realinhamento do preço desviado³³⁴.

971. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto descrita no capítulo III.3.1.2 da presente Decisão relativo à definição dos PVP e que as evidências que resultam da referida matéria de facto contribuem, de forma séria, precisa

³³⁴ Note-se que as condições solicitadas pelas empresas de distribuição ao fornecedor após o insucesso deste em corrigir os desvios são para acompanharem os preços desalinhados, não para os baixarem e competirem com os mesmos.

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 Controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado

972. 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, com uma frequência semanal e/ou, em alguns casos, diária.
973. Nuns casos, a referida monitorização é realizada pelas empresas de distribuição visadas que reportam à SCC eventuais desvios face aos PVP concertados, para que a SCC atue junto das insígnias desviantes, pressionando-as a corrigir o desvio, com o objetivo comum de garantir por essa via um realinhamento horizontal dos PVP no mercado.
974. É o que sucede no caso de alguns documentos já descritos no capítulo III.3.1.2 da presente Decisão, designadamente os documentos SCC2877 (parágrafo 869 a 871 *supra*), SCC1355 (parágrafo 874 *supra*), SCC1787 (parágrafo 881 *supra*), SCC1857 (parágrafo 883 *supra*), bem como os documentos que integram as conversações n.º 15 (parágrafo 873 *supra*), n.º 9 (parágrafo 882 *supra*), n.º 33 (parágrafo 898 *supra*) e n.º 34 (parágrafos 893 e 894 *supra*), a que acrescem os documentos que passarão a descrever-se de seguida.
975. O documento SCC261³³⁵, que consiste num *email* interno (SCC) de 13 de março de 2008, sobre o assunto “*Shopping Sonae recebido hoje*”, em que se lê:

³³⁵ Cf. *supra* nota de rodapé 281.

Shopping Sonae recebido hoje

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Date: Thu, 13 Mar 2008 12:50:25 +0000

[REDACTED]
Boa tarde,

De acordo com o shopping da Sonae de hoje temos mais uns produtos com os preços mal, por isso é necessário tentar alterar o mais urgente possível, até porque alguns são de lojas que constavam no shopping de ontem.

Imperial T/R 33 cl
Leclerc Valongo - 0,18 €
Leclerc Fafe - 0,18 €

Sagres Zero% 6x33cl
Leclerc Chaves - 2,85 €

Sagres Bohemia 1835 6x33cl
Leclerc Chaves - 2,85 €

Sagres Bohemia D`Ouro 6x33 cl
2,85 €

Cumprimentos,

976. O *email* que acaba de descrever-se revela que (aliás, tal como sucede com muitos outros elementos de prova constantes dos autos, mencionados na presente Decisão) a MCH enviava à SCC os resultados da monitorização do mercado e identificação de desvios face ao posicionamento de PVP concertado, fazendo-o numa base constante e regular, em alguns casos semanal, noutros diária, para que a SCC intercedesse junto das insígnias concorrentes desviantes, solicitando a correção dos desvios e garantindo o alinhamento de PVP no mercado.
977. O documento JM644, que consiste numa cadeia de *emails* de 13 e 14 de outubro de 2008, sem assunto, cujo conteúdo permite demonstrar que: (i) a SCC concertou com a MCH e o Pingo Doce (pelo menos) determinado reposicionamento de PVP; (ii) o Pingo Doce reportou à SCC o desvio da MCH (loja de Estremoz) face ao reposicionamento definido; (iii) em resposta, o gestor da conta Pingo Doce na SCC informou a sua interlocutora na referida insígnia que se trataria de um “*erro de shopping*”, perguntando-lhe se necessitava de um talão comprovativo do posicionamento da MCH e se confirmava o reposicionamento na sexta-feira (17 de outubro); (iv) a responsável do Pingo Doce respondeu afirmativamente às duas questões.
978. O documento SCC271, que consiste num *email* de 31 de outubro de 2011, enviado por uma colaboradora da MCH para a sua interlocutora na SCC, sobre o assunto “*Barril Sagres 5L*”, em que se lê:

Barril Sagres 5L

From:

To:

Cc:

Date: Mon, 31 Oct 2011 16:39:03 +0000

Boa tarde [REDACTED]

Tentei várias vezes falar consigo mas como não consegui, informo que reagimos para amanhã ao preço do Pingo Doce no artigo acima referido (9.99), dado hoje termos pedido confirmação do mesmo e o preço se manter.

Como sabe, para nós o Pingo Doce é um concorrente muito importante, pelo que não podemos prolongar esta situação. Já tive de justificar este desvio hoje, pelo que quando a situação se encontrar regularizada no nosso concorrente, voltaremos ao preço correcto.

Qualquer dúvida, estou ao dispor.

Com os melhores cumprimentos,

[REDACTED]
Analista de Preço – Cervejas e Águas

979. Em relação ao *email* que acaba de descrever-se, cumpre destacar a frase “*Já tive de justificar este desvio hoje, pelo que quando a situação se encontrar regularizada no nosso concorrente, voltaremos ao preço correto*”, que permite, de facto, demonstrar que os comportamentos descritos na presente Decisão se reportam a um objetivo comum, partilhado entre a SCC 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, tais como a necessidade de escoar produto ou de cumprir objetivos de vendas.
980. O documento MCH1718, que consiste numa cadeia interna de *emails* (MCH) de 5 de agosto de 2009, sobre o assunto “*PVP’s sagres*”, na qual um coordenador de área da MCH (Abrantes) sinaliza à equipa de analistas de mercado da referida insígnia que o PVP do produto Sagres mini está descompetitivo face à concorrência (designadamente, Pingo Doce e ITMP), tendo um analista de mercado respondido o seguinte:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 5 de Agosto de 2009 12:02
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: PVP's sagres

Bom dia [REDACTED]

Obrigado pela informação de shopping enviada.

De facto, fizemos hoje um reposicionamento de preço nas TR da Sagres a nível nacional, segundo informação do fornecedor o PD também alterava hoje, o que pelos visto não se concretizou, de qualquer forma iremos receber amanhã shopping de todos os concorrentes e depois actuaremos em conformidade.

Pego-lhe é o favor de, caso verifique que os preços voltaram a ficar des competitivos face à vossa concorrência local, nos volte a alertar, uma vez que nem sempre temos informação de todas as zonas do país.

Obrigado

Sem outro assunto de momento.]

Melhores cumprimentos,

[REDACTED]
Analista de Preço
[REDACTED]

981. O documento MCH420, que consiste num *email* de 31 de janeiro de 2016, sobre o tema “Ações Sonae”, enviado por um colaborador da MCH ao gestor da respetiva conta na SCC, em que se lê:

From: [REDACTED]
Sent: domingo, 31 de janeiro de 2016 18:52
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Ações Sonae

Boa tarde,

Mais uma vez, e após todas as nossas conversas relativas ao tema da descompetitividade da Sonae MC no mercado, deparamo-nos com o seguinte (abaixo). Creio que fomos claros quando vos mostrámos evidências na última reunião do dia 27, onde vimos que desde a 1^a semana do ano que o nosso principal concorrente faz promoções superiores às nossas.

A base da confiança cada vez desmorence mais, sendo que ainda na última 6F atendemos ao vosso pedido de não reagir à ação da Sagres 15*20 no mercado, e retirá-la do folheto, em troca do mesmo que está abaixo com +50%. A única diferença, é que á Sonae MC propõem sempre 50%, que não é o que temos visto no mercado.

Como podemos trabalhar em conjunto com um fornecedor que se diz parceiro, e como podemos construir uma gestão de categoria conjunta quando faltam pilares que sustentem esta relação de parceria?

Neste momento, não conseguimos compreender esta posição passiva da SCC relativamente a este tema.

982. O documento SCC2674, que consiste num *email* de 22 de abril de 2016, sobre o assunto “PVP’s Sonae Madeira”, enviado pelo gestor da conta Pingo Doce na SCC para o seu interlocutor na referida insígnia, em que se lê:

From: [REDACTED]
Sent: 22 de abril de 2016 11:03
To: [REDACTED]
Subject: PVP's Sonae Madeira

[REDACTED]
Tenho estado em reuniões na SCC e nem tive oportunidade de te devolver a chamada

Entretanto recebi a informação que os preços na Madeira já foram corrigidos. Se detectarem alguma questão, por favor informa.

Abraço,



[REDACTED]
Key Account Manager
Ilhas

983. Noutros casos, a monitorização é realizada diretamente pelo próprio fornecedor, ou seja, pela SCC, reportando às empresas de distribuição visadas o alinhamento ou o realinhamento de PVP das insígnias concorrentes.
984. No documento SCC152, que consiste num *email* de 27 de abril de 2012, sobre o assunto “*talão*”, o gestor da conta Pingo Doce na SCC confirma à sua interlocutora na referida insígnia que a loja de Alfragide do Auchan já corrigiu o desvio face ao PVP recomendado, podendo ler-se:

[REDACTED] /PT/SNPLC
27-04-2012 15:43 To [REDACTED]
cc [REDACTED]
Subject Fw: talão

[REDACTED]
Como lhe havia afirmado ontem.
Preço da 24x25c no Jumbo Alfragide corrigido.

985. Em anexo ao *email* que acaba de transcrever-se, encontra-se a seguinte imagem (documento SCC152):



986. No documento SCC2862³³⁶, que consiste num *email* interno (SCC) de 23 de janeiro de 2014, sobre o assunto “*Importante*”, é possível ler-se:

Importante

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Date: Thu, 23 Jan 2014 00:26:39 +0000

Amanhã o Lidl vai ter que receber as 15 horas um ticket das caixas do jumbo de alfragide e do pa amoreiras com os RSP correctos de todos os skus que temos listados no Lidl, nomeadamente: Luso 5,4 e Luso 1,5; Sagres 6x33cl e Sagres 10x20cl branca e Preta. Se não o fizermos vai haver asneira no mercado. Isto é mandatorio. Não me parece difícil de conseguir mas se tiverem algum problema digam. Obg

987. No documento SCC2775, que consiste numa cadeia interna de *emails* (SCC) de 30 de maio de 2014, sobre o assunto “*Sagres 24x33cl na sonae.*”, pode ler-se o seguinte:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 30 de Maio de 2014 10:27
To: [REDACTED]
Subject: Sagres 24x33cl na sonae.

[REDACTED]
Estava prevista subida de pvp hoje?

³³⁶ Cf. supra nota de rodapé 281.

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 30 de Maio de 2014 11:49
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Sagres 24x33cl na sonae.

[REDACTED]
Parece que sim, no entanto as outras Insígnias vão subir de acordo com o seguinte:

24x33cl – 17,59€ (04.Junho)
15x33cl – 11,19€ (04.Junho)
24x25cl – 14,99€ (11.Junho)

Bjs,

988. No documento SCC938, que consiste num *email* de 23 de outubro de 2014, sobre o assunto “*Pvp luso lisa*”, um colaborador da SCC questiona expressa e diretamente os seus interlocutores na Auchan relativamente ao reposicionamento de PVP no produto identificado:

De: [REDACTED]
Enviada: 23 de outubro de 2014 14:14
Para: [REDACTED]
Assunto: *Pvp luso lisa*

Boa tarde

Os pvp alteraram nas vossas lojas também?
Obrigado

Sales Rep
Enviado de Samsung Mobile

989. No documento SCC1264, que consiste numa cadeia de *emails* de 5 e 6 de maio de 2015, entre a SCC e a Selplus, sobre o assunto “*Subidas de PVP – Pingo Doce*”, um colaborador da SCC informa a sua interlocutora na Selplus que os PVP de Sagres 20 e 25cl vão subir no Pingo Doce no dia seguinte, solicitando o envio de talões comprovativos da referida subida.
990. A colaboradora da Selplus envia os talões de compra solicitados em anexo ao seu *email* de resposta, sendo possível constatar que o Pingo Doce implementou cinco dos onze reposicionamentos de PVP concertados com a SCC (cf. documento SCC1264).

III.3.1.3.1 Pronúncia das Visadas

991. Relativamente à matéria de facto descrita no capítulo sobre o controlo e a monitorização dos PVP praticados no mercado, as empresas de distribuição visadas sustentam, em unanimidade, que esta é uma prática lícita e perfeitamente comum neste mercado,

agregando unicamente informação pública (PVP atuais), que reflete até uma saudável concorrência e contraria a ideia de fixação e alinhamento de PVP (SCC271)³³⁷.

992. Segundo a MCH, não se trata de um mecanismo de deteção de desvios a PVP pré-fixados, mas sim de um mecanismo de *market expertise*³³⁸.
993. Por um lado, é normal que o fornecedor tenha interesse em saber se o PVPR é seguido, qual o posicionamento efetivo dos seus produtos no mercado e se os PVP promocionais por si comparticipados são cumpridos³³⁹.
994. Por outro lado, é normal que os retalhistas procedam à monitorização dos PVP praticados pela concorrência como forma de avaliar a sua competitividade, sustentar a tomada de decisões comerciais e as negociações com o fornecedor, extraíndo dos PVP da concorrência mais competitivos argumentos para que o fornecedor se veja obrigado a conceder-lhes condições negociais mais vantajosas³⁴⁰.
995. Em síntese, as empresas de distribuição visadas sustentam que o fornecedor utiliza os resultados de *shopping* como ferramenta para negociar melhores preços grossistas e para persuadir as insígnias a seguir os PVPRs (no pressuposto de que as insígnias são livres de seguir as recomendações que entenderem³⁴¹), e que as insígnias recorrem à mesma ferramenta para forçar o fornecedor a atribuir-lhes melhores condições de *sell-in*, que garantam mais competitividade no retalho alimentar (SCC16), sendo ambas as estratégias absolutamente lícitas³⁴².
996. A Auchan alega ainda que a troca de talões de compras como forma de comprovar a prática de determinado PVP não evidencia que o PVP tenha sido previamente acordado, nem é suficiente para demonstrar a existência de um plano de ação comum (SCC152 e SCC2862)³⁴³.
997. Refere a Auchan que, por exemplo, o documento SCC261, transcrito no parágrafo 975 *supra*, revela uma conversação entre a MCH e a SCC, pelo que não é suscetível de demonstrar qualquer convergência de vontades com as demais insígnias³⁴⁴.

³³⁷ Cf. capítulos III.1.2. da PNI Auchan, III.11 da PNI ITMP, II.F.c) da PNI MCH e III.5 da PNI Pingo Doce.

³³⁸ Cf. §427 da PNI MCH.

³³⁹ Cf. capítulo II.F.c) da PNI MCH.

³⁴⁰ Cf. capítulo II.F.c) da PNI MCH, onde a Visada refere que procede à monitorização sistemática e constante dos PVP praticados pelos seus principais concorrentes com uma periodicidade mensal e semanal. No mesmo sentido, a Pingo Doce refere que, em média, faz a comparação de cerca de 1500 marcas de indústria e marcas da distribuição relativamente a pequenos subgrupos de retalhistas por semana (cf. pág. 215 e ss. da PNI Pingo Doce).

³⁴¹ Cf. capítulo III.5 da PNI Pingo Doce.

³⁴² Cf. capítulos III.1.2. da PNI Auchan e III.5 da PNI Pingo Doce.

³⁴³ Cf. capítulo III.1.2. da PNI Auchan.

³⁴⁴ Cf. capítulo III.1.2. da PNI Auchan, parágrafos 198 a 202.

III.3.1.3.2 Apreciação da Autoridade

998. Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados 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.
999. Como ponto prévio, a AdC salienta que as Pronúncias das Visadas não impugnam (pelo contrário, são consentâneas com) outro pressuposto fundamental da presente Decisão: todas as Visadas recorrem, de facto, a ferramentas de controlo e monitorização de PVP de mercado e fazem menção expressa aos resultados dessas ações de controlo e monitorização nas comunicações descritas na presente Decisão, incluindo mediante o envio de talões de compra.
1000. Sucede que as Visadas alegam existir um substrato perfeitamente legítimo e lícito para os referidos comportamentos e que a referência aos resultados de ações de controlo e monitorização de PVP não constituem prova de uma fixação conjunta de PVP.
1001. Embora não se conteste que os objetivos que levam as Visadas a invocar esse substrato legítimo e lícito possam de facto também existir, a AdC identifica na prova, relativamente aos mesmos comportamentos, evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a interpretação que faz desses mesmos comportamentos.
1002. 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, com outros explicitamente orientados ao (re)alinhamento desses mesmos PVP.
1003. É evidente que as ferramentas de controlo e monitorização dos PVP de mercado, incluindo a vulgarmente designada de *shopping*³⁴⁵, podem ser legítima e licitamente utilizadas pelas empresas que operam no mercado de retalho alimentar.
1004. É, efetivamente, natural que o fornecedor utilize estas ferramentas para verificar o posicionamento dos produtos do seu *portfolio* no mercado e se o período designado e o valor de desconto atribuído às promoções por si comparticipadas estão a ser cumpridos.

³⁴⁵ Recolha unilateral de informação na loja do concorrente.

1005.Também é natural que as insígnias utilizem estas ferramentas para avaliar a sua competitividade no mercado, 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 fornecedor³⁴⁶.

1006.Mas não é isso que resulta da prova produzida nos autos, nem essa interpretação é, na maior parte dos casos, muitos dos quais já *supra* citados, consentida por essa prova.

1007.Se é natural a utilização de ferramentas de *shopping* para os fins acima descritos, não é natural que estas mesmas ferramentas sejam utilizadas como forma de detetar desvios face a um posicionamento de PVP de mercado concertado entre insígnias e/ou como forma de demonstrar a respetiva correção (por exemplo, através de talões de compra).

1008.Ora, a verdade é que a prova está impregnada de referências a um esforço contínuo no sentido de “*estar alinhados com as restantes insígnias*”³⁴⁷ e implementar um plano de “*subida de PVPs de Mercado*”³⁴⁸.

1009.Como refere a Auchan na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilicitude, situação diferente “é a utilização do *shopping* como forma de controlo e pressão do fornecedor e restantes insígnias para alinhamento dos preços”³⁴⁹. Que é o que a prova dos autos demonstra.

1010.É que as comunicações descritas e referidas neste capítulo da presente Decisão utilizam uma linguagem muito clara e, na verdade, não geram quaisquer dúvidas ou ambiguidades.

1011.Recorde-se então o teor da prova:

1012.A conversação n.º 9³⁵⁰:

[INSCO] “Boa tarde, [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Vamos avançar com a alteração de preços, excepto onde a margem não comporte. Iremos solicitar shopping aos concorrentes para verificar se já alteraram. Alerto que onde não houver alteração do concorrente teremos de reagir e reposicionar”.

³⁴⁶ Note-se que, como já se referiu, 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, aquando do insucesso da correção dos desvios. Voltar-se-á a esta matéria em maior detalhe *infra*.

³⁴⁷ Cf. conversação n.º 30.

³⁴⁸ Cf. conversação n.º 15. Cf. também documentos SCC2012, SCC1181, SCC1184 e conversações n.º 3, 7, 9 e 18.

³⁴⁹ Cf. parágrafo 468 da PNI Auchan.

³⁵⁰ Cf. *supra* nota de rodapé 281.

1013. O documento SCC261³⁵¹:

[SCC] “De acordo com o shopping da Sonae de hoje temos mais uns produtos com os preços mal, por isso é necessário tentar alterar o mais urgente possível”.

1014. O documento SCC271, no qual pode ler-se a seguinte mensagem da MCH para os SCC, em reação ao desvio da Pingo Doce:

“Já tive de justificar este desvio hoje, pelo que quando a situação se encontrar regularizada no nosso concorrente, voltaremos ao preço correto”.

1015. A conversação n.º 15:

[MCH – envio de shopping PVP Água do Luso] “[Confidencial - DP], Para análise e feedback”.

[SCC] “Nao é possivel, Podes pedir novo shopping? Ontem estive nas lojas de manha (alfragide, amadora, pd) e estava td OK nao estava com tens aqui... De qualquer forma vou verificar...”

[MCH] “Sim PD está ok. Mas numa subida de PVPs de Mercado, e tendo em conta o número de artigos, deixa-me desconfortável o IP da categoria ao momento”.

[MCH] “[Confidencial - DP], Até 2F pelo menos o PVP da Luso 5.4L tem de estar alinhado”.

[MCH] “Abaixo recolhas de dia 26 Outubro. Precisamos da vossa colaboração”.

[MCH] “Boa tarde, Relembro este tema. Ao dia de ontem, tudo estava igual. Amanhã esta situação tem que estar ok”.

1016. O documento SCC1355:

[MCH] “[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Mais uma vez só um player nos acompanhou nesta subida. Preciso do teu feedback”.

[SCC – email interno] “Segue shopping da SONAE. Continuarmos com os Jumbos~todos mal. Precisamos de controlar e colocar ao recomendado...”

1017. A conversação n.º 33:

[SCC] “Olá [Confidencial - DP], Em anexo ficheiro completo de PVPs_dia 19.Agosto, 3ª feira”

[MCH] “[Confi.-DP] Todos estes valores vão ser reposicionados no mercado amanhã? Ou apenas alguns?”

³⁵¹ Cf. supra nota de rodapé 281.

[SCC] “Todos, excepto os que serão actualizados para dia 26 que são os seguintes:
Heineken 0,25

Gama Radler (excepto Gengibre)”

[MCH] “[Confidencial - Dados Pessoais], Recebi hoje a seguinte recolha:
[shopping cerveja Sagres e Desperados]

Necessito que me envie um talão de compra comprovativo dos restantes artigos que não vieram nesta recolha, bem como os “não ok” (caso a situação não seja a espelhada acima). Urgente”.

[SCC] “[Confid.-DP], Não consigo arranjar talão de caixa, até porque estou fora em Lisboa de férias. No entanto, solicitei à ECM que me enviasse shopping e já OK”

[MCH] “[Confidencial - Dados Pessoais], Refere-se apenas a um artigo... e os outros?”

[SCC] “Estão OK.

Desperados apenas dia 26 da parte deles

E

Aguardamos depois dia 27 vossa actualização de artigos feira, até pq eles já o fizeram”.

[MCH] “[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] continuo sem garantias disso. Preciso urgentemente de talões de compra. Não consigo fazer nada assim”.

1018. A conversação n.º 18 (*email* interno da SCC de 21 de outubro de 2014 sobre reposicionamento de PVP de cerveja Sagres 25cl e vários formatos de Água do Luso previsto para 22 de outubro de 2014 e 05 de novembro de 2014):

“Boa tarde

Amanhã no caminho para a nossa reunião solicito que cada de vocês ligue para uma loja Sonae e Auchan de maior confiança para confirmar a subida dos preços em águas lisas

Devem confirmar se o Auchan trancou os preços.

Dúvidas liguem sff

Boa viagem”

1019. O teor das comunicações que acaba de recordar-se revela de forma muito evidente que as ferramentas de controlo e monitorização de PVP são utilizadas, tanto pelo fornecedor, como pelas insígnias, para: (i) verificar que todas as insígnias estão a

implementar uma alteração de PVP em determinada data, (ii) identificar PVP que estão “mal” e que precisam de ser corrigidos, (iii) identificar as insígnias que não acompanharam o movimento de “subida de PVP”, (iv) indicar o momento em que uma insígnia concorrente já alinhou os PVP, permitindo à insígnia que detetou o desvio, regressar a determinado posicionamento, (v) verificar se os PVP foram corrigidos.

1020. Cabe, portanto, à SCC acompanhar a implementação do calendário de adoção dos PVP concertados pelas várias insígnias, recordando-lhes a importância de se manterem alinhadas com o objetivo comum.

1021. Neste sentido, recorda-se ainda o teor da conversação n.º 30 (documento SCC2720), que tem início numa mensagem da SCC para o Pingo Doce com a lista de PVP’s recomendados para a Madeira a partir de 19 de março de 2015:

“Boa tarde [CONFIDENCIAL - Informação relativa a dados pessoais de colaborador do GJM],

Relativamente ao dia de subida de preços, é mesmo importante que subam os preços na próxima terça-feira, dia 19.

Tenho esta indicação por forma a que a subida de preços se dê simultaneamente em todo o país.

Agradeço a vossa compreensão”.

1022. Na sequência, o interlocutor da Pingo Doce informa:

“Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]!

Conforme explicamos na nossa reunião, não podemos subir os preços na próxima terça feira por motivos promocionais!

Estava combinada a subida de preços para o dia 02 de Junho, mas na melhor das hipóteses podemos tentar subir preços no dia 26 de Maio!”

1023. Ao que o interlocutor da SCC responde:

“Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],

Eu percebo o vosso ponto de vista, mas esta é uma estratégia nacional e temos de estar alinhados com as restantes insígnias.

É possível subirem os preços nos artigos que não estão em campanha?”

1024. Retorquindo o interlocutor da Pingo Doce:

“Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]! Na próxima semana temos a Sagres toda em acção! Talvez consiga alterar as outras referências, mas para isso solicito novamente o envio do ficheiro com os códigos PD”.

1025. Concluindo, independentemente de as Visadas também poderem utilizar ferramentas de controlo e monitorização de PVP com intuições legítimos e lícitos, a verdade é que a prova demonstra que, tanto o fornecedor (cf. documentos SCC128, SCC1857, SCC261, SCC2775, SCC938 e SCC1264), como as insígnias (cf. documentos MCH900, SCC278, SCC261, SCC160, SCC11, SCC1355, SCC1857, JM644, SCC271, MCH1718 e conversações n.º 15 e 33), estão igualmente a utilizar estas ferramentas com o propósito de coadjuvar a implementação de um plano conjunto de “*subida de PVPs de Mercado*”³⁵², sendo permanentemente referida a necessidade de “*estar alinhados com as restantes insígnias*”³⁵³.

1026. Ambas as partes, fornecedor (cf. documentos SCC128, SCC1857, SCC261, SCC2775, SCC938 e SCC1264) e insígnias (cf. documentos SCC261, JM644, SCC1857 e conversações n.º 15 e 43), recorrem aos resultados das ações de controlo e monitorização (em particular, aos resultados do *shopping*) para sinalizar desvios que necessitam de correção face a um posicionamento de PVP concertado entre insígnias, em termos de valor e calendário de implementação.

1027. O fornecedor também recorre aos resultados das ações de controlo e monitorização de PVP para atestar às empresas de distribuição visadas que determinado posicionamento de PVP está a ser cumprido ou foi corrigido (cf. documentos SCC2877, SCC2674, SCC152 e SCC2862).

1028. São, aliás, muitas vezes, as próprias insígnias que solicitam à SCC que forneça esses meios de prova para poderem justificar internamente a implementação de determinado posicionamento de PVP, designadamente uma subida de PVP (cf. documentos SCC2877 e JM644 e conversação n.º 33).

1029. A AdC forma, assim, a sua convicção de que a SCC e as empresas de distribuição visadas utilizam ferramentas de controlo e monitorização de PVP de mercado com o objetivo de sinalizar desvios a um determinado posicionamento de PVP (bem como, depois, para assegurar a respetiva correção), ou seja, para coadjuvar a implementação

³⁵² Cf. conversação n.º 15. Cf. também documentos SCC2012, SCC1181, SCC1184 e conversações n.º 3, 7, 9 e 18.

³⁵³ Cf. conversação n.º 30.

de um determinado posicionamento de PVP descrito no capítulo precedente da presente Decisão e, dessa forma, restringir a concorrência no mercado de retalho alimentar.

1030. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto descrita no capítulo relativo ao controlo e à monitorização dos PVP praticados no mercado e que as evidências que resultam da referida matéria de facto contribuem, de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a existência de uma prática restritiva da concorrência³⁵⁴.

III.3.1.4 Correção de desvios

1031. Os elementos probatórios constantes dos autos demonstram que, sendo detetado algum desvio face aos PVP pretendidos e concertados 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.

1032. Existem vários elementos probatórios demonstrativos deste tipo de comportamento.

1033. Alguns documentos já foram descritos nos capítulos III.3.1.2 e III.3.1.3 da presente Decisão, designadamente os documentos SCC1503 (parágrafos 866 e 867 *supra*), SCC2877 (parágrafos 869 a 871 *supra*), SCC128 (parágrafos 858 e 861 *supra*), SCC136 (parágrafos 862 e 863 *supra*), conversação n.º 15 (parágrafo 873 *supra*), SCC1355 (parágrafo 874 *supra*), SCC1857 (parágrafo 883 *supra*) e MCH367 (parágrafos 900 e 901 *supra*), passando a AdC a descrever de seguida outros *emails* que ilustram a mesma subtipologia de comportamento.

1034. O documento SCC406, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 6 e 8 de março de 2012, sobre o assunto “*Shopping Imperial*”, cujo conteúdo revela que o gestor de vendas da SCC está a pressionar o seu interlocutor no Auchan para que o PVP de dois produtos do portfolio da SCC seja reposicionado num conjunto de lojas daquela insígnia, de acordo com a reposição de PVP concertada, tendo o responsável da Auchan solicitado internamente a reposição e explicado à SCC que o desvio foi uma consequência do desvio na loja da MCH das Antas.

³⁵⁴ Sem prejuízo da apreciação da AdC a respeito do envolvimento dos Visados no capítulo III.3.3 da presente Decisão, a AdC gostaria de salientar neste ponto que todas as empresas de distribuição Visadas estão associadas à prova descrita neste capítulo do controlo e monitorização dos PVP. Cf., a título de exemplo, documentos SCC271, SCC261, MCH1718, MCH900, SCC1355 e conversações n.º 15 e 33 (MCH), documentos SCC278, SCCJM644 e SCC2674 (Pingo Doce), documento SCC11 (Auchan) e documento SCC1857 (ITMP).

1035. O documento SCC290, que consiste num *email* de 1 de agosto de 2012, sobre o assunto “*Urgente para [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (Sagres)*”, em que um colaborador da SCC, tendo sido confrontado pela MCH com um *shopping* que detetava que a loja de Beja do ITMP não estava alinhada com os PVP recomendados, pressiona o seu interlocutor na referida insígnia para alinhar no dia seguinte.

1036. O documento SCC160³⁵⁵, que consiste numa cadeia de *emails* de 24 e 25 de outubro de 2012, sobre o assunto “*Lidl*”, cujo conteúdo permite demonstrar que: (i) na referida data, o Pingo Doce constatou que o Lidl estava a praticar um PVP desalinhado com a recomendação de PVP definida, recorrendo imediatamente aos gestores de conta da SCC para que estes intercedessem junto do seu concorrente; (ii) o gestor da conta Lidl na SCC confronta a sua interlocutora na referida insígnia com o desalinhamento, solicitando o reposicionamento imediato de acordo com a recomendação de PVP; (iii) a colaboradora do Lidl contesta, alegando que o Dia Minipreço também estaria desalinhado; (iv) o gestor da conta Lidl na SCC reiterou esclarecendo que o Dia Minipreço estaria alinhado e reiterando a urgência no alinhamento pelo Lidl.

1037. O documento SCC486³⁵⁶, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 4 e 6 de março de 2013, sobre o assunto “*shopping*”, cujo conteúdo permite demonstrar que: (i) a MCH reportou à SCC o desvio do Pingo Doce face ao reposicionamento de PVP concertado para um conjunto de produtos do *portfolio* da SCC, (ii) o Pingo Doce comprometeu-se perante a SCC a corrigir o desvio, na condição da SCC lhe apresentar talões de compra que demonstrassem que a MCH, o Auchan e o ITMP já teriam reposicionado os PVP.

1038. No referido documento SCC486, lê-se a seguinte mensagem da MCH para a SCC:

*“Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]
Aguardo os vossos comentários*

# Artigo	Artigo	Conc	PVP
-----------------	---------------	-------------	------------

³⁵⁵ Cf. supra nota de rodapé 281.

³⁵⁶ O documento SCC486 e o documento SCC286 dizem respeito ao mesmo assunto, considerando-se ambos relevantes para efeitos de prova no processo.

2844937	CERV. C/ALC T/P SAGRES 24*33 CL	14.58 €	15.49 €
3037529	CERV. S/ALCOOL T/P SAGRES 6*33CL	3.99 €	4.39 €
3605517	CERV.C/ALC.T/P SAGRES MINI24*25CL PACKEC	11.99 €	13.49 €
3788589	CERV. C/ALC. T/P SAGRES MINI 10*20CL	4.59 €	5.29 €

1039. A mensagem da MCH é reencaminhada entre colaboradores da SCC, com a seguinte advertência:

[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], amanha o PD sobe Luso 5,4L, 24x25, 24x33, 10x20, 1L. Preciso de facturas destes produtos nos jumbos alfragide, alverca, ITM Mafra, modelo defensores de chaves com o preco correcto AMANHA. Obg”

1040. A colaboradora da SCC reencaminha esta mensagem para a Seldata, com a seguinte solicitação:

*[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] e [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] bom dia,
Necessito Hoje sem falta (de acordo com o mail abaixo do [Administrador SCC]) dos talões com os preços recomendados nos sku's referidos”.*

1041. Veja-se, também, o documento SCC2863, que consiste num *email* de 19 de novembro de 2013, sobre o assunto “LUSO”, cujo conteúdo revela que um responsável do ITMP confronta o gestor de conta na SCC com um folheto promocional do Pingo Doce com vários produtos da marca LUSO a preços inferiores ao recomendado, solicitando que a SCC lhe garanta condições para reagir e baixar os PVP dos produtos em causa.

1042. O documento SCC16, que consiste numa cadeia de *emails* de 2 de julho de 2014, cujo conteúdo permite demonstrar que: (i) uma gestora de vendas da SCC solicita ao seu interlocutor na Auchan que reposicione o PVP do produto garrafão de 5,4Litros de Água do Luso em 1,39€, de acordo com o PVP recomendado; (ii) em resposta, o colaborador

da Auchan faz notar que o Lidl está a 1,25€; (iii) em reação à referida resposta, a gestora de vendas da SCC alerta para o impacto na margem de um PVP abaixo do PVP recomendado e questiona qual a loja que está a praticar o PVP de 1,19€.

1043. Os documentos que integram a conversação n.º 21 (cf. parágrafo 1082 da presente Decisão), que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 5 e 14 de agosto de 2014, sobre o assunto “*Shopping*”, cujo conteúdo permite demonstrar que: (i) um colaborador da MCH confronta a sua interlocutora na SCC com um *shopping* de PVP em que é possível constatar que o Pingo Doce está desviado da recomendação, pedindo uma justificação para o efeito; (ii) em resposta, a gestora de conta da SCC informa que já reportou a situação e que o desvio será corrigido na 6.ª feira seguinte; (iii) uma semana depois, o colaborador da MCH volta a interpelar a gestora de conta da SCC, reclamando pelo facto de o desvio se manter; (iv) em resposta, a gestora de conta da SCC explica que já reportou a situação ao gestor da conta Pingo Doce na SCC mas que estas situações por vezes demoram a resolver.

1044. O documento SCC253, que consiste numa cadeia de *emails* de 2 de junho de 2015, sobre o assunto “*Hnk lata*”, em que uma colaboradora da SCC solicita aos seus interlocutores na MCH que corrijam o desvio do PVP do produto identificado no *email* de acordo com a recomendação, tendo os colaboradores da MCH respondido que já tinham detetado o erro e que se comprometiam a corrigir o desvio no dia seguinte.

1045. O documento SCC2258³⁵⁷, que consiste numa cadeia de *emails* de 2 e 3 de junho de 2015, sobre o assunto “*Aumento de PVP Sagres 6x33cl*”, em que um colaborador da Selplus informa uma gestora de conta da SCC sobre a sua visita a alguns estabelecimentos de empresas de distribuição em que constatou que o PVP do produto Sagres 6x33cl estava a 3,90€ e procedeu à alteração do referido PVP para 4,20€, podendo ler-se:

³⁵⁷ Cf. supra nota de rodapé 281.

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 2 de Junho de 2015 22:46
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Aumento de PVP Sagres 6x33cl
Importance: High

Boa noite,

Na semana passada visitei algumas lojas com a [REDACTED] em particular as lojas Roma Moderna e Maxigrula (Stª Iria) estavam com rutura de 6x33cl mas a etiqueta que tinham no linear marcava 3,90€. Depois de explicarmos aos responsáveis de cada loja o quanto importante é posicionar o preço um pouco mais acima e fazendo demonstração com Skus de cx (15x33cl e 24x33cl) eles perceberam que estavam a vender muito barato o pack de 6x33cl. A [REDACTED] pediu-lhes que efetuassem uma compra de pelo menos 10 tabuleiros e que passaria novamente nas lojas não só para destacar o produto como para colocar uns brindes (sobras que ainda tinha no carro).

Sugerimos nivelar os PVP da Unicer e em alguns casos até colocar um pouco acima.

Na visita de hoje foi possível verificar a compra sugerida, concretizar destaques e aumentar o PVP para 4,20€, pretendemos que daqui a pouco tempo nestas lojas esteja acima de 4,50€ caso os responsáveis constatem que venderam todo o stock a este novo PVP e em pouco tempo.

Cumprimentos,

[REDACTED]

1046. No *email* de resposta da gestora de conta da SCC, constante do mesmo documento SCC2258, é possível ler-se:

RE: Aumento de PVP Sagres 6x33cl

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]

Date: Wed, 03 Jun 2015 12:51:23 +0100

Olá [REDACTED]

É exactamente esse o objectivo. Aumentar preços!!
Keep going!!



[REDACTED]
Key Account Manager Traditional
Off trade

1047. Veja-se também o documento SCC252, que consiste num *email* interno (SCC) de 9 de outubro de 2015, sobre o assunto “Continente Online”, em que pode ler-se:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 9 de Outubro de 2015 09:26
To: [REDACTED]
Subject: Continente Online

Bom dia [REDACTED],

Acabei de ir ao Continente Online e reparei que o preço da Sagres 6x33cl está a 4,69€ (anexo printscreen).

Só para alertar.

Obrigado,



From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Date: Fri, 09 Oct 2015 10:02:42 +0100

[REDACTED] obrigada, vou falar com a Sonae

Beijos

1048. O documento SCC2460, que consiste numa cadeia interna de *emails* (SCC) de 19 e 20 de abril de 2016, sobre o assunto “*PVP’s recomendadas Sonae Madeira*”, em que o gestor da conta Pingo Doce na SCC alerta o gestor da conta MCH para o facto de o Pingo Doce ter sinalizado o desvio dos PVP praticados pela MCH nas lojas da Madeira face ao reposicionamento concertado, solicitando-lhe que pressione aquela insígnia para corrigir o desvio.

1049. Sobre o mesmo assunto, no documento SCC2337, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 20 e 22 de abril de 2016, pode ler-se:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 20 de Abril de 2016 10:40
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: PVP's recomendadas Sonae Madeira

Bom dia [REDACTED]

Tenho informação que as vossas lojas da Madeira não têm os PVPR nos artigos da SCC.

Relembro os mesmos no ficheiro em anexo.

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 21 de Abril de 2016 14:15
To: [REDACTED]
Subject: FW: PVP's recomendadas Sonae Madeira

Boa tarde [REDACTED].

Os PVP's foram corrigidos.

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Date: Fri, 22 Apr 2016 09:34:51 +0100

fyi

1050. No mesmo sentido, veja-se o conteúdo dos documentos que integram a conversação n.º 43, que consiste numa cadeia de *emails* de 2 e 3 de junho de 2016, sobre o assunto “Book1.xlsx”, nos termos do qual se verifica que a MCH faz chegar à SCC um ficheiro Excel com *shopping* de PVP em que se constata que as lojas Pingo Doce estão alinhadas com o PVP recomendado e as lojas Auchan estão desviadas e que, na sequência, os colaboradores da SCC decidem enviar o referido *shopping* aos seus interlocutores no Auchan, solicitando a correção imediata dos desvios verificados.

1051. Os elementos de prova contantes do processo demonstram que, como decorre dos factos que têm vindo a descrever-se no presente capítulo, um dos métodos mais simples e mais utilizado para solicitar ou confirmar a correção de desvios face aos PVP concertados passa pelo envio, sempre através do fornecedor, de talões de compra.

1052. Estes talões de compra servem como comprovativo de que um determinado PVP, de determinado produto, está efetivamente desviado ou já foi corrigido em determinado momento, por determinada empresa de distribuição.

1053. Os elementos probatórios juntos aos autos demonstram que o envio destes talões (ou de fotografias que são enviadas com o mesmo propósito) ocorre com bastante frequência ao longo de todo o período temporal das condutas analisadas.

1054. No documento SCC441, que consiste num *email* de 6 de março de 2013, sobre o assunto “Alterações PVP – PD”, enviado por uma colaboradora da SCC para a sua interlocutora na MCH, pode ler-se:

De: [REDACTED]
Enviada: 6 de março de 2013 15:00
Para: [REDACTED]
Assunto: Fw: Alterações PVP - PD

[REDACTED]

Segue o solicitado.

Cumprimentos

[REDACTED]

[Pricing and Promotional Support Analyst]

1055. Em anexo ao documento SCC441 consta a seguinte imagem:



1056. Sobre o mesmo assunto “*Alterações PVP – PD*”, veja-se ainda o documento SCC135, que consiste numa cadeia de *emails* de 6 de março de 2013, nos termos da qual a Selplus reporta à SCC o reposicionamento de PVP em várias lojas da insígnia Pingo Doce, enviando em anexo ao referido *email* de reporte dois talões de compra comprovativos de algumas alterações reportadas, bem como duas folhas internas do Pingo Doce sobre alteração de PVP em cervejas e águas.

1057. De acordo com o conteúdo dos documentos SCC444 e SCC439, que consistem em *emails* de 3 de abril e 8 de maio de 2013, respetivamente, sobre o mesmo assunto “*Alteração PVP PD*”, este é o *modus operandi* recorrente, ou seja, a SCC reporta, mediante o envio de talões de compra, às empresas de distribuição (no caso, a MCH) a correção por insígnias concorrentes (no caso, o Pingo Doce) do desvio relativo ao PVP recomendado.

1058. Em anexo ao documento SCC444 encontra-se a seguinte imagem:

De [REDACTED]

Enviada: 3 de abril de 2013 16:29

Para: [REDACTED]

Assunto: Fw: Alteração PVP PD - 03.04.2013

[REDACTED]

Segue talão.

Cumprimentos.

[REDACTED]

[Pricing and Promotional Support Analyst Off Trade]



1059. E em anexo ao documento SCC439 encontra-se a seguinte imagem:

De: [REDACTED]
Enviada: 8 de maio de 2013 12:11
Para: [REDACTED]
Assunto: Alteração PVP PD - 27.04.2013
Importância: Alta

Boa tarde,

Anexo talão.

[REDACTED]
[Pricing and Promotional Support Analyst Off Trade]



1060. Refira-se ainda que os elementos probatórios constantes do processo demonstram que, uma vez recebido o talão comprovativo do reposicionamento de PVP por insígnias concorrentes, veiculado (por *email*) pelo fornecedor, a empresa de distribuição recetora procede, também ela, ao reposicionamento do PVP, de acordo com o concertado, consumando-se assim o alinhamento horizontal de PVP no mercado.

1061. Neste sentido, veja-se o documento MCH1937, que consiste numa cadeia de *emails* de 1 de agosto de 2013, sobre o assunto “corecção de pvp – talão do Pingo Doce”, cujo conteúdo permite demonstrar que, uma vez recebido o talão de compra comprovativo do reposicionamento de PVP pelo Pingo Doce, fornecido pela SCC, a MCH procedeu também ao reposicionamento dos PVP de um conjunto de produtos do *portfolio* da SCC, que nesse momento passaram a estar alinhados no mercado.

1062. No referido documento MCH1937 pode ler-se:

-----Original Message-----

From: [REDACTED] [EMAIL CC]
Sent: quinta-feira, 1 de Agosto de 2013 13:12
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Envio documento

██████████ boa tarde,

Segue documento.

Cumprimentos.

1063.No seguimento desta mensagem, lê-se a seguinte:

From:

Sent: quinta-feira, 1 de agosto de 2013 15:06
To: Shopping Net Direcao Marketing; Shopping Direccao Marketing
Subject: corecção de pvps - talão do Pingo Doce

Boa tarde █████ e █████

Solicito correção dos seguintes preços dos artigos abaixo. Envio o talão comprovativo.

Os últimos dois artigos recebi o talão em mão. Se precisarem envio.

2115495	CERV. C/ALC. T/P SAGRES 1L	1.89 €	talão digitlizado
4289117	CERVEJA C/ALC.LATA SAGRES 6*25CL	3.40 €	talão digitlizado
5079355	CERV. C/ALC.T/P SAGRES RADLER 6*33CL	4.99 €	talão digitlizado
3788589	CERV. C/ALC. T/P SAGRES MINI 10*20CL	5.79 €	talão digitlizado
4924256	CERV. S/ALC. T/P SAGRES 10*20CL	5.79 €	talão digitlizado
4999375	CERV.C/ALC. TP SAGRES 10*33 CL	7.19 €	talão digitlizado
2844937	CERV. C/ALC T/P SAGRES 24*33 CL	16.49 €	talão digitlizado
4501178	CERVEJA C/ALC T/P SAGRES 15*20CL	8.19 €	talão digitlizado
4948655	CERV. C/ALC. T/P HEINEKEN 12*25CL	8.39 €	talão em papel
4631666	CERVEJA C/ALCOOL T/P DESPERADOS 3*33CL	3.99 €	talão em papel

Os melhores cumprimentos,

██████████
Analista de Preço
Direcção Comercial Alimentar
Un. Lacticínios & Bebidas

[ASSINATURA SONAE]

1064.Em conclusão, lê-se ainda:

From: Shopping Net Direcao Marketing
Sent: quinta-feira, 1 de Agosto de 2013 17:50

To: [REDACTED]; Shopping Direccao Marketing
Subject: RE: corecção de pvp - talão do Pingo Doce

Feito.

Melhores cumprimentos

[REDACTED]

Pricing Cliente-Shopping

[ASSINATURA SONAE]

III.3.1.4.1 Pronúncia das Visadas

1065. Relativamente à matéria de facto descrita no capítulo sobre a correção de desvios, as empresas de distribuição visadas contestam a interpretação e conclusões da AdC com a mesma linha de argumentação utilizada no capítulo III.3.1.3.1 da presente Decisão, para a qual se remete³⁵⁸.

1066. Em síntese, as empresas de distribuição visadas consideram legítimo e lícito que a ferramenta do *shopping* seja utilizada, tanto pelo fornecedor, como pelas insígnias, como forma de influenciar a negociação das transações comerciais entre si, sem que isso implique a existência de um acordo de PVP ou uma forma de sinalizar e corrigir desvios face a um posicionamento de PVP previamente acordado³⁵⁹.

1067. A Auchan acrescenta, a propósito da alegada correção de desvios, que há uma contradição ideológica entre a existência de um acordo de fixação de PVP e a verificação de desvios permanente³⁶⁰, e que o facto de o fornecedor incentivar as insígnias a reposicionar os PVP no nível recomendado, argumentando que de outro modo estarão a perder margem (SCC16), não constitui evidência de um alinhamento ou plano de ação comum³⁶¹.

1068. Refere a Auchan que alguns dos *emails* descritos demonstram que as insígnias permanecem desviadas, mesmo após a interpelação da SCC para reposicionar (SCC290, SCC160, SCC1355 e conversações n.º 15 e 43).

³⁵⁸ Cf. capítulos III.1.2. da PNI Auchan, III.11 da PNI ITMP, II.F.c) da PNI MCH e III.5 da PNI Pingo Doce.

³⁵⁹ Cf. capítulo III.12 da PNI ITMP.

³⁶⁰ Cf. capítulo III.1.3. da PNI Auchan, em particular, §249 e ss..

³⁶¹ *Idem*.

1069. Segundo a MCH, “não deve gerar estranheza ou constituir prova de qualquer comportamento ilícito, a comprovação, através de talões de compras realmente efetuadas, de que uma dada situação de facto invocada por um distribuidor relativamente a preços de concorrentes, em sustentação de uma sua decisão de pricing, não corresponde à realidade ou já não corresponde à realidade”, pelo que refuta que tais comunicações possam ser interpretadas como um mecanismo de deteção e correção de desvios no contexto de um alinhamento horizontal de preços³⁶².

III.3.1.4.2 Apreciação da Autoridade

1070. Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na presente Decisão para demonstrar os comportamentos que se lhes imputam, a AdC conclui pela improcedência da impugnação quanto à matéria de facto descrita no capítulo sobre a correção de desvios, pelas razões a seguir indicadas.

1071. Como ponto prévio, a AdC salienta que as Pronúncias das Visadas não impugnam (pelo contrário, são consentâneas com) outro pressuposto da presente Decisão, a existência de desvios face a um determinado posicionamento de PVP e as referências expressas a esses desvios nas comunicações descritas na presente Decisão.

1072. Sucede que, à semelhança do capítulo anterior relativo ao controlo e à monitorização dos PVP, as Visadas alegam existir um substrato perfeitamente legítimo e lícito para os referidos comportamentos e que a sinalização de desvios evidenciada nas comunicações descritas na presente Decisão, não constitui prova de uma concertação (prévia) de PVP.

1073. Segundo as Visadas, a sinalização de desvios face a determinado posicionamento de PVP serve apenas para o fornecedor recordar às insígnias o posicionamento recomendado e/ou para as empresas de distribuição visadas sustentarem a reivindicação de melhores condições financeiras perante o fornecedor.

1074. Mais uma vez, embora não conteste que, em abstrato e, por vezes, em simultâneo, possam coexistir objetivos legítimos e lícitos para os comportamentos acima descritos, a AdC identifica, com base na prova, nos mesmos comportamentos evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a sustentação inequívoca da

³⁶² Cf. §447 da PNI MCH.

existência de uma prática restritiva da concorrência (conforme infra qualificada, na parte do Direito).

1075. É oportuno recordar que, no capítulo anterior da presente Decisão, a AdC concluiu que fornecedor e insígnias utilizam ferramentas de controlo e monitorização de PVP para coadjuvar a implementação do plano conjunto de alinhamento (“*subida de PVPs de Mercado*”) e que ambas as partes, fornecedor e insígnias, recorrem aos resultados das ações de controlo e monitorização para sinalizar desvios que necessitam de correção, em termos de valor e calendário de implementação.

1076. Ora, as comunicações descritas e referidas neste capítulo relativo à correção de desvios, vão mais longe, evidenciando que as Visadas adotam comportamentos concretos em reação aos desvios detetados para assegurar a sua correção e o realinhamento com os PVP pré-fixados.

1077. Recorde-se, então, o teor da prova:

1078. O documento SCC2877³⁶³, que consiste numa cadeia interna de *emails* (SCC) na sequência de um telefonema do fornecedor com a Lidl sobre os resultados de *shopping* em lojas Auchan e ITMP e o PVP de produtos de Tara Retornável de 20 cl:

[Colaborador SCC 1]

“*Malta, TR 20cl » Ok na próxima 6^aF^a.*

Issues: Jumbo Amadora + ITM Mafra + ITM Cacém

Skus:

Sagres 10x20cl = 5,45€ » Jumbo de Amadora Dolce Vita

Sagres 6x0,33cl = 2,99€ à 6 semanas » ITM Mafra

Sagres 6x33cl = 4,19€ » ITM Cacém

Sagres 6x33cl = 3,98€ » Jumbo Amadora à 4 semanas

Luso 5,4L = 1,19€ Jumbo Amadora à 6 semanas

Luso 5,4L = 1,25€ ITM Mafra

Luso 1,5L = 0,39€ ITM Mafra

Aldi » Sem correcção na TR

³⁶³ Cf. supra nota de rodapé 281.

[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]/ [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]/ [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]: *necessito até 5^aF^a que me entreguem os talões de Jumbo Amadora + ITM Mafra + ITM Cacém com correcção destes PVP's.*

[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], *Necessito do talão do Aldi com a TR"*

[Colaborador SCC 2]

"Olá,

Jumbo vai estar OK.

Itmi tb ja falei com vendedor e à partida tb estará para 5f ambas as lojas".

1079. A conversação n.^o 15:

[MCH – envio de shopping PVP Água do Luso] "[Confidencial - DP], *Para análise e feedback".*

[SCC] "*Nao é possivel, Podes pedir novo shopping? Ontem estive nas lojas de manha (alfragide, amadora, pd) e estava td OK nao estava com tens aqui... De qualquer forma vou verificar..."*

[MCH] "*Sim PD está ok. Mas numa subida de PVPs de Mercado, e tendo em conta o número de artigos, deixa-me desconfortável o IP da categoria ao momento".*

[MCH] "[Confidencial - DP], *Até 2F pelo menos o PVP da Luso 5.4L tem de estar alinhado".*

[MCH] "*Abaixo recolhas de dia 26 Outubro. Precisamos da vossa colaboração".*

[MCH] "*Boa tarde, Relembro este tema. Ao dia de ontem, tudo estava igual. Amanhã esta situação tem que estar ok".*

1080. O documento SCC1355 (conversação n.^o 56):

[MCH] "[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], *Mais uma vez só um player nos acompanhou nesta subida. Preciso do teu feedback".*

[SCC – email interno] "*Segue shoppibg da SONAE. Continuamos com os Jumbos~todos mal. Precisamos de controlar e colocar ao recomendado..."*

1081. O documento SCC290, que consiste num email da SCC para a loja ITMP de Beja:

"Boa Noite [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] [ITMP de Beja],

Preciso da tua ajuda os senhores do Continente não param de chatear por causa dos preços praticados na vossa loja podes resolver este assunto s/f e colocar estes artigos pvp recomendado.

Ola [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] [colaboradora SCC],

Espero que as férias tenham sido boas, em relação a este assunto posso-te responder o seguinte:

Sagres cx 24 x 0,20 cl esta relacionado com umas paletes que a loja recebeu com validade a terminar e aproveitou um pagamento que eu fiz para baixar preço e assim escoar o mesmo.

Sagres 24 x 0,25 cl foi aquela dinâmica que deixei ai contigo.

Sagres 6x0,33 cl dinâmica

Sagres litro esta em folheto

Como sei que esta loja é de confiança amanhã quando os senhores do CNT forem a loja o [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] ja vai ter os preços corretos e não vão voltar a chatear”.

1082.A conversação n.º 21:

[MCH] “Boa tarde [Conf. - DP] Recebi hoje shopping PD onde me deparei com a seguinte situação: [PVP AGUA S/GAS LUSO 6*1.5 LT]. Qual é a justificação para este PVP?”

[SCC] “[Confidencial - Dados Pessoais], Já reportei, à partida estará OK na 6f

[MCH] “Boa tarde, A situação não se encontra regularizada. Agradeço resolução”.

[MCH] “[Conf. - DP] A situação mantém-se. Anteriormente dissesse que na Sexta-Feira se encontraria resolvido. Porém, continuamos com o mesmo problema...”

[SCC] “[Conf. - DP] Disse que ia reportar esta questão ao meu colega do PD mas como sabes estas questões às vezes não se resolvem no imediato como é o caso. Ainda não tenho feedback para te dar”.

[MCH] “[Confidencial - Dados Pessoais], A situação está assim há uma semana”.

[SCC] “E como temos acções a decorrer só depois de elas acabarem é que vamos conseguir fazer alg coisa... infelizmente é assim que acontece”.

1083.Os documentos SCC2460 (19, 20 de abril de 2016), SCC2337 (20,22 de abril de 2016) e SCC2674 (22 de abril de 2016) devem ser lidos em conjunto, pois o primeiro consiste numa troca interna da SCC em que pode ler-se:

[Colaborador SCC 1] “Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Tenho o Pingo Doce na Madeira a dizer que a Sonae não está a praticar os PVP's recomendados.

Consegues falar com a Sonae? Sei que esta questão é da Madeira mas é tratada na Sonae na sede. Em anexo envio o ficheiro com os PVPs da Madeira. Alguma questão, amanhã de manhã estou na SCC”.

[Colaborador SCC 2] “[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Já reforcei o ponto com a Sonae. Abraço”

1084. O segundo consiste numa troca de *emails* entre a SCC e a MCH em que pode ler-se:

[SCC] “*Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Tenho informação que as vossas lojas da Madeira não têm os PVPR nos artigos da SCC. Relembro os mesmos no ficheiro em anexo. Obrigado”.*

[MCH] “*Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Os PVP's foram corrigidos”.*

[SCC – *email* interno, do gestor da conta MCH para o gestor da conta Pingo Doce] “*fyi*”.

1085. E o terceiro consiste num *email* enviado pela SCC para a Pingo Doce em que pode ler-se:

“[CONFIDENCIAL – *Informação relativa a dados pessoais de colaborador do GJM*], *Tenho estado em reuniões na SCC e nem tive oportunidade de te devolver a chamada. Entretanto recebi a informação que os preços na Madeira já foram corrigidos. Se detectarem alguma questão, por favor informa”.*

1086. Por fim, o documento MCH1715, que consiste numa troca interna de *emails* (MCH) de 09 de fevereiro de 2010, sobre “*Shopping Intermarché do Cartaxo*”, em que pode ler-se:

“*2051383 – Água S/Gás Luso 5l – 1.18€ (processo de reposicionamento de PVP que começou no dia 03-02-2010, a nível nacional. Temos informação que o concorrente iria alterar o PVP do artigo no Sábado, daí não ter havido uma reacção ainda. Vamos reagir localmente)*”.

1087. No referido documento MCH1715, pode ler-se ainda na sequência da mensagem anterior:

“*Tenho indicação que o Intermarché do Cartaxo amanhã estará OK. Sugiro não reagirmos”.*

1088. Concluindo, a prova que resulta das comunicações que acabam de recordar-se demonstra com muita clareza que não está em causa tão-somente recordar um posicionamento recomendado ou reivindicar melhores condições financeiras.

1089.O que está verdadeiramente em causa é identificar e corrigir PVP que estão “mal” face a um posicionamento de PVP pré-fixado entre as insígnias, por via do fornecedor (cf. documentos SCC2877, SCC128, SCC136, SCC11, SCC1503, SCC1857, MCH367, SCC406, SCC290, SCC160, SCC16, SCC486, SCC253, SCC252, SCC2460, SCC2337 e conversações n.º 15, 21, 33, 43 e 56).

1090.A prova demonstra que, na grande maioria das vezes, este procedimento para a correção de PVP é desencadeado pelas próprias insígnias, que pressionam o fornecedor para que este atue junto das insígnias concorrentes, incitando-as a corrigir os PVP que estão “mal” (cf. documentos SCC290, SCC160, SCC486, SCC2460, SCC441, SCC135, SCC444, SCC439, SCC2877, SCC11, SCC1503, SCC290, SCC160 e conversações n.º 15, 21, 33, 43 e 56).

1091.A prova demonstra também que o fornecedor reporta às insígnias que sinalizaram os desvios o resultado das suas diligências junto das insígnias concorrentes, informando-as sobre o motivo do desvio e a data para a correção (cf. documentos SCC160, SCC441, SCC135, SCC444, SCC439, SCC2877, SCC11, SCC1503, SCC2337 e conversações n.º 15 e 21).

1092.A AdC forma, assim, a sua convicção sobre o facto de os comportamentos das empresas de distribuição visadas descritos no presente capítulo revelarem o seu compromisso com o objetivo comum de alinhamento e subida conjunta dos PVP de mercado e que o seu assentimento aos PVP pré-fixados é dado de forma livre, espontânea e esclarecida.

1093.Este compromisso decorre, por um lado, do facto de as insígnias sinalizarem desvios e solicitarem ao fornecedor que garanta a sua correção, e por outro lado, do facto de as insígnias desviantes anuírem ao pedido de correção, alterando os PVP que estão “mal” ou comprometendo-se a corrigir em determinada data ou verificada determinada condição (cf. documentos SCC486, SCC253, SCC2337, SCC1857, SCC2877, SCC1503, MCH367 e conversação n.º 33).

1094.Como já se referiu *supra*, quando as diligências para a correção dos desvios não são bem-sucedidas, as empresas de distribuição visadas pressionam o fornecedor para a obtenção de condições comerciais que lhes permitam (re)alinear o PVP com a concorrência (cf. parágrafos 934 a 941 da presente Decisão).

1095.Sobre o argumento apresentado pela Auchan de que alguns dos *emails* descritos demonstram que as insígnias permanecem desviadas, mesmo após a interpelação da

SCC para reposicionar, cumpre referir que os documentos SCC290, SCC160, SCC1355 e as conversações n.º 15 e 43 identificados pela Visada para fundamentar esta posição não demonstram o que essa Visada alega, sendo, na verdade, inconclusivos a esse respeito, permitindo apenas concluir que o procedimento para a correção dos desvios está efetivamente em marcha.

1096. No entanto, cumpre salientar que mesmo que existisse prova irrefutável de casos em que as insígnias permanecem desviadas³⁶⁴, também há prova irrefutável de que há casos em que as insígnias desviantes corrigiram efetivamente o posicionamento ou indicaram a data em que o iriam fazer (cf. documentos SCC406, SCC253, SCC2337, SCC1857, SCC441, SCC135, SCC444, SCC439 e conversação n.º 21).

1097. Para além disso, há prova de que as insígnias que detetam e sinalizam os desvios corrigem o posicionamento quando recebem a informação, via fornecedor, de que os PVP da concorrência que estavam “mal” foram corrigidos, consumando-se, assim, o alinhamento horizontal de PVP no mercado e reforçando-se o compromisso das empresas de distribuição visadas com o objetivo comum (cf. documentos MCH1937, SCC1503).

1098. Não há, portanto, dúvidas de que toda a matéria de facto descrita no presente capítulo e no capítulo precedente da presente Decisão contribui de forma séria, precisa e concordante para constatação da existência de uma concertação de PVP entre as empresas de distribuição visadas, por via do fornecedor, e do constante acompanhamento de umas e de outro no sentido da deteção e correção de desvios a essa concertação.

1099. A este respeito, cumpre à AdC, por fim, esclarecer que não há nenhuma contradição ideológica entre a existência de uma fixação conjunta de PVP e a verificação de um permanente jogo de alinhamentos e desvios, e correção de desvios.

1100. Esta circunstância é, aliás, um reflexo evidente daquilo que a MCH designa de “ambivalência genética” característica do mercado de retalho alimentar em Portugal (cf. parágrafo 732 da presente Decisão).

1101. Como exposto em capítulos precedentes, os *players* neste mercado vêem-se na circunstância de terem de defender interesses próprios, por vezes conflituantes com os

³⁶⁴ Recorde-se que a AdC identificou casos em que os desvios, efetivamente, apresentaram manter-se, tendo o fornecedor sido pressionado pelas empresas de distribuição visadas para conceder condições comerciais que permitissem às empresas de distribuição visadas não desviantes alinhar o preço pelo PVP desviado.

interesses dos demais, ao mesmo tempo que precisam de defender um interesse comum a todos, que só será possível mediante a implementação de uma estratégia conjunta de alinhamento (essencialmente para subida) dos PVP de mercado³⁶⁵.

1102. Sucede que esta “ambivalência genética” pode explicar a existência do tal jogo de alinhamentos e desvios, mas não pode refutar a materialidade dos comportamentos descritos na presente Decisão, tão-pouco contrariar as conclusões que a prova permite formar a seu respeito.

1103. A prática existe. Os interesses próprios das empresas visadas não foram suficientemente persistentes ou relevantes para que aquelas não adotassem as condutas em causa.

1104. Nas palavras da Visada Auchan “*A existência de um acordo caracteriza-se pela verificação de uma concordância de vontades que se manifesta pelo paralelismo de comportamentos, sendo natural a existência de desvios em situações concretas, em que um dos membros desse cartel pretende captar clientela, alcançar determinado mercado, etc..*” (parágrafo 547 da PNI Auchan).

1105. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto descrita no capítulo relativo à correção de desvios e que as evidências que resultam da referida matéria de facto contribuem, de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a existência de uma prática restritiva da concorrência, conforme *infra* qualificada.

III.3.1.5 Formas de pressão, coação ou retaliação

1106. Neste processo de alinhamento de PVP, 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, com o objetivo de levar todas as insígnias a repositionarem os PVP de acordo o nível pretendido, garantindo um alinhamento horizontal no mercado.

1107. As empresas de distribuição visadas retaliam contra a SCC pelo seu insucesso na sua missão de promover e garantir o alinhamento horizontal de PVP no mercado e

³⁶⁵ Cf. capítulos III.2.6 e III.3.1.1.2 da presente Decisão.

pressionam e coagem a SCC a atuar junto de insígnias concorrentes desviantes no sentido de corrigir os desvios.

1108.Como se ilustrará de seguida, as ações das empresas de distribuição deste tipo consistem, regra geral, na suspensão de compras de produtos do seu *portfolio*, na compra de menores quantidades, no bloqueio de ações promocionais e/ou na imposição de notas de crédito.

1109.Veja-se, neste sentido, o documento MCH910, que consiste numa cadeia de *emails* de 17 e 18 de março de 2011, sobre o assunto “*Joi-urgente*”, em que pode ler-se o seguinte *email* enviado pela MCH para a SCC:

Boa tarde,

Tendo em conta a situação de mercado e não existir da vossa parte qualquer feedback, informo que os códigos de *Joi* estão suspensos até que a situação esteja regularizada.

2050560	REF.S/GAS LARANJA JOI 1,5L
2186359	REF.S/GAS MAÇA JOI 1,5L
2050555	REF.S/GAS MARACUJA JOI 1,5L
2236384	REF.S/GAS ANANAS JOI 1,5L
2881833	REF.S/GAS MANGA/LARANJA JOI 1,5 L

MC,
[REDACTED]

1110.O documento SCC1996³⁶⁶, que consiste num *email* de 17 de novembro de 2011, sobre o assunto “*Muito Mau !!!*”, enviado pelo ITMP à SCC, em que pode ler-se:

Muito Mau !!!

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Date: Thu, 17 Nov 2011 14:23:23 +0000
Attachments: DOC009.PDF (165,66 kB)

Boa tarde

Só pode ser engano !!!?

Junto envio cópia do Folheto dum concorrente nosso.

Para ser sincero, não entendo o porquê dessa acção nesta altura quando a Central de Cervejas pediu encarecidamente ao ITM para anular um folheto que tínhamos agendado e que iria destabilizar o mercado e criar "mau estar" entre as empresas.

Em poucas palavras o ITM foi altamente prejudicado e "enganado" pela Central Cervejas

Aguardo urgentemente explicação para o sucedido

Mais informo que todas as acções (dinâmicas e outras) serão bloqueadas até nova indicação.

³⁶⁶ Sobre o mesmo assunto, conferir documento SCC2026.

1111. Veja-se ainda o documento SCC141³⁶⁷, que consiste numa cadeia de emails de 11 e 12 de outubro de 2012, sobre o assunto “Shopping Semana 41”, em que um colaborador do ECI solicita ao gestor da respetiva conta na SCC que confirme se o Auchan e as restantes insígnias concorrentes vão reposicionar os PVP de acordo com a recomendação para que o ECI possa desbloquear os produtos do portfolio SCC nas suas lojas:

[REDACTED] /Central de Compras/Antonio Augusto Aguiar/ECIGA/GrupoEcisa
Para [REDACTED]
cc [REDACTED]
Assunto Shopping Semana 41
11-10-2012 16:54

Boa tarde,

Segundo o último shopping (desta semana) o Jumbo de Gaia está a vender a Sagres 24x20cl a 7,99€.
Agradeço que me confirmem se esta indicação está correcta ou não para poder desbloquear o produto.

As restantes insignias já reposicionaram os preços desta e das restantes referências?

Cumprimentos,

1112. Mais tarde, o mesmo colaborador da ECI envia um segundo email ao gestor da respetiva conta na SCC informando que, dado que nem todas as insígnias haviam reposicionado os PVP conforme a recomendação, o ECI iria baixar os PVP, solicitando à SCC que comparticipasse a referida descida de PVP (documento SCC141):

Re: Shopping Semana 41

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Date: Fri, 12 Oct 2012 15:45:23 +0100

Boa tarde [REDACTED]

Conforme previa o alinhamento de preços proposto não está em vigor em todas as insignias. Vamos ter de voltar a baixar os PVPs. Agradeço que me envie urgentemente um ciclo rectificativo para poder manter as margens/produtos.

1113. São, efetivamente, muitas vezes, as próprias empresas de distribuição visadas a pressionar a SCC para que esta atue junto das insígnias concorrentes desviantes com o objetivo de garantir o alinhamento horizontal de PVP no mercado.

³⁶⁷ Cf. supra nota de rodapé 281.

1114. Neste sentido, veja-se o conteúdo do documento MCH591, que consiste num *email* de 5 de setembro de 2014, sobre o assunto “*Sagres 24*20*”, enviado pela MCH à SCC, em que pode ler-se:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 5 de setembro de 2014 11:46
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Sagres 24*20

[REDACTED]

Como falámos, volto a frisar a importância de no dia 10 de Setembro o PVP deste artigo estar alinhado.

Estamos a fechar folhetos e estamos a assumir um risco elevado.

Melhores cumprimentos,

[REDACTED]

*Analista de Preço Cervejas e Águas
Direcção Comercial Alimentar – Soft Drinks*

[ASSINATURA SONAE]

1115. Veja-se ainda o conteúdo do documento Auchan314, que consiste numa cadeia interna de *emails* (Auchan) de 18 de julho de 2016, sobre o assunto “*Água Luso garrafão*”, em que um colaborador da referida insígnia esclarece aos seus colegas que o Auchan não tem *stock* do produto Água do Luso (garrafão) que integra o *portfolio* da SCC porque decidiram bloquear as compras ao fornecedor enquanto subsistissem divergências relativas ao preço de custo, que não permitam à Auchan acompanhar os PVP da concorrência.

1116. No referido documento Auchan314 pode ler-se:

De: [REDACTED]

Enviada: 18 de julho de 2016 12:57

Para: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Assunto: RE: Água Luso garrafão

Bdia,

Temos divergências com o fornecedor sobre o preço de custo. De acordo com as regras instituídas na empresa para artigos da lista de guerra, ou temos as condições necessárias para acompanhar a concorrência, ou deixamos de comercializar o artigo.

1117. Perante a insistência relativamente à importância do produto junto do consumidor final, o mesmo colaborador da Auchan esclarece (documento Auchan314):

From: [REDACTED]
Sent: 18 July 2016 14:17
To: [REDACTED]
Subject: RE: Agua Luso garrafão

Boas,
Sim, sei que é muito importante, mas não podemos permitir que nos ofereçam condições para margem zero, para nos obrigar a obrigar a respeitar os pvp recomendados do fornecedor, quando a nosso concorrência passa a vida a partir o preço...
Abraço

1118. Acresce que os elementos de prova constantes do processo revelam ainda que, em certos casos, as ações de retaliação executadas pelas empresas de distribuição visadas visam as próprias insígnias concorrentes desviantes, consistindo em descidas abruptas de PVP, até que a(s) empresa(s) de distribuição desviante(s) reposicione(m) os PVP de acordo com o nível concertado, pressionando assim, desta forma, também o próprio fornecedor para que este atue no sentido de nivelar o mercado.

1119. Recordem-se, a este propósito, os documentos MCH1937 (parágrafos 1061 a 1064 *supra*), SCC160 (parágrafo 1036 *supra*), SCC1503 (parágrafos 866 e 867 *supra*), SCC271 (parágrafo 978 *supra*), SCC406 (parágrafo 1034 *supra*) e SCC16 (parágrafo 1038 *supra*).

1120. É, contudo, particularmente impressivo o conteúdo do documento JM415, que consiste num *email* de 27 de agosto de 2013, sobre o assunto “*shopping*”, enviado por um colaborador do Pingo Doce para o respetivo gestor de conta na SCC, em que pode ler-se:

From:

Sent: terça-feira, 27 de agosto de 2013 18:35

To:

Subject: shopping

Iremos actuar na imperial de 33 CL nas lojas de influência do Jumbo da região de Lisboa.

Em relação à 24x20 solicitamos esclarecimento sobre a o regresso do mercado ao preço antigo caso contrário proceder ao reposicionamento

Tipo de Marca	SAP	Descrição do Artigo	UMY	Nome do Fornecedor	CNT DEMONSTRATIVA		Continente/Cultura	ITM Média	Jumbo Atividade	Lidl Atividade	Miguel Atividade	MP Giga Brasil	PVP/PD (Mínimo/Máximo)
					2803 34	2803 33							
FORNECEDOR: 86708	CERVEJA CIALC SAGRES 5LT	IRU	SCC SOCIEDADE CENTRAL DE CERVEJAS E	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00	1,00
FORNECEDOR: 89836	CERVEJA CIALC SAGRES LATA 33CL	PRB	SCC SOCIEDADE CENTRAL DE CERVEJAS E	4,19	4,19	4,19	3,99	3,99	3,99	3,99	3,99	3,99	3,99
FORNECEDOR: 58802	CERVEJA CIALC SAGRES TP 24X33CL	IRU	SCC SOCIEDADE CENTRAL DE CERVEJAS E	10,49	10,49	10,49	10,49	10,49	10,49	10,49	10,49	10,49	10,49
FORNECEDOR: 619579	CERVEJA CIALC IMPERIAL TP 33CL	UVN	SCC SOCIEDADE CENTRAL DE CERVEJAS E	0,89	0,89	0,82	0,49	0,49	0,49	0,49	0,49	0,49	0,49
FORNECEDOR: 842936	CERVEJA CIALC SAGRES 24X33CL	UVN	SCC SOCIEDADE CENTRAL DE CERVEJAS E	4,24	10,43	10,43	10,43	10,43	10,43	10,43	10,43	10,43	10,43
FORNECEDOR: 854559	CERVEJA CIALC SAGRES MINI 24X33CL	UVN	SCC SOCIEDADE CENTRAL DE CERVEJAS E	12,79	12,79	12,79	9,99	9,99	9,99	9,99	9,99	9,99	12,79
FORNECEDOR: 859128	CERVEJA CIALC SAGRES MINI 10X33CL	UVN	SCC SOCIEDADE CENTRAL DE CERVEJAS E	4,39	4,39	4,39	4,39	4,39	4,39	4,39	4,39	4,39	4,39
FORNECEDOR: 792697	CERVEJA CIALC SAGRES 33CL	UVN	SCC SOCIEDADE CENTRAL DE CERVEJAS E	0,74	0,74	0,74	0,74	0,74	0,74	0,74	0,74	0,74	0,74

Melhores cumprimentos,

1121.O documento JM415 que acaba de transcrever-se será analisado em maior detalhe nos parágrafos 1325 e seguintes da presente Decisão.

1122.A própria SCC acaba por recorrer também às referidas formas de retaliação, ameaçando a empresa desviante com o corte de fornecimento e/ou reposições, com o corte de condições comerciais e/ou o corte de incentivos financeiros (e.g., a não contribuição ou implementação de ações promocionais).

1123.O documento MCH1720, que consiste numa cadeia interna de *emails* (MCH) de 27 de fevereiro de 2009, sobre o assunto “Alerta PD”, em que colaboradores da MCH discutem uma ação promocional do Pingo Doce que implicará ter vários produtos (incluindo produtos do *portfolio* da SCC) a PVP abaixo das recomendações durante um ano, tendo um dos colaboradores informado os restantes que já teria falado com a SCC sobre o tema e que a SCC teria confirmado ter ameaçado a insígnia desviante com a suspensão de entregas, tendo entretanto reforçado a sua participação relativa a ações promocionais da MCH.

1124. O documento SCC2659³⁶⁸, que consiste numa cadeia de *emails* de 6 de julho de 2015, sobre o assunto “PVP’s recomendados”, entre a SCC e a Insco, em que pode ler-se:

RE: PVP's recomendados

From: [REDACTED]

To: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Date: Mon, 06 Jul 2015 16:22:07 +0100

[REDACTED]
[REDACTED]
A vossa concorrência ainda não aumentou preços porque estamos todos à vossa espera.

Ficaram de me enviar um mapa com os SKUs que vocês vão subir para eu dar a indicação de subida de preços. Estou a aguardar este mapa para subir os preços na vossa concorrência.

Esta situação é urgente. Caso contrário não vos posso continuar a financiar campanhas.

Obrigado,



[REDACTED]
Key Account Manager
Ilhas

1125. Sobre o mesmo assunto “PVP Recomendados”, veja-se o documento SCC2452³⁶⁹, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 15 de maio e 4 de setembro de 2015, em que um gestor de conta da SCC, depois de solicitar o reposicionamento dos PVP e reiterar por diversas vezes a necessidade de proceder à alteração, adverte os seus interlocutores na Insco nos seguintes termos:

³⁶⁸ Sobre o mesmo assunto, conferir documentos que integram a conversação n.º 38 considerada relevantes para efeitos de prova no processo. Cf. *supra* nota de rodapé 281.

³⁶⁹ Cf. *supra* nota de rodapé 281.

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 28 de Julho de 2015 11:40
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: PVP Recomendados

Bom dia [REDACTED]

Relativamente às subida de PVP's recomendados, que inicialmente foi proposta em Maio, lamento constatar que esta ainda não foi feita em todos os artigos.

Desta forma não nos é possível manter o mesmo nível de actividade promocional, pelo que nas campanhas futuras, o nosso nível de comparticipação terá de ser revisto e será inferior ao que tem sido nos últimos meses.

Agradeço que reconsiderem esta vossa posição sobre os PVP's recomendados, de forma a que possamos retomar a actividade promocional que tem acontecido nos últimos meses, que penso que tem correspondido às vossas solicitações.

Atentamente,

1126. Em resposta, o colaborador da Insco informa (cf. documento SCC2452):

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 4 de Agosto de 2015 16:55
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: PVP Recomendados

Boas [REDACTED],

Vamos então proceder às alterações de forma gradual.

[REDACTED] podes avançar sff.

Obrigado,
[REDACTED]

1127. Quanto à situação descrita nos parágrafos anteriores, cumpre salientar que cerca de um mês mais tarde, em 4 de setembro de 2015, um colaborador da Insco envia um *email* ao gestor de conta da SCC sobre o mesmo assunto, com o seguinte teor (cf. documento SCC2452):

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Date: Fri, 04 Sep 2015 19:02:33 +0100

Boas [REDACTED]

A tua intervenção é da máxima urgência, pois caso os concorrentes não subam os PVP's na próxima semana, teremos de reagir.

Estamos a ter impactos negativos nos IP's, na percepção dos clientes e, naturalmente, nas vendas.

Obrigado,
[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 4 de Setembro de 2015 11:07
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: PVP Recomendados

Bom dia, [REDACTED],
Agradeço a tua atenção e comentários a esta situação.

Melhores cumprimentos/Best regards

[REDACTED]
Gestor Comercial Bebidas e Congelados
Direcção Comercial Alimentar
Insco Insular de Hipermercados S.A.
Rua da Juventude, nº38
9500-211 Ponta Delgada, Açores
T (+351)
M (+351)
F (+351)
E-mail: [REDACTED]

Este e-mail e quaisquer ficheiros informáticos com ele transmitidos são confidenciais, podem conter informação privilegiada e destinam-se ao conhecimento e uso exclusivo da pessoa ou entidade a quem são dirigidos, não podendo o conteúdo dos mesmos ser alterado. Caso tenha recebido este e-mail indevidamente, queira informar de imediato o remetente e proceder à destruição da mensagem e de eventuais cópias. Lembre-se da sua responsabilidade ambiental antes de imprimir este e-mail.

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 4 de Setembro de 2015 09:58
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: PVP Recomendados

Bom dia,

Envio informação de shopping na concorrência.

temos concorrentes que ainda não estão com os preços recomendados.

Data Recolha	# Artigo	Artigo	Concorrente	Shopping	PVP REC. / PVP INSCO
02-09-2015	2115495	CERV. C/ALC. T/P SAGRES 1L	GUARITA TERRA PÃO	2,35	2,39
02-09-2015	2844937	CERV. C/ALC T/P SAGRES 24*33 CL	SOLMAR SÃO GONÇALO	13,60	22,8
02-09-2015	3036204	CERV. C/ALC. T/P SAGRES BOHEMIA 6*33CL	GUARITA TERRA PÃO	5,22	6,33
02-09-2015	3037529	CERV. S/ALCOOL T/P SAGRES 6*33CL	GUARITA TERRA PÃO	4,21	5,27
02-09-2015	3604263	CERV. C/ALC LATA SAGRES 24*33CL	GUARITA TERRA PÃO	22,32	22,8
02-09-2015	4289117	ERVEJA C/ALC.LATA SAGRES 6*25CL	GUARITA TERRA PÃO	4,32	5,94
02-09-2015	4317439	ERVEJA C/ALC.T/P SAGRES PRETA 10* 20CL	GUARITA TERRA PÃO	7,00	7,5
02-09-2015	4924256	CERV. S/ALC. T/P SAGRES 10*20CL	SOLMAR SÃO GONÇALO	6,30	7,5
01-09-2015	4924256	CERV. S/ALC. T/P SAGRES 10*20CL	CASA CHEIA LEVADA	4,70	7,5
02-09-2015	5079391	CERV. C/ALC.LATA SAGRES RADLER 6*33CL	GUARITA TERRA PÃO	5,82	6,62
02-09-2015	5313269	CERV.C/ALC.T/P SAGRES RADLER GENG.6*33CL	GUARITA TERRA PÃO	5,58	6,81
02-09-2015	5313269	CERV.C/ALC.T/P SAGRES RADLER GENG.6*33CL	SOLMAR SÃO GONÇALO	6,78	6,81
02-09-2015	5406542	CERV. C/ALC. T/P SAGRES 6*33CL	SOLMAR SÃO GONÇALO	5,22	5,7
02-09-2015	5515534	CERV.C/ALC.SAGRES TP RADLER MAÇÃ 6*33CL	SOLMAR SÃO GONÇALO	6,78	6,81
01-09-2015	5538894	ERVEJA C/ALC.SAGRES TP 20*25CL	CASA CHEIA LEVADA	10,80	13,6

Aguardo feedback

1128. Veja-se também o documento SCC1760, que consiste num *email* de 26 de agosto de 2016, sobre o assunto “*Aniversário – Falha de entrega de mercadoria da SCC por falta de possibilidade de reposicionamento de PVP’s do ITM*”, enviado por um colaborador da Cindia ao gestor da conta ITMP da SCC, em que pode ler-se:

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Date: Fri, 26 Aug 2016 16:39:41 +0100

Boa tarde [REDACTED]

Temos informação que a SCC está a alegar diferenças de preços para não entregar mercadoria ao ITM.

Tal situação não é verdade, o ITM está a seguir a grelha do plano promocional que foi enviada pela SCC.

- Grelha promocional enviada pela SCC ao ITM:

Período Ação		Período Compras		Código IT	Código SCC	Artigo	Ação	PVPR	PVP ACÇÃO	Des
Inicio	Termino	Inicio	Termino							
16-agosto	22-agosto	20-jul	18-agosto	1375825	1170360	SAGRES MINIBAR 20X25CL	50%	15,99 €	7,990 €	
16-agosto	22-agosto	20-jul	18-agosto	1401100	Sagres Radler 6x33cl		50%	5,99 €	3,00 €	
16-agosto	22-agosto	20-jul	18-agosto	1401200	Sagres Radler 0,0 6x33cl		35%	5,99 €	3,89 €	
16-agosto	22-agosto	20-jul	18-agosto		Sagres Radler Pera Rocha 6x33cl		35%	5,99 €	3,89 €	
16-agosto	22-agosto	20-jul	18-agosto	1353180	Sagres Radler Maçã de Alcobaça 6x33cl		35%	5,99 €	3,89 €	
16-agosto	22-agosto	20-jul	18-agosto	1203510	6x25cl Strongbow Gold		30%	4,69 €	3,28 €	
16-agosto	22-agosto	20-jul	18-agosto	1203512	6x25cl Strongbow Honey		30%	4,69 €	3,28 €	
16-agosto	22-agosto	20-jul	18-agosto	1203511	6x25cl Strongbow Red Berries		30%	4,69 €	3,28 €	
23-agosto	29-agosto	27-jul	25-agosto	878386	1170332	Sagres 24x20cl	40%	14,99 €	8,99 €	
23-agosto	29-agosto	27-jul	25-agosto	1477030	SAGRES 6 PACK LATA 33CL		50%	0,99 €	0,49 €	
23-agosto	29-agosto	27-jul	25-agosto	1353200	1480002	HEINEKEN 4x6x0,25	35%	4,99 €	3,24 €	
23-agosto	29-agosto	27-jul	25-agosto	1353176	1480010	HEINEKEN OW 12x25 CL	35%	9,29 €	6,04 €	
23-agosto	29-agosto	27-jul	25-agosto	1480013	HEINEKEN BASKET 4x6x0,33		35%	6,19 €	4,02 €	
30-agosto	05-setembro	03-agosto	01-setembro		Sagres 15x20 cl		50%	11,19 €	5,60 €	
30-agosto	05-setembro	03-agosto	01-setembro	1210010	Bohemia Original		35%	5,99 €	3,89 €	
30-agosto	05-setembro	03-agosto	01-setembro	1212020	Bohemia Puro Malte		35%	5,99 €	3,89 €	
30-agosto	05-setembro	03-agosto	01-setembro	1211015	Bohemia Trigo		35%	5,99 €	3,89 €	
06-setembro	12-setembro	10-agosto	08-setembro	878386	1170332	Sagres 24x20cl	40%	14,99 €	8,99 €	
06-setembro	12-setembro	10-agosto	08-setembro	60837473	1170341	Sagres 15x33 cl	43%	13,39 €	7,69 €	
13-setembro	19-setembro	17-agosto	15-setembro	1375825	1170360	SAGRES MINIBAR 20X25CL	50%	15,99 €	7,990 €	
13-setembro	19-setembro	17-agosto	15-setembro		SAGRES 24X33CL TP		42%	20,99 €	12,19 €	
20-setembro	26-setembro	24-agosto	22-setembro		Sagres 15x20 cl		50%	11,19 €	5,60 €	
20-setembro	26-setembro	24-agosto	22-setembro	60837473	1170341	Sagres 15x33 cl	43%	13,39 €	7,69 €	

Peço que formalizes a intenção da SCC em não entregar a mercadoria ao ITM devido à falta de possibilidade do ITM em reposicionar os novos PVP's sugeridos pela SCC .

Deixar de entregar mercadoria de forma leviana e assobiar para o lado sem qualquer preocupação com os compromissos assumidos com o ITM não vão trazer nada de positivo para a relação e para o negócio.

[REDACTED] tens total conhecimento do que representa o aniversário para o ITM e também para a SCC, conheces perfeitamente a mecânica promocional do ITM , sabes perfeitamente que não é a 15 dias do inicio das acções que vens de forma soberana impor um reposicionamento de PVP's.

É uma atitude pouco decente e aceitável .

A parte negativa que surgiu desta vossa postura, será devidamente imputada á SCC .

III.3.1.5.1 Pronúncia das Visadas

1129. Relativamente à matéria de facto descrita no capítulo precedente, sobre formas de pressão, coação ou retaliação, as Visadas contestam a interpretação e as conclusões da AdC com base nos argumentos que se sintetizam de seguida.

1130. A SCC alega simplesmente que não faz sentido concluir que a Visada participava em ações de retaliação que se consubstanciem, por exemplo, na recusa de fornecimento, pois seria a principal prejudicada³⁷⁰.

1131. A Auchan alega que a AdC não identifica na Nota de Ilícitude qualquer comportamento repressivo por si exercido, pois o facto de, por exemplo, decidir suspender as compras ao fornecedor quando este não lhe garante as condições necessárias para a manutenção de uma determinada competitividade, não consubstancia uma ação de retaliação, mas sim uma opção da insígnia por não comercializar produtos em que o preço de *sell-in* não permite concorrer pelo PVP, resultando numa situação de “margem zero” (Auchan314)³⁷¹.

1132. Entende a Auchan que, pelo contrário, a prova revela que o mercado não está alinhado e reflete uma preocupação constante dos distribuidores em não perder competitividade³⁷².

1133. No entanto, a Auchan refere que da matéria de facto descrita na Nota de Ilícitude é possível extrair, *a contrario*, a conclusão de que a Auchan é sujeita a pressão e ameaças exercidas pela SCC e por insígnias concorrentes para respeitar os PVP de mercado, e quando não o faz, sofre retaliações através das mais variadas formas, designadamente o aumento do preço de *sell-in* e o consequente esmagamento da sua margem (SCC406, Auchan314, Auchan368, Auchan369 e JM415)³⁷³.

1134. A MCH alega que as reações que lhe são imputadas na Nota de Ilícitude como formas de retaliação (por exemplo, suspensão de compras ou redução do PVP para o nível praticado por um concorrente), não são mais do que respostas racionais, normais e competitivas nesta atividade, revelando a opção da insígnia por alocar espaço de prateleira à comercialização de produtos mais rentáveis e/ou evitar a percepção do consumidor de que os PVP na sua loja ou mesmo na sua cadeia de lojas e para todos os produtos, são mais caros do que na concorrência³⁷⁴.

1135. A ITMP refuta veementemente esta imputação, assegurando que nunca exerceu qualquer ação deste tipo, não obstante não poder impedir que a SCC exerça pressão

³⁷⁰ Cf. capítulo 8.2 da PNI SCC.

³⁷¹ Cf. capítulo III.1.4. da PNI Auchan, em particular §329 e ss. da PNI Auchan.

³⁷² *Idem*.

³⁷³ Cf. capítulo III.1.4. da PNI Auchan, em particular, § 336.

³⁷⁴ Cf. capítulo II.F.e) da PNI MCH.

sobre si para o cumprimento de determinado PVPR, até pela importante posição que detém no mercado das bebidas³⁷⁵.

III.3.1.5.2 Apreciação da Autoridade

1136. Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na presente Decisão para demonstrar as condutas objeto do processo, a AdC conclui pela improcedência da impugnação quanto à matéria de facto descrita no capítulo III.3.1.5 da presente Decisão sobre as formas de pressão, coação ou retaliação, pelas razões a seguir indicadas.

1137. Como ponto de partida, a AdC salienta dois aspetos. Por um lado, as Visadas não impugnam (pelo contrário, são consentâneas com) o facto de que fornecedor e insígnias adotam os comportamentos descritos neste capítulo, nomeadamente os que consubstanciam suspensão de compra ou venda de produtos, compra de menores quantidades, cancelamento de ações promocionais, imposição de notas de crédito e revisão em baixa de PVP.

1138. Simplesmente, mais uma vez, as Visadas invocam um substrato legítimo e lícito para tentar justificar a adoção de tais comportamentos, alegando tratar-se de reações normais, racionais e, aliás, competitivas às adversidades que o mercado suscita.

1139. Por outro lado, a Auchan afirma que, “[e]xiste também evidência de coação do fornecedor sobre a Auchan”³⁷⁶ e a ITMP afirma que não pode impedir que a SCC exerça pressão sobre si para o cumprimento de determinado PVPR, pela importante posição que esta detém no mercado das bebidas³⁷⁷.

1140. Cumpre, então, averiguar se os comportamentos descritos no presente capítulo, adotados pelo fornecedor e pelas insígnias, correspondem, de facto, a reações normais, racionais e competitivas, ou se, pelo contrário, constituem ações de pressão, coação ou retaliação, de natureza anticoncorrencial, tal como resulta da imputação efetuada na Nota de Ilicitude.

1141. Recorde-se o teor da prova:

³⁷⁵ Cf. capítulo III.13 da PNI ITMP.

³⁷⁶ Cf. parágrafo 750 da PNI Auchan. Cf. documentos SCC406, Auchan314, Auchan368, Auchan369 e JM415.

³⁷⁷ Cf. capítulo III.13 da PNI ITMP.

1142. No documento SCC1503 pode verificar-se que a SCC está a monitorizar a implementação da subida de PVP de Água do Luso (formatos 1,5 litros, 5,4 litros e 7 litros) concertada com várias insígnias, constatando que a MCH e a Pingo Doce não subiram na data combinada, lendo-se a seguinte mensagem interna:

"PD pretende fazer folheto em Gama Luso 7 dias na Semana 48. Se nós aceitarmos analisam se sobem os preços na 4^aF^a"

1143. No documento MCH910 pode ler-se a seguinte mensagem da MCH para a SCC:

"Boa tarde, Tendo em conta a situação de mercado e não existir da vossa parte qualquer feedback, informo que os códigos de Joi estão suspensos até que a situação esteja regularizada".

1144. Para averiguar de que “situação de mercado” se trata, tem de recorrer-se ao documento MCH896, que consiste num *email* interno da MCH de 18 de março de 2011 (mesma data do documento MCH910), sobre o assunto “PVP Joi Minipreço”, que evidencia que a dita “situação de mercado” se refere ao desvio do PVP do produto Joi e que o *feedback* da SCC exigido pela MCH é um talão de compra comprovativo da correção do PVP:

“[H], O minipreço hoje já tem o Joi a 1.09€, a SCC vai enviar o talão”.

1145. O documento SCC1996, já mencionado em capítulos precedentes, utiliza uma linguagem muito clara:

Muito Mau !!!

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Date: Thu, 17 Nov 2011 14:23:23 +0000
Attachments: DOC009.PDF (165,66 kB)

Boa tarde

Só pode ser engano !!!?

Junto envio cópia do Folheto dum concorrente nosso.

Para ser sincero, não entendo o porquê dessa acção nesta altura quando a Central de Cervejas pediu encarecidamente ao ITM para anular um folheto que tínhamos agendado e que iria destabilizar o mercado e criar "mau estar" entre as empresas.

Em poucas palavras o ITM foi altamente prejudicado e "enganado" pela Central Cervejas

Aguardo urgentemente explicação para o sucedido

Mais informo que todas as acções (dinamicas e outras) serão bloqueadas até nova indicação.

1146.Na conversação n.º 15, que tem origem no reporte da MCH à SCC do incumprimento do posicionamento concertado relativo a vários formatos de Água do Luso, pode ler-se as seguintes mensagens:

[MCH]“*[Confidencial - DP], Até 2F pelo menos o PVP da Luso 5.4L tem de estar alinhado*”.

[MCH] “*Abaixo recolhas de dia 26 Outubro. Precisamos da vossa colaboração*”.

[MCH] “*Boa tarde, Relembro este tema. Ao dia de ontem, tudo estava igual. Amanhã esta situação tem que estar ok*”.

1147.No documento MCH1720, que consiste numa cadeia interna de emails (MCH) em que é discutida uma ação promocional da Pingo Doce com a validade de um ano, pode ler-se:

“*Falamos com a SCC que transmitiram ter ameaçado a JM de suspensão das entregas, entretanto reforçaram-nos o ciclo nos seguintes moldes.*”

1148.Recorde-se, ainda, o teor da conversação n.º 72 (em conjunto com o documento Auchan148), que consiste numa conversação interna da Auchan sobre o corte de fornecimento pela SCC de cerveja Sagres formatos 30x0,25cl e 24x0,25cl por divergências relativas ao PVP do formato 30x0,25cl.

1149.Recorde-se, por fim, o teor do documento Auchan368, que consiste numa conversação interna da Auchan em que se identificam os produtos “*Lista Vermelha*”, ou seja, “*os artigos sobre os quais existem sérios riscos de corte de fornecimento caso não respeitemos os pvp's de mercado*”, que inclui cinco referências de cerveja Sagres e uma referência de Água do Luso, produtos do *portfolio* da SCC.

1150.Concluindo, a prova resultante das mensagens que acaba de se recordar é irrefutável e demonstra que fornecedor (cf. documentos SCC406, SCC16, MCH1720, SCC2659, SCC2452, SCC1760, Auchan148 e conversação n.º 72) e empresas de distribuição visadas (cf. documentos SCC11, SCC1503, SCC1996, SCC141, SCC160, MCH910, MCH896, MCH591, JM415, Auchan314 e conversação n.º 14) adotam comportamentos que configuram verdadeiras ações de pressão, coação e/ou retaliação, em reação a uma determinada “*situação de mercado*” (cf. documento MCH910), que é expressamente identificada nos elementos de prova como uma desconformidade ou um desvio face ao “*alinhamento de preços proposto*” (cf. documento SCC141) ou à “*subida de PVPs*” concertada (cf. documento SCC2452).

1151. Portanto, (i) as insígnias pressionam a SCC a atuar junto das insígnias desviantes, incitando-as a corrigir os PVP que estão “mal”; (ii) a SCC pressiona as insígnias desviantes, incitando-as a corrigir os PVP que estão “mal”; (iii) as insígnias penalizam a SCC enquanto esta não consegue repor a “situação de mercado” concertada; (iv) a SCC penaliza as insígnias desviantes enquanto estas não alinham com a “situação de mercado” concertada, tudo num esforço conjunto e contínuo de “estar alinhados com as restantes insígnias”³⁷⁸ e implementar um plano de “subida de PVPs de Mercado”³⁷⁹.

1152. A AdC forma, assim, a sua convicção de que os comportamentos descritos no presente capítulo não representam meras reações normais, racionais e competitivas às adversidades desta atividade comercial, nem se baseiam nas alegadas motivações legítimas e lícitas.

1153. A prova é, aliás, inequívoca na demonstração do contrário.

1154. A matéria de facto descrita neste capítulo contribui, portanto, de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a conclusão de que as empresas de distribuição visadas e o fornecedor estão verdadeiramente comprometidos com a fixação conjunta de preços descrito na presente Decisão e com o objetivo comum de subida de PVP de mercado, envidando esforços e mobilizando recursos para garantir o seu cumprimento, recorrendo, quando necessário, a pressão, coação e retaliação.

1155. Uma última nota se impõe ainda sobre o argumento da reação normal, racional e competitiva às adversidades que esta atividade suscita, à luz das características específicas dos mercados envolvidos.

1156. Repare-se que estão em causa “Produtos de Grande Consumo”, de marcas reconhecidas internacionalmente, que agregam a preferência de muitos consumidores portugueses.

1157. Os produtos das marcas Luso, Sagres ou até mesmo Heineken, são aquilo que se pode designar de “referências incontornáveis”, que têm de estar no linear da loja para satisfazer a procura, ainda que a margem gerada na revenda seja baixa ou por vezes igual a zero.

1158. Neste sentido, recorde-se o teor do documento Auchan314, que consiste numa conversação interna da Auchan em que se discute o bloqueio de compras pela insígnia

³⁷⁸ Cf. conversação n.º 30.

³⁷⁹ Cf. conversação n.º 15.

de todos os formatos de garrafão de Água do Luso pelo facto de o fornecedor não garantir competitividade:

“Neste momento não estão disponíveis nenhum dos garrafões de luso, tens previsão para quando estarão disponíveis para compra? Tenho os clientes a pedir estes artigos constantemente”.

“É um artigo muito importante e com grande procura dos clientes. Temos que arranjar uma solução rapidamente”

1159. Recorde-se também o teor da conversação n.º 72, que consiste numa conversação interna da Auchan sobre o corte de fornecimento de cerveja Sagres 30x0,25cl por divergências relativas ao preço de compra e ao PVP:

“Acho que é importante garantirmos a entrega do produto...não existindo condições de compra para a proposta de venda, negoceie-se uma RCM...”

1160. Tal como refere a MCH, “este relacionamento [entre fornecedor e grandes retalhistas] não se esgota no negócio de compra e venda e é utilizado também pelo fornecedor para fomentar o escoamento dos seus produtos”³⁸⁰.

1161. Portanto, tendo em consideração o tipo de produtos em causa, não se pode considerar normal, racional ou competitivo que a solução escolhida pelas insígnias para resolver os seus conflitos com o fornecedor seja abdicar de ter estes produtos nos lineares.

1162. 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 referida matéria de facto contribuem, de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a existência de uma prática restritiva da concorrência.

III.3.2 Meios, forma e organização

1163. 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 SCC no mercado de distribuição retalhista de base alimentar é realizado sempre com recurso ao fornecedor, através de mensagens de correio

³⁸⁰ Cf. §189 da PNI MCH.

eletrónico (cujo conteúdo demonstra que a prática em causa é também muitas vezes implementada com recurso a contactos telefónicos e/ou presenciais).

1164. Estas mensagens de correio eletrónico 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 hierarquias³⁸¹.
1165. As mensagens de correio eletrónico são geralmente trocadas por colaboradores da SCC com os colaboradores das empresas de distribuição visadas que exercem funções nos departamentos comerciais ou de *marketing* das respetivas empresas e que, por vezes com a anuência de diretores e administradores, garantem a implementação e continuidade destes comportamentos.
1166. Os colaboradores das empresas de distribuição visadas que têm contacto direto com os interlocutores do fornecedor são, normalmente, funcionários com as funções de KAM (*Key Account Manager*), i.e. com funções de gestão das contas das diferentes empresas de distribuição, os quais passam a informação em causa aos colaboradores das empresas de distribuição concorrentes, fechando o “triângulo” comunicacional.
1167. Os documentos descritos na presente Decisão demonstram que são colaboradores que desempenham funções nas direções comerciais das empresas, designadamente funções de gestores de conta, gestores comerciais, ou de analistas de preços, que executam todo o processo de acordo dos PVP pré-fixados, controlo e monitorização, e de correção dos desvios.
1168. Conforme referido, em alguns casos, as próprias mensagens de correio eletrónico demonstram que a SCC e as empresas de distribuição visadas procedem também a contactos telefónicos e presenciais para ajustar os seus comportamentos no mercado (a título ilustrativo, veja-se o documento SCC2877).
1169. Trata-se, por conseguinte, de uma rede de contactos tendencialmente estável, visto que a troca desta informação ocorre normalmente entre os mesmos pontos de contacto do fornecedor e de cada empresa de distribuição visada.
1170. Em particular no que diz respeito ao fornecedor, verifica-se que os KAMs responsáveis pela gestão da conta de determinadas empresas de distribuição exercem essas funções durante um período relativamente expandido no tempo, reportando sempre a uma única

³⁸¹ Cf., por exemplo, documentos SCC2864, SCC2088, SCC1705, SCC1181, SCC533, SCC204, SCC135, SCC278 e SCC6.

chefia dentro da empresa, normalmente aos diretores do canal Off-Trade (canal alimentar) ou, em alguns casos, diretamente ao administrador da empresa com o pelouro comercial.

1171. A análise da prova permite igualmente identificar uma organização sólida, com um conjunto de colaboradores mais ou menos 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.

1172. Nesse sentido, na substituição de um ponto de contacto ou interlocutor por um novo colaborador é garantida a continuidade e a estabilidade do procedimento de controlo e de correção dos desvios de PVP.

1173. O contacto entre a SCC e as empresas de distribuição visadas encontra-se, nessa medida, institucionalizado. Estes contactos são reiterados e frequentes, fazendo parte das funções dos colaboradores das diversas empresas e, em inúmeras situações, sendo dado reporte ou conhecimento aos órgãos de administração e aos responsáveis pela direção ou fiscalização dos departamentos comerciais das respetivas empresas.

1174. Com efeito, tipicamente, as tarefas dos colaboradores das empresas de distribuição visadas compreendem necessariamente a articulação com o KAM do fornecedor no sentido de transmitir e/ou obter informação, designadamente sobre os PVP implementados ou a implementar no mercado.

1175. 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.3.1.3 da presente Decisão).

1176. 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.

1177. Com efeito, a informação é geralmente transmitida pelos colaboradores de determinada empresa de distribuição ao interlocutor do fornecedor (e vice-versa), sendo que é este último que posteriormente procede à transmissão dessa mesma informação aos colaboradores das empresas de distribuição concorrentes.

1178. O fornecedor é frequentemente o destinatário da informação remetida por uma empresa de distribuição, funcionando como o elo de ligação na passagem/transmissão dessa mesma informação a uma empresa de distribuição concorrente.

1179. No presente caso, constam dos autos múltiplos exemplos em que se verifica que o fornecedor recebe, ou ele próprio recolhe, talões comprovativos da implementação de um determinado PVP por determinada empresa de distribuição, que depois envia às empresas de distribuição concorrentes (capítulo III.3.1.3 da presente Decisão).

1180. 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 no pressuposto de que receberá, por via 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 trocada.

1181. 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 mensagem de correio eletrónico (*email*), contacto pessoal e telefónico, através de uma rede de contactos estável e de forma institucionalizada, com carácter de reciprocidade e com pleno conhecimento das hierarquias.

1182. No presente caso, a troca de informação é caracterizada simultaneamente como bilateral e multilateral na medida em que, apesar de ser o fornecedor quem contacta de forma direta (bilateralmente) cada uma das empresas de distribuição visadas, tais contactos são transmitidos (multilateralmente) pelo fornecedor às diversas empresas de distribuição concorrentes, de modo a estabelecer, facilitar, promover e/ou garantir um alinhamento horizontal dos PVP no mercado.

III.3.2.1.1 Pronúncia das Visadas

1183. Relativamente à matéria de facto descrita no capítulo sobre meios, forma e organização, as Visadas contestam três pressupostos da análise e conclusões da AdC.

1184. Em primeiro lugar, 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 horizontal³⁸².

1185. Em segundo lugar, a MCH contesta a afirmação da AdC de que os agentes envolvidos recorrem a uma linguagem específica e a meios de comunicação que dificilmente deixam registo quanto ao conteúdo, negando a verificação de qualquer tipo de secretismo associado à prática investigada³⁸³.

1186. Em terceiro lugar, as Visadas alegam que, em todo o caso, a informação trocada em comunicações descritas na presente Decisão é pública³⁸⁴.

III.3.2.1.2 Apreciação da Autoridade

1187. Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na presente Decisão para demonstrar as condutas que se lhes imputam, a AdC conclui pela improcedência da impugnação quanto à matéria de facto descrita no capítulo sobre os meios, forma e organização, pelas razões a seguir indicadas.

1188. Quanto ao primeiro argumento de defesa, relativo à inexisteência de comunicação entre as empresas de distribuição visadas, o mesmo não corresponde à verdade.

1189. É pacífico que inexiste nos autos prova de comunicação direta entre as empresas de distribuição visadas.

1190. Mas a inexisteência de prova desse tipo de comunicação não significa que não exista comunicação entre elas.

1191. Com efeito, como se demonstrou, existe prova abundante de comunicação indireta, estabelecida através do fornecedor, que funciona como intermediário.

1192. A prova junta aos autos demonstra que, após determinar o PVPR, a SCC recolhia informação junto de cada insígnia, relativa ao posicionamento futuro de PVP e data para a respetiva alteração, e depois disseminava-a pelas insígnias concorrentes (cf. documentos SCC11, SCC152, SCC439, SCC444, SCC486, SCC862, SCC1140,

³⁸² Cf. parágrafo 12 da PNI MCH, parágrafo 757 da PNI Pingo Doce, parágrafo 22 da PNI Auchan e parágrafo 128 da PNI ITMP.

³⁸³ Cf. parágrafo 358 da Nota de Ilícitude e parágrafos 311 a 314 da PNI MCH.

³⁸⁴ Cf. parágrafos 55 e 142 da PNI SCC e parágrafos 401 e 479 da PNI MCH.

SCC1358, SCC2023, SCC2864, SCC2877, JM644, JM645, MCH896, MCH1937 e conversações n.º 3, 18, 33 e 49).

1193.Para além disso, recorde-se o teor de diversos documentos, inequívocos quanto à existência deste triângulo comunicacional.

1194.O teor do documento SCC160³⁸⁵, sobre o assunto “Re: Fw: LIDL”, que consiste num reencaminhamento de uma imagem de um talão de compra de uma cerveja Sagres mini a 0,27€ no Lidl por uma loja Recheio no Fogueteiro para o seu interlocutor na SCC e o reencaminhamento por este do primeiro *email* e respetiva imagem em anexo para a sua interlocutora na Lidl, recordando a necessidade de corrigir o desvio de PVP.

1195.O teor do documento SCC290, que consiste num *email* da SCC para a loja ITMP de Beja:

“Boa Noite [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] [ITMP de Beja],

Preciso da tua ajuda os senhores do Continente não param de chatear por causa dos preços praticados na vossa loja podes resolver este assunto s/f e colocar estes artigos pvp recomendado”.

1196.E ainda o teor dos documentos SCC2460 e SCC2337, que devem ser lidos em conjunto, pois o primeiro consiste numa troca interna da SCC em que pode ler-se:

[Colaborador SCC 1] *“Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Tenho o Pingo Doce na Madeira a dizer que a Sonae não está a praticar os PVP’s recomendados. Consegues falar com a Sonae? Sei que esta questão é da Madeira mas é tratada na Sonae na sede. Em anexo envio o ficheiro com os PVPs da Madeira. Alguma questão, amanhã de manhã estou na SCC”.*

[Colaborador SCC 2] *“[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Já reforcei o ponto com a Sonae. Abraço”*

1197.E o segundo, consiste numa troca de *emails* entre a SCC e a MCH em que pode ler-se:

[SCC] *“Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Tenho informação que as vossas lojas da Madeira não têm os PVPR nos artigos da SCC. Relembro os mesmos no ficheiro em anexo. Obrigado”.*

[MCH] *“Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Os PVP’s foram corrigidos”.*

³⁸⁵ Cf. supra nota de rodapé 281.

[SCC – *email* interno, do interlocutor da MCH para o interlocutor da Pingo Doce] “fyi”.

1198. Concluindo, a SCC, para além de dar sequência a interpelações de insígnias junto de concorrentes, partilhando a informação que obtinha junto das primeiras com as segundas (cf. documentos SCC2460 e SCC2337), reencaminhava *emails* sobre desvios face aos PVP pré-fixados provenientes de uma insígnia diretamente para insígnias concorrentes (cf. documento SCC160).

1199. Há, portanto, nos autos, prova irrefutável de que existe, de facto, comunicação entre as empresas de distribuição visadas sobre PVP pré-fixados, não obstante essa comunicação ocorrer indiretamente, por via de contactos estabelecidos diretamente com o fornecedor.

1200. Quanto ao segundo argumento de defesa, relativo à inexistência de qualquer tipo de secretismo associado à prática investigada, cumpre desde logo constatar, pela força da sua evidência, que a prova demonstra uma preferência por mensagens escritas sucintas e com recurso a uma linguagem constituída por simples iniciais ou abreviaturas³⁸⁶, bem como por expressões lacónicas, ainda que facilmente comprehensíveis pelos respetivos receptores.

1201. A prova junta aos autos demonstra também que os agentes envolvidos exprimem uma preferência pelo contacto pessoal e/ou telefónico (cf. documentos SCC1140, SCC2023, SCC2877, JM645 e conversações n.º 3, 18 e 49).

1202. Neste sentido, recorde-se o teor do documento SCC2023, no qual pode ler-se a seguinte mensagem interna de [Administrador SCC] para um colaborador da SCC, sobre a proposta de um folheto promocional da Pingo Doce:

“Sim, mas n respondas isso tudo por e-mail. Diz q ‘como falado por telefone, a SCC nao financiara qq descida de preco de Luso nao acordada’ ou qq coisa deste tipo”.

1203. E o teor da conversação n.º 18 (*email* interno da SCC de 21 de outubro de 2014 sobre reposicionamento de PVP de cerveja Sagres 25cl e vários formatos de Água do Luso previsto para 22 de outubro de 2014 e 05 de novembro de 2014):

“Boa tarde

³⁸⁶ Cf. prova descrita no capítulo III.3 da presente Decisão. Cf. também parágrafo 313 da PNI MCH.

Amanhã no caminho para a nossa reunião solicito que cada [um] de vocês ligue para uma loja Sonae e Auchan de maior confiança para confirmar a subida dos preços em águas lisas

Devem confirmar se o Auchan trancou os preços.

Dúvidas liguem sff

Boa viagem”

1204. No auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (gestor de produto na Auchan à data dos factos), pode ler-se: “*As condições comerciais (designadamente descontos) eram acordadas com o fornecedor em reuniões presenciais. Essas reuniões aconteciam habitualmente com a SCC de 15 em 15 dias. Negociando hoje para um folheto a 3, 4 meses de distância*” (cf. fls. 4979 a 4982v do processo).

1205. A AdC não pode, por fim, ignorar que, pelo menos numa ocasião, a Diretora Comercial da MCH para Produtos de Grande Consumo (nos quais se inserem os produtos do portfolio da SCC) instruiu expressamente os seus colaboradores a eliminar todos os emails com comunicação que verse sobre preços com os fornecedores e também entre as equipas (cf. documento MCH1721):

From [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 8 de Julho de 2009 19:44
To: [REDACTED]
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,

[REDACTED]
From [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 8 de Julho de 2009 9:02
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject:

Bom dia,

Tendo em conta todas as notícias que têm saído na comunicação social dos últimos dias, sobre as investigações que a AdC está a efectuar, ou pretende efectuar, no relacionamento entre fornecedores-distribuidores, venho alertar para a necessidade, se ainda não o fizeram, de eliminarem todos os mails [incluindo este] com comunicação que verse sobre preços com os fornecedores e também entre as equipas.

Principalmente aqueles que não obedecem ao mail-tipo que temos implementado com a ajuda do Dep. Legal.

Obrigada.

Acordadamente,

1206. Há, portanto, nos autos, prova irrefutável de que existe, de facto, um conjunto de circunstâncias que revelam um secretismo associado à prática investigada.

1207. Quanto ao terceiro argumento de defesa, relativo à publicidade da informação veiculada nas comunicações descritas na presente Decisão, bastará recordar o teor de alguns documentos, para encontrar prova suficientemente esclarecedora de que os PVP constantes dessas comunicações são “PVP pré-fixados”, ou seja, são PVP que serão aplicados pelas insígnias no futuro e que, portanto, são objeto de referência num momento em que não são ainda do domínio público (cf. documentos SCC152, SCC278, SCC862, SCC865, SCC1503, SCC1787, SCC2659, SCC2720, SCC2775, SCC2877, MCH367 e conversação n.º 34).

1208. Neste sentido, pode ler-se nas referidas comunicações: “*Pingo Doce segue amanhã novos PVPR*” (cf. documento SCC862), “*OK na próxima 6ªFª*” (cf. documento SCC2877), “*A partir de 1 de outubro irá haver uma alteração*” (cf. documento SCC865),

“vamos proceder ao alinhamento [...] em vigor a partir de amanhã” (cf. conversação n.º 34), “PVPS: Mudam dia 20” (cf. documento SCC1503).

1209. Deverá ainda recordar-se o teor de documentos em que empresas de distribuição visadas questionam expressamente o fornecedor sobre quando será feito o reposicionamento de PVP em insígnias concorrentes e o fornecedor responde com o calendário combinado para a futura subida de PVP no mercado (cf. conversações n.º 7, 9, 30, 33 e 34).

1210. A AdC forma, assim, a sua convicção de que as evidências que se extraem da prova junta aos autos relativa aos meios, forma e organização dos comportamentos investigados contribuem de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a declaração de existência de uma prática anticoncorrencial de natureza horizontal, conforme *infra* qualificada no capítulo do Direito.

III.3.3 Envolvimento das pessoas visadas

1211. Como se observou nas secções precedentes, a matéria de facto descrita na presente Decisão revela que os comportamentos em investigação foram acontecendo de modo generalizado, constante e organizado.
1212. Neste aspeto, é reveladora a existência de *emails* de conteúdo idêntico ao longo de vários anos; ou, também, de *emails* que dão conta a um conjunto alargado de pessoas que determinada insígnia passará ou deixará de praticar determinado PVP; ou ainda *emails* que revelam que, nos contactos bilaterais com o fornecedor, as comunicações tendentes a operacionalizar o nivelamento dos PVP são muitas vezes reveladas a outra empresa de distribuição, assim se criando uma cadeia de comunicações; ou, finalmente, que os comportamentos descritos extravasam o correio eletrónico e ocorrem também por telefone e/ou por contactos presenciais.
1213. Considera-se como meio de prova dos comportamentos descritos nas secções precedentes os *emails* trocados internamente em cada empresa, os *emails* trocados diretamente entre as empresas de distribuição visadas e o fornecedor, bem como as comunicações indiretas entre as empresas de distribuição visadas, designadamente as mensagens veiculadas pelo fornecedor (SCC) entre as empresas de distribuição visadas, que reportam determinado comportamento (desviante ou no sentido do alinhamento) de determinada empresa de distribuição concorrente.
1214. Não obstante a prova constante do processo indicar uma prática tendencialmente homogénea e generalizada, o grau de envolvimento das empresas visadas diverge entre si, em função da duração da participação de cada uma, bem como dos factos concretamente apurados relativamente a cada uma.
1215. Nessa medida, deverá identificar-se a duração da participação de cada uma das empresas 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 empresas visadas, a factualidade que decorre do acervo probatório do processo.
1216. Independentemente da duração ou do grau do respetivo envolvimento, a globalidade da prova constante do processo demonstra em todo o caso uma componente de continuidade temporal nos comportamentos, que decorre não só do facto de existirem *emails* em todos os anos do período de tempo considerado relevante para os efeitos da infração, mas também do facto de inexistirem quaisquer indícios de que os referidos

comportamentos se tenham interrompido ou suspenso em algum momento ou circunstância do período de tempo considerado, ou que demonstre que as empresas Visadas tenham feito algo para que a prática cessasse.

1217. De acordo com as regras de experiência relevantes, esta continuidade dos comportamentos e ausência de qualquer prova de uma interrupção desta cooperação entre as visadas ou de distanciamento de uma ou mais delas reforça a convicção da AdC.

1218. Assim, estabelece-se, em seguida, o envolvimento de cada empresa visada, tendo em consideração a factualidade descrita na presente Decisão.

1219. Refira-se apenas, por fim, que a factualidade descrita na presente Decisão demonstra que algumas pessoas singulares que desempenham cargos de administração e/ou de direção em algumas das empresas visadas estão também directa e pessoalmente envolvidos na prática em causa.

1220. Nesse sentido, a Autoridade fará de seguida também referência à prova de que dispõe relativamente às referidas pessoas singulares que, como se verá adiante, desempenharam um papel ativo na implementação da prática *sub judice*, dado que, para além de terem conhecimento directo sobre os comportamentos *supra* descritos, estabeleciam muitas vezes elas próprias os contactos com as demais empresas relativamente aos factos em causa e decidiam sobre os comportamentos a adotar pela empresa em que desempenham funções no âmbito da prática analisada, nunca tendo agido no sentido de lhe por fim.

III.3.3.1 SCC

1221. Sobre o envolvimento concreto da SCC na prática investigada, a matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que a Visada:

- (i) Obtém de cada empresa de distribuição Visada o seu assentimento quanto ao posicionamento futuro de PVP e a indicação da data para a respetiva alteração (cf. documentos MCH900, SCC1503, SCC2877, SCC2720, SCC865, SCC1264, SCC862, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 7, n.º 21 e n.º 34);
- (ii) Solicita expressamente às empresas de distribuição visadas que implementem determinado posicionamento de PVP, que não se desviem do posicionamento de

PVP concertado e/ou que corrijam desvios (cf. documentos SCC11, SCC160, SCC278, SCC1503, SCC2864, SCC1355, SCC2720, SCC1857, SCC864, SCC865, Auchan383, SCC428, SCC2876, SCC1358, SCC847, MCH367, SCC406, SCC290, SCC16, SCC252, SCC2337, SCC253, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 15, n.º 33 e n.º 43);

- (iii) É informada pelas empresas de distribuição visadas sobre o seu posicionamento futuro face ao PVP comunicado pela SCC (cf. documentos SCC278, SCC1503, SCC2877, SCC240, SCC2720, SCC1857, MCH367, JM644, SCC2775, SCC862, SCC486, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 7 e n.º 34);
- (iv) Dissemina a informação recolhida pelas empresas de distribuição visadas, veiculando entre insígnias informação sobre o posicionamento futuro face ao PVP comunicado pela SCC (cf. documentos MCH900, SCC160, SCC1503, SCC2864, SCC2877, SCC864, SCC865, JM644, SCC2674, MCH1718, SCC152, SCC2337, SCC441, SCC444, SCC439, MCH1937, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 7, n.º 21, n.º 33 e n.º 43);
- (v) Monitoriza o posicionamento de PVP no mercado, por sua própria conta e através do reporte pelas empresas de distribuição visadas (cf. documentos SCC2877, SCC1857, SCC261, JM644, SCC2674, SCC2775, SCC938, SCC1264, SCC486, SCC16, SCC252, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 15, n.º 21, n.º 33 e n.º 43);
- (vi) É pressionada pelas empresas de distribuição visadas para obter e fornecer informação sobre o posicionamento futuro de PVP de insígnias concorrentes e para atuar junto de insígnias desviantes de forma a garantir o alinhamento horizontal de PVP (cf. documentos SCC11, SCC2877, SCC271, SCC278, MCH420, SCC290, SCC486, SCC2460, MCH910, SCC1996, MCH591, Auchan314, JM415, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 15, n.º 21 e n.º 34);
- (vii) Exerce ações de retaliação com o intuito de pressionar as empresas de distribuição visadas a reposicionar os PVP de acordo com o nível pré-fixado (cf. documentos SCC2659, SCC1760, SCC2023 e MCH1720); e
- (viii) Reporta a correção de desvios às empresas de distribuição visadas que os identificaram (cf. documentos SCC160, SCC441, SCC135, SCC444, SCC439, SCC2877, SCC11, SCC1503, SCC2337 e conversações n.º 15 e 21).

1222. É particularmente revelador do envolvimento concreto da SCC o conteúdo do documento SCC2720, em que um colaborador da SCC escreve ao seu interlocutor no Pingo Doce, “*Eu percebo o vosso ponto de vista, mas esta é uma estratégia nacional e temos de estar alinhados com as restantes insígnias*”.

1223. A Autoridade apreciará *infra*, no capítulo III.3.3.1.2 da presente Decisão, em maior detalhe, o envolvimento concreto da SCC na prática investigada.

III.3.3.1.1 Pronúncia da Visada

1224. Conforme melhor desenvolvido nos capítulos III.3.1.1.1 e III.3.1.2.1 da presente Decisão, a defesa da SCC alicerça-se no argumento de que se limita a dirigir recomendações de PVP às insígnias, construídas na base de uma estratégia de *marketing* para o posicionamento dos seus produtos no mercado, aplicável a todas as insígnias, de forma igual, em todo o país.

1225. Quanto ao facto de incitar as insígnias a seguir as suas recomendações, a SCC refere que se encontra melhor preparada para definir o posicionamento dos seus produtos no mercado e que, no contexto da atividade promocional, tem necessidade que as insígnias reponham os PVP quando o período designado para a promoção termina, de forma a dar por finda a sua participação.

1226. De forma peremptória, a SCC assegura que as insígnias são livres de praticar os PVP que entenderem e de não seguirem as suas recomendações³⁸⁷.

1227. Sem prescindir, a SCC alega ainda, sobre o seu envolvimento na alegada infração, que não tem poder no mercado nacional de retalho alimentar para participar numa prática restritiva da concorrência nos moldes em que a AdC a descreve³⁸⁸.

1228. A SCC destaca cinco aspectos que considera fundamentais para a análise dos comportamentos que lhe são imputados³⁸⁹:

- i) Não é possível concluir que a SCC é um fornecedor preponderante de águas com gás sem sabor;
- ii) As tabelas 2, 3 e 4 da presente Decisão, demonstram a baixa representatividade que os refrigerantes têm na atividade da SCC e, consequentemente, a posição

³⁸⁷ Cf. §128 da PNI SCC.

³⁸⁸ Cf. capítulo 8.2 da PNI SCC.

³⁸⁹ Cf. capítulo 4 da PNI SCC.

marginal que a SCC tem no respetivo negócio das empresas de distribuição visadas;

- iii) O mercado das águas lisas sem sabor tem particularidades que o distinguem dos demais, os próprios retalhistas comercializam marcas próprias, que têm a maior quota do mercado;
- iv) O fenómeno do *brand-switching* no mercado das cervejas faz com que a preponderância da SCC neste mercado seja atenuada;
- v) Para as bebidas, os GGR assumem-se, pelo menos, como “montra”.

1229. A SCC conclui, assim, que “[o] mercado da distribuição retalhista de base alimentar é muito mais amplo do que a soma dos cinco mercados de distribuição retalhista de base alimentar nos quais as bebidas estão a montante identificados pela AdC como relevantes e em que a SCC participa diretamente, do lado da oferta”³⁹⁰, pelo que o seu papel no mercado a montante é diminuto, diluindo-se a sua importância relativa no conjunto com os demais fornecedores.

1230. Para além disso, a SCC refere que não teria interesse ou incentivo em promover PVP supra-concorrenciais, pois uma menor pressão concorrencial resultaria, provavelmente, numa diminuição de vendas da SCC³⁹¹.

1231. A SCC refere ainda que não faz sentido concluir pelo seu envolvimento em ações de retaliação que se consubstanciem na recusa de fornecimento, pois seria a principal prejudicada³⁹².

1232. Por fim, quanto à duração do seu envolvimento na prática investigada fixada na Nota de Ilicitude, a SCC invoca a ineptidão probatória dos documentos SCC260 e SCC2062 utilizados para determinar o início e o fim da referida duração, alegando que se trata de um rascunho e de um documento interno.

III.3.3.1.2 Apreciação da Autoridade

1233. Analisada a Pronúncia da SCC em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na presente Decisão para demonstrar a factualidade que lhe

³⁹⁰ Cf. capítulo 4 da PNI SCC, §100.

³⁹¹ Idem.

³⁹² Idem.

é imputada, a AdC conclui pela improcedência da defesa, pelas razões a seguir indicadas.

1234. Nos termos melhor desenvolvidos no capítulo III.3.1.2.2 da presente Decisão, a AdC conclui que, independentemente de existirem menções a “recomendação” nos PVP do fornecedor, as insígnias discutem efetivamente os PVP, manifestando a sua anuênciam de forma livre, espontânea e esclarecida, com um determinado posicionamento futuro, no único pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias (cf. parágrafo 931 e seguintes da presente Decisão).

1235. É assim que se cristalizam os PVP pré-fixados que são identificados nos meios de prova, traduzindo mais que uma simples recomendação, uma prática concertada de fixação de preços.

1236. Mais do que isso, a AdC conclui que há casos em que são as próprias insígnias que solicitam ao fornecedor a indicação do PVP ou condições financeiras para poderem praticar os PVP pré-fixados, servindo a participação da SCC na atividade promocional das insígnias para viabilizar o alinhamento de PVP por todas as insígnias (cf. parágrafo 934 e seguintes da presente Decisão).

1237. A AdC conclui ainda que são as insígnias que definem o calendário para a subida de PVP de mercado, dado que são as insígnias que informam o fornecedor sobre a data em que pretendem que o movimento aconteça, solicitando-lhe expressamente que as informe sobre a data em que as insígnias concorrentes estão dispostas a alterar os PVP, incumbindo-o de garantir o alinhamento entre insígnias (cf. parágrafo 942 e seguintes da presente Decisão).

1238. A implementação dos PVP pré-fixados é posteriormente objeto de monitorização por todos os intervenientes, num esforço contínuo de identificação, sinalização e correção de desvios ao posicionamento e calendário combinados, suscitando ações de retaliação quando a alinhamento não acontece (cf. capítulos III.3.1.3, III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão).

1239. A AdC forma, assim, a sua convicção de que é falso que a SCC se limite a recomendar PVP às empresas de distribuição visadas.

1240. Decorre da apreciação da AdC constante dos capítulos III.3.1.2.2, III.3.1.3.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.2.1.2 da presente Decisão, que os comportamentos da SCC se traduzem em: (i) obter de cada insígnia o seu consentimento quanto ao posicionamento futuro de PVP e a indicação da data para a respetiva alteração; (ii) disseminar a

informação obtida pelas insígnias concorrentes; (iii) monitorizar a implementação dos PVP pré-fixados 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 concertado e direcioná-las para as insígnias desviantes; (vi) pressionar as insígnias desviantes a corrigir os desvios identificados, incluindo mediante ações de retaliação; (vii) reportar às insígnias concorrentes a correção dos desvios assinalados.

1241. Sucede que da apreciação da AdC constante dos capítulos III.3.1.2.2, III.3.1.3.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.2.1.2 da presente Decisão, decorre ainda que a SCC era efetivamente alvo de pressão, coação e ações de retaliação adotadas pelas empresas de distribuição visadas, no sentido de levar o fornecedor a garantir o alinhamento entre insígnias.

1242. Deste modo, para além de assumir um papel de agente decisor, a SCC também atua como um mediador e/ou um veículo de informação, contribuindo desta forma para os seus próprios interesses na manutenção de determinados níveis de PVP para os respetivos produtos.

1243. A AdC não pode deixar de recordar o documento SCC2720, em que um colaborador da SCC escreve ao seu interlocutor no Pingo Doce, “*Eu percebo o vosso ponto de vista, mas esta é uma estratégia nacional e temos de estar alinhados com as restantes insígnias*”, pois tal como referido no capítulo III.3.3.1 da presente Decisão, o seu conteúdo é efetivamente revelador do verdadeiro papel da SCC, bem como dos interesses que prossegue.

1244. É oportuno recordar também alguns documentos em que o papel de mediador e de veículo de informação surge muito evidente:

1245. O documento SCC865, no qual se lê a seguinte mensagem da SCC para a Auchan:

“A partir de 1 de Outubro irá haver uma alteração por parte da vossa sede dos pvpr’s da cerveja Sagres. Esta alteração vai ser efectuada gradualmente pelas várias insígnias (dia 1 Auchan; dia 2 Sonae; dia 3 Pingo Doce e acabará no dia 6 com o Intermarché) ou seja na primeira semana de Outubro vai haver uma subida geral dos pvpr’s. Como foi referido em cima, os preços vão ser alterados pelo [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] contudo pelo que sei os preços não vão ser trancados e face a isto peço para não reagir ao shopping para que na primeira e segunda semana todas as insígnias tenham os mesmos pvpr’s!”

1246. O documento SCC2659³⁹³:

RE: PVP's recomendados

From:

To:

Cc:

Date: Mon, 06 Jul 2015 16:22:07 +0100

[REDACTED]

A vossa concorrência ainda não aumentou preços porque estamos todos à vossa espera.

Ficaram de me enviar um mapa com os SKUs que vocês vão subir para eu dar a indicação de subida de preços. Estou a aguardar este mapa para subir os preços na vossa concorrência.

Esta situação é urgente. Caso contrário não vos posso continuar a financiar campanhas.

Obrigado,



[REDACTED]
Key Account Manager
Ilhas

1247. A sequência de documentos SCC2460, SCC2337 e SCC2674, consistindo o primeiro numa troca de emails interna da SCC em que pode ler-se:

[Colaborador SCC 1] “Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Tenho o Pingo Doce na Madeira a dizer que a Sonae não está a praticar os PVP's recomendados. Consegues falar com a Sonae? Sei que esta questão é da Madeira mas é tratada na Sonae na sede. Em anexo envio o ficheiro com os PVPs da Madeira. Alguma questão, amanhã de manhã estou na SCC”.

[Colaborador SCC 2] “[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Já reforcei o ponto com a Sonae. Abraço”

1248. O segundo, numa troca de emails entre a SCC e a MCH em que pode ler-se:

[SCC] “Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Tenho informação que as vossas lojas da Madeira não têm os PVPR nos artigos da SCC. Relembro os mesmos no ficheiro em anexo. Obrigado”.

[MCH] “Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Os PVP's foram corrigidos”.

³⁹³ Cf. supra nota de rodapé 281.

[SCC – *email* interno, do gestor da conta MCH para o gestor da conta Pingo Doce] “fyi”.

1249. E o terceiro, num *email* enviado pela SCC para a Pingo Doce em que pode ler-se:

*“[CONFIDENCIAL - Informação relativa a dados pessoais de colaborador do GJM],
Tenho estado em reuniões na SCC e nem tive oportunidade de te devolver a chamada.
Entretanto recebi a informação que os preços na Madeira já foram corrigidos. Se
detectarem alguma questão, por favor informa”.*

1250. Na verdade, a prova revela de forma muito clara que a SCC prossegue o objetivo comum de implementação do plano de alinhamento e subida conjunta de PVP de mercado, diligenciando no sentido de viabilizar o alinhamento/concertação de PVP entre as empresas de distribuição visadas.

1251. Como referido anteriormente, é razoável concluir que a SCC possa partilhar com as insígnias um interesse comum na erradicação de guerras constantes de preços baixos e na erradicação do império da venda em promoções, garantindo que os produtos do seu *portfolio*, em particular os que beneficiam da preferência dos consumidores, mantêm um determinado posicionamento no mercado e até registem uma tendência progressiva de subida³⁹⁴.

1252. Neste contexto, cumpre adicionalmente referir que o argumento da Visada sobre a inexistência do seu interesse ou incentivo em promover PVP supra-concorrenciais não poderá assim considerar-se procedente, tanto mais tratando-se de um argumento puramente teórico e especulativo, sem adesão ao conteúdo da prova documental constante do processo, ao qual não poderá sobrepor-se.

1253. Independentemente de a SCC não atuar no mercado de retalho alimentar, mas apenas a montante deste mercado, a prova revela que a SCC atua munida de uma força incitadora (mais do que uma verdadeira força impositiva, que, atenta a confluência de interesses entre as empresas de distribuição visadas, também seria desnecessária).

1254. O que, aliás, é consentâneo com a análise de mercado melhor desenvolvida no capítulo III.2.4 da presente Decisão, nos termos da qual é razoável concluir que no caso concreto se verifica um equilíbrio de forças entre fornecedor e insígnias³⁹⁵.

³⁹⁴ Cf. capítulos III.2.6 e III.3.1.2 da presente Decisão.

³⁹⁵ Nos termos melhor desenvolvidos no capítulo III.2.4 da presente Decisão, constata-se que as empresas de distribuição Visadas representaram, em média, 14,5% das vendas da SCC (incluindo todos os produtos identificados) no período compreendido entre 2008 e 2017, enquanto a SCC representou entre 35 e 57% das vendas das empresas de distribuição Visadas (incluindo apenas cerveja) em período homólogo.

1255. A AdC conclui, assim, que a SCC está diretamente envolvida na prática investigada na qualidade de coautor, assumindo, também, um papel facilitador da mesma.

1256. Com efeito, apesar de não estar ativa no mercado de retalho alimentar, a SCC participa activamente na prática investigada, definindo, com a adesão concertada das empresas de distribuição visadas, o PVP a praticar, recolhendo e fornecendo às empresas de distribuição visadas informação sobre o posicionamento futuro de PVP e respetivo calendário de implementação, veiculando entre as empresas de distribuição visadas pedidos de correção de desvios e a confirmação do alinhamento, monitorizando ela própria a implementação dos PVP concertados no calendário definido, incentivando as insígnias a manterem-se alinhadas num esforço conjunto e contínuo de subida de PVP no mercado.

1257. A SCC partilha, assim, do objetivo comum de alinhamento e subida de PVP de mercado, prosseguido pelo conjunto de pessoas visadas, com intenção expressa de contribuir, e contribuindo, através do seu próprio comportamento, para esse objetivo comum e tendo conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas empresas de distribuição visadas na prossecução do objetivo comum.

1258. Quanto à duração do envolvimento da SCC na prática investigada, cumpre recordar, nos termos melhor desenvolvidos no capítulo III.3.1.1.2 da presente Decisão, que o facto de os documentos SCC260 e SCC2062 se tratarem, respetivamente, de um rascunho e de um *email* interno, não lhes retira aptidão probatória e que, portanto, não significa que estes documentos não possam ser utilizados pela AdC como meios de prova, no pressuposto de que serão devidamente valorados, segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC, nos termos no n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012.

1259. Não obstante e sem prejuízo da existência de indícios de que a SCC poderia já estar anteriormente envolvida na prática (cf. documento SCC260), a AdC utilizará o documento SCC261 como meio de prova para determinar o início do envolvimento da SCC, formando, assim, a sua convicção de que a SCC iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação em 13 de março de 2008 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento SCC261), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 07 de março de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento SCC2062).

1260. A AdC dá, assim, por provados os comportamentos descritos no capítulo III.3.3.1 da presente Decisão, imputáveis à SCC, concluindo, portanto, pelo seu envolvimento direto na prática investigada.

III.3.3.2 [Administrador SCC]

1261. [Administrador SCC] é membro do conselho de administração da SCC desde 30 de maio de 2014 e Diretor Comercial para o canal *Off Trade* desde 1 de fevereiro de 2010 (cf. capítulo 572 da presente Decisão).

1262. O seu nome surge diretamente associado a 78 documentos considerados relevantes para efeitos de prova no processo, designadamente os documentos SCC2, SCC6, SCC124, SCC135, SCC152, SCC173, SCC256, SCC278, SCC286, SCC405, SCC426, SCC486, SCC533, SCC1181, SCC1184, SCC1242, SCC1707, SCC1975, SCC1976, SCC1996, SCC2001, SCC2009, SCC2018, SCC2023, SCC2026, SCC2087, SCC2859, e os documentos que integram as conversações n.º 3, 4, 5, 26, 29, 46, 59, 71, 72, 81, 89, 98, 99, 101, 104, 105 e 108.

1263. Não obstante, o conteúdo de alguns documentos é particularmente revelador do seu envolvimento direto e pessoal na prática investigada.

1264. Por um lado, existe um conjunto de documentos que revela que [Administrador SCC] tinha efetivamente conhecimento direto da factualidade descrita na presente Decisão, na medida em que consistem em *emails* enviados e recebidos com o seu conhecimento direto – neste sentido, veja-se o conteúdo dos documentos SCC2864 (parágrafo 868 da presente Decisão), SCC2088 (parágrafo 2 do Anexo 1 à presente Decisão), SCC1705 (parágrafo 2 do Anexo 1 à presente Decisão), SCC1181 (parágrafo 1 do Anexo 1 à presente Decisão), SCC533 (parágrafo 3 do Anexo 1 à presente Decisão), SCC135 (parágrafo 1056 da presente Decisão), SCC278 (parágrafo 864 da presente Decisão) e SCC6 (parágrafo 2 do Anexo 1 à presente Decisão).

1265. Por outro lado, existe um conjunto de documentos que revela que, mais do que ter conhecimento direto, [Administrador SCC] desempenhava um papel ativo na organização e implementação da prática investigada, dando instruções concretas aos seus colaboradores sobre os comportamentos a adotar – neste sentido, veja-se o conteúdo dos documentos SCC1503 (parágrafos 866 e 867 da presente Decisão), SCC486 (parágrafo 1037 da presente Decisão), SCC2001 (parágrafo 1 do Anexo 1 à presente Decisão), SCC2062 (parágrafo 1 do Anexo 1 à presente Decisão) e SCC2023 (parágrafo 1202 da presente Decisão).

1266. Existem documentos que revelam que [Administrador SCC] chegava mesmo a interagir diretamente com colaboradores das empresas de distribuição visadas sobre aspectos

relativos à implementação da prática investigada – neste sentido, veja-se o conteúdo dos documentos SCC152 (parágrafos 984 e 985 da presente Decisão) e SCC1996 (parágrafo 1110 da presente Decisão).

1267. É especialmente revelador do seu grau de envolvimento, o conteúdo do documento SCC1242³⁹⁶, que consiste num *email* de 14 de abril de 2016, sobre o assunto “Rev Man Council – Pingo Doce”, enviado por [Administrador SCC] a alguns membros do conselho de administração da SCC para informar que o Pingo Doce iria praticar um PVP abaixo do PVP recomendado no produto cerveja Sagres 15x20cl no fim-de-semana seguinte³⁹⁷:

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 14 de Abril de 2016 09:48
To: [REDACTED]
Subject: Rev Man Council - Pingo Doce

Hi,

For your info.

During this weekend's leaflet Pingo Doce will price 15x20cl Sagres at 4,99 instead of the reco 5,49. This gives a price per bottle of 27c. We were able to argument and sustain this in the past weeks but not this time as they are 40% behind LY ITM. Sonae has informed us that they will react in store. No further contamination is foreseen for the time being.

Looking forward, and in spite of this and all promo pressure increase we have placed in, we are estimating Pingo Doce to land circa 15% below LY ITM. On these grounds it is very likely that they will do something else to recover from that. Although not decided yet, in our view, the most likely scenario is that they would repeat the above price for the 15x20cl in one of their next weekly leaflets. In order to avoid that, we proposed Pingo Doce to price the 24x33cl at 9,99 on May 1st (for those who don't know, May 1st is the anniversary of the 50% promo they did across all FMCG when moving from EDLP to Hi-Lo thus it's something they value) as long as they follow our recos for the rest of the month. This is in fact the only thing we can do as they have already everything else planned for the weekly leaflet that covers that period. This hasn't yet been confirmed. Let's see how we manage.

Will keep you abreast of things.
Ab

³⁹⁶ Sobre o mesmo assunto, conferir documentos que integram a conversação n.º 49 considerada relevante para efeitos de prova no processo, cujo conteúdo permite demonstrar que a SCC propôs efetivamente ao Pingo Doce o preço promocional de 9,99 para o produto Sagres 24x33cl no 1.º de Maio, sob condição da insígnia cumprir o PVP recomendado durante o resto do mês.

³⁹⁷ Tradução livre da AdC: “Olá. Para vossa informação. Durante este fim-de-semana o folheto do Pingo Doce vai ter a Sagres 15x20cl a 4,99 em vez do reco 5,49. Isto dá um preço por garrafa de 27c. Fomos capazes de os demover nas últimas semanas mas não desta vez porque eles estão a 40% do objetivo anual. A Sonae informou-nos de que vai reagir em loja. Até ao momento, não prevemos mais contaminação. Apesar desta situação e do aumento da pressão promocional que temos implementado, a nossa expectativa é que o Pingo Doce termine o ano a cerca de 15% do objetivo anual. Se assim for, é muito provável que eles tenham outra iniciativa qualquer para tentar recuperar. Na nossa opinião, ainda que não tenha sido ainda anunciado, o mais provável é que eles venham a repetir o preço acima referido para a 15x20cl num dos próximos folhetos. Para prever essa possibilidade, propusemos ao Pingo Doce por a 24x33cl a 9,99 no 1.º de Maio (para quem não sabe, o 1.º de Maio é o aniversário da promoção de 50% que eles fizeram em todos os FMCG quando mudaram de EDLP para Hi-Lo, portanto é algo que eles valorizam) na condição de eles respeitarem os nossos recos durante o resto do mês. Esta é de facto a única proposta que podemos fazer uma vez que eles já têm tudo planeado para os folhetos semanais desse período. Isto ainda não está confirmado. Vamos gerindo. Manter-vos-ei a par de tudo. Ab”

1268. O conteúdo do *email* que acaba de transcrever-se, não só permite demonstrar que, de facto, a SCC e as empresas de distribuição visadas (no presente caso, pelo menos a MCH e o Pingo Doce) discutiam e concertavam o posicionamento de PVP futuro, como demonstra ainda que [Administrador SCC] estava diretamente envolvido na condução e implementação da prática descrita na presente Decisão.

III.3.3.2.1 Pronúncia de [Administrador SCC]

1269. Como referido no parágrafo 55 da presente Decisão, [Administrador SCC] apresentou pronúncia escrita sobre a Nota de Ilicitude em conjunto com a Visada SCC, pelo que adere aos argumentos já apresentados nos capítulos III.3.1.1.1, III.3.1.2.1 e III.3.3.1.1 precedentes para impugnar a matéria de facto descrita na presente Decisão.

1270. A propósito do seu envolvimento concreto, [Administrador SCC] argui apenas que, apesar de estar diretamente envolvido em alguns *emails*, não descortina que factos ou comportamentos relevam concretamente para ter sido visado pelo processo, ao contrário dos demais participantes nos referidos *emails*³⁹⁸.

III.3.3.2.2 Apreciação da Autoridade

1271. Relativamente à impugnação da matéria de facto que demonstra a prática investigada e uma vez que o [Administrador SCC] apresentou pronúncia escrita em conjunto com a Visada SCC, a AdC remete para a sua apreciação nos capítulos III.3.1.2.2, III.3.1.3.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2, III.3.2.1.2 e III.3.3.1.2 precedentes, nos termos da qual se conclui pela improcedência da defesa.

1272. No que se refere ao envolvimento concreto de [Administrador SCC], cumpre à AdC recordar que pessoas singulares podem ser responsabilizadas por práticas restritivas da concorrência, quando desempenhem cargos de administração nas pessoas coletivas (ou entidades equiparadas) Visadas ou cargos de direção de áreas de atividade em que seja praticada a infração ou quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infração, não adotem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediatamente³⁹⁹.

³⁹⁸ Cf. capítulo 8.1 da PNI SCC, §206.

³⁹⁹ Cf. n.º 6 do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012.

1273. É precisamente o que sucede com [Administrador SCC] e é a esse título que a prática da infração lhe é imputada.

1274. Em determinado período de tempo da prática investigada, [Administrador SCC] desempenhou o cargo de Diretor Comercial da SCC para o canal Off Trade e o cargo de administrador da SCC, revelando a prova junta aos autos que [Administrador SCC] exercia uma posição de liderança efetiva na área de atividade em que a prática investigada se verificou, tenho conhecimento direto dos comportamentos e adotando, ele próprio, comportamentos que se traduziram na implementação da prática.

1275. Neste sentido, para além do documento transcrito no parágrafo 1267 *supra*, que consiste num *email* de [Administrador SCC] de 14 de abril de 2016, recordem-se alguns documentos que contêm mensagens enviadas pelo próprio.

1276. O documento SCC124, que consiste num *email* de 29 de dezembro de 2011 enviado por [Administrador SCC] à sua interlocutora na Pingo Doce:

“[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],

Após a nossa reunião de ontem, fiquei de dar feedback sobre alguns pontos. Eis a minha resposta:

1. *Nets de Cergal - mantemos a nossa proposta original, com os aumentos de nets que vos comunicamos, já a partir de 1 de Janeiro. De qualquer forma, somos sensíveis aos vossos argumentos e, nesse sentido, aceitamos um débito em Janeiro no valor de 80 mil euros, desde que tenhamos a vossa resposta sobre os três pontos abaixo.*
2. *Novos preços de venda recomendados de Luso - preciso de uma data exacta em Fevereiro em que pensam implementar a nossa recomendação.*
3. *Novos preços de venda recomendados de Refrigerantes - preciso de uma data exacta em Fevereiro em que pensam implementar a nossa recomendação.*
4. *Aumento de preço de Sagres em Janeiro - aguardo seu feedback urgente sobre esta matéria uma vez que era um ponto já acordado previamente.*

Aguardo os seus comentários.

Cumprimentos”

1277. O documento SCC2023 de 14 de março de 2012, no qual pode ler-se a seguinte mensagem interna de [Administrador SCC] para um colaborador da SCC, sobre um folheto promocional da Pingo Doce:

"Sim, mas n respondas isso tudo por e-mail. Diz q 'como falado por telefone, a SCC nao financiara qq descida de preco de Luso nao acordada' ou qq coisa deste tipo".

1278.O documento SCC152 de 27 de abril de 2012 sobre o assunto “*talão*”, que consiste numa mensagem enviada por [Administrador SCC] para a sua interlocutora na Pingo Doce, em que se lê: “[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], *Como lhe havia afirmado ontem. Preço da 24x25c no Jumbo Alfragide corrigido*”.

1279.O documento SCC286 de 05 de março de 2013 sobre o assunto “*Shopping*”:

[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] [colaboradora SCC], amanha o PD sobe Luso 5,4L, 24x25, 24x33, 10x20, 1L. Preciso de facturas destes produtos nos jumbos alfragide, alverca, ITM Mafra, modelo defensores de chaves com o preco correcto AMANHA. Obg

1280.O documento SCC1503 de 07 de novembro de 2013, em que é o próprio [Administrador SCC] que dá a instrução “*Pf façam-me um plano com as datas previstas de subida por cliente e enviem-me hoje até ao fim do dia*”, e ainda a instrução “*É preciso re-alinhar com os outros clientes timings de preços. Pf vejam na reunião de equipa na 2ª feira*”.

1281.O documento SCC2890 de 17 de junho de 2014 sobre o assunto “*Vários*”:

“Preço de 24x25cl está mal na Sonae. Preço de 24x33cl está mal no PD.

Preço de Luso 5,4 está mal no Lidl assim como 10x20cl.

*No Colombo está um cartaz a dizer Radler com 50% desconto em cartão até Agosto...
Deve ser engano.*

Não vi ilhas de 15x20cl com Radler e é capa de folheto.

O estádio no PD de Linda a Velha e da Coca Cola e não nosso.

Está uma arca vertical Heineken no Colombo só com Sagres lá dentro O estádio no Colombo está bem mas temos pouca visibilidade da cx de 30 no espaço de feira.

O espaço com camarão em Linda a Velha está bem.

Roturas de Luso Tea nas 2 lojas - acho que está a vender e temos que conseguir mais espaço

Enviado do meu iPhone”

1282.O documento SCC2891 de 04 de janeiro de 2017 sobre o assunto “*Action*”:

“Olá, Somersby subiu preço. Accionar o nosso plano asap (alinhar primeiro). Obg

Sent from my iPhone"

- 1283.Na verdade, [Administrador SCC] não contesta que a prova revele o seu envolvimento.
- 1284.Tão-pouco contesta que tenha tido conhecimento direto dos comportamentos investigados ou que tenha adotado comportamentos que se traduziram na sua implementação.
- 1285.Contesta apenas o facto de ser visado pelo processo, ao contrário de outros intervenientes nas comunicações reveladas nos elementos de prova, ignorando o facto de exercer uma posição de liderança que acarreta uma responsabilidade pessoal, nos termos do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012.
- 1286.[Administrador SCC] também não alega quaisquer factos que afastem a ilicitude, a culpa ou a punibilidade dos comportamentos que lhe são imputados, nem quaisquer comportamentos no sentido da eliminação da prática ou da reparação dos prejuízos causados à concorrência.
- 1287.Resta, portanto, à AdC dar por provados os comportamentos que consubstanciam o envolvimento direto de [Administrador SCC] na prática investigada, nos termos do capítulo III.3.3.2 da presente Decisão.
- 1288.Quanto à duração do envolvimento de [Administrador SCC] na prática investigada, a AdC tomará em consideração não apenas o período de tempo em que exerceu as funções que lhe conferiam uma determinada posição de liderança na SCC, como os elementos de prova constantes do processo que demonstram o seu envolvimento direto na infração.
- 1289.Assim, a AdC conclui pela confirmação do envolvimento direto e pessoal de [Administrador SCC] na prática investigada, no período que decorreu entre 11 de janeiro de 2011 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo, posterior à data em que [Administrador SCC] assumiu o cargo de Diretor Comercial da SCC para o canal Off Trade - cf. documento SCC2012) e 07 de março de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente, num período em que [Administrador SCC] exercia ainda uma posição de liderança na SCC, enquanto membro do conselho de administração - cf. documento SCC2062).

III.3.3.3 Pingo Doce

1290. Sobre o envolvimento concreto da Pingo Doce na prática investigada, a matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que a Visada:

- (i) Manifesta à SCC a sua adesão a um determinado posicionamento futuro de PVP, no pressuposto de estar alinhada com as restantes insígnias, nos termos da informação fornecida pelo fornecedor, informando-o sobre a data em que está disposta a alterar os preços (cf. documentos SCC1503, SCC2720, SCC864, SCC865, JM644, SCC152, SCC278, SCC862, SCC486, SCC441, SCC444, SCC439, MCH1937, e ainda os documentos que integram a conversação n.º 7);
- (ii) É informada pela SCC sobre a adesão de insígnias concorrentes ao posicionamento futuro de PVP, sobre o calendário para o movimento dos preços e sobre a correção de desvios identificados (cf. documentos SCC1503, JM644, SCC2674 e SCC152);
- (iii) Implementa efetivamente o posicionamento de PVP concertado (cf. documentos SCC2864, SCC864, SCC862, SCC441, SCC444, SCC439, MCH1937, e ainda os documentos que integram a conversação n.º 15);
- (iv) Monitoriza o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através de informação que solicita expressamente à SCC para o efeito, reportando à SCC comportamentos desviantes de insígnias concorrentes (cf. documentos SCC160, JM644, SCC2674, SCC152 e SCC2460);
- (v) Pressiona a SCC para que esta atue junto de insígnias concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP (cf. documentos SCC160, SCC278, SCC2674 e SCC2460); e
- (vi) Adota comportamentos de retaliação com o intuito de pressionar a SCC e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (cf. documento JM415).

1291. É particularmente revelador do envolvimento concreto da Pingo Doce o conteúdo do documento SCC278, em que um colaborador da referida insígnia escreve ao seu interlocutor na SCC, “*Os preços recomendados serão adotados. Contudo o meu shopping indica que as lojas o Jumbo de Alverca e o Minipreço de S. Bento não estão a seguir os vossos preços recomendados*”.

1292. A Autoridade apreciará *infra*, no capítulo III.3.3.3.2 da presente Decisão, em maior detalhe, outros documentos que demonstram o envolvimento concreto da Pingo Doce na prática investigada.

III.3.3.3.1 Pronúncia da Visada

1293. Para além dos argumentos apresentados nos capítulos precedentes⁴⁰⁰ e sem prescindir, sobre o seu envolvimento na alegada infração a Pingo Doce argui que a AdC apreendeu 969 documentos, desentranhou 890 e utilizou apenas 6 documentos na Nota de Ilicitude em que a Visada surge como remetente/destinatário de emails⁴⁰¹.

1294. A respeito das conclusões da AdC sobre esses 6 documentos, a Pingo Doce alega:

- (i) O documento JM644 não revela qualquer acordo entre a SCC, a MCH e a Pingo Doce, que tenha havido contacto prévio entre a MCH e a SCC, nem como é que a Pingo Doce determinou o seu PVP, pelo que a única presunção admissível é a de que o PVP foi determinado unilateralmente pela Visada;
- (ii) O documento JM645 refere-se ao envio de PVP pretéritos, pelo que nada tem de ilegal;
- (iii) O documento JM704 revela a Pingo Doce a mostrar à SCC que os preços *sell-in* não lhe permitem ter a oferta mais competitiva e a SCC a mostrar à Pingo Doce que não é possível que o produto esteja em lojas concorrentes a preços inferiores, sem revelar consciência ou convivência da MCH;
- (iv) O documento JM415 revela apenas o envio de *shopping* ao fornecedor, pelo que nada tem de ilegal, demonstrando que existe concorrência, pois a Pingo Doce informa que vai reagir, exigindo à SCC que suporte a redução de PVP (a discussão é apenas vertical e a decisão sobre PVP é única e exclusivamente da Pingo Doce),

⁴⁰⁰ Cf. capítulos III.2.5, III.3.1.1.1, III.3.1.2.1 e III.3.1.3.1 da presente Decisão.

⁴⁰¹ A saber, documentos JM644 (2008), JM645 e JM704 (2009), JM415 (2013), JM41 e JM36 (2015) - Cf. pág. 83 e ss. da PNI Pingo Doce.

não havendo indício de que a SCC tenha transmitido informação à MCH ou que a MCH tenha consciência das opções da Pingo Doce;

- (v) O documento JM36 revela o envio de lista de PVPR e uma discussão interna sobre determinação de PVP, dado que a Pingo Doce tomou conhecimento (com base em fontes de informação públicas) que o MP faria folheto com PVP mais reduzidos, o que é normal no contexto em causa e nada tem de ilegal;
- (vi) O documento JM41 revela uma situação concreta em que a Pingo Doce reclama o facto de não ter condições para ser competitiva sem violar as PIRC⁴⁰².

1295. Quanto às conclusões da AdC constantes da alínea (i) do parágrafo 328 da Nota de Ilícitude, a Visada alega que não são verdade, que o mercado é extremamente concorrencial e que a dinâmica comercial implica negociação permanente de preços de compra e uma calendarização das ações que o fornecedor está disposto a comparticipar, sendo que para além do planeamento necessário, as decisões sobre PVP são sempre da Pingo Doce.

1296. Quanto à matéria de facto descrita por referência ao documento SCC2720, a Visada alega que diz respeito à Região Autónoma da Madeira, na qual a Visada não atua diretamente, mas através do Lidosol que tem autonomia comercial; não obstante, a Pingo Doce alega que o colaborador do Lidosol “*ignorou olimpicamente*” a pressão da SCC⁴⁰³.

1297. Quanto à matéria de facto descrita por referência à conversação n.º 7, a Visada alega tratar-se de um diálogo entre a SCC e a MCH que não faz referência à Pingo Doce; apenas o documento SCC1389 parece referir um “alinhamento”, mas não se percebe qual; quanto ao documento SCC1431, não se percebe se a MCH subiu efetivamente os PVP.

1298. Quanto à matéria de facto descrita por referência ao documento SCC1503, a Visada alega tratar-se de uma troca interna de emails da SCC, que desconhecia o PVP que a Pingo Doce ia praticar e que refere “*desconhecíamos por completo a ação da Sonae*”.

1299. Segundo a Visada, os concorrentes reagem aos folhetos uns dos outros, referindo-se a SCC a estas reações com “*convulsão*” e “*tempestade*”.

1300. Refere a Visada que o documento mostra a resposta feroz da Pingo Doce ao ato de concorrência da MCH, baixando os preços num ato que demonstra extrema autonomia

⁴⁰² *Idem*.

⁴⁰³ Cf. parágrafo 451 da PNI Pingo Doce.

comercial, para além de não dar garantias de aumentar os PVP, referindo apenas que se a SCC apoiar, talvez esteja disponível para reposicionar na 4^a feira, não fazendo depender a sua decisão de qualquer articulação com concorrentes.

1301. Quanto a [Administrador SCC], este revela total desconhecimento sobre o posicionamento da MCH - o *email* seguinte é dirigido ao Diretor do canal *on-trade*, sendo que todos os clientes são pressionados para alterar preços e as suas respostas são totalmente diferentes (constituindo uma mera previsão da SCC).

1302. Quanto às conclusões da AdC constantes da alínea *(ii)* do parágrafo 328 da Nota de Ilícitude, a Visada alega que os documentos SCC864, SCC862, SCC441, SCC444, SCC439 e MCH1937 são anteriores a 2013 e que, quanto à matéria de facto descrita por referência ao documento SCC2864, não há comprovativo do envio, da receção ou da leitura do *email*, que revela apenas que as insígnias não-visadas Lidl e Dia têm potencial consciência de coordenação (o facto de a Pingo Doce informar que vai implementar um PVP não significa nada), e quanto à matéria descrita por referência à conversação n.^o 15, a Pingo Doce não está envolvida, pelo que não prova um acordo entre concorrentes.

1303. Quanto à matéria de facto descrita por referência ao documento SCC2674, a Visada alega que não revela nenhuma horizontalidade, dado que a tabela não se destina à Pingo Doce, mas sim ao Lidosol, e o foco está nos preços de custo e na sua relação com PVPr.

1304. Quanto às conclusões da AdC constantes da alínea *v)* do parágrafo 328 da Nota de Ilícitude, a Visada alega que só relevam os documentos SCC2460 e SCC160 (outubro de 2012) e que a matéria de facto descrita por referência ao documento SCC2460 não demonstra consciência, intenção, nem concretiza um acordo, pois um retalhista pode legitimamente confrontar o fornecedor com o facto de um concorrente não estar a praticar um determinado nível de preços, com o intuito de conseguir melhores condições para a sua empresa.

1305. Quanto à matéria de facto descrita por referência à conversação n.^o 49, a Visada alega que está apenas em causa a relação entre a SCC e a Pingo Doce e o fornecimento de mercadorias para o 1.^º de maio, sendo evidente que a decisão é da Pingo Doce; o documento SCC1242 revela que a Pingo Doce não praticou o PVPr.

1306. A este propósito, a Visada junta à pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude um *email* de 18 de abril de 2016, enviado por [Confidencial - Dados Pessoais] sobre “Acções não acordadas”, para

sustentar que a SCC reagiu ao desalinhamento da Pingo Doce, recusando comparticipar a ação promocional⁴⁰⁴.

1307. A Visada impugna ainda as conclusões da AdC quanto à duração da infração que lhe é imputada, alegando que a AdC não apresenta um lastro probatório coerente que comprove a manutenção ininterrupta da infração, na medida em que sustenta a acusação que dirige à Visada em apenas 12 *emails*⁴⁰⁵, que distam entre si por períodos de tempo consideráveis⁴⁰⁶.

1308. Segundo a Visada, a AdC não pode afirmar que a Pingo Doce participou na prática durante os períodos de intermitência⁴⁰⁷.

1309. A Visada contesta ainda que a AdC recorra a prova indireta para fundamentar a imputação de uma infração tão gravosa e que a AdC recorra a um *email* interno da SCC para demarcar o fim do envolvimento da Pingo Doce na prática⁴⁰⁸.

III.3.3.2 Apreciação da Autoridade

1310. Relativamente aos argumentos apresentados nos capítulos precedentes a propósito da matéria de facto que consubstancia a prática investigada, a AdC remete para a sua apreciação nos capítulos III.3.1.2.2, III.3.1.3.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.2.1.2 da presente Decisão, nos termos da qual se dá por provada a factualidade descrita.

1311. Quanto ao envolvimento concreto da Pingo Doce na infração, analisam-se nos parágrafos subsequentes os argumentos de defesa da Visada relativamente aos comportamentos descritos no capítulo II.3.3.3 da Nota de Ilícitude.

1312. Relativamente ao documento JM644, decorre expressamente do seu conteúdo que a Pingo Doce reporta à SCC um PVP de 5,99 na loja da MCH de Estremoz e que a SCC informa que se trata de um erro de *shopping*, disponibilizando-se para apresentar um talão de compra comprovativo do erro, tendo a Pingo Doce confirmado a necessidade de talão para enviar à sua loja.

1313. Considerando o conteúdo descrito, é razoável concluir que a Pingo Doce está a reportar ao fornecedor um desvio da MCH face a um determinado posicionamento de PVP, que

⁴⁰⁴ Cf. anexo 17 à PNI Pingo Doce.

⁴⁰⁵ Cf. pág. 127 e ss. da PNI Pingo Doce.

⁴⁰⁶ *Idem*.

⁴⁰⁷ *Idem*.

⁴⁰⁸ *Idem*.

a SCC informa a Pingo Doce que se trata de um erro de *shopping* e que a Pingo Doce pretende um comprovativo de que se trata efetivamente de um erro, para garantir que a sua loja não responde a um “falso desvio” e alinha com o referido posicionamento desviado de PVP.

1314. Analisando este conteúdo à luz da globalidade da prova, é razoável concluir que a MCH e o Pingo Doce estão concertados, por via do fornecedor, em alinhar os PVP que vão praticar, demonstrando que a Pingo Doce fixa o seu PVP em função do posicionamento concertado e monitoriza a implementação desse posicionamento no mercado, de modo a justificar o seu próprio alinhamento com as restantes insígnias.

1315. Ou seja, a interpretação fornecida pela Pingo Doce não se revela consentânea com o teor do documento JM644, que revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Pingo Doce na conduta em causa nos termos imputados.

1316. Relativamente ao documento JM645, decorre expressamente do seu conteúdo que a Pingo Doce envia à SCC os resultados de *shopping* para um conjunto de produtos do fornecedor em 8 lojas das insígnias MCH, Auchan, Lidl, Minipreço e Pingo Doce.

1317. A leitura dos resultados indica que: (i) apenas duas lojas Auchan, uma loja Minipreço e uma loja Pingo Doce estão desviadas do PVP de 1,29 em cerveja com álcool Sagres 1 Litro Tara Perdida; (ii) apenas uma loja Auchan está desviada do PVP 3,30 em cerveja com álcool Sagres 33 cl lata; (iii) apenas uma loja Minipreço está desviada do PVP 0,29 em cerveja com álcool Sagres 20 cl Tara Retornável; (iv) todas as lojas estão alinhadas com o PVP 3,19 em cerveja Sagres Preta Tara Perdida 33 cl; (v) apenas uma loja Auchan está desviada do PVP 3,19 em cerveja Sagres 33 cl Tara Perdida; (vi) apenas uma loja Auchan e duas lojas Minipreço estão desviadas do PVP 0,33 em cerveja com álcool Sagres 33 cl Tara Retornável; (vii) apenas uma loja MCH e uma loja Minipreço estão desviadas do PVP 2,99 em cerveja Sagres zero por cento 33 cl tara Perdida; (viii) apenas uma loja MCH e uma loja Auchan estão desviadas do PVP 6,49 em cerveja Sagres 25 cl tp L24P20; (ix) apenas uma loja MCH está desviada do PVP 0,30 em Agua do Luso 50 cl; (x) apenas uma loja Auchan está desviada do PVP 0,84 em JOI Laranja 1,5 litros; (xi) todas as lojas estão alinhadas com o PVP 3,19 em cerveja Sagres Bohemia D’ouro 33 cl Tara Perdida; (xii) apenas uma loja MCH, uma loja Auchan e uma loja Minipreço estão desviadas do PVP 0,40 em Agua do Luso 1,5 Litros; (xiii) uma loja MCH e uma loja Pingo Doce estão com o PVP 4,49 e uma loja Pingo Doce e uma loja Auchan estão com o PVP 3,99 em cerveja Sagres 10x33 cl Tara Perdida; (xiv) apenas

uma loja Pingo Doce e duas lojas Auchan estão desviadas do PVP 0,99 em Agua do Luso 5 litros; e (xv) apenas duas lojas Auchan estão desviadas do PVP 2,66 em Formas Luso Natural 50 cl.

1318. Considerando o conteúdo descrito, é razoável concluir que: (i) a Pingo Doce monitoriza os movimentos de alteração de PVP no mercado, em particular nas insígnias MCH, Auchan, Lidl e Minipreço; (ii) a Pingo Doce reporta os resultados à SCC; (iii) a SCC dá *feedback* do reporte à Pingo Doce, mas prefere fazê-lo ao telefone; (iv) há uma paridade de PVP entre as várias insígnias diametralmente oposta à teoria da concorrência efetiva e feroz; (v) a MCH é a empresa de distribuição Visada que está mais vezes alinhada com o posicionamento de PVP mais alto e com o PVP predominante; (vi) a Pingo Doce é a empresa de distribuição Visada que está mais vezes alinhada com o PVP da MCH; (vii) a Auchan é a empresa de distribuição Visada que está mais vezes desalinhada com o PVP predominante, embora alinhe recorrentemente.

1319. Analisando este conteúdo à luz da globalidade da prova, é razoável concluir que: (i) há uma atuação concertada entre insígnias para subir os PVP em determinada data; (ii) a Pingo Doce monitoriza os movimentos de alteração de PVP no mercado para controlo das subidas de PVP combinadas, reportando à SCC os resultados dessa monitorização para que a SCC atue junto das empresas desviantes; (iii) a MCH lidera e dá impulso às iniciativas de subida de PVP; (iv) a Pingo Doce é a empresa de distribuição Visada que mais alinha com a MCH; (v) a Auchan é a empresa de distribuição Visada que está mais vezes desalinhada, embora alinhe recorrentemente.

1320. Concluindo, a interpretação fornecida pela Pingo Doce não se revela consentânea com o teor do documento JM645, que revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Pingo Doce na conduta em causa nos termos imputados.

1321. Relativamente ao documento JM704, decorre expressamente do seu conteúdo que a SCC envia à Pingo Doce um talão de compras comprovativo de determinado posicionamento de PVP numa insígnia concorrente em Ponte de Sôr, que a Pingo Doce não manifesta qualquer reação ao talão recebido, limitando-se a solicitar à SCC o envio de mais talões relativos a outras lojas.

1322. Cumpre salientar que não há qualquer evidência da negociação entre a Pingo Doce e a SCC de condições negociais em função dos PVP praticados pela concorrência.

1323. Considerando o conteúdo descrito, é razoável concluir que a Pingo Doce pretende apenas confirmar o alinhamento do mercado com um determinado posicionamento de PVP, sendo notório que a Pingo Doce não utiliza a informação fornecida pela SCC para reclamar quaisquer condições negociais mais vantajosas.

1324. Analisando este conteúdo à luz da globalidade da prova, é razoável concluir que a Pingo Doce solicita à SCC que lhe forneça meios de prova do posicionamento de PVP no mercado, de modo a garantir que todas as empresas de distribuição visadas (incluindo a própria Pingo Doce) estão alinhadas com os PVP pré-fixados e com os movimentos de subida de PVP concertados.

1325. Ou seja, a interpretação fornecida pela Pingo Doce não se revela consentânea com o teor do documento JM704, que revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Pingo Doce na conduta que lhe é imputada.

1326. Relativamente ao documento JM415, decorre expressamente do seu conteúdo que a Pingo Doce envia à SCC os resultados de *shopping* para um conjunto de produtos do fornecedor em 6 lojas das insígnias MCH, ITMP, Auchan e Lidl, destacando com sombreado cinzento e encarnado os PVP que estão desviados do PVP predominante para cada produto, informando o fornecedor que vai reagir ao desvio da Auchan em cerveja Imperial 33 cl e solicitando ao fornecedor que esclareça sobre o regresso do mercado ao PVP antigo, caso contrário a Pingo Doce procede ao reposicionamento, deixando assim implícito que o seu comportamento de alinhamento com um determinado posicionamento depende de esta assegurar um comportamento concertado das insígnias concorrentes.

1327. Cumpre salientar que não há qualquer referência à negociação de condições mais vantajosas entre a Pingo Doce e a SCC.

1328. Considerando o conteúdo descrito, é razoável concluir que: (i) a Pingo Doce monitoriza os movimentos de alteração de PVP no mercado, em particular nas insígnias MCH, Auchan, Lidl e ITMP; (ii) a Pingo Doce reporta os resultados à SCC, questionando o fornecedor sobre os PVP que se apresentam desviados face ao PVP predominante e ameaçando o fornecedor com o seu reposicionamento de PVP, caso o fornecedor não garanta o alinhamento do mercado; (iii) há uma paridade de PVP entre as várias insígnias diametralmente oposta à teoria da concorrência efetiva e feroz; (iv) a MCH é a empresa de distribuição Visada que está mais vezes alinhada com o posicionamento de PVP mais alto e com o PVP predominante; (v) a Auchan e a ITMP são as empresas

de distribuição visadas que estão mais vezes desalinhadas com o PVP predominante, embora alinhem recorrentemente.

1329. Analisando este conteúdo à luz da globalidade da prova, é razoável concluir que: (i) as insígnias visadas estão concertadas, por via do fornecedor, em alinhar os seus PVP em determinada data; (ii) a Pingo Doce monitoriza os movimentos de alteração de PVP no mercado para controlo das subidas de PVP concertadas, reportando à SCC os resultados dessa monitorização para que a SCC atue junto das empresas desviantes; (iii) a Pingo Doce pressiona e exerce coação sobre o fornecedor para que este garanta o alinhamento de PVP no mercado e as subidas concertadas; (iv) a MCH lidera e dá impulso às iniciativas de subida de PVP; (v) a Auchan e a ITMP são as empresas de distribuição visadas que estão mais vezes desalinhadas, embora alinhem recorrentemente.

1330. Ou seja, a interpretação fornecida pela Pingo Doce não se revela consentânea com o teor do documento JM415, que revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Pingo Doce na conduta nos termos imputados.

1331. Relativamente ao documento JM36, decorre expressamente do seu conteúdo que no dia 13 de fevereiro de 2015 a SCC envia uma lista de PVPR para a Pingo Doce para implementação a partir do dia 18 de fevereiro de 2015 e que no dia 16 de fevereiro de 2015 os interlocutores da SCC e da Pingo Doce comunicam verbalmente entre si e concordam no envio pela SCC de nova lista de PVPR, pelo facto de o Minipreço não planejar alterar na data de 18 de fevereiro de 2015 agendada.

1332. Cumpre salientar que não há qualquer evidência de que a Pingo Doce tenha tomado conhecimento das intenções da Minipreço sobre posicionamento futuro de PVP por via de um folheto; pelo contrário, esta informação surge na sequência do contacto com o interlocutor da SCC, tudo indicando que esta informação é veiculada pela própria SCC.

1333. De todo o modo, independentemente da fonte da informação sobre o PVP na Minipreço, há provas muito concretas de que a alteração do posicionamento de PVP depende do alinhamento de todas as insígnias, referindo-se no *email* que a lista de PVPR enviada pela SCC será alterada em conformidade com a atualização da informação sobre o posicionamento de PVP pela Minipreço.

1334. Considerando o conteúdo descrito, é razoável concluir que: (i) a SCC informa a Pingo Doce sobre os PVPR para todas as insígnias e sobre o calendário para o movimento de

subida de PVP no mercado; (ii) a SCC fornece à Pingo Doce informação sobre quaisquer alterações ao calendário para o movimento dos PVP no mercado; (iii) a alteração de PVP no mercado é feita de forma conjunta e alinhada pelas insígnias; (iv) a Pingo Doce fixa os seus PVP em função da informação fornecida pela SCC.

1335. Analisando este conteúdo à luz da globalidade da prova, é razoável concluir que: (i) as insígnias visadas estão concertadas, por via do fornecedor, em alinhar os PVP que vão praticar em determinada data; (ii) essa concertação é alcançada por via da SCC, que veicula a informação sobre os PVP pré-fixados e calendário para a respetiva implementação entre as insígnias; (iii) a Pingo Doce participa nesta prática concertada e define o seu posicionamento de PVP em função da informação fornecida pela SCC, participando de forma consciente no plano comum de subida de PVP de mercado.

1336. Ou seja, também neste caso, a interpretação fornecida pela Pingo Doce não se revela consentânea com o teor do documento JM36, que revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Pingo Doce na conduta que lhe é imputada.

1337. Relativamente ao documento JM41, decorre expressamente do seu conteúdo que a Pingo Doce reencaminha para a SCC um pedido de ajuda para escoamento de stock com validade curta proveniente de uma loja sua em Mirandela, informando o fornecedor que a loja ITMP da zona de referência está a vender a um PVP substancialmente mais baixo.

1338. Considerando o conteúdo descrito, é razoável concluir que a Pingo Doce solicita à SCC a participação financeira para reduzir os PVP com o intuito de escoar stock e alinhar com os PVP concorrentes.

1339. Analisando este conteúdo à luz da globalidade da prova, é razoável concluir que a SCC é pressionada pelas empresas de distribuição visadas, designadamente pela Pingo Doce, para viabilizar/comparticipar vendas a PVP reduzidos (face aos combinados) e o alinhamento dos PVP de mercado.

1340. A concertação organizada pela SCC entre as insígnias visadas concorrentes não se manifesta assim apenas na subida de PVP como também no alinhamento deste em ações de promoção.

1341. Ou seja, a interpretação fornecida pela Pingo Doce não se revela consentânea com o teor do documento JM41, que revela evidências que contribuem de forma relevante para contextualizar os comportamentos investigados.

1342. Relativamente ao documento SCC2720, decorre expressamente do seu conteúdo que se trata de uma cadeia de *emails* ocorrida entre 12 e 16 de maio de 2015, sobre o assunto “*Tabela PVPR’s Madeira Maio 2015*”, em que o gestor da conta Pingo Doce Ilhas na SCC envia aos seus interlocutores na referida insígnia uma solicitação expressa para reposicionar PVP de determinados produtos no dia 19 de maio, alertando para a importância do alinhamento de PVP na data agendada para que a subida de preços fosse simultânea em todo o país, informando o colaborador do Pingo Doce, em resposta, que a sua insígnia não poderá reposicionar os PVP na referida data por motivos promocionais, relembrando que a subida de PVP em causa estava combinada para o dia 2 de junho e que, na melhor das hipóteses, poderiam tentar reposicionar no dia 26 de maio.

1343. Decorre ainda do referido conteúdo que, na sequência, o gestor da conta Pingo Doce Ilhas na SCC relembra o seu interlocutor na Pingo Doce que se trata de uma estratégia nacional e que a Pingo Doce deve estar alinhada com as restantes insígnias, perguntando se é possível subir os PVP dos produtos que não estão em campanha, tendo o interlocutor da Pingo Doce respondido que iria tentar alterar as referências que não estivessem em promoção, para o que necessitaria que a SCC enviasse novamente o ficheiro com os códigos PD.

1344. Considerando o conteúdo descrito, é razoável concluir que: (i) há uma estratégia nacional com o objetivo de subir os PVP, em simultâneo, em todo o país; (ii) essa estratégia é alcançada por via do fornecedor, que garante que as empresas participantes se mantêm alinhadas com os movimentos de preços concertados; (iii) a Pingo Doce participa nesta estratégia; (iv) neste caso concreto, a Pingo Doce discorda com a data agendada para a subida simultânea dos PVP em todo o país, alegando que a data combinada era o dia 02 de junho de 2015, embora se disponibilize para fazer a alteração no dia 26 de maio de 2015, alinhando com o movimento no dia 19 de maio de 2015 em alguns produtos que não tenha em promoção.

1345. Como referido no capítulo III.3.1.1.2 da presente Decisão, o facto de o documento em causa se referir às Ilhas não lhe retira relevância probatória, para além do que, tal como referido expressamente no próprio documento, trata-se de uma estratégia nacional, tendo em vista a subida de PVP, em simultâneo, em todo o país.

1346. Acresce que a discordância da Pingo Doce se refere unicamente ao calendário de movimento dos PVP, não havendo qualquer evidência de desacordo relativamente aos PVP concretamente pré-fixados.

1347. Não pode deixar de salientar-se também o facto de o Pingo Doce se disponibilizar, afinal, para alterar alguns produtos na data pretendida, informando a SCC sobre a data em que vai reposicionar os PVP dos restantes produtos, ficando assim alinhada com as restantes insígnias.

1348. Concluindo, a interpretação fornecida pela Pingo Doce não se revela consentânea com o teor do documento SCC2720, que revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Pingo Doce na conduta em causa nos termos imputados.

1349. Relativamente à conversação nº 7, decorre expressamente do seu conteúdo que se trata de uma conversação entre a SCC e a MCH ocorrida entre 21 e 31 de outubro de 2014, sobre o assunto “CICLO Promo ÁGUAS”, nos termos da qual a SCC comunica à MCH a calendarização para o reposicionamento de PVP de vários produtos do seu *portfolio* (movimentos a ocorrer nos dias 22 de outubro e 5 de novembro, consoante os produtos), referindo expressamente que “*Está tudo confirmado com estas datas. Se houver algo em contrário aviso-te*”, tendo a MCH confirmado que alinhava na alteração prevista para o dia 22 de outubro, não obstante tentar negociar a alteração prevista para dia 5 de novembro, solicitando à SCC que garantisse o alinhamento das insígnias concorrentes para o dia 3 de novembro.

1350. A conversação nº 7 não pode deixar de ser lida em conjunto com a conversão nº 15, também ela contestada pela Visada Pingo Doce a propósito do seu alegado envolvimento, cujo conteúdo revela expressamente conversações entre a SCC e a MCH relativas à monitorização da subida de PVP concertada nos termos da conversação nº 7, referindo a SCC expressamente “*De qualquer forma como podes ver PD está OK....*” (cf. documento MCH576) e respondendo a MCH “*Sim PD está ok. Mas numa subida de PVPs de Mercado, e tendo em conta o número de artigos, deixa-me desconfortável o IP da categoria ao momento*” (cf. documento MCH577).

1351. As conversações nº 7 e 15 devem ainda ser lidas em conjunto com o documento SCC1355, cujo conteúdo revela expressamente a afirmação da MCH de que “*Mais uma vez só um player nos acompanhou nesta subida*” e a afirmação da SCC “*Continuamos com os Jumbos~todos mal*”.

1352. Considerando o conteúdo das três conversações descritas, é razoável concluir que: (i) está em causa mais um movimento conjunto entre insígnias de “*subida de PVPs de Mercado*” nos produtos do *portfolio* da SCC, desta vez nas “AGUAS”, nos meses de outubro e novembro de 2014; (ii) a MCH procura liderar a definição do calendário para

a implementação da subida de PVP, solicitando à SCC que garanta o alinhamento na data por si pretendida; (iii) a MCH monitoriza a implementação deste movimento nas “AGUAS”, reporta os desvios à SCC, pressionando o fornecedor para que garanta a sua correção e o alinhamento entre todas as insígnias; (iv) o Pingo Doce estava alinhado com o objetivo comum, tendo participado no movimento de subida de PVP na data agendada; (v) o Pingo Doce foi o único *player* que acompanhou a MCH na subida de PVP na data agendada; (vi) a Auchan não estava alinhada na data agendada.

1353. Ou seja, a interpretação fornecida pela Pingo Doce não se revela consentânea com o teor das conversações n.º 7 e 15 que, em conjunto com o documento SCC1355, revelam evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Pingo Doce na conduta que lhe é imputada.

1354. Relativamente ao documento SCC1503, no que respeita ao envolvimento da Pingo Doce, decorre expressamente do seu conteúdo que a Pingo Doce reagiu ao desvio da MCH relativamente à data agendada para a subida de PVP de mercado em Água do Luso (vários formatos) em novembro de 2013, baixando os PVP e pressionando a SCC para que esta lhe garantisse condições financeiras para avançar com ações promocionais que lhe permitissem alinhar com o posicionamento da MCH, não obstante ter sido informada pela SCC sobre a data em que a MCH iria alinhar com o posicionamento de PVP definido.

1355. Decorre ainda expressamente do conteúdo do documento SCC1503 que a Pingo Doce afirmou estar disposta a subir os PVP na 4^a feira seguinte, não reagindo ao posicionamento da MCH, se a SCC lhe concedesse as condições pretendidas.

1356. A sequência da conversação plasmada no documento SCC1503 revela ainda que SCC e Pingo Doce discutiram por contacto telefónico as condições pretendidas pela Pingo Doce, tendo a SCC cedido à pressão e consentido comparticipar financeiramente as ações promocionais da insígnia que, em troca, se comprometeu a subir os PVP no dia 20 de novembro.

1357. Refira-se ainda que, em resultado desta negociação com a Pingo Doce, [Administrador SCC] alerta os seus colaboradores para a necessidade de realinhar o calendário com as restantes insígnias, de modo a garantir uma subida de PVP de mercado conjunta entre insígnias, simultânea em todo o país.

1358. Considerando o conteúdo descrito, é razoável concluir que: (i) está em causa mais um movimento conjunto entre insígnias de subida de PVP de mercado nos produtos do

portfolio da SCC (Agua do Luso, vários formatos), no mês de novembro de 2013; (ii) a MCH não participou no movimento de PVP na data agendada, embora a SCC tivesse a informação de que a MCH faria o movimento na 2^a feira seguinte; (iii) a SCC forneceu à Pingo Doce a informação de que a MCH alinharia no movimento de subida de PVP na 2^a feira seguinte; (iv) a Pingo Doce não contesta o movimento conjunto de subida de PVP, apenas utilizou o desvio da MCH na data combinada para pressionar a SCC a comparticipar ações promocionais, estabelecendo essa condição para o seu alinhamento no movimento de subida de PVP; (iv) a SCC aceitou comparticipar ações promocionais da Pingo Doce e a Pingo Doce comprometeu-se a alinhar no movimento de subida de PVP no dia 20 de novembro de 2013.

1359. Ou seja, também neste caso, a interpretação fornecida pela Pingo Doce não se revela consentânea com o teor do documento SCC1503, que revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Pingo Doce nos comportamentos nos termos que lhe são imputados.

1360. Relativamente ao documento SCC2674, a AdC pressupõe que haja alguma confusão na defesa apresentada pela Pingo Doce, uma vez que o referido *email* não contém nenhuma tabela de preços dirigida à Lidosol.

1361. Na realidade, o conteúdo do documento SCC2674 refere-se expressamente ao reporte pela SCC à Pingo Doce da correção de um desvio da MCH nos PVP praticados na Madeira.

1362. Este documento, lido em conjunto com os documentos SCC2460 (também ele impugnado pela Visada) e SCC2337, revela que a Pingo Doce teria sinalizado à SCC o desvio de PVP da MCH na Madeira, tendo a SCC reencaminhado o desvio detetado e o pedido de correção à sua interlocutora na MCH, que confirmou à SCC que os PVP já teriam sido corrigidos.

1363. Neste sentido, partindo do princípio que, como referido no capítulo III.3.1.1.2 da presente Decisão, o facto de o documento se referir às Ilhas não lhe retira relevância probatória, o conteúdo dos documentos SCC2460, SCC2337 e SCC2674 permite razoavelmente concluir que a Pingo Doce participa conscientemente nos movimentos de subida de PVP concertados, monitorizando a sua implementação, sinalizando à SCC os desvios detetados, sendo informada pela SCC da respetiva correção e alinhamento por insígnias concorrentes (neste caso, a MCH).

1364. Concluindo, a interpretação fornecida pela Pingo Doce não se revela consentânea com o teor dos documentos SCC2337, SCC2460 e SCC2674 que, em conjunto, revelam evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Pingo Doce na conduta em causa, nos termos imputados.
1365. Relativamente à conversação n.º 49, decorre expressamente do seu conteúdo que a SCC oferece à Pingo Doce uma comparticipação financeira em ação promocional em Sagres formato 24x33 cl comemorativa do aniversário da ação do Pingo Doce que ficou conhecida por “Primeiro de Maio”, na condição da Pingo Doce cumprir o PVP de 5,59 em Sagres formato 15x20 cl em duas semanas consecutivas de Abril de 2016 e o PVP de 9,99 na referida ação “Primeiro de Maio”.
1366. Cumpre salientar que, conforme expressamente referido na conversação n.º 49, a negociação destas ações ficou diretamente a cargo das Direções Comerciais da SCC e da Pingo Doce.
1367. O documento apresentado pela Pingo Doce em anexo à sua defesa, que consiste num *email* de 18 de abril de 2016, enviado por um colaborador da SCC à Pingo Doce sobre “*Acções não acordadas*”, efetivamente revela que a Pingo Doce não cumpriu o PVP de 5,59 combinado em Sagres formato 15x20 cl nas duas semanas consecutivas de Abril de 2016 (Anexo 17 à PNI Pingo Doce).
1368. Sucede que estes documentos não podem deixar de ser lidos em conjunto com o documento SCC1242, que consiste num *email* de 14 de abril de 2016, sobre o assunto “*Rev Man Council – Pingo Doce*”, enviado por [Administrador SCC] a alguns membros do conselho de administração da SCC, cujo conteúdo revela o contexto em que as referidas ações são negociadas entre a SCC e a Pingo Doce.
1369. Conforme verificado nos parágrafos 1267 e 1268 da presente Decisão, o referido documento SCC1242 evidencia que SCC, MCH e Pingo Doce discutiram o posicionamento futuro de PVP de ambas as insígnias, designadamente face à necessidade da Pingo Doce recuperar o desvio que registava face ao objetivo anual de vendas.
1370. Dada a intenção da Pingo Doce em fazer ações promocionais que contribuissem para recuperar o referido desvio (em volume), a SCC decidiu participar algumas ações, estabelecendo a condição da Pingo Doce respeitar um determinado PVP mínimo, alinhado com as restantes insígnias, para limitar uma “*convulsão*” e garantir algum alinhamento nos PVP de mercado.

1371. Analisando este conteúdo à luz da globalidade da prova, é razoável concluir que: (i) a Pingo Doce discute com a SCC, e por via da SCC, com a MCH, o posicionamento futuro de PVP de mercado, partilhando com a SCC informação sobre o seu posicionamento futuro e recebendo da SCC informação sobre o posicionamento futuro de insígnias concorrentes; (ii) a SCC comparte financeiramente ações promocionais das insígnias, com o intuito de garantir o alinhamento dos PVP de mercado.

1372. Refira-se ainda que o facto de a Pingo Doce não ter cumprido o PVP de 5,59 combinado em Sagres formato 15x20 cl, não significa que não tenha cumprido o PVP fixado para a ação “Primeiro de Maio”, não sendo possível descortinar na prova junta aos autos qualquer evidência nesse sentido.

1373. Concluindo, a interpretação fornecida pela Pingo Doce não se revela consentânea com o teor da conversação n.º 49 que, lida em conjunto com o documento SCC1242, revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Pingo Doce nos comportamentos em causa nos termos imputados.

1374. Relativamente aos documentos SCC864, SCC862, SCC441, SCC444, SCC439 e MCH1937, a defesa da Pingo Doce parece efetivamente encaminhar-se para a discordância das conclusões da AdC, no entanto, refere apenas no parágrafo 446 da PNI “*Centremo-nos, por economia de meios, nos e-mails de 2013 e diante*” e no parágrafo 501 da PNI “*6 das trocas de emails são anteriores a 24.9.2013 e também já referidas no ponto anterior (por ordem cronológica, SCC862, SCC864, SCC441, SCC444, SCC439 e MCH1937)*” (sublinhado da Pingo Doce).

1375. Não sendo possível descortinar quais os argumentos que levam a Visada a contestar de facto as conclusões da AdC relativas aos documentos SCC864, SCC862, SCC441, SCC444, SCC439 e MCH1937, a AdC dá por provada a interpretação e conclusões sobre os referidos documentos já apresentadas na presente Decisão.

1376. Relativamente ao documento SCC2864, decorre expressamente do seu conteúdo que um colaborador da SCC solicita na 2ª feira (dia 07 de abril de 2014) aos seus colegas talões para a 4ª feira seguinte (dia 09 de abril de 2014) relativos às lojas Pingo Doce Linda-a-Velha, Continente Amadora, Jumbo Amadora e Jumbo Alfragide e ITMP, para apresentar à Lidl na 5º feira (dia 10 de abril de 2014) à 1ª hora e que, quanto à loja Pingo Doce Linda-a-Velha, “*Já ok do cliente*”.

1377. Considerando o conteúdo descrito, é razoável concluir quanto ao envolvimento da Pingo Doce que: (i) o colaborador da SCC comunicou verbalmente com a sua interlocutora na

Lidl sobre o PVP do *pack 6x1,5 Litros* em 07 de abril de 2014 (2º feira), comprometendo-se a apresentar-lhe, até à 1ª hora da 5º feira seguinte talões de compra demonstrativos do posicionamento de PVP nas insígnias Pingo Doce, MCH, Auchan, DIA e ITMP, para que a Lidl pudesse adotar o PVP concertado na referida 5º feira⁴⁰⁹; (ii) o colaborador da SCC já teria comunicado verbalmente com o seu interlocutor na Pingo Doce que já teria dado o seu OK ao movimento de PVP para 4ª feira (dia 09 de abril de 2014).

1378. Analisando este conteúdo à luz da globalidade da prova, é razoável concluir que: (i) trata-se de mais uma subida conjunta de PVP de mercado, desta vez, no *pack 6x1,5 Litros*, em abril de 2014; (ii) o movimento de subida de PVP foi concertado entre as insígnias Pingo Doce, MCH, Auchan, DIA, ITMP e Lidl; (iii) de acordo com o calendário da subida de PVP, as insígnias Pingo Doce, MCH e Auchan fariam o movimento de PVP na 4ª feira (dia 09 de abril de 2014), a Dia faria o movimento na 5ª feira (dia 10 de abril de 2014), a ITMP faria o movimento no sábado (dia 12 de abril de 2014) e a Lidl faria o movimento na 2ª feira (dia 14 de abril de 2014); (iv) a concertação da subida conjunta de PVP de mercado foi alcançada por via da SCC, que estabeleceu contacto verbal com cada insígnia, organizando o calendário com a disponibilidade de cada insígnia para a implementação da subida conjunta; (v) na 2ª feira (dia 07 de abril de 2014), a SCC tinha já o OK da Pingo Doce para o movimento de subida na 4ª feira (dia 09 de abril de 2014).

1379. Ou seja, a interpretação fornecida pela Pingo Doce não se revela consentânea com o teor do documento SCC2864, que revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Pingo Doce na conduta que lhe é imputada.

1380. Por fim, relativamente ao documento SCC160, não obstante parecer que a defesa da Pingo se encaminha para impugnar as conclusões da AdC, refere apenas no parágrafo 541 da sua pronúncia escrita “Só são relevantes, considerando o critério correctamente adoptado pela Visada, o email **SCC2460** (de 19 e 20.4.2016), pois mesmo o outro “novo” indício (SCC160) é de Outubro de 2012” (sublinhado da Pingo Doce).

1381. Não sendo possível descortinar quais os argumentos que levam a Visada a impugnar de facto as conclusões da AdC relativas ao documento SCC160, a AdC dá por provada a interpretação e conclusões retiradas e já apresentadas na presente Decisão e prossegue com a apreciação da defesa da Visada.

⁴⁰⁹ Cf. documento SCC2877 de conteúdo análogo.

1382. Quanto à impugnação das conclusões da AdC constantes do parágrafo 328 da Nota de Ilicitude, cumpre referir, como ponto de partida, que nos termos da apreciação melhor desenvolvida nos capítulos III.3.1.2.2, III.3.1.3.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.2.1.2 da presente Decisão, a AdC dá por provada a matéria de facto que revela comportamentos que traduzem uma concertação de PVP entre as empresas de distribuição visadas, alcançada por via do fornecedor.

1383. A prova junta ao processo revela que as empresas de distribuição visadas manifestam a sua anuênciam com determinado posicionamento futuro de PVP de forma livre, espontânea e esclarecida, no pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias, nos termos da informação fornecida pelo fornecedor (cf. documentos SCC862, SCC278, SCC1503, SCC2864, SCC2877, SCC11, SCC1857, SCC1358, MCH367 e conversações n.º 7, 9, 30, 33 e 34).

1384. A prova revela que há casos em que são as próprias insígnias que solicitam ao fornecedor a indicação do PVP ou condições financeiras para poderem praticar os PVP pré-fixados (cf. documentos SCC11, MCH367, SCC1503 e MCH1054).

1385. A prova revela ainda que são as empresas de distribuição visadas que definem o calendário para o movimento de alteração e subida conjunta dos PVP de mercado, dado que são as referidas empresas que informam o fornecedor sobre a data em que pretendem que o movimento aconteça, solicitando-lhe expressamente que as informe sobre a data em que as suas concorrentes estão dispostas a alterar os PVP, incumbindo-o de garantir o alinhamento entre insígnias (cf. documentos SCC862, SCC1503, SCC2864, SCC2877, SCC11, SCC1857, SCC1358, MCH367 e conversações n.º 7, 30 e 34).

1386. A implementação dos PVP pré-fixados é posteriormente objeto de monitorização por todos os intervenientes, num esforço contínuo de identificação, sinalização e correção de desvios ao posicionamento e calendário concertados, suscitando ações de retaliação quando o alinhamento não acontece (cf. capítulos III.3.1.3, III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão).

1387. Mas em que se traduzem, então, os comportamentos da Pingo Doce e qual é, afinal, o seu grau de participação na prática investigada?

1388. Decorre da apreciação da AdC constante dos capítulos III.3.1.2.2, III.3.1.3.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.2.1.2 da presente Decisão, bem como da apreciação desenvolvida nos parágrafos precedentes ao conjunto de elementos de prova expressamente

impugnados pela Visada, que os comportamentos da Pingo Doce se traduzem em: (i) manifestar à SCC o seu acordo expresso com um determinado posicionamento futuro de PVP, no pressuposto de estar alinhada com as restantes insígnias, nos termos da informação fornecida pelo fornecedor; (ii) informar a SCC sobre a data em que está disposta a alterar os PVP; (iii) implementar efetivamente o posicionamento de PVP concertado; (iv) monitorizar a implementação, pelas demais Visadas, do posicionamento de PVP concertado, reportando à SCC desvios; (v) pressionar a SCC para que esta 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 a SCC e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente combinado.

1389. Em síntese, os elementos de prova utilizados pela AdC para demonstrar a infração revelam de forma séria, precisa e concordante 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 de subida de PVP de mercado, tendo conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas de distribuição visadas na prossecução do objetivo comum.

1390. Quanto aos argumentos da Visada para contestar a duração que é atribuída ao seu envolvimento na prática investigada na Nota de Ilicitude, cumpre esclarecer que as conclusões da AdC nesta matéria têm em consideração o conjunto de elementos de prova utilizados para demonstrar a infração e o envolvimento das pessoas visadas na Nota de Ilicitude e, igualmente, na presente Decisão.

1391. A AdC fundamenta, assim, as suas conclusões a respeito da duração do envolvimento de cada pessoa visada num conjunto vasto e abundante de elementos de prova que, ao contrário do referido pela Visada, constitui um lastro probatório coerente e consistente que comprova a manutenção ininterrupta da infração, inexistindo qualquer elemento de prova que evidencie que a Visada tenha alguma vez posto fim aos seus comportamentos ou deles se tenha distanciado.

1392. Não obstante e ainda que se verifiquem períodos de intermitência, a AdC não poderá também ignorar a existência nos autos de prova irrefutável de um conjunto de circunstâncias que revelam um secretismo associado à prática investigada, como referido no capítulo III.3.2.1.2 da presente Decisão e ilustrado na análise do documento SCC2864 nos parágrafos precedentes.

1393. Quanto à utilização de um *email* interno da SCC para demarcar o fim do envolvimento da Pingo Doce na prática investigada, a AdC recorda que, nos termos melhor desenvolvidos no capítulo III.3.1.1.2 da presente Decisão, para os quais se remete, essa circunstância não retira aptidão probatória ao documento, nos termos do n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012.

1394. A AdC forma, assim, a sua convicção de que a Pingo Doce iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 14 de outubro de 2008 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento JM644), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 7 de março de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento SCC2062).

1395. A AdC dá, assim, por provados os comportamentos descritos no capítulo III.3.3.3 da presente Decisão, imputáveis à Pingo Doce, concluindo, portanto, pelo seu envolvimento direto na prática investigada.

III.3.3.4 MCH

1396. Sobre o envolvimento concreto da MCH na prática investigada, a matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que a Visada:

- (i) Manifesta à SCC a sua adesão a um determinado posicionamento futuro de PVP, no pressuposto de estar alinhada com as restantes insígnias, nos termos da informação fornecida pelo fornecedor, informando-o sobre a data em que está disposta a alterar os preços (cf. documentos SCC253, SCC271, SCC290, SCC864, SCC865, SCC1503, SCC2337, SCC2775, MCH367, MCH591, MCH896, MCH900, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 7, n.º 21, n.º 33 e n.º 34);
- (ii) É informada pela SCC sobre a adesão de insígnias concorrentes ao posicionamento futuro de PVP, sobre o calendário para o movimento dos preços e sobre a correção de desvios identificados (cf. documentos SCC1428, MCH896, MCH900, MCH1718, MCH1720 e ainda os documentos que integram as conversações n.º 7, 15, 21 e 33);
- (iii) Implementa efetivamente o posicionamento de PVP concertado (cf. documentos SCC864, JM644, SCC271, SCC2674, MCH1718, SCC2775, SCC2337, MCH1937 e SCC253, e ainda os documentos que integram a conversação n.º 21);

- (iv) Monitoriza o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através de informação que solicita expressamente à SCC para o efeito, reportando à SCC comportamentos desviantes de insígnias concorrentes (cf. documentos MCH900, SCC1355, SCC261, SCC271, SCC290, MCH1718, SCC486, SCC441, SCC444, SCC439, e ainda os documentos que integram as conversações n.º 15, n.º 21, n.º 33 e n.º 43);
- (v) Pressiona a SCC para que esta atue junto de insígnias concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP (cf. documentos SCC271, SCC290, MCH420, MCH591, e ainda os documentos que integram a conversação n.º 15 e n.º 21); e
- (vi) Adota comportamentos de retaliação com o intuito de pressionar a SCC e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (cf. documentos SCC271 e MCH910).

1397. É particularmente revelador do envolvimento concreto da MCH o conteúdo da conversação n.º 34, em que um colaborador da referida insígnia escreve ao seu interlocutor na SCC, “*Preciso de saber quando vai ser feito o reposicionamento em todas as insígnias pois neste momento estamos com PVP's superiores. É um tema bastante prioritário*”.

1398. Ou o conteúdo do documento SCC271, em que uma colaboradora da MCH escreve às suas interlocutoras na SCC, “*informo que reagimos para amanhã ao preço do Pingo Doce no artigo acima referido (9.99), dado hoje termos pedido confirmação do mesmo e o preço se manter. [...] Já tive de justificar este desvio hoje, pelo que quando a situação se encontrar regularizada no nosso concorrente, voltaremos ao preço correcto*”.

1399. Ou o conteúdo do documento MCH420, em que um colaborador da MCH escreve ao seu interlocutor na SCC, “*Como podemos trabalhar em conjunto com um fornecedor que se diz parceiro, e como podemos construir uma gestão de categoria conjunta quando faltam pilares que sustentem esta relação de parceria? Neste momento, não conseguimos compreender esta posição passiva da SCC relativamente a este tema*”.

1400. Ou ainda o conteúdo do documento MCH591, em que um colaborador da MCH escreve à sua interlocutora na SCC no dia 5 de setembro de 2014, “*Como falámos, volto a frisar a importância de no dia 10 de Setembro o PVP deste artigo estar alinhado*”.

1401. A Autoridade apreciará *infra*, no capítulo III.3.3.4.2 da presente Decisão, em maior detalhe, o envolvimento concreto da MCH na prática investigada.

III.3.3.4.1 Pronúncia da Visada

1402. Conforme melhor desenvolvido nos capítulos III.3.1.1.1, III.3.1.2.1, III.3.1.3.1, III.3.1.4.1, III.3.1.5.1 e III.3.2.1.1 da presente Decisão, a defesa da MCH alicerça-se no argumento de que a prova utilizada pela AdC para demonstrar uma infração revela apenas uma negociação intensa, em permanente ebullição, 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 mercado⁴¹⁰.

1403. De forma peremptória, a MCH assegura que os PVP praticados variam constantemente e escassas vezes correspondem aos PVPRs, o que sucede apenas quando os interesses comerciais próprios da MCH coincidem com a recomendação do fornecedor⁴¹¹.

1404. A MCH alega que não existe troca de comunicações 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 Illicitude ocorrem⁴¹².

1405. Para além dos argumentos elencados nos capítulos precedentes da presente Decisão, a MCH abstém-se de contestar a análise e conclusões da AdC sobre elementos de prova concretos, em particular aqueles que na Nota de Illicitude estabelecem a conexão entre a infração e a Visada, recorrendo às suas considerações gerais sobre os comportamentos investigados para refutar a acusação de que é alvo e afastar qualquer participação na prática que lhe é imputada.

III.3.3.4.2 Apreciação da Autoridade

1406. 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

⁴¹⁰ Cf. também capítulo III.2.5 da presente Decisão.

⁴¹¹ Cf. §§ 366 e ss. da PNI MCH.

⁴¹² Cf. §§ 9, 12, 13, 27, 33, 34, 39 e 42 da PNI MCH.

Ihe são imputados, a AdC conclui pela improcedência da defesa, pelas razões a seguir indicadas.

1407.Nos termos melhor desenvolvidos nos capítulos III.3.1.2.2, III.3.1.3.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.2.1.2 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.

1408.Com efeito, a prova junta ao processo revela que as empresas de distribuição visadas manifestam o seu consentimento com determinado posicionamento futuro de PVP de forma livre, espontânea e esclarecida, no pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias, nos termos da informação fornecida pelo fornecedor (cf. parágrafo 931 e seguintes da presente Decisão).

1409.Mais do que isso, a prova revela que há casos em que são as próprias insígnias que solicitam ao fornecedor a indicação do PVP ou condições financeiras para poderem praticar os PVP pré-fixados (cf. parágrafo 934 e seguintes da presente Decisão).

1410.A prova revela ainda que são as empresas de distribuição visadas que definem o calendário para o movimento de alteração e subida conjunta dos PVP de mercado, dado que são as referidas empresas que informam o fornecedor sobre a data em que pretendem que o movimento aconteça, solicitando-lhe expressamente que as informe sobre a data em que as suas concorrentes estão dispostas a alterar os PVP, incumbindo-o de garantir o alinhamento entre insígnias (cf. parágrafo 942 e seguintes da presente Decisão).

1411.A implementação dos PVP pré-fixados é posteriormente objeto de monitorização por todos os intervenientes, num esforço contínuo de identificação, sinalização e correção de desvios ao posicionamento e calendário combinados, suscitando ações de retaliação quando o alinhamento não acontece (cf. capítulos III.3.1.3, III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão).

1412.Tal como expressamente constatado no capítulo III.3.2.1.2 da presente Decisão, os comportamentos evidenciados na prova revelam inclusivamente que as insígnias comunicam efetivamente entre si.

1413.Essa comunicação ocorre por uma de três possibilidades: (i) a SCC recolhe a informação junto de cada insígnia e fornece-a a insígnias concorrentes; (ii) a SCC reencaminha *emails* provenientes de uma insígnia diretamente para insígnias

concorrentes; (iii) a SCC dá sequência a solicitações de insígnias junto de concorrentes, ainda que sem reencaminhar as mensagens recebidas.

1414. Há, portanto, nos autos, prova irrefutável de que existe, de facto, comunicação entre as empresas de distribuição visadas sobre uma fixação conjunta de PVP com o intuito de implementar uma subida conjunta de PVP de mercado, não obstante essa comunicação ocorrer por via de contactos estabelecidos com o fornecedor.

1415. A AdC formou, assim, a sua convicção de que a prova junta ao processo revela não só uma negociação intensa entre fornecedor e retalhistas, mas também um conjunto de evidências muito claras que contribuem, de forma séria, precisa e concordante para fundamentar a existência de comportamentos qualificáveis como uma prática restritiva da concorrência, imputável às empresas de distribuição visadas.

1416. Em que se traduzem, então, os comportamentos da MCH e qual é, afinal, o seu grau de participação na prática investigada?

1417. Decorre da apreciação da AdC constante dos capítulos III.3.1.2.2, III.3.1.3.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.2.1.2 da presente Decisão, que os comportamentos da MCH se traduzem em: (i) manifestar à SCC o seu acordo expresso com um determinado posicionamento futuro de PVP, no pressuposto de estar alinhada com as restantes insígnias, nos termos da informação fornecida pelo fornecedor; (ii) informar a SCC sobre a data em que está disposta a alterar os preços; (iii) implementar efetivamente o posicionamento de PVP concertado; (iv) monitorizar a implementação do posicionamento de PVP concertado, reportando à SCC desvios; (v) corrigir desvios que ela própria possa cometer; (vi) pressionar a SCC para que esta atue junto de insígnias desviantes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP; (vii) adotar comportamentos de retaliação com o intuito de pressionar a SCC e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado.

1418. Sucede que os elementos de prova descritos na presente Decisão revelam que, mais do que participar regularmente na prática investigada, a MCH desempenha, muitas vezes, um papel de destaque na concertação entre as empresas de distribuição visadas (cf. documentos SCC261, SCC271, SCC1355, MCH910 e conversações n.º 7, 15, 21, 33 e 34).

1419. Com efeito, não só a prova é mais abundante ao longo de todo o período de tempo considerado e o teor de cada elemento mais explícito relativamente à MCH, como a prova revela que a MCH está diretamente envolvida em todos os comportamentos

identificados, sendo recorrentemente a dinamizadora da prática, no sentido em que é a MCH que solicita à SCC que obtenha informação junto de insígnias concorrentes (sobre a concertação de preços e sobre o calendário para a sua implementação), 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 SCC.

1420. A prova demonstra também que a MCH é a empresa de distribuição Visada que está mais vezes alinhada com o posicionamento de PVP concertado e que, portanto, lidera e dá impulso às iniciativas de subida de PVP (cf. análise aos documentos JM645 e JM415 nos parágrafos 1316 a 1319 e 1326 a 1329 da presente Decisão).

1421. Neste sentido, não pode deixar de recordar-se o teor dos seguintes documentos:

1422. A conversação n.º 34:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 12 de Agosto de 2014 16:18
To: [REDACTED]
Subject: RE: PVP's Madeira

[REDACTED]

Em 1º lugar peço-te que envies os mails diretamente para mim.. já não estou a usar o user da V.
Em relação aos PVP's precisamos de falar asap. Em quase todos sugeris algo superior ao que tenho. Em apenas um deles estamos em desacordo. Preciso de saber quando vai ser feito o reposicionamento em todas as insígnias pois neste momento estamos com PVP's superiores. É um tema bastante prioritário.

Melhores cumprimentos,

[REDACTED]
Analista de Preço Cervejas e Águas
Direcção Comercial Alimentar - Soft Drinks

1423. A conversação n.º 15, que tem origem no reporte da MCH à SCC do incumprimento do posicionamento combinado relativo a vários formatos de Água do Luso, podendo ler-se as seguintes mensagens consecutivas da MCH para a SCC:

“[Confidencial - Dados Pessoais] Até 2F pelo menos o PVP da Luso 5.4L tem de estar alinhado”;

“Abaixo recolhas de dia 26 Outubro. Precisamos da vossa colaboração”

“Boa tarde, Relembro este tema. Ao dia de ontem, tudo estava igual. Amanhã esta situação tem que estar ok”.

1424. Ainda na conversação n.º 15, pode ler-se a seguinte mensagem da MCH para a SCC:

“Sim PD está ok. Mas numa subida de PVPs de Mercado, e tendo em conta o número de artigos, deixa-me desconfortável o IP da categoria ao momento”.

1425.O documento SCC1355, no qual é possível ler a seguinte mensagem da MCH para a SCC:

“[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Mais uma vez só um player nos acompanhou nesta subida. Preciso do teu feedback”.

1426.A conversação n.^o 7, que tem início numa mensagem da SCC para a MCH com o calendário para o reposicionamento de PVP de alguns produtos do portfolio do fornecedor:

[SCC] “Olá [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],

De acordo com o que falamos abaixo segue calendarização de águas.

Está tudo confirmado com estas datas. Se houver algo em contrário aviso-te. Verifica e dá-me feedback nomeadamente relativamente a Fruta!

Relativamente a Luso Lisa peço especial atenção uma vez que os efeitos são a partir de amanhã (22/10)”.

[MCH] “*Precisamos que este movimento de PVPs em águas seja feito no dia 3 (Segunda-Feira). Conseguem garantir-me este alinhamento?*”

1427.Aliás, no documento MCH339 que faz parte integrante da conversação n.^o 7, é possível ler o seguinte email interno da MCH, “[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Avançamos na mesma com a subida na 2^a Feira? A M garante que 4^aF estamos alinhados”, que ilustra bem o facto de a MCH liderar os movimentos de subida de PVP de mercado, dando conforto aos demais para alinharem e aderirem ao movimento de subida conjunta combinado.

1428.Na conversação n.^o 40 de 30 de maio de 2014 também é possível ler que a MCH subiu os PVP de Sagres 24x33cl no dia 30 de maio de 2014 conforme previsto, não obstante as outras insígnias só subirem Sagres 24x33cl e Sagres 15x33cl no dia 04 de junho de 2014 e Sagres 24x25cl no dia 11 de junho de 2014.

1429.Os comportamentos adotados pela MCH servem assim, muitas vezes, para dar impulso aos comportamentos investigados e para garantir que o objetivo de subida de PVP é cumprido.

1430.A AdC forma, portanto, a sua convicção de que a MCH participa ativamente na prática investigada, tendo o propósito expresso de contribuir, e contribuindo efetivamente de forma preponderante, através do seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum de subida de PVP de mercado, tendo conhecimento dos

comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas de distribuição visadas na prossecução do objetivo comum.

1431. Quanto à duração do envolvimento da MCH na prática investigada, com base na matéria de facto considerada provada na presente Decisão, a AdC forma a sua convicção de que a MCH iniciou a sua participação nos comportamentos investigados, pelo menos, em 13 de março de 2008 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento SCC261), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 07 de março de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento SCC2062).

1432. A AdC dá, assim, por provados os comportamentos descritos no capítulo III.3.3.4 da presente Decisão, imputáveis à MCH, concluindo, portanto, pelo seu envolvimento direto na prática investigada, com um grau de participação preponderante face às demais empresas de distribuição visadas.

III.3.3.5 [Diretor MCH]

1433. [Diretor MCH] foi responsável pela direção da unidade de negócio “Soft Drinks” da MCH entre 1 de maio de 2014 e 28 de fevereiro de 2015 (Cf. capítulo III.1.2.1 da presente Decisão)⁴¹³.

1434. O seu nome surge diretamente associado a 39 documentos considerados relevantes para efeitos de prova no processo, designadamente os documentos MCH591, MCH1056, e os documentos que integram as conversações n.º 6, 7, 21, 34, 52, 56 e 76.

1435. Em concreto, existe um conjunto de documentos que revela que [Diretor MCH] tinha efetivamente conhecimento direto da factualidade descrita na presente Decisão, na medida em que consistem em *emails* enviados e recebidos com o seu conhecimento direto – neste sentido, veja-se o conteúdo do documento MCH591 (parágrafo 1114 *supra*) e dos documentos que integram as conversações n.º 7 (parágrafo 872 *supra*), n.º 21 (parágrafo 1043 *supra*), n.º 34 (parágrafos 893 a 896 *supra*), n.º 56 (parágrafo 874 *supra*) e n.º 76 (Anexo 1 à presente Decisão).

1436. Mas existem ainda documentos que revelam que [Diretor MCH] desempenhava um papel ativo na implementação da prática *sub judice*, designadamente dando instruções

⁴¹³ Após essa data, passou a desempenhar funções de Diretor de Unidade de Negócio / *Business Unit Manager* da Unidade Organizacional de Limpeza do Lar da MCH.

concretas aos seus colaboradores sobre os comportamentos a adotar pela MCH neste contexto – neste sentido, veja-se os documentos que integram a conversação n.º 7 (parágrafo 872 *supra*).

III.3.3.5.1 *Pronúncia de [Diretor MCH]*

1437. [Diretor MCH] divide a sua defesa em dois capítulos, da incidência subjetiva e da incidência objetiva da Nota de Ilícitude.
1438. No primeiro capítulo, conclui que não existe prova no processo que evidencie o seu conhecimento sobre os comportamentos ou o alegado acordo⁴¹⁴.
1439. [Diretor MCH] alega que a AdC se limita a listar documentos, sem explicar as evidências que deles retira, nem que atos concretos são dignos de censura.
1440. Segundo [Diretor MCH], as comunicações identificadas no parágrafo 325 da Nota de Ilícitude consubstanciam meros exemplos do mercado a funcionar e do desempenho das suas funções.
1441. A título de exemplo, [Diretor MCH] refere que os documentos identificados no parágrafo 169 da Nota de Ilícitude nem sequer evidenciam o alegado “alinhamento”, pois o que estaria “acordado” não ocorreu no momento planeado.
1442. No segundo capítulo, conclui que a matéria de facto constante da Nota de Ilícitude não consubstancia uma conduta anticoncorrencial, pois os *emails* constantes do processo refletem tão-somente o regular e normal exercício comercial⁴¹⁵.
1443. Segundo [Diretor MCH], é normal que um *player* neste mercado analise, estude e interprete os preços de outros *players*, tente alinhar os seus PVP com os da concorrência, questione o fornecedor sobre a sua competitividade, ameaçando-o com a suspensão de compras, caso este não lhe conceda melhores condições.
1444. [Diretor MCH] alega que para existir um acordo anticoncorrencial seria necessário um *plus* que a AdC não concretiza, pois interpretou de forma errónea expressões como “alinhamento” ou “posicionamento” – de acordo com o seu entendimento, não se trata de alinhar/posicionar com os restantes *players*, mas de alinhar/posicionar produtos com o mercado, no sentido de ser competitivo.

⁴¹⁴ Cf. parágrafos 11 a 41 da PNI [Diretor MCH].

⁴¹⁵ Cf. parágrafos 42 a 71 da PNI [Diretor MCH].

III.3.3.5.2 Apreciação da Autoridade

1445. Quanto à impugnação da incidência objetiva da Nota de Ilícitude, a AdC remete para a sua apreciação nos capítulos III.3.1.2.2, III.3.1.3.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.2.1.2 precedentes, nos termos da qual se conclui pela improcedência das defesas apresentadas e pela demonstração da existência de comportamentos qualificáveis, nos termos que se desenvolverão *infra*, no capítulo do Direito, como uma prática restritiva da concorrência.
1446. Quanto à impugnação da incidência subjetiva da Nota de Ilícitude, no que se refere ao envolvimento concreto de [Diretor MCH], recordem-se alguns documentos utilizados na Nota de Ilícitude, reexaminados na presente Decisão.
1447. O documento MCH1056 de julho 2014 sobre “*Posicionamento de preços*” que, lido em conjunto com a conversação n.º 13, revela a reação da MCH à incapacidade da SCC para obter a confirmação do movimento de PVP pela Pingo Doce (principal concorrente da MCH) em Água do Luso formato 5,4 Litros na data pretendida pela MCH, não obstante a SCC dispor já da confirmação da Auchan.
1448. No referido documento é possível ler a seguinte mensagem de um colaborador da MCH para [Diretor MCH]: “*devido à baixa de PVP dos seguintes artigos no PD, fui obrigado a reagir. Tanto Unicer como Scc disseram que iam repor a situação, porém nada conseguiram até ao dia de hoje. Dado à especificidade destes artigos não posso de maneira nenhuma manter-me mais dias acima*”⁴¹⁶.
1449. É, portanto, razoável concluir que [Diretor MCH] teve conhecimento direto destes factos.
1450. A conversação n.º 6 de julho e agosto de 2014 que revela um movimento de subida dos PVP de mercado em vários produtos de cerveja do *portfolio* da SCC agendado para os dias 6 e 27 de agosto de 2014.
1451. Na referida conversação é possível ler a seguinte mensagem enviada pelo próprio [Diretor MCH] para a SCC:
- “*Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],*
Para além dos 5 artigos já validados pelo [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], informo
que vamos subir, também no dia 5, as seguintes referências:

⁴¹⁶ O produto do *portfolio* da SCC em causa é Água do Luso formato 5,4 Litros.

3662248 - CERV. C/ALC. T/P SAGRES 6*33CL

4289117 - CERVEJA C/ALC. LATA SAGRES 6*25CL

3035502 - CERV. C/ALC. LATA SAGRES 6*33CL

3769112 - CERV.S/ALCOOL T/P PRETA SAGRES 6*33CL

3037529 - CERV. S/ALCOOL T/P SAGRES 6*33CL

3036204 - CERV. C/ALC. T/P SAGRES BOHEMIA 6*33CL

3036037 - CERV. C/ALC. PRETA T/P SAGRES 6*33CL

4630408 - CERVEJA S/ÁLCOOL LATA SAGRES 6*33CL

Todas as outras referências estão com ações promocionais gravadas, pelo que não podem sofrer alterações de PVP.

Relembro que vamos proceder de modo excepcional e não voltaremos a validar subidas de PVPs de artigos gravados em campanhas”.

1452. É, portanto, razoável concluir que [Diretor MCH] não só teve conhecimento direto destes factos, como desempenhava um papel ativo na adoção dos comportamentos investigados, estabelecendo a comunicação direta com a SCC, informando o fornecedor sobre o posicionamento futuro de PVP da MCH.

1453. A conversação n.º 21 de agosto de 2014, descrita nos parágrafos 1043 e 1082 da presente Decisão, que revela toda a pressão que é exercida pela MCH sobre a SCC para que esta garanta a correção do desvio da Pingo Doce face ao PVP pré-fixado em AguaÁgua do Luso formato 6x1,5 Litros.

1454. Toda esta conversação é estabelecida com o conhecimento direto de [Diretor MCH], pelo que é, portanto, razoável concluir que [Diretor MCH] teve conhecimento direto destes factos.

1455. A conversação n.º 34, de agosto de 2014, descrita nos parágrafos 893 a 896, 943, 1397 e 1422 da presente Decisão, que revela a troca de informação entre a MCH e a SCC sobre o alinhamento dos PVP de mercado em produtos do portfolio da SCC na Madeira e que a MCH informa a SCC sobre o seu posicionamento futuro de PVP e pressiona o fornecedor para que este garanta o reposicionamento pelas restantes insígnias.

1456. Toda esta conversação é estabelecida com o conhecimento direto de [Diretor MCH], pelo que é, portanto, razoável concluir que [Diretor MCH] teve conhecimento direto destes factos.

1457. O documento MCH591 de setembro de 2014 sobre “Sagres 24*20” que revela mais um movimento de subida dos PVP de cerveja Sagres formato 24x20 e que a MCH está a pressionar a SCC para garantir o alinhamento das restantes insígnias na data por si pretendida (10 de setembro de 2014).

1458. No referido documento é possível ler a seguinte mensagem da MCH para a SCC, com conhecimento direto de [Diretor MCH]: “[Conf. DP], Como falámos, volto a frisar a importância de no dia 10 de Setembro o PVP deste artigo estar alinhado. Estamos a fechar folhetos e estamos a assumir um risco elevado”.

1459. É, portanto, razoável concluir que [Diretor MCH] teve conhecimento direto destes factos.

1460. A conversação n.º 7 de outubro de 2014, analisada em conjunto com as conversações n.º 15 e 56 nos parágrafos 872, 947, 1349 a 1352, 1426 e 1427 da presente Decisão, que revela mais um movimento conjunto entre insígnias de “subida de PVPs de Mercado” em Água do Luso (vários formatos) nos meses de outubro e novembro de 2014 e que a MCH procura liderar a definição do calendário para a implementação da subida de PVP, solicitando à SCC que garanta o alinhamento na data por si pretendida, monitorizando a implementação deste movimento e reportando os desvios à SCC, pressionando o fornecedor para que garanta a sua correção e o alinhamento entre todas as insígnias.

1461. Para além de estar em conhecimento em toda a conversação, é a [Diretor MCH] que o colaborador da MCH que estabelece as comunicações com a SCC pede autorização para movimentar os PVP, lendo-se a seguinte mensagem no documento MCH339: “[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Avançamos na mesma com a subida na 2ª Feira? A M garante que 4ªF estamos alinhados”.

1462. É, portanto, razoável concluir que [Diretor MCH] não só teve conhecimento direto destes factos, como desempenhava um papel de liderança, tendo o poder de decisão sobre o movimento dos PVP no âmbito da prática investigada.

1463. A AdC forma, assim, a sua convicção de que a versão dos factos apresentada por [Diretor MCH] não se revela consentânea com a prova junta aos autos, concluindo que [Diretor MCH] teve conhecimento direto da prática investigada e adotou comportamentos que se traduziram na sua implementação.

1464. [Diretor MCH] também não alega quaisquer factos que afastem a ilicitude, a culpa ou a punibilidade dos comportamentos que lhe são imputados, nem quaisquer

comportamentos no sentido da eliminação da prática ou da reparação dos prejuízos causados à concorrência.

1465. Resta, portanto, à AdC dar por provados os comportamentos que consubstanciam o envolvimento direto de [Diretor MCH] na prática investigada, nos termos do capítulo III.3.3.5 da presente Decisão.

1466. Quanto à duração do envolvimento de [Diretor MCH] na prática investigada, a AdC tomará em consideração não apenas o período de tempo em que exerceu as funções que lhe conferiam uma determinada posição de liderança na SCC, como os elementos de prova constantes do processo que demonstram o seu envolvimento direto na infração.

1467. Assim, a AdC conclui pela confirmação do envolvimento direto e pessoal de [Diretor MCH] na prática investigada, no período que decorreu entre 09 de julho de 2014 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo, posterior à data em que [Diretor MCH] iniciou as funções de responsável pela direção da unidade de negócio “Soft Drinks” da MCH - cf. documento MCH1056) e 06 de novembro de 2014 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente, num período em que [Diretor MCH] exercia ainda uma posição de liderança na MCH - cf. documento SCC1355).

III.3.3.6 ITMP

1468. Sobre o envolvimento concreto da ITMP na prática investigada, a matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que a Visada:

- (i) Manifesta à SCC a sua adesão a um determinado posicionamento futuro de PVP, no pressuposto de estar alinhada com as restantes insígnias, nos termos da informação fornecida pelo fornecedor, informando-o sobre a data em que está disposta a alterar os preços (cf. documentos SCC1503, SCC2864, SCC2877, SCC1857, SCC865, SCC1358 e conversação n.º 7);
- (ii) É informada pela SCC sobre a adesão de insígnias concorrentes ao posicionamento futuro de PVP discutido, sobre o calendário para o movimento dos preços e sobre a correção de desvios identificados (cf. documentos SCC1358 e SCC290);
- (iii) Implementa efetivamente o posicionamento de PVP concertado (cf. documentos SCC1503, SCC2864, SCC1857 e SCC1760);

- (iv) Monitoriza o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através de informação que solicitava expressamente à SCC para o efeito, reportando à SCC comportamentos desviantes de insígnias concorrentes (cf. documentos SCC1857 e SCC1996);
- (v) Pressiona a SCC para que esta atue junto de insígnias concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP no mercado (cf. documentos SCC1996 e SCC2863); e
- (vi) Adota comportamentos de retaliação com o intuito de pressionar a SCC e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente combinado (cf. documento SCC1996).

1469. É particularmente revelador do envolvimento concreto da ITMP o conteúdo do documento SCC1857, que consiste numa cadeia de *emails* entre a SCC e esta Visada, em que se lê:

[SCC] “Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],

Partilho contigo o plano que tínhamos para esta semana no ITM:

[plano]

Agora comparamos com o folheto:

[folheto]

Sabes da importância que é ter a 30x25cl nesta fase já com o preço correcto ou eventualmente a comunicar apenas 50%.

Adicionalmente, não fazemos promoções em Sagres sem álcool.

Bohemima deveria estar com 30%.

Mesmo a Sagres 24x33cl, deveria ser 12,29 Euros.

Peço a tua ajuda para que isto não volte a acontecer.

Isto vai gerar reacções no mercado, e problemas para todos.

Peço que vejas o plano para a frente e partilhes comigo os eventuais riscos que poderemos correr”.

[ITMP] “Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Penso que o [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] te tenha confirmado as ações.

Falámos sobre este tema várias, vezes, porque estava-mos a falar do nosso Aniversário que foi validado já com alguma antecedência.

Concordamos fazer as alterações de PVP's no Aniv 5;

Sagres 0.20L TR = 0.45€

Sagres 30x0.25L = 11.99€

Sagres 20x0.25L = 8.99€

[SCC] “*Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], De acordo. Mas no meu plano, e respondi o mesmo ao [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] para esta semana não inclui nem Sagres 30x25cl nem Sagres SA.*

Está feito. Vamos tentar alinhar estes pormenores para que tudo corra bem para a frente”.

[ITMP] “[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], A minha intenção é estar 100% alinhados convosco. Mantem-se a reunião de dia 29/09?”.

1470. A Autoridade apreciará *infra*, no capítulo III.3.3.6.2 da presente Decisão, em maior detalhe, documentos que demonstram o envolvimento concreto da ITMP na prática investigada.

III.3.3.6.1 Pronúncia da Visada

1471. Para além dos argumentos elencados nos capítulos precedentes⁴¹⁷ da presente Decisão e sem prescindir, a defesa da ITMP alicerça-se no facto de não ter atividade no retalho alimentar, dedicando-se apenas ao aprovisionamento das sociedades que exploram, a jusante, unidades comerciais sob a insígnia INTERMARCHÉ (“Franqueadas” ou “Aderentes”)⁴¹⁸.

1472. Segundo defende, a sua atividade consiste, portanto, na aquisição de produtos a fornecedores para revenda às Franqueadas e no desenvolvimento da marca INTERMARCHÉ, mediante a realização de ações promocionais e a prestação de apoio

⁴¹⁷ Cf. capítulos III.3.1.2.1, III.3.1.3.1, III.3.1.4.1 e III.3.1.5.1 da presente Decisão.

⁴¹⁸ Cf. capítulo III.1.5 da presente Decisão e capítulos III.1 e III.7 da PNI ITMP.

às franqueadas, operando a montante do mercado de retalho alimentar, no qual a insígnia INTERMARCHÉ atingiu, no ano de 2010, a quota máxima de 13,15%⁴¹⁹.

1473. Segundo a ITMP, o contrato de franquia que regula a relação das Franqueadas com o Grupo INTERMARCHÉ⁴²⁰ não inclui nenhuma obrigação de aprovisionamento exclusivo junto das filiais do Grupo; não obstante, as Franqueadas comprometem-se a aprovisionar-se prioritária e preferencialmente junto dessas filiais, sendo a sua taxa média anual de compras à visada ITMP medida pelo que se designa por “taxa de fidelidade”⁴²¹.

1474. Não obstante, dado que aconselha PVP máximos às Franqueadas, a ITMP assegura que pauta o seu relacionamento com as sociedades que aprovisiona pelo total respeito pela sua independência comercial⁴²².

1475. Para além disso, pode ler-se na PNI ITMP o seguinte:

“a visada ITMP não estabeleceu, ao longo de qualquer dos anos de 2008 a 2017 e com referência aos produtos identificados nos autos, qualquer acordo, qualquer entendimento ou prática concertada com a SCC e, ou, com as demais visadas, tendente a uma “estabilização dos PVP”;

“Nem deu causa a qualquer “mecanismo de coação” ou de “retaliação” para induzir os PVP dos produtos identificados na NI”;

“nem tal seria possível, dado que as sociedades detentoras das unidades comerciais exploradas sob a insígnia INTERMARCHÉ são livres de fixar os PVP’s que entenderem, salvo quanto ao preço máximo nas ações promocionais a nível nacional e às quais decidam aderir”⁴²³.

1476. A Visada considera que não existe prova de troca de informação sensível entre a ITMP e a SCC e que os documentos referidos nos parágrafos 333 a 335 da Nota de Ilicitude não constituem indícios da participação da Visada em qualquer estratégia com as demais visadas.

⁴¹⁹ Cf. capítulo III.4 da PNI ITMP.

⁴²⁰ Cf. documento n.º 2 anexo à PNI ITMP.

⁴²¹ Cf. capítulos III.2 e III.6 da PNI ITMP. Segundo a Visada, a taxa de fidelidade andou, no período que decorreu entre os anos 2007 e 2017, entre os 65,57% e os 80,88 no mercado das bebidas.

⁴²² Cf. capítulo III.1 da PNI ITMP.

⁴²³ Cf. §108, 110 e 111 da PNI ITMP.

1477. Conclui a ITMP com a afirmação de que não deu, em nenhum momento, ordens ou instruções aos seus representantes para realizarem qualquer ação de alinhamento, de reposicionamento ou de fixação de PVP⁴²⁴.

III.3.3.6.2 Apreciação da Autoridade

1478. Analisada a Pronúncia da ITMP em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos utilizados na presente Decisão para demonstrar as condutas que lhe são imputadas bem como considerando os documentos juntos à Pronúncia da Visada e as diligências complementares de prova realizadas em fase de instrução, a AdC conclui pela improcedência da defesa, pelas razões a seguir indicadas.

1479. A relação entre o Grupo Intermarché (ou Agrupamento), do qual a Visada ITMP é uma filial, e as Franqueadas (ou Aderentes) é regulada por diversos instrumentos, designadamente a Carta dos Mosqueteiros, um Contrato de Adesão e um Contrato de Insígnia.

1480. Pode ler-se no parágrafo 2 do preâmbulo da Carta dos Mosqueteiros, a propósito dos Aderentes:

*“Essas pessoas singulares, dirigentes de empresas independentes, renunciaram a parte da sua autonomia criando laços de interdependência com o objetivo de criarem em conjunto um agrupamento”*⁴²⁵.

1481. Com base nos referidos instrumentos, esses laços de interdependência são criados a vários níveis.

1482. Por exemplo, o Agrupamento, através da sua representante em Portugal, detém uma participação de 10% nas sociedades de exploração detidas maioritariamente pelos Aderentes e goza de um direito de preferência na eventual transmissão da quota do Aderente, ainda que constitua um direito de usufruto sobre 80% da sua quota a favor do Aderente (cf. artigo 6.1.1 da Carta dos Mosqueteiros).

1483. Outro exemplo é a regra do “*Tiers Temps*”, nos termos da qual os Aderentes dedicam obrigatoriamente um terço do seu tempo de trabalho às filiais do Grupo, incluindo a ITMP, desempenhando as tarefas inerentes à atividade dessas filiais (cf. artigo 7 da Carta dos Mosqueteiros).

⁴²⁴ Cf. capítulo III.14 da PNI ITMP.

⁴²⁵ Cf., no mesmo sentido, considerando J do Contrato de Insígnia.

1484. Os Aderentes estão também vinculados a uma “taxa de fidelidade”, nos termos da qual se obrigam a comprar, prioritária e preferencialmente, à Visada ITMP uma determinada percentagem definida pelo Agrupamento.
1485. Segundo [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], este *racio* reflete “o nível de fidelidade que as lojas têm na compra à central. O que sabe dizer é que este racio é medido em valor, correspondendo a um determinado percentual do total do volume de vendas de cada loja”⁴²⁶.
1486. “Questionado sobre o que significa taxa de Fidelidade e como se mede, o Declarante [[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]] esclareceu que se trata de um racio que é calculado em função das vendas do ponto de venda relativamente às compras à central, valorizadas em termos de PVP. Por exemplo, se o volume de negócios do Declarante for 100.000€ em determinado mês e, nesse mesmo período, as suas compras à central se valorizarem em termos de PVP em 80.000€, a sua taxa de Fidelidade corresponderá a 80%. É valorizado em PVP porque é o elemento mais rigoroso”⁴²⁷.
1487. Estas regras constituem, na verdade, uma moeda de troca, pelo facto de o Agrupamento se dotar de um conjunto de estruturas comuns que têm por único objetivo servir os Aderentes (cf. artigo 9.9 da Carta dos Mosqueteiros).
1488. Os Aderentes celebram um contrato com a ITM Entreprises, sendo considerado que estão a fazê-lo com o conjunto de estruturas jurídicas que dela dependem e, nessa medida, o facto de celebrarem um contrato com a ITM Entreprises acarreta uma ligação automática com o conjunto de estruturas, presentes e futuras, que dela dependem (cf. artigos 9.9.1, 9.9.2 e 9.10 da Carta dos Mosqueteiros).
1489. Nos termos do considerando F do Contrato de Insígnia, “Para aplicação do presente contrato, a ITMP [ITMP Portugal – Sociedade de Desenvolvimento e Investimento, S.A.] será obrigada a intervir por intermédio das sociedades suas filiais ou participadas [incluindo a Visada ITMP]. A Sociedade de Exploração aceita esse facto e compromete-se a respeitar as directivas dessas filiais ou sociedades participadas da ITMP ou provindas diretamente da própria ITM Entreprises”.
1490. Nos termos das alíneas i) e iv) do considerando S do Contrato de Insígnia, os Aderentes ficam, por exemplo, desde logo, obrigados a aplicar os métodos comerciais concebidos

⁴²⁶ Cf. pág. 4 do auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (cf. fls. 5015 a 5017 do processo).

⁴²⁷ Cf. pág. 3 do auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (cf. fls. 5079 a 5081 do processo).

pela ITM Entreprises e a subordinar qualquer publicidade ao consentimento da ITMP Portugal – Sociedade de Desenvolvimento e Investimento, S.A..

1491. Nos termos do Contrato de Insígnia, os Aderentes obrigam-se ainda a assegurar a unidade do Agrupamento face à concorrência⁴²⁸ e a reconhecer expressamente à ITMP Portugal – Sociedade de Desenvolvimento e Investimento, S.A. legitimidade para atuar sobre os preços a montante⁴²⁹.

1492. No que se refere a preços, os instrumentos de regulação do Agrupamento estabelecem que os Aderentes devem visar apenas o “lucro justo” e, nessa medida, praticar preços baixos, respeitando os PVP máximos definidos pelo Grupo.

1493. Efetivamente, as testemunhas indicadas pela ITMP para prestar declarações em sede de diligências complementares de prova, afirmam, de forma unânime e peremptória, que não existe nenhuma obrigação de praticar determinados PVP fixos.

1494. Segundo [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], “No programa EUROPA e do cadencier, para além dos preços de cessão, consta ainda informação sobre as características dos produtos e uma sugestão de margem do ponto de venda, mediante indicação de um preço de venda ao público (“PVP”) recomendado. Os pontos de venda poderão baixar ou subir os PVPs”⁴³⁰.

1495. Segundo [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], “Adquire os produtos à ITMP de acordo com as condições constantes do cadencier, que inclui o preço de cessão e também uma recomendação de preço de venda ao público (“PVP”). O preço de cessão inclui a entrega e os custos que o grupo tem com a distribuição dos produtos. A diferença entre o PVP recomendado e o preço de cessão é a margem da loja. A ITMP sugere PVPs para todos os produtos, mesmo para aqueles que não fornece às lojas [...]. Especificamente sobre a Centralcer (“SCC”), o Declarante referiu que raramente cumpre a recomendação de PVPs da ITMP”⁴³¹.

1496. Ainda segundo [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], “relativamente aos produtos “híper psicológicos” (ou seja, os produtos mais vendidos), em que alguns produtos da SCC se incluem (p. ex. águas e cervejas), recebe uma listagem que identifica os produtos em

⁴²⁸ Cf. alínea ii) do n.º 1 da cláusula 5ª do Contrato de Insígnia.

⁴²⁹ Cf. n.º 2 da cláusula 8ª do Contrato de Insígnia.

⁴³⁰ Cf. pág. 2 do auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (cf. fls. 5015 a 5017 do processo).

⁴³¹ Cf. pág. 2 do auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (cf. fls. 5049 a 5050v do processo).

*que a loja está acima do PVP recomendado. O alerta da ITMP é para não praticar PVPs acima dos recomendados*⁴³².

1497.[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] esclareceu que “não tem nenhuma obrigação de praticar determinados PVPs” e que “a ITMP recomenda PVPs para todos os produtos que estão no cardex, independentemente do Aderente os comprar à ITMP ou não. Esta recomendação de PVPs funciona como a bitola, a referência fornecida pelo grupo”⁴³³.

1498.Não obstante, pode ler-se no artigo 1.9 da Carta dos Mosqueteiros:

“Se a política dos preços baixos implica que estes se apliquem a todos os produtos, implica igualmente que aqueles devam ser praticados quotidianamente, em qualquer lugar, e simultaneamente de modo uniformizado, por todos os membros do Agrupamento. Trata-se de um princípio fundamental e não de uma estratégia, o que significa, designadamente, que os preços não devem ser fixados em função da concorrência, mas que os preços máximos determinados pelo Agrupamento devem, na medida em que constituem a sua própria essência e imagem de marca, ser aplicados por todos, criando-se assim, uma sinergia, mas, também, e sobretudo, respeitando-se uma ética, uma espécie de «deontologia do distribuidor»”.

1499.Adicionalmente, “Sobre o sistema informático utilizado pelas lojas, o Declarante [[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]] informou que dele consta o cadencier ou cardex, ou seja a listagem dos produtos disponíveis na central ITMP para compra pelos Aderentes, o preço de cessão, outras indicações sobre o produto, bem com os PVPs recomendados. O cardex é difundido eletronicamente pela ITMP para os pontos de venda. Depois é feita a integração do mesmo em loja. Ou seja, a loja ou aplica o cardex integralmente como é a recomendação da central ou trabalha-o para alterar os PVPs. No que respeita aos produtos frescos, a sua loja trabalha mais manualmente, porque são produtos cujo preço varia de dia para dia, não mantêm constância temporal alargada. No que respeita aos secos, a sua loja segue mais a recomendação do que está no cardex. O Declarante referiu que não sabe se a ITMP tem visibilidade sobre os PVPs praticados, se a loja fez uma integração total do cardex ou não, mas tem quase a certeza que sim”⁴³⁴.

⁴³² Cf. pág. 3 do auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (cf. fls. 5049 a 5050v do processo).

⁴³³ Cf. pág. 2 do auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (cf. fls. 5079 a 5081 do processo).

⁴³⁴ Cf. pág. 3 do auto de auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (cf. fls. 5079 a 5081 do processo).

1500.Por outro lado, [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] também refere que “*o índice de PVP máximo andará por volta de 1 ou 1,5 acima do PVP recomendado (p.ex. se o PVP recomendado for 100, o PVP máximo andará pelos 101)*”⁴³⁵, o que significa que os PVP máximos definidos pelo Agrupamento coincidem, na prática, com os PVP recomendados pela ITMP aos Aderentes.

1501.Para além disso, as testemunhas indicadas pela ITMP esclareceram ainda quanto à atividade promocional: “*Em folhetos promocionais regulares, que são semanais (há folhetos todas as semanas do ano; os produtos podem ser diferentes de folheto para folheto), a ITMP sugere um PVP promocional e o ponto de venda pode ou não fazer esse folheto. Se fizer o folheto está a aceitar a sugestão de PVP. Os folhetos indicam na última página as lojas que participam na promoção. A coordenação dos folhetos é da ITMP. Em folhetos relativos a campanhas especiais (p.ex. aniversário do Intermarché em outubro) a ideia é ter uma oferta mais relevante ao nível dos PVP. O ponto de venda tem a mesma liberdade de participar ou não no folheto*

⁴³⁶.

1502.[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]esclareceu ainda que “*sempre houve folhetos desde que está no grupo [ano de 1999]; o que foi alterando foi a duração dos folhetos. Mas sempre houve. O Declarante referiu que os produtos da SCC costumam estar em folheto. A cerveja é hoje em dia um produto bastante psicológico, pelo que toda a gente procura apresentar o melhor preço possível*”⁴³⁷.

1503.Questionado sobre se adere aos folhetos, [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] esclareceu que “*costuma aderir aos folhetos em ambas as lojas, podendo dizer-se que é o que se pode chamar de “Aderente Exemplar”. Relativamente aos folhetos, cumpre o PVP marcado, exceto quanto a produtos locais, regionais, carismáticos e característicos de determinados locais, relativamente aos quais consegue aprovisionar-se localmente com preços mais atrativos e, portanto, consegue oferecer PVPs mais atrativos aos seus clientes*”⁴³⁸.

1504.Com base no que acaba de descrever-se é, portanto, razoável concluir que os instrumentos de regulação do Agrupamento, em particular as regras definidas quanto a PVP máximos, à atividade promocional ou à verificação de uma determinada taxa de fidelidade no aprovisionamento (calculada com base no PVP), bem como a prática instalada quanto à recomendação de PVP via cadencier que é integrado, de forma

⁴³⁵ Cf. pág. 4 do auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (cf. fls. 5079 a 5081 do processo).

⁴³⁶ Cf. pág. 3 do auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (cf. fls. 5015 a 5017 do processo).

⁴³⁷ Cf. pág. 2 do auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (cf. fls. 5079 a 5081 do processo).

⁴³⁸ Cf. pág. 2 e 3 do auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (cf. fls. 5079 a 5081 do processo).

automática, pelas lojas, são, no mínimo, indutores de uma fixação dos PVP, não sendo expectável que os Aderentes se desviem frequentemente dos PVP indicados pela Visada ITMP, em particular no que se refere aos produtos de grande consumo, como é o caso dos produtos do *portfolio* da SCC.

1505. De qualquer forma e independentemente da natureza do relacionamento que mantém com os Aderentes (e do maior ou menor sucesso que tem na determinação ou influência da conduta destes), a AdC salienta que a prova revela evidências sérias, precisas e concordantes de que a Visada ITMP está, pessoal e diretamente, envolvida na prática investigada, porque os documentos que evidenciam os comportamentos investigados revelam conversações em que estão diretamente envolvidos funcionários da ITMP (cf. documentos SCC1857, SCC2026⁴³⁹, SCC1358⁴⁴⁰, SCC2886, SCC2863 e SCC1996).

1506. Além disso, a prova revela ainda evidências sérias, precisas e concordantes de que os movimentos de PVP no âmbito da prática investigada ocorrem ao nível do universo de lojas com a insígnia INTERMARCHÉ, por indicação expressa da Visada ITMP.

1507. Recorde-se o teor de alguns documentos.

1508. O documento SCC865 ao referir “*A partir de 1 de Outubro irá haver uma alteração por parte da vossa sede dos pvpr’s da cerveja Sagres. Esta alteração vai ser efectuada gradualmente pelas várias insígnias (dia 1 Auchan; dia 2 Sonae; dia 3 Pingo Doce e acabará no dia 6 com o Intermarché) ou seja na primeira semana de Outubro vai haver uma subida geral dos pvpr’s*”, evidencia que o movimento de PVP está previsto para todas as lojas do universo INTERMARCHÉ.

1509. O documento SCC1503 ao referir “*ITM: subiu já o Garrafão 7L. Falta 5,4L e 1,5L. Só no próximo Candenssier? O [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] está em NY como [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] assim que vires este e-mail, corrige sff se estiver errado*”, evidencia que o movimento de PVP no

⁴³⁹ Cf. pág. 3 do auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], onde se lê que “o [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] é funcionário da ITMP, subordinado do Declarante e que exerce as funções de comprador” (cf. fls. 5015 a 5017 do processo).

⁴⁴⁰ Cf. pág. 2 e 3 do auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], onde se lê que “Confrontado com o documento SCC1358, o Declarante esclareceu que a definição dos PVP a recomendar aos pontos de venda tem em consideração a leitura ao mercado mês a mês e, nesse sentido, no email em causa é solicitado os talões da concorrência, para perceber o posicionamento do mercado”. A este respeito, a AdC salienta que o pedido de talões vem na sequência de um email da SCC que se traduz numa chamada de atenção dirigida à ITMP para os PVPRs que devem ser implementados a partir do dia 15.08.2014 para um conjunto de produtos, tal como referido no email, “mais críticos” (várias gamas de Sagres branca e Preta) e que o funcionário da ITMP justifica o pedido de talões à SCC com a seguinte frase: “para poder justificar internamente a subida de PVP’s” (cf. fls. 5015 a 5017 do processo).

garrafão 7L ocorreu em todas as lojas do universo INTERMARCHÉ e que o movimento de PVP é desencadeado pelo envio do *cadencier* pela ITMP às lojas.

1510. O documento SCC2864, ao referir “*Sábado: ITM ok*”, evidencia que o movimento de PVP está previsto para todas as lojas do universo INTERMARCHÉ.

1511. O documento SCC2863, ao referir “*Lembro que no decorrer do ano de 2013 fomos a única insignia que não fez nada em LUSO (água), mas já chega*”, evidencia que o universo de lojas INTERMARCHÉ cumpriu sempre, pelo menos naquele ano e para o produto da SCC identificado, o posicionamento de PVP concertado.

1512. O documento SCC1760, ao referir “*o ITM está a seguir a grelha do plano promocional que foi enviada pela SCC*”, evidencia que as lojas do universo INTERMARCHÉ estão a cumprir o posicionamento de PVP concertado.

1513. Tendo em consideração todo o exposto, bem como a apreciação melhor desenvolvida nos capítulos III.3.1.2.2, III.3.1.3.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.2.1.2 da presente Decisão e os comportamentos imputados à ITMP no capítulo III.3.3.6 desta Decisão, a AdC forma a sua convicção de que, independentemente de não estar ativa no mercado de retalho alimentar, a ITMP participaativamente na prática investigada, tendo o propósito expresso de contribuir, e contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum de subida de PVP de mercado, tendo conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas de distribuição visadas na prossecução do objetivo comum.

1514. Não obstante, cumpre à AdC sinalizar que há especificidades a considerar quanto ao grau de participação da ITMP na prática investigada.

1515. Com efeito, para além de não ser tão abundante como no caso de outras Visadas, a prova junta aos autos também revela um conjunto de elementos reveladores de que a ITMP está mais vezes desalinhada face ao posicionamento concertado (cf. documentos MCH1715, MCH1766, SCC290, SCC294, SCC342, SCC2005 e conversação n.º 5).

1516. Embora a globalidade das lojas INTERMARCHÉ alinhe recorrentemente no posicionamento pretendido e as lojas desalinhadas procedam à correção dos desvios quando interpeladas nesse sentido, algumas lojas INTERMARCHÉ surgem mais vezes desalinhadas face ao PVP mais alto e ao PVP predominante constantes dos elementos de prova (cf. análise ao documento JM415 nos parágrafos 1326 a 1329 da presente Decisão).

1517. Circunstância que corrobora o grau de autonomia destas face à Visada ITMP, embora não afaste os comportamentos que esta última adota no sentido de garantir ou, pelo menos, promover o alinhamento de PVP com as demais insígnias.
1518. Não obstante e conforme demonstrado, haverá que atribuir um menor grau de participação à Visada ITMP, sendo ponderado na determinação da medida concreta da coima.
1519. Segundo [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], não obstante o “desagrado [manifestado pela ITMP à SCC no documento SCC2886] por não estarem competitivos no mercado, nunca conseguiram condicionar os fornecedores, designadamente na sua relação com outras insígnias”⁴⁴¹.
1520. Quanto à duração do envolvimento da ITMP na prática investigada, à semelhança da apreciação da AdC no caso da SCC e pelas razões aí expostas (cf. parágrafos 1258 e 1259 da presente Decisão), sem prejuízo da existência de indícios de que a ITMP já poderia estar anteriormente envolvida na prática (cf. documento SCC260), a AdC utilizará o documento SCC1996 (elemento de prova relevante mais antigo) como meio de prova para determinar o início do envolvimento da ITMP.
1521. A AdC forma, assim, a sua convicção de que a ITMP iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação em 17 de novembro de 2011 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento SCC1996), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 07 de março de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento SCC2062).
1522. A AdC dá, assim, por provados os comportamentos descritos no capítulo III.3.3.6 da presente Decisão, imputáveis à ITMP, concluindo, portanto, pelo seu envolvimento direto na prática investigada, ainda que com um grau menor de participação face às restantes empresas de distribuição visadas.

III.3.3.7 Auchan

1523. Sobre o envolvimento concreto da Auchan na prática investigada, a matéria de facto descrita e considerada provada nos capítulos precedentes revela que a Visada:

⁴⁴¹ Cf. pág. 3 do auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (cf. fls. 5015 a 5017 do processo).

- (i) Manifesta à SCC a sua adesão a um determinado posicionamento futuro de PVP, no pressuposto de estar alinhada com as restantes insígnias, nos termos da informação fornecida pelo fornecedor, informando-o sobre a data em que está disposta a alterar os preços (cf. documentos SCC1503, SCC2877, SCC240, SCC865, Auchan383, SCC428, SCC2876, SCC847, SCC406, e ainda os documentos que integram a conversação n.º 7);
- (ii) É informada pela SCC sobre a adesão de insígnias concorrentes ao posicionamento futuro de PVP, sobre o calendário para o movimento dos preços e sobre a correção de desvios identificados (cf. documento SCC864);
- (iii) Implementa efetivamente o posicionamento de PVP concertado (cf. documentos SCC152, SCC406 e SCC256);
- (iv) Monitoriza o posicionamento de PVP nas várias insígnias, por sua própria conta e através de informação que solicita expressamente à SCC para o efeito, reportando à SCC comportamentos desviantes de insígnias concorrentes (cf. documento SCC16);
- (v) Adota comportamentos de retaliação com o intuito de pressionar a SCC e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (cf. documentos Auchan314).

1524. É particularmente revelador do envolvimento concreto da Auchan o conteúdo do documento SCC406, em que se lê a seguinte mensagem da Visada Auchan para duas lojas da insígnia:

"Boa tarde

A SCC está a solicitar a vossa atenção para os PVP recomendados destas duas referências: 1061865 CERVEJA IMPERIAL:10X0.20 LT PVP : 3.19€ 6906 CERVEJA IMPERIAL:C/ALCOOL T/P 6X0.33 LT PVP : 2.59€

Estamos posicionados bastante a baixo do nosso concorrente principal".

1525. A Autoridade apreciará *infra*, no capítulo III.3.3.7.2 da presente Decisão, em maior detalhe, documentos que demonstram o envolvimento concreto da Auchan na prática investigada.

III.3.3.7.1 Pronúncia da Visada

1526. Para além dos argumentos apresentados nos capítulos precedentes⁴⁴² e sem prescindir, sobre o seu envolvimento na alegada infração a Auchan alega que⁴⁴³:

- i) A redação da Nota de Ilícitude obsta ao normal exercício do direito de defesa, pois não apresenta uma leitura concreta da prova que imputa à Visada, limitando-se a remeter para um conjunto de documentos que não coincidem com os documentos utilizados para ilustrar os comportamentos que consubstanciam a infração, para além de incluir a menção genérica a “entre outros”;
- ii) A AdC utiliza apenas 20 de um total de 872 documentos para imputar a infração à Visada;
- iii) Na Nota de Ilícitude não existe prova que sustente o envolvimento da Visada na prática de cada sub-comportamento identificado pela AdC como elemento obrigatório do tipo de infração:
 - a) Não existe documento em que o fornecedor dê instruções à Auchan para praticar determinados PVP;
 - b) Não existe documento em que a Auchan se queixe e reporte ao fornecedor desvios de co-visadas face a um alegado PVP previamente acordado;
 - c) Não existe documento dirigido pelo fornecedor à Auchan, ou pelo fornecedor a outra co-visada por indicação da Auchan, para corrigir um desvio face a um PVP previamente acordado;
 - d) Não existe documento em que a Auchan esteja a retaliar contra o fornecedor ou contra uma insígnia por não correção de preços;
 - e) Não existe documento da Auchan a transmitir ao fornecedor ou a qualquer co-visada informação sobre o alinhamento dos PVP de acordo e na sequência de instruções recebidas ou acordadas nesse sentido.
- iv) Na Nota de Ilícitude não existe prova que sustente o envolvimento da Visada para cada ano a que respeita a alegada infração;
- v) Decorre da Nota de Ilícitude que a Visada nunca teve contactos diretos bilaterais ou multilaterais com as co-visadas no processo;

⁴⁴² Cf. capítulos III.2.5, III.3.1.1.1, III.3.1.2.1, III.3.1.3.1, III.3.1.4.1 e III.3.1.5.1 da presente Decisão.

⁴⁴³ Cf. capítulo III.1.5. da PNI Auchan.

- vi) Decorre da Nota de Ilícitude que a política comercial da Visada visa a manutenção de um nível de preços 3% abaixo dos preços de mercado;
- vii) Decorre da Nota de Ilícitude que a Visada recusou expressamente quaisquer recomendações, pedidos ou instruções do fornecedor no sentido de praticar determinado nível de PVP.

1527. Quanto aos documentos referidos na alínea (i) do parágrafo 331 da Nota de Ilícitude, a Visada alega que revelam apenas recomendações de PVP pela SCC, sendo insuscetíveis de demonstrar aquiescência e/ou implementação das recomendações pela Auchan, para além de se referirem a apenas 3 dos 9 anos a que corresponde a duração total da alegada infração⁴⁴⁴.

1528. Relativamente à matéria de facto descrita por referência ao documento SCC1503, a Auchan apresenta, em sua defesa, um documento que constitui uma grelha de *pricing* em lojas da insígnia, com base no qual conclui que no dia 11 de novembro de 2013 não houve alteração de PVP conforme recomendação da SCC, para além dos PVP diferirem de loja para loja⁴⁴⁵.

1529. Relativamente à matéria de facto descrita por referência ao documento SCC2877, a Auchan apresenta, em sua defesa, um documento que constitui uma grelha de *pricing* em lojas da insígnia, com base no qual conclui que no dia 21 de maio de 2014 não houve alteração de PVP conforme recomendação da SCC, para além dos PVP diferirem de loja para loja⁴⁴⁶.

1530. Relativamente à matéria de facto descrita por referência ao documento SCC847, a Auchan apresenta, em sua defesa, um documento que alega pertencer ao seu arquivo de *pricing* interno para demonstrar que 5 dos 7 produtos mencionados no documento SCC847 apresentavam PVP diferentes dos que constam da lista⁴⁴⁷.

1531. Quanto aos documentos referidos na alínea (ii) do parágrafo 331 da Nota de Ilícitude, a Visada alega que se trata apenas de dois *emails*, ambos de 2012⁴⁴⁸, para além do que, um não permite concluir que Auchan implementava os PVP alegadamente acordados (SCC406) e o outro é um *email* trocado entre a SCC e o Pingo Doce, não tendo a Auchan qualquer intervenção (SCC152).

⁴⁴⁴ Cf. capítulo III.1.5. da PNI Auchan.

⁴⁴⁵ Cf. capítulo III.1.1. da PNI Auchan e documento n.º 2 junto à PNI Auchan.

⁴⁴⁶ Cf. capítulo III.1.1. da PNI Auchan e documento n.º 3 junto à PNI Auchan.

⁴⁴⁷ Cf. capítulo III.1.5. da PNI Auchan e documento n.º 4 junto à PNI Auchan.

⁴⁴⁸ Cf. capítulo III.1.5. da PNI Auchan.

1532. Quanto aos documentos referidos na alínea *(iii)* do parágrafo 331 da Nota de Ilícitude, a Visada alega que referem-se apenas aos anos de 2012, 2013 e 2014, sendo insuscetíveis de demonstrar que a Auchan informava a SCC sobre o seu posicionamento de PVP futuro⁴⁴⁹.

1533. Quanto ao documento referido na alínea *(iv)* do parágrafo 331 da Nota de Ilícitude, a Visada alega que este *email* conjuga o verbo alinhar no pretérito perfeito (“*alinhamaram*”), pelo que se trata de uma informação relativa ao passado que se pode considerar pública, para além de não traduzir o acordo da Auchan⁴⁵⁰.

1534. Quanto aos documentos referidos nas alíneas *(v)* e *(vi)* do parágrafo 331 da Nota de Ilícitude, a Visada alega que dizem respeito a situações em que a Auchan solicita à SCC melhores condições de *sell-in*, sendo insuscetíveis de demonstrar que a Auchan se queixa de PVP concorrentes ou solicita alterações a esse nível⁴⁵¹.

1535. Quanto aos documentos referidos na alínea *(vii)* do parágrafo 331 da Nota de Ilícitude, a Visada alega que são insuscetíveis de demonstrar ações de retaliação exercidas pela Auchan contra a SCC ou as co-visadas, na medida em que se trata de situações relativas a divergência quanto a preços de *sell-in* e à identificação dos produtos e marcas relativamente aos quais a Auchan poderá ser confrontada com cortes de fornecimento, caso persista na sua política de PVP 3% abaixo do mercado⁴⁵².

1536. A Auchan enuncia, por fim, uma lista de documentos que considera exculpatórios, contestando o facto de a AdC não os ter considerado como tal⁴⁵³ – os documentos SCC225, SCC945 e SCC2089, relativos ao capítulo “ controlo e monitorização”; os documentos SCC277, SCC379, SCC389, SCC394, SCC533, SCC274, SCC277, MCH565, SCC236, SCC1054, SCC859, SCC250, SCC1035, SCC1355, SCC240, SCC891, SCC239, SCC152, SCC2775, SCC938, SCC411 e MCH1945, entre outros e a título de exemplo, relativos ao capítulo “ correção de desvios”; e os documentos Auchan314, Auchan368, Auchan401 e JM415 relativos ao capítulo “retaliação”.

1537. Segundo a Visada, estes documentos identificam a Auchan como mero destinatário de tabelas de PVPR, que prossegue uma política comercial autónoma de PVP 3% inferiores ao mercado, que se desvia permanentemente dos PVPR, assumindo um

⁴⁴⁹ Cf. capítulo III.1.5. da PNI Auchan.

⁴⁵⁰ Cf. capítulo III.1.5. da PNI Auchan.

⁴⁵¹ Cf. capítulo III.1.5. da PNI Auchan.

⁴⁵² Cf. capítulo III.1.5. da PNI Auchan.

⁴⁵³ Cf. capítulo III.1.7. da PNI Auchan.

comportamento disruptivo e que era alvo de pressão reiterada por parte da SCC com ameaças de corte de fornecimento (documentos SCC2877, SCC1355, SCC152, SCC2775, SCC938, SCC411 e MCH1945 e conversações n.º 15, 33 e 34)⁴⁵⁴.

1538. Em benefício da sua defesa, a Auchan alega ainda que o seu posicionamento de mercado não se coaduna com nenhum tipo de prática anticoncorrencial, na medida em que prossegue uma política de “*melhores produtos e serviços ao melhor preço*”, em benefício da qual implementou um conjunto de procedimentos aplicáveis, de forma transversal, a todas as lojas, que consiste em:

- i) Política de *pricing*: 3% abaixo do preço de mercado;
- 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 35% e 50%, 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 pricing, cumprindo-lhes responder a ações promocionais concorrentes;
- vi) Avaliação e controlo da performance das lojas: semanalmente, são gerados pelo portal de preços e pelo portal sirius, 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: semanalmente, é gerada uma lista com todos os artigos para os quais não existe condições para posicionar ao preço mais baixo ou igual ao concorrente mais barato sem incorrer

⁴⁵⁴ Cf. §84, 228 e 235 da PNI Auchan.

em margem zero, cabendo aos responsáveis de compras contactar os fornecedores para renegociar condições mais competitivas de sell-in⁴⁵⁵.

1539. Conclui a Auchan que a prova demonstra o seu comportamento disruptivo, “colocando pressão concorrencial sobre a SCC 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”⁴⁵⁶.

III.3.3.7.2 Apreciação da Autoridade

1540. Relativamente aos argumentos apresentados nos capítulos precedentes a propósito da matéria de facto que consubstancia a prática investigada, a AdC remete para a sua apreciação nos capítulos III.3.1.2.2, III.3.1.3.2, III.3.1.4.2, III.3.1.5.2 e III.3.2.1.2 da presente Decisão, nos termos da qual se dá por provada a factualidade aí descrita.

1541. Nos capítulos precedentes, a AdC não só dá por provada a matéria de facto que traduz uma prática concertada de fixação de preços entre insígnias, alcançado por via do fornecedor, como conclui pelo envolvimento das Visadas SCC, MCH, Pingo Doce e ITMP, ainda que com diferentes graus de participação⁴⁵⁷.

1542. Cumpre, neste quadro, apreciar se a prova demonstra que a Visada Auchan também está envolvida na prática investigada e, em caso afirmativo, qual o grau da sua participação.

1543. Não obstante, respeitando a estrutura da defesa, a AdC começará por responder aos argumentos utilizados pela Auchan para contestar a aptidão genérica da Nota de Ilícitude para demonstrar a participação da Visada nos comportamentos identificados.

1544. Quanto aos argumentos relativos ao número de documentos utilizados e à leitura concreta da prova referida na Nota de Ilícitude, a AdC recorda que a investigação e a análise vertidas na Nota de Ilícitude abrangeram a totalidade dos ficheiros que formam o acervo probatório do processo, tendo sido utilizada uma parte como meio de prova para demonstrar a infração e os seus agentes - os identificados na Nota de Ilícitude e nos seus Anexos 1 e 2 (Cf. parágrafos 762 a 779 da presente Decisão).

⁴⁵⁵ Cf. capítulo III.2. da PNI Auchan.

⁴⁵⁶ Cf. §586 da PNI Auchan.

⁴⁵⁷ Cf. capítulos III.3.3.1.2, III.3.3.3.2, III.3.3.4.2 e III.3.3.6.2 da presente Decisão.

1545. Assim, todos os ficheiros eletrónicos ou *emails* utilizados pela AdC como meio de prova para demonstrar a infração e os seus agentes foram identificados e objeto de análise na Nota de Ilícitude ou nos seus Anexos 1 e 2, tendo a AdC utilizado uma parte para ilustrar os comportamentos ocorridos e identificado outra parte no Anexo 1 que lista os *emails* de conteúdo equivalente aos descritos na Nota de Ilícitude, consoante o comportamento em causa.

1546. Conforme expressamente decorre da Nota de Ilícitude notificada às pessoas visadas, este documento contém todos os elementos de facto e de direito que permitem, com base na prova elencada, sustentar a possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória no processo e que permitem às pessoas visadas exercer plenamente os seus direitos de audição e defesa.

1547. A Nota de Ilícitude notificada no processo contém a identificação das pessoas 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.

1548. Analisada a Nota de Ilícitude, poderá constatar-se que a AdC apreciou um conjunto extenso de meios de prova, nos quais identificou vários indícios que considerou suficientemente sérios, precisos e concordantes e suscetíveis de, no seu conjunto, fundamentar a possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória.

1549. Conforme referido anteriormente, o n.º 4 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012, estabelece que a prova será apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da AdC e que, em processo contraordenacional da concorrência, as provas produzidas serão suficientes quando, consideradas à luz das regras estabelecidas naquela disposição legal, delas resulte uma possibilidade razoável de vir a ser aplicada, na decisão final, uma coima ou outra sanção aplicável nos termos da Lei n.º 19/2012.

1550. No presente processo a Nota de Ilícitude corporizou, precisamente, um juízo acusatório dessa natureza.

1551. Inexiste, portanto, qualquer violação dos direitos de defesa da Visada a esse propósito.

1552. Quanto à alegada inexistência de prova para demonstrar a participação da Auchan em todos os sub-comportamentos identificados, em todos os anos da infração, a AdC esclarece, como melhor se explicará adiante, nos capítulos IV.1.3, IV.1.4 e IV.1.6 da presente Decisão, que por um lado, os elementos de que depende a verificação da

infração e a sua imputação às pessoas visadas são os elementos que constituem os tipos objetivo e subjetivo da infração (e não o conjunto de sub-comportamentos identificados), e por outro lado, os eventuais períodos de intermitência entre os *emails* utilizados não serão suscetíveis de afastar o envolvimento da Auchan se a matéria de facto provada demonstrar que a prática ocorreu de forma ininterrupta, inexistindo qualquer elemento de prova que evidencie que a Visada tenha posto fim aos seus comportamentos ou deles se tenha distanciado.

1553. Ou seja, a inexistência de prova para demonstrar a participação da Auchan em todos os sub-comportamentos identificados, em todos os anos da infração, não será, por si só, suscetível de afastar o envolvimento da Auchan na prática investigada, sem que daí decorra qualquer violação dos direitos de defesa da Visada.

1554. Quanto à inexistência de prova de contactos diretos entre a Auchan e as suas concorrentes, a Autoridade remete para a sua apreciação nos parágrafos 1188 a 1199 da presente Decisão, onde conclui pela existência de prova irrefutável de que existe, de facto, comunicação entre as empresas de distribuição visadas sobre PVP pré-fixados, não obstante essa comunicação ser estabelecida de forma indireta, i.e. por via de contactos estabelecidos diretamente entre as empresas de distribuição visadas e o fornecedor.

1555. Inexiste, assim, também a este propósito, qualquer violação dos direitos de defesa da Visada.

1556. Quanto ao alegado posicionamento da insígnia Auchan 3% abaixo da concorrência, cumpre, em primeiro lugar, esclarecer que não é verdade que esse posicionamento decorra da Nota de Illicitude.

1557. Esse posicionamento é alegado na defesa escrita da Visada⁴⁵⁸, decorre dos documentos a ela anexos (e.g. Anexo 6 à PNI Auchan, que constitui o manual de política de posicionamento de preço da insígnia), e até mesmo dos autos de inquirição das testemunhas indicadas pela Auchan, ouvidas pela AdC em sede de diligências complementares de prova (cf. parágrafo 60 da presente Decisão).

1558. Não obstante, como se demonstrará de seguida, na presente seção desta Decisão, o referido posicionamento não tem adesão aos elementos de prova (*emails*) constantes

⁴⁵⁸ Cf. capítulo III.2.1. da PNI Auchan.

do processo, ainda que este posicionamento corresponda a um princípio inscrito na política comercial do grupo empresarial em que a Visada se insere.

1559. 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 3% abaixo da concorrência, não afasta, por si só, a participação da Visada na prática investigada, tão-pouco a tipicidade, a ilicitude, a culpa ou a punibilidade dos seus comportamentos, sem que daí decorra qualquer violação dos direitos de defesa da Visada.

1560. Por fim, quanto à alegada recusa da Auchan em seguir as recomendações do fornecedor, a AdC esclarece que é falso que essa recusa decorra da Nota de Ilícitude, inexistindo qualquer elemento de prova suscetível de a evidenciar, como se demonstrará adiante, na presente seção da presente Decisão.

1561. Concluindo, improcedem os argumentos de defesa da Visada relativos à ineptidão genérica da Nota de Ilícitude para demonstrar a participação da Visada nos comportamentos identificados.

1562. A AdC passará, agora, a analisar os argumentos de defesa da Visada relativamente aos comportamentos descritos no capítulo II.3.3.4 da Nota de Ilícitude, o que implicará a reapreciação de alguns documentos já examinados na presente Decisão, agora do ponto de vista do envolvimento da Visada Auchan.

1563. Relativamente ao documento SCC864, de 24 de outubro de 2011, em que se lê a seguinte mensagem da SCC para a Auchan “*Viva! Agora que a Sonae e Pingo Doce alinharam os preços peço-vos que façam o mesmo nas vossas lojas*”, não pode deixar de se ler também os documentos que revelam a sequência dos acontecimentos.

1564. O documento SCC292 de 25 de outubro de 2011 sobre o assunto “*Jumbo Vila Real – Status PVPR Alinhamento*” em que se lê a seguinte mensagem da Seldata para a SCC:

“Boa tarde, [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]

Abaixo seguem produtos que ainda não estão reposicionados no Jumbo Vila Real. - 24x0,20 cl - 10,99 - 24x0,25cl - 11,99 - 24x0,33cl - 13,49 - Sagres LT - 1,39 - Heineken 6x0,25cl - 3,75 - Sagres 10x0,33cl - 5,49 Apartir de amanhã estarão todos alinhados”.

1565. E ainda o documento SCC318 de 03 de janeiro de 2012 sobre o assunto “*FW: refrigerantes e águas*” em que, questionado sobre o movimento de PVP em águas e refrigerantes do portfolio da SCC, o responsável da loja Auchan de Faro esclarece:

“Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Essa mudança de PVP's, devido ao aumento do IVA, durará até dia 15 e será feita de forma parcelada pela central de compras”.

1566. Analisado o teor destes documentos à luz da globalidade da prova, a AdC não pode ignorar o facto de estar em causa mais um movimento conjunto entre insígnias de subida de PVP em cerveja Sagres, o facto de as lojas Auchan terem aderido ao movimento dos PVP no pressuposto da informação, recebida da SCC, de que a MCH e a Pingo Doce já teriam alinhado, bem como o facto de os movimentos de PVP na insígnia Auchan se darem por indicação centralizada da Visada às lojas.

1567. Ou seja, o documento SCC864, em conjunto com os documentos SCC292 e SCC318, revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Auchan nos comportamentos que se lhe imputam, nos termos descritos na Nota de Ilicitude e na presente Decisão.

1568. Relativamente ao documento SCC865 de 28 de setembro de 2012 que consiste numa mensagem da SCC para a Auchan sobre mais um movimento de subida conjunta de PVP de mercado em cerveja Sagres, referindo-se que a Auchan faria o movimento no dia 1 (que corresponderia ao dia 01 de outubro de 2012), não pode deixar de se ler também os documentos que revelam a sequência dos acontecimentos.

1569. Para o efeito, recorde-se o documento SCC231 de 25 de outubro de 2012, que consiste numa mensagem interna da SCC sobre o assunto “*Shopping Auchan 23.10.2012*”, à qual se encontram anexos dois documentos, (i) o documento interno da Auchan “*Recomendações com códigos Sirius – out 12*”, e (ii) o documento “*Shopping Auchan 23 out 2012*”, em que se lê:

“[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],

Anexo Ficheiro com o shopping que recebi. A informação é a mesma nas 2 sheets, simplesmente com apresentações diferentes, escolha a que quiser. Temos que ter em atenção que poderão efectivamente existir outros skus que não estejam ao preço recomendado.

Entretanto tive algum feedback, que passo a enviar, não alterei no meu ficheiro pois não temos confirmações”.

1570. A mensagem que acaba de transcrever-se evidencia que a SCC recebeu resultados de shopping que sinalizavam alguns desvios de lojas Auchan ao posicionamento de PVP

concertado mas que foi informada pela Auchan que a grande maioria dos PVP seriam corrigidos.

1571. Efetivamente, o documento interno da Auchan anexo à mensagem revela o consentimento da Visada com o posicionamento de PVP pré-fixado da grande maioria das referências do *portfolio* da SCC identificadas (28 de 34 referências estavam “OK”), sendo possível ler, no segundo documento anexo à mensagem com os resultados de *shopping*, que o responsável da loja Auchan de Alfragide garante alterar todos os PVP até à 2.^a feira seguinte e que a loja de Alverca não sabe se vai alterar.

1572. No auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] pode ler-se, a respeito do conteúdo do documento SCC865, “*Quanto à calendarização das novas recomendações de pvp, esclareceu que a Auchan seria a primeira porque funcionaria 24 h até ao levantamento de shopping dos pvp na concorrência*” (cf. fls. 4979 a 4982v do processo).

1573. Segundo o Declarante, “*A SCC quando envia as condições era sempre em primeiro para Auchan para por pvp no dia de arranque e os concorrentes só no dia a seguir. Se fosse tudo enviado no mesmo dia, a loja de viseu, por exemplo, ia fazer shopping ao continente e ia ver q estava ao mesmo preço*” (cf. fls. 4979 a 4982v do processo).

1574. No mesmo Auto pode ainda ler-se, a respeito do documento SCC865, “*Questionado sobre o significado da expressão “os preços não vão ser trancados” constante do referido email, o Declarante esclareceu que se tratava de bloquear o direito de edição do pvp no sirius. Questionado sobre a possibilidade de os pvp introduzidos no sistema sirius pela sede ficarem “trancados”, o Declarante esclareceu que é possível, trata-se de uma funcionalidade informática que pode ser ativada na sede da Auchan pelas assistentes administrativas que introduzem as condições na ficha de cada produto. Nessas circunstâncias, as lojas deixam de poder alterar o pvp dos produtos. A este respeito, o Declarante esclareceu que tal sucedia mais frequentemente em folhetos promocionais*

” (cf. fls. 4979 a 4982v do processo).

1575. Analisado o teor destes documentos à luz da globalidade da prova, a AdC não pode ignorar o facto de estar em causa mais um movimento conjunto entre insígnias de subida de PVP em cerveja Sagres e o facto de a Visada Auchan ter manifestado a adesão ao posicionamento de PVP pré-fixado e o compromisso com a correção dos desvios sinalizados.

1576. Ou seja, o documento SCC865, em conjunto com o documento SCC231, revela 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.

1577. Relativamente ao documento SCC1503, de 07 de novembro de 2013, em que se lê “*Auchan: subida a partir de 2^a F^a, correcto [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]?*”, referindo-se ao PVP de Água do Luso, a Auchan apresenta em anexo à sua defesa uma grelha de *pricing* para sustentar a alegação de que os PVP se mantiveram no dia 11 de novembro de 2013, diferindo de loja para loja (Anexo 2 à PNI Auchan).

1578. Sucede que o facto de o posicionamento de PVP concertado não se verificar em todas as lojas da insígnia no dia 11 de novembro de 2013, não significa que a insígnia Auchan, em particular a Visada Auchan, não tenha participado no movimento de subida de PVP de mercado.

1579. Efetivamente, a apreciação do conteúdo do documento SCC1503 já permitiu à AdC concluir que está em causa mais um movimento conjunto entre insígnias de subida de PVP nos produtos do *portfolio* da SCC (Água do Luso, vários formatos), que deu azo a alguns ajustes ao calendário de reposicionamento dos PVP em função de desvios verificados ao calendário inicialmente definido (cf. parágrafos 866, 867 e 1358 da presente Decisão).

1580. É nesse sentido que [Administrador SCC], depois de ter tomado conhecimento, em 07 de novembro de 2013, que a Pingo Doce afinal só repositionaria os PVP no dia 20 de novembro de 2013, dá a instrução:

“É preciso re-alinhar com os outros clientes timings de preços. Pf vejam na reunião de equipa na 2^a feira”.

1581. Não é, portanto, estranho que algumas lojas da Auchan não tivessem alinhado com o movimento de subida na data inicialmente prevista.

1582. Para além disso, o documento SCC257 de 08 de outubro de 2013, relativo a “*pvp’s*”, que é contemporâneo da situação descrita no documento SCC1503 e aborda o mesmo assunto (i.e. PVP), em que se lê “*Auchan – subiram os pvp’s da unicer a semana passada conforme te tinha dito mas já está tudo mal outra vez, os nossos continuam uns bem e outros mal*”, evidencia que naquele período de tempo a Auchan teria alguns PVP alinhados com o posicionamento concertado e outros não.

1583. Analisado o teor destes documentos à luz da globalidade da prova e não obstante os desvios verificados em algumas lojas Auchan (que apenas revelam que o alinhamento funcionava melhor nalguns casos e pior noutras), a AdC não pode ignorar o facto de que está em causa mais um movimento conjunto entre insígnias de subida de PVP em Água do Luso e o facto de a Visada Auchan ter dado a conhecer à SCC o seu consentimento com o posicionamento do PVP pré-fixado e a data em que as suas lojas teriam indicação para fazer o movimento de subida.

1584. Concluindo, o documento SCC1503 revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Auchan nos comportamentos que lhe são imputados.

1585. Relativamente ao documento SCC2877, de 20 e 21 de maio de 2014, em que se lê “*Jumbo vai estar OK*” relativamente ao movimento de subida do PVP de cerveja Sagres formatos 10x20 e 6x33 TR e do PVP de Água do Luso formato 5,4 Litros previsto até ao dia 22 de maio de 2014, a Auchan apresenta em anexo à sua defesa uma grelha de *pricing* para sustentar a alegação de que os PVP se mantiveram no dia 21 de maio de 2014, diferindo de loja para loja (Anexo 3 à PNI Auchan).

1586. Mais uma vez, o facto de o posicionamento de PVP concertado não se verificar em todas as lojas da insígnia no dia 21 de maio de 2014, não significa que a insígnia Auchan, em particular a Visada Auchan, não tenha participado no movimento de subida de PVP de mercado.

1587. Efetivamente, este documento deve ser lido em conjunto com os documentos que integram a conversação n.º 13 e com o documento SCC12.

1588. Na conversação n.º 13, de 09 de julho de 2014, pode ler-se “*Auchan vai estar OK amanhã*” relativamente ao PVP da Agua do Luso formato 5,4 Litros.

1589. No documento SCC12, de 30 de maio de 2014, pode ler-se que a MCH subiu o PVP de cerveja Sagres formato 24x33cl nesse dia e que as restantes insígnias vão subir o PVP de cerveja Sagres formatos 24x33cl e 15x33cl em 04 de junho de 2014 e o PVP de cerveja Sagres formato 24x25cl em 11 de junho de 2014.

1590. Analisado o teor destes documentos à luz da globalidade da prova e não obstante o eventual atraso que possa verificar-se no movimento dos PVP em algumas lojas Auchan, a AdC não pode ignorar o facto de estar em causa mais um movimento conjunto entre insígnias de subida de PVP em cerveja Sagres e em Água do Luso e o facto de a Visada Auchan ter dado a conhecer à SCC o seu consentimento com o posicionamento

do PVP pré-fixado e a data em que as suas lojas teriam indicação para fazer o movimento de subida.

1591. Assim, o documento SCC2877, em conjunto com a conversação n.º 13 e o documento SCC12, revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Auchan na conduta que lhe é imputada.

1592. Relativamente ao documento SCC16 de 02 de julho de 2014 em que é possível ler a seguinte troca de mensagens entre a SCC e a loja Auchan de Almada:

[SCC] “RECOMENDAÇÃO PVPR LUSO 5,4(1099587)-1,39...agradeço a sua atenção!
Obg”

[Loja Auchan] “ATENÇÃO AO PVP DO LIDL !!!!! 1.25€”

[SCC] “Sr [CONFIDENCIAL - Informação relativa a dados pessoais de colaborador do Auchan], Mas quem tem a 1,19?....Almada estava assim ontem. Não estrague a sua margem....”

1593. Ao contrário do que alega a Auchan, é muito evidente que o que está a ser discutido é o posicionamento de PVP da loja e não quaisquer condições comerciais de sell-in.

1594. Para além disso, referindo-se este documento à subida de PVP de Água do Luso formato 5,4 litros em julho de 2014, não pode deixar de ser lido em conjunto com os documentos que integram a conversação n.º 13 de 09 de julho de 2014, na qual é possível ler a mensagem: “Auchan vai estar OK amanhã”.

1595. Mais uma vez, analisado o teor destes documentos à luz da globalidade da prova, a AdC não pode ignorar o facto de estar em causa mais um movimento de subida de PVP em Água do Luso, o facto de a SCC controlar a implementação do plano conjunto, solicitando às insígnias que corrijam o posicionamento, o facto de a Auchan não contestar o posicionamento de PVP em si mesmo ou as condições de sell-in com ele relacionadas, mas sim o desvio de insígnias concorrentes, bem como o facto de a Auchan se comprometer com a SCC a corrigir o posicionamento, informando-a da data em que vai dar essa indicação às lojas.

1596. Concluindo, o documento SCC16, em conjunto com a conversação n.º 13, revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Auchan nos factos e comportamentos que se lhe imputam.

1597. Relativamente ao documento SCC847, de 23 de outubro de 2014, em que um colaborador da SCC envia à Auchan uma lista de novos PVP para Água do Luso Lisa

escrevendo “*faz hoje e alteração para que amanhã saiam as etiquetas*”, a Auchan apresenta em anexo à sua defesa um arquivo de *pricing* para sustentar a alegação de que nem todas as lojas da Visada tinham o posicionamento correto no dia 24 de outubro de 2014 (Anexo 4 à PNI Auchan).

1598. Mais uma vez, o facto de o posicionamento de PVP concertado não se verificar em todas as lojas da insígnia no dia 24 de outubro de 2014, não significa que a insígnia Auchan, em particular a Visada Auchan, não tenha participado no movimento de subida de PVP de mercado.

1599. Efetivamente, este documento deve ser lido em conjunto com os documentos relativos ao movimento de subida de PVP de mercado nas Águas do *portfolio* da SCC nos meses de outubro e novembro de 2014, a que já se fez referência antes na presente Decisão (cf. parágrafo 1352 da presente Decisão), designadamente as conversações n.º 7, 15 e 18 e os documentos SCC240, SCC1355 e SCC2089.

1600. Da conversação n.º 7 decorre que estava previsto um movimento de subida de PVP de mercado nas Águas do *portfolio* da SCC a ocorrer nos dias 22 de outubro de 2014 e 05 de novembro de 2014, consoante as referências.

1601. Na referida conversação n.º 7 pode ler-se: “*Está tudo confirmado com estas datas*”.

1602. É neste contexto que surge a conversação n.º 18 (*email* interno da SCC de 21 de outubro de 2014 sobre reposicionamento de PVP de cerveja Sagres 25cl e vários formatos de Água do Luso previsto para 22 de outubro de 2014 e 05 de novembro de 2014):

“Boa tarde

Amanhã no caminho para a nossa reunião solicito que cada de vocês ligue para uma loja Sonae e Auchan de maior confiança para confirmar a subida dos preços em águas lisas

Devem confirmar se o Auchan trancou os preços.

Dúvidas liguem sff

Boa viagem”

1603. A conversação n.º 15 reporta-se ao controlo e monitorização deste movimento, iniciando-se com o reporte da MCH à SCC dos resultados do *shopping* que efetuou.

1604. No documento MCH575 de 23 de outubro de 2014 podem ler-se os seguintes comentários da SCC ao reporte da MCH: “nas lojas jumbo nao bate certo com o que passei na linhda de caixa ontem...”, “Ontem estive nas lojas de manha (alfragide, amadora, pd) e estava td OK nao estava com tens aqui...”.
1605. É nesta sequência de acontecimentos que surge a mensagem associada ao documento SCC240, de 04 de novembro de 2014, enviada por um colaborador da SCC aos seus colegas, solicitando que vejam o que se passa com as lojas da Auchan de Amadora e Alfragide, obtendo a resposta “Amadora garante-me que amanhã, e até pelo menos sexta feira vai estar tudo ok. Alfragide, ficou de me confirmar até esta tarde as alterações. Depois confirmo”, referindo-se momentos depois que “Alfragide só irá mexer no preço das águas depois de ver o shopping de amanhã. É sempre assim, as alterações que poderão ser feitas, serão feitas após shopping das quartas feiras. Amanhã passarei na loja para ver como está tudo”.
1606. Importa ainda referir o documento SCC2089, de 04 de novembro de 2014, em que se lê: “Como sabes estamos a subir os preços em todos os clientes desde dia 24 outubro. Entretanto na semana passada houve uma descida do pvpr do 5,4L no Auchan (1,33) e a Sonae reagiu na sexta feira (31/10). Na próxima sexta a Sonae vai subir, com a subida do LIDL. A questão do Auchan ainda tem que ser resolvida e está relacionada com o cabaz da Deco”.
1607. E o documento SCC1355 de 06 de novembro de 2014, em que se lê a mensagem interna da SCC: “Segue shoppibg da SONAE. Continuamos com os Jumbos–todos mal. Precisamos de controlar e colocar ao recomendado...”
1608. Analisado o teor destes documentos à luz da globalidade da prova e não obstante os desvios verificados em algumas lojas Auchan, a AdC não pode ignorar o facto de estar em causa mais um movimento conjunto entre insígnias de subida de PVP nas Águas do portfolio da SCC nos meses de outubro e novembro de 2014, o facto de a Visada Auchan ter dado a conhecer à SCC o seu consentimento com o posicionamento do PVP pré-fixado e a data em que as suas lojas teriam indicação para fazer o movimento de subida, bem como o facto de que algumas lojas Auchan tinham o posicionamento de PVP “correto” na data agendada.
1609. Ou seja, o documento SCC847, em conjunto com as conversações n.º 7, 15 e 18 e com os documentos SCC240, SCC1355 e SCC2089, revela evidências que contribuem de forma séria, precisa e concordante para a demonstração do envolvimento da Auchan nas condutas nos termos que lhe são imputados.

1610. Esta apreciação dos factos, leva a AdC a formar a convicção de que a Visada Auchan tem o propósito de participar, participando efetivamente, na prática investigada, manifestando à SCC a sua concordância com posicionamentos futuros de PVP e a sua intenção de alinhar com as restantes insígnias em movimentos de subida conjunta de PVP, no pressuposto de que as restantes insígnias vão estar alinhadas, conforme informação fornecida pelo fornecedor.

1611. Do ponto de vista do envolvimento da Auchan, os documentos analisados demonstram que a Visada é informada pela SCC sobre o posicionamento futuro de PVP nas restantes insígnias, tomando decisões sobre o seu próprio posicionamento futuro de PVP com base nessa informação, das quais dá conhecimento à SCC, seja no momento de dar início ao movimento de subida de PVP concertado, seja no momento de corrigir desvios identificados nas suas lojas.

1612. Recorde-se ainda o conteúdo de outros documentos utilizados na Nota de Ilícitude, que suportam esta convicção da AdC, evidenciando que a Auchan alinha o seu posicionamento de PVP com o posicionamento de PVP concertado:

1613. O documento SCC319 de 28 de novembro de 2012 em que se lê: “*Vitalis 5L subiu para 1,15€ na Sonae, Auchan e PD e o 4x1,5L subiu para 1,79€*”.

1614. O documento SCC3, de 14 de julho de 2015, que consiste numa conversação interna relativa ao novo PVP de 4,69 para Strongbow, em que se lê: “*No PD na sexta-feira passada já tinham alterado, no auchan ontem tb já estava na honey na sonae hoje ainda não alterou*”.

1615. A conversação n.º 95 entre o gestor da conta Auchan na SCC e a sua interlocutora na insígnia em que se lê:

[SCC] “*Boa tarde! Aqui envio condições para pvp 7,99. Adicional a carregar pela loja: 34,75%*”

[Auchan] “*Compro 10 paletes e ofereces 1? Agora ou nunca??*”

1616. Na sequência desta conversação surge uma imagem *print screen* da plataforma Sirius utilizada pela Auchan para a logística com os fornecedores com o comprovativo da criação da nova encomenda com o n.º 574806508.

1617. Sucede que, conforme escrito no documento SCC225, “*O que salta à vista é que teoricamente tanto PD como Sonae têm preços centralizados, ou seja, teoricamente não podem alterar preços em loja....*”.

1618. Diferentemente, no caso da Auchan, “só com indicação da sede é que alteram a situação” (cf. documento SCC225, informação fornecida pelos responsáveis das lojas Auchan de Faro e Portimão).

1619. A este respeito, pode ler-se no auto de inquirição a [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] (cf. fls. 4979 a 4982v do processo):

“Quem negocia preços de compra (sell-in) e demais condições comerciais com fornecedores é o gestor de produto, que está na sede. Tem várias funções, nomeadamente a negociação das condições de compra. Quem compra o produto é a loja, nos termos das condições negociadas pela central”.

“Sempre que um artigo é criado de novo (lançamento), por exemplo Sagres Chope, o primeiro preço carregado no sistema é o preço recomendado do fornecedor, uma vez que a ficha de produto não pode ser criada sem preço de venda, o preço de venda ao consumidor (PVP). Antes de enviar a informação para loja, e carregado o pvp, por norma era carregado o preço recomendado pelo fornecedor”.

“Questionado sobre o procedimento de formação de preços, referiu que a sede da Auchan carrega os preços no sirius e as lojas fazem a encomenda diretamente ao fornecedor. O fornecedor entrega diretamente a cada uma das lojas”.

“Referiu que é o chefe secção da loja que imprime as etiquetas, a partir do sirius”.

1620. Portanto, algumas lojas da insígnia Auchan desviam-se do posicionamento de PVP pré-fixado, em algumas referências, em determinadas alturas do movimento conjunto de subida, relativamente ao qual a central (i.e. a Visada Auchan) manifestou o seu consentimento, porque efetivamente os PVP não são centralizados nesta insígnia.

1621. No entanto, a prova também demonstra que as lojas que se desviam corrigem o seu posicionamento de PVP por indicação da Visada, mesmo que não corrijam todas ao mesmo tempo (cf. Anexo 5 à PNI Auchan).

1622. Neste sentido, recorde-se o conteúdo do documento SCC152, de 27 de abril de 2012, sobre o assunto “talão”, em que pode ler-se: “[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], *Como lhe havia afirmado ontem. Preço da 24x25c no Jumbo Alfragide corrigido*”.

1623. O facto de algumas lojas imprimirem uma certa volatilidade à participação da insígnia nos movimentos de subida conjunta de PVP de mercado, não significa que a insígnia Auchan, em particular a Visada Auchan, não tenha o propósito de participar, e não participe efetivamente, na prática investigada.

1624. O que a prova demonstra é que a Visada Auchan (i.e. a sede ou a central, como é designada na prova) manifesta o seu consentimento com os movimentos de subida conjunta de PVP ao fornecedor, no pressuposto de estar alinhada com as restantes insígnias, conforme informação fornecida pela SCC, transmitindo o posicionamento futuro de PVP concertado às lojas, através do programa *Sirius*.

1625. Neste sentido, vejam-se os documentos SCC428, Auchan383, SCC406 e SCC318.

1626. No documento SCC428, que consiste numa cadeia de *emails* ocorrida entre 3 e 19 de abril de 2013, sobre o assunto “*Tabela de Preços (alteração PVP) Abril 2013*”, uma colaboradora da SCC envia aos seus interlocutores na Auchan uma tabela em ficheiro Excel com os novos PVP para um conjunto de produtos do *portfolio* da SCC a implementar a partir de abril de 2013.

1627. Neste caso, o próprio nome do ficheiro diz tudo: trata-se da alteração do PVP ao posicionamento que vinha sendo implementado e que é transmitido à Auchan para que esta o transmita às suas lojas.

1628. No mesmo sentido, veja-se o documento SCC2876.

1629. Do documento Auchan383 de 26 de dezembro de 2012 consta uma tabela de preços que inclui uma coluna com “PVP min”, que é proveniente da SCC, mas que é reencaminhada pela central (Visada Auchan) às lojas, sem qualquer ressalva ou comentário no sentido de as lojas determinarem o seu PVP de forma autónoma, desconsiderando os PVP mínimos que vêm indicados na tabela.

1630. No documento SCC406, de 08 de março de 2012, pode ler-se a seguinte mensagem da central (Visada Auchan) para duas lojas que estavam desviadas do posicionamento de PVP concertado:

“Boa tarde

A SCC está a solicitar a vossa atenção para os PVP recomendados destas duas referências: 1061865 CERVEJA IMPERIAL:10X0.20 LT PVP : 3.19€ 6906 CERVEJA IMPERIAL:C/ALCOOL T/P 6X0.33 LT PVP : 2.59€

Estamos posicionados bastante a baixo do nosso concorrente principal”.

1631. E ainda o documento SCC318, de 03 de janeiro de 2012, sobre o assunto “*FW: refrigerantes e águas*” em que, questionado sobre o movimento de PVP em águas e refrigerantes do *portfolio* da SCC, o responsável da loja Auchan de Faro esclarece:

“Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Essa mudança de PVP's, devido ao aumento do IVA, durará até dia 15 e será feita de forma parcelada pela central de compras”.

1632. Aliás, no documento SCC1, que consiste numa mensagem interna da SCC, de 16 de fevereiro de 2016, sobre “Quotas Loja Auchan”, pode ler-se: “*Boa tarde, Envio em anexo as quotas do mês de Janeiro por loja do Auchan. Estão alinhadas com o que aconteceu no mercado e muito influenciadas pela nossa subida de PVPR*”.

1633. Da leitura do referido documento SCC1 é razoável concluir que a insígnia Auchan se manteve alinhada com as restantes insígnias no movimento conjunto de subida de PVP nos produtos do *portfolio* da SCC.

1634. O facto de algumas lojas Auchan se desviarem do posicionamento concertado entre a Visada Auchan e as restantes empresas de distribuição visadas não afasta a ilicitude, a culpa ou a punibilidade inerente aos comportamentos descritos na presente Decisão imputados à Visada Auchan, tanto mais que não há qualquer evidência na prova junta aos autos de que esses desvios ocorram por indicação da Visada Auchan.

1635. Pelo contrário, a prova demonstra que a Visada Auchan transmite às lojas o posicionamento futuro de PVP concertado com as restantes empresas de distribuição visadas, sinalizando às lojas os desvios verificados e a necessidade de repor os PVP de acordo com o nível combinado.

1636. Cumpre relembrar que, como exposto em capítulos precedentes, a verificação de desvios no caso concreto constitui apenas um reflexo de uma “ambivalência genética” característica do mercado de retalho alimentar em Portugal, que pode explicar a existência de um jogo de alinhamentos e desvios, mas que não pode eliminar os comportamentos descritos na presente Decisão, tão-pouco justificar as conclusões que a AdC forma, com base na análise da prova, a seu respeito⁴⁵⁹.

1637. 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..*” (parágrafo 547 da PNI Auchan).

⁴⁵⁹ Cf. capítulos III.2.6, III.3.1.1.2 e III.3.1.4.2 da presente Decisão.

1638. 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 de subida de PVP de mercado, tendo conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas de distribuição visadas na prossecução do objetivo comum.

1639. Não obstante, cumpre à AdC sinalizar que há especificidades a considerar quanto ao grau de participação da Auchan na prática investigada.

1640. Não só o acervo probatório que implica diretamente a Visada Auchan é substancialmente menor quando comparado com o acervo probatório que implica diretamente outras empresas de distribuição visadas, como reflete efetivamente que algumas lojas da insígnia estão mais vezes desviadas do posicionamento concertado, embora corrijam o seu posicionamento, mediante indicação nesse sentido da sua sede, ou seja, da Visada Auchan (cf. documentos SCC225, SCC945, SCC2089, SCC277, SCC379, SCC389, SCC394, SCC533, SCC274, SCC236, SCC1054, SCC859, SCC250, SCC1035, SCC1355, SCC240, SCC891, SCC239, SCC411, JM415, MCH565 e MCH1945. Cf. ainda análise aos documentos JM645 e JM415 nos parágrafos 1316 a 1319 e 1326 a 1329 da presente Decisão).

1641. Para além disso, não existe nos autos prova que demonstre o envolvimento direto da Visada Auchan em todos os tipos de comportamentos identificados, designadamente na deteção de desvios (Cf. capítulo III.3.3.7 da presente Decisão).

1642. No entanto, essa circunstância não afasta o envolvimento da Visada na prática descrita na presente Decisão, dando-se por demonstrada a sua participação nos comportamentos descritos no capítulo III.3.1.2.2 da presente Decisão, tão-pouco é suscetível de afastar a ilicitude, a culpa ou a punibilidade da conduta que é imputada à Visada Auchan, podendo apenas repercutir-se na ponderação do grau de participação da Visada e na subsequente determinação das sanções aplicáveis.

1643. Quanto à duração do envolvimento da Auchan na prática investigada e tendo em consideração os argumentos de defesa apresentados, cumpre esclarecer que as conclusões da AdC nesta matéria têm em consideração o conjunto de elementos de prova utilizados para demonstrar a infração e o envolvimento das pessoas visadas na Nota de Ilicitude e, *mutatis mutandis*, na presente Decisão.

1644. A AdC fundamenta, assim, as suas conclusões a respeito da duração do envolvimento de cada pessoa visada num conjunto vasto e abundante de elementos de prova que, ao contrário do referido pela Visada, constitui um lastro probatório coerente e consistente que comprova a manutenção ininterrupta da infração, inexistindo qualquer elemento de prova que evidencie que a Visada tenha alguma vez posto fim aos seus comportamentos ou deles se tenha distanciado.
1645. Não obstante, e ainda que se verifiquem períodos de intermitência, a AdC não poderá também ignorar a existência nos autos de prova irrefutável de um conjunto de circunstâncias que revelam um secretismo associado à prática investigada, como referido no capítulo III.3.2.1.2 da presente Decisão.
1646. Adicionalmente, à semelhança da apreciação da AdC no caso da SCC e da ITMP, pelas razões aí expostas (cf. parágrafos 1258 e 1259 da presente Decisão), sem prejuízo da existência de indícios de que a Auchan poderia já estar anteriormente envolvida na prática (cf. documento SCC260), a AdC utilizará o documento SCC862 (elemento de prova relevante mais antigo que permite estabelecer o envolvimento da Visada) como meio de prova para determinar o início do envolvimento da Auchan.
1647. Conclui-se, assim, que a Auchan iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 18 de outubro de 2011 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento SCC862), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 07 de março de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento SCC2062).
1648. A AdC dá, assim, por provados os comportamentos descritos no capítulo III.3.3.7 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 restantes empresas de distribuição visadas.

III.3.4 Conclusões da Autoridade sobre a matéria de facto

1649. Reapreciada a prova à luz das pronúncias das Visadas, a Autoridade conclui pela manutenção da apreciação e respetivas conclusões vertidas na Nota de Ilicitude, formando a sua convicção de que a SCC e as empresas de distribuição visadas (MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP), bem como [Administrador SCC] da SCC e [Diretor MCH] da MCH, adotaram comportamentos que, conjuntamente, resultaram na existência de um longo e contínuo processo de fixação dos PVP dos produtos da SCC no mercado de distribuição retalhista alimentar em Portugal.
1650. Ao longo de quase uma década, as empresas de distribuição visadas socorreram-se do seu relacionamento com a SCC para, mediante sucessivas trocas de informação através do fornecedor, concertar entre si o posicionamento futuro dos PVP a adotar, bem como o calendário para a respetiva implementação, promovendo a subida conjunta artificial dos PVP no mercado de distribuição retalhista alimentar.
1651. Tal processo de fixação, alinhamento e subida conjunta artificial dos PVP envolve o estabelecimento de comunicações bilaterais, através das quais a SCC obtém a adesão de cada empresa de distribuição visada relativamente a um determinado posicionamento futuro de PVP a ser implementado em determinada data, veiculando essa informação por todas as empresas de distribuição visadas.
1652. As empresas de distribuição visadas manifestam à SCC a sua adesão a um determinado posicionamento futuro de PVP e indicam a data em que estão dispostas a movimentar os PVP no pressuposto de que estarão alinhadas com as restantes insígnias, conforme a informação fornecida pela SCC.
1653. Dos elementos probatórios juntos aos autos resulta, pois, que cada empresa de distribuição visada vai tendo acesso, com particular detalhe, rigor e atualidade, 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.
1654. Há três aspectos fundamentais que são evidenciados na prova junta aos autos.
1655. O primeiro é que as empresas de distribuição visadas comunicam, de facto, entre si, através do fornecedor.
1656. A prova junta aos autos demonstra que a SCC: (i) recolhia informação relativa ao posicionamento futuro de PVP junto de cada insígnia e disseminava-a pelas insígnias concorrentes; (ii) reencaminhava *emails* sobre desvios face aos PVP pré-fixados

provenientes de uma insígnia diretamente para insígnias concorrentes; e (iii) dava sequência a interpelações de insígnias junto das concorrentes, ainda que sem reencaminhar diretamente as mensagens recebidas.

1657.O segundo é que todas as empresas envolvidas (SCC e empresas de distribuição visadas) têm plena consciência deste “*modus operandi*”.

1658.As empresas de distribuição visadas adotam decisões relativas ao seu posicionamento futuro de PVP com base na informação relativa ao posicionamento futuro das suas concorrentes que lhes é transmitida pelo fornecedor e transmitem ao fornecedor informação relativa ao seu posicionamento futuro de PVP com a intenção expressa de que o fornecedor transmita essa mesma informação às suas concorrentes.

1659.À SCC, para além do papel de determinação do nível de PVP a aplicar, cabe veicular a informação entre as empresas de distribuição visadas de modo a garantir o seu alinhamento.

1660.As empresas de distribuição visadas (“spokes”) utilizam o seu relacionamento vertical com o fornecedor (“hub”) para, através de sucessivos contactos com este e do envio de mensagens que este veicula entre elas, promover a fixação e o alinhamento dos PVP no mercado de distribuição retalhista alimentar.

1661.O fornecedor (SCC) 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 que todas as empresas de distribuição concorrentes praticam um determinado PVP.

1662.É deste modo que se concretiza o objetivo comum de fixação e alinhamento dos PVP de mercado, no sentido da sua subida gradual e progressiva.

1663.A existência deste objetivo comum constitui o terceiro aspeto fundamental evidenciado pela prova junta aos autos.

1664.Pela força da sua evidência, não podemos deixar de recordar as seguintes mensagens:

[SCC] “*Eu percebo o vosso ponto de vista, mas esta é uma estratégia nacional e temos de estar alinhados com as restantes insígnias*” (cf. documento SCC2720).

[MCH] “*2051383 – Água S/Gás Luso 5l – 1.18€ (processo de reposicionamento de PVP que começou no dia 03-02-2010, a nível nacional*” (cf. documento MCH1715).

1665. Esse *status quo* foi voluntariamente criado pela SCC e pelas empresas de distribuição visadas e foi mantido ao longo de um período temporal bastante alargado, correspondente, pelo menos, a quase uma década.

1666. Importa destacar que este não se trata de um caso isolado.

1667. Com efeito, estão em curso na AdC outros processos contraordenacionais com contornos semelhantes de colusão horizontal entre empresas de distribuição através de um fornecedor comum, em mercados relativos a categorias diversificadas de produtos de grande consumo.

1668. Parece tratar-se, pois, de um “*modus operandi*” mantido por empresas de distribuição ao longo de mais de uma década, que se alastrá a uma multiplicidade de categorias de produtos por si vendidos ao consumidor final.

1669. O processo de fixação e alinhamento dos PVP envolve também o controlo e a monitorização dos PVP efetivamente praticados no mercado, através da qual a SCC e as empresas de distribuição visadas conseguem aferir se, num determinado momento e para um conjunto determinado de produtos (que pode inclusivamente englobar a totalidade do *portfolio* de produtos comercializados pelo fornecedor), alguma empresa de distribuição está a desviar-se dos PVP concertados.

1670. Em resultado das ações de controlo e monitorização, mal seja detetada a existência de desvios face aos PVP pré-fixados, pelos “*spokes*”, ou pelo “*hub*”, é exercida pressão pelas empresas de 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, recordando-se a importância de as insígnias se manterem alinhadas com o objetivo comum de “*subida de PVPs de Mercado*”.

1671. O fornecedor recorre também aos resultados das ações de controlo e monitorização de PVP para atestar às empresas de distribuição visadas que determinado posicionamento de PVP está a ser cumprido ou foi corrigido.

1672. São, aliás, muitas vezes, as próprias insígnias que solicitam à SCC que forneça esses meios de prova para poderem justificar internamente a implementação de determinado posicionamento de PVP, designadamente uma subida de PVP.

1673. Caso tal não venha a suceder, verifica-se a ocorrência de retaliações, seja por parte das empresas de distribuição ao próprio fornecedor pelo insucesso na correção de desvios (que consistem, em regra, na suspensão de compras de alguns produtos do fornecedor, na compra de menores quantidades ou na emissão de notas de débito ao fornecedor),

seja por parte do fornecedor à empresa de distribuição desviante (que consistem, em regra, num corte de fornecimento, num corte das condições comerciais ou no corte do financiamento de ações promocionais).

1674. Todos estes comportamentos de controlo e monitorização, de correção de desvios, de pressão, coação e retaliação, revelam o compromisso das empresas participantes (fornecedor e empresas de distribuição visadas) com o objetivo comum de alinhamento e subida conjunta, gradual e progressiva, dos PVP de mercado, bem como a conclusão de que a concertação de PVP é alcançada de forma livre, espontânea e esclarecida por todos os intervenientes.

1675. Não obstante tratar-se da realização de um objetivo comum de alinhamento e subida conjunta dos PVP de mercado, a prova revela que o papel desempenhado por cada agente, bem como o respetivo grau de participação, difere.

1676. A SCC, apesar de não estar ativa no mercado de retalho alimentar, participa activamente na prática investigada, determinando o nível de PVP a aplicar, veiculando informação relativa ao posicionamento presente e futuro de PVP, aos pedidos de correção de desvios e à prova do alinhamento entre as empresas de distribuição visadas, monitorizando a implementação dos PVP concertados no calendário definido, pressionando as insígnias a manterem-se alinhadas num esforço conjunto e contínuo de subida de PVP, contra elas retaliando quando tal não acontece.

1677. A Pingo Doce, a MCH, a ITMP e a Auchan estão envolvidas activamente na prática investigada, tendo o propósito expresso de contribuir, e contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum de subida de PVP de mercado, tendo conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas de distribuição visadas na prossecução do objetivo comum.

1678. Não obstante desempenharem o mesmo tipo de papel, o grau de participação das empresas de distribuição visadas difere.

1679. A MCH está diretamente envolvida em todos os comportamentos identificados, sendo recorrentemente a dinamizadora da prática e a empresa de distribuição que está mais vezes alinhada com o posicionamento de PVP concertado e que, portanto, lidera e dá impulso às iniciativas de subida de PVP.

1680. A Pingo Doce está diretamente envolvida em todos os comportamentos identificados, estando na grande maioria das vezes alinhada com o posicionamento de PVP

concertado e sendo a empresa de distribuição que alinha mais vezes com as iniciativas de subida de PVP impulsionadas pela MCH.

1681. A ITMP está diretamente envolvida em todos os comportamentos identificados e, independentemente de não estar ativa no mercado de retalho alimentar, a Visada participaativamente na prática investigada, estando os seus funcionários diretamente envolvidos nos comportamentos identificados, tendo uma influência direta nos movimentos de PVP, enquanto sociedade de aprovisionamento das lojas franqueadas que exploram a insígnia INTERMARCHÉ (cf. capítulo III.3.3.6.2 da presente Decisão).

1682. Algumas lojas da insígnia INTERMARCHÉ estão mais vezes desalinhadas face ao posicionamento combinado, embora procedam à correção dos desvios quando interpelladas para tal.

1683. Quanto à Auchan, não há prova que demonstre o seu envolvimento direto em todos os tipos de comportamentos identificados (designadamente na deteção de desvios) e algumas lojas da insígnia estão mais vezes desalinhadas face ao posicionamento concertado, embora procedam à correção dos desvios quando interpellada para tal.

1684. Quanto a [Administrador SCC] da SCC e [Diretor MCH] da MCH, estão diretamente envolvidos na prática investigada na qualidade de agentes que, à data dos factos, ocupavam uma posição de liderança nas áreas de atividade relevantes das respetivas empresas Visadas (SCC e MCH), tendo tido conhecimento direto da prática investigada e tendo adotado comportamentos que se traduziram na sua implementação, não tendo adotado quaisquer medidas adequadas para lhe pôr termo.

1685. Visto e ponderado tudo quanto antecede, a Autoridade forma nesta data a sua convicção quanto à matéria de facto, considerando provados os seguintes factos:

- (i) A SCC é uma empresa detida pelo Grupo Heineken que produz, comercializa e distribui bebidas, designadamente cervejas, águas engarrafadas (lisas e com gás), refrigerantes e sidras, a nível nacional;
- (ii) A SCC comercializa as marcas de bebidas Sagres, Bohemia, Heineken, Desperados, Affligem, Guinness, John Smith's, Kilkenny, Bandida do Pomar, Strongbow, Água do Luso, Água do Cruzeiro e Royal Club;
- (iii) Relativamente ao canal Alimentar (*off-trade*), a SCC distribui os seus produtos através das principais empresas ativas no setor da distribuição retalhista alimentar em Portugal (GGR);

- (iv) A MCH é a sociedade operacional do Grupo Sonae para o setor da distribuição retalhista, explorando um *portfolio* de lojas que operam sob as marcas “Continente”, “Continente Modelo” e “Continente Bom Dia”;
- (v) A Pingo Doce é a sociedade operacional do Grupo Jerónimo Martins para o setor da distribuição retalhista, explorando um *portfolio* de lojas que operam sob as marcas “Pingo Doce” e “Pingo Doce & Go”;
- (vi) 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”;
- (vii) A ITMP é a empresa do grupo “Os Mosqueteiros” para o aprovisionamento das sociedades que exploram em Portugal, em regime de franquia, a marca “Intermarché”;
- (viii) [Administrador SCC] foi membro do conselho de administração da SCC desde 30 de maio de 2014 e Diretor Comercial para o canal *Off Trade* desde 1 de fevereiro de 2010, mantendo esta posição de liderança na SCC até, pelo menos, 07 de março de 2017;
- (ix) [Diretor MCH] foi responsável pela direção da unidade de negócio “Soft Drinks” da MCH entre 1 de maio de 2014 e 28 de fevereiro de 2015;
- (x) As empresas de distribuição visadas adquirem os produtos à SCC para revenda ao consumidor final nos seus estabelecimentos comerciais, inexistindo entre as referidas empresas de distribuição e a SCC qualquer tipo de relação de grupo ou relação contratual diferente da inerente ao negócio típico de compra para revenda;
- (xi) Para os efeitos da comercialização dos produtos em causa no setor da distribuição retalhista de base alimentar, as referidas empresas de distribuição são tomadoras do risco comercial e financeiro associado à revenda dos produtos;
- (xii) Os comportamentos traduzem-se numa concertação relativa ao posicionamento presente e futuro de PVP dos produtos da SCC e ao calendário para a respetiva implementação, alcançado entre as empresas de distribuição visadas através do fornecedor;

- (xiii) As empresas de distribuição visadas comunicam entre si através do fornecedor;
- (xiv) A SCC determina, com a adesão concertada das empresas de distribuição visadas, o nível de PVP para os seus produtos;
- (xv) A SCC recolhe informação relativa ao posicionamento futuro de PVP junto de cada insígnia e dissemina-a pelas insígnias concorrentes;
- (xvi) A SCC reencaminha *emails* sobre desvios face aos PVP pré-fixados provenientes de uma insígnia diretamente para insígnias concorrentes;
- (xvii) A SCC dá sequência a interpelações de insígnias junto das concorrentes, ainda que sem reencaminhar diretamente as mensagens recebidas;
- (xviii) Todos os participantes, SCC, MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP, têm plena consciência de que o fornecedor veicula informação sobre o posicionamento presente e futuro de PVP entre as empresas de distribuição visadas;
- (xix) As empresas de distribuição visadas transmitem informação relativa ao seu posicionamento presente e futuro de PVP à SCC com a intenção expressa de que a SCC transmita essa mesma informação às suas concorrentes;
- (xx) As empresas de distribuição visadas tomam decisões relativas ao seu posicionamento presente e futuro de PVP e ao respetivo calendário de implementação com base na informação relativa ao posicionamento futuro das suas concorrentes, que lhes é transmitida pelo fornecedor;
- (xxi) As empresas de distribuição visadas dão a sua adesão aos PVP pré-fixados, de forma livre, espontânea e esclarecida;
- (xxii) As empresas de distribuição visadas dão a sua adesão aos PVP pré-fixados no pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias, nos termos da informação que lhes é transmitida pelo fornecedor;
- (xxiii) Muitos dos PVP constantes das comunicações juntas ao processo são “PVP pré-fixados”, ou seja, são PVP que serão aplicados pelas insígnias no futuro e que, portanto, são objeto de referência num momento em que não são ainda do domínio público;
- (xxiv) Existe um jogo permanente de alinhamentos e desvios;

- (xxv) Em muitas ocasiões, as empresas de distribuição visadas implementam os PVP pré-fixados;
- (xxvi) Noutras ocasiões, as empresas de distribuição visadas ou apenas algumas lojas de insígnia desviam-se do posicionamento combinado;
- (xxvii) O jogo de alinhamentos e desvios verificado é um reflexo dos interesses instalados no mercado de retalho alimentar português, próprios (por vezes conflituantes) de cada empresa de distribuição Visada e do fornecedor e o interesse comum a todos os participantes em lidar com aquilo que foi designado por “império dos preços baixos”, com a venda promocional e com a transparência inerente a este mercado;
- (xxviii) Fornecedor e empresas de distribuição visadas utilizam ferramentas de controlo e monitorização dos PVP de mercado com o propósito de verificar a implementação de PVP pré-fixados e dos movimentos de subida de PVP concertados;
- (xxix) Fornecedor e empresas de distribuição visadas recorrem aos resultados das ações de controlo e monitorização para sinalizar às insígnias desviantes os PVP que estão “mal”, ou seja, desvios que necessitam de correção face ao posicionamento de PVP previamente concertado;
- (xxx) Na grande maioria das vezes, o procedimento para a correção de desvios face aos PVP pré-fixados é desencadeado pelas próprias insígnias que pressionam o fornecedor para que este atue junto das insígnias concorrentes, incitando-as a corrigir os PVP que estão “mal”;
- (xxxi) O fornecedor reporta às empresas de distribuição visadas que sinalizaram os desvios o resultado das suas diligências junto das insígnias desviantes, informando-as sobre o motivo do desvio e a data para a correção;
- (xxxii) O fornecedor recorre aos resultados de ações de controlo e monitorização de PVP para atestar às empresas de distribuição visadas que determinado posicionamento de PVP está a ser cumprido ou foi corrigido;
- (xxxiii) As empresas de distribuição visadas solicitam muitas vezes à SCC que forneça meios de prova relativos ao cumprimento do posicionamento de PVP concertado para poderem justificar internamente a implementação do mesmo;

- (xxxiv) É permanentemente referida por todos os intervenientes a necessidade de estar alinhados nos movimentos de subida dos PVP;
- (xxxv) As empresas de distribuição visadas ou as suas lojas desviantes corrigem efetivamente o posicionamento ou indicam a data em que o vão fazer;
- (xxxvi) As empresas de distribuição visadas que detetam e sinalizam os desvios corrigem o posicionamento quando recebem a informação, via fornecedor, de que os PVP que estavam “mal” foram corrigidos;
- (xxxvii) Fornecedor e empresas de distribuição visadas adotam comportamentos que configuram verdadeiras ações de pressão, coação e/ou retaliação, em reação a uma desconformidade ou um desvio face à subida de PVP de mercado combinada;
- (xxxviii) Aos comportamentos em causa subjaz um objetivo comum a todas as empresas Visadas, que consiste na subida conjunta dos PVP de mercado, gradual e progressiva, em todo o país;
- (xxxix) Este objetivo comum de subida dos PVP de mercado constitui um plano estratégico de âmbito nacional;
- (xli) A SCC esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 13 de março de 2008 e 07 de março de 2017;
- (xlii) A MCH esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 13 de março de 2008 e 07 de março de 2017, com um grau de participação preponderante face às demais empresas de distribuição visadas;
- (xlii) A Pingo Doce esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 14 de outubro de 2008 e 07 de março de 2017;
- (xliii) A ITMP esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 17 de novembro de 2011 e 07 de março de 2017, com um grau menor de participação face às demais empresas de distribuição visadas;
- (xliv) A Auchan esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 18 de outubro de 2011 e 07 de março de 2017, com um grau menor de participação face às demais empresas de distribuição visadas;

- (xlv) [Administrador SCC] esteve direta e pessoalmente envolvido na prática investigada, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 11 de janeiro de 2011 e 07 de março de 2017, na qualidade de membro do conselho de administração e Diretor Comercial para o canal *Off Trade* da SCC;
- (xlii) [Diretor MCH] esteve direta e pessoalmente envolvido na prática investigada, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 09 de julho de 2014 e 06 de novembro de 2014, na qualidade de responsável pela direção da unidade de negócio “Soft Drinks” da MCH;
- (xliii) Os comportamentos ocorreram, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 13 de março de 2008 e 07 de março de 2017.

IV DO DIREITO

IV.1 Apreciação jurídica e económica dos comportamentos

1686. Da matéria de facto considerada provada na presente Decisão decorrem comportamentos suscetíveis de consubstanciar uma infração jusconcorrencial, 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.

1687. Importa, por isso, proceder à qualificação jurídica destes comportamentos à luz do regime legal aplicável.

IV.1.1 Regime jurídico da concorrência aplicável

1688. 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).

1689. 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 19/2012⁴⁶⁰ – é coincidente nos três diplomas *supra* referidos.

1690. Os três diplomas tipificaram como práticas restritivas da concorrência, puníveis como contraordenação, 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, o abuso de posição dominante e o abuso de dependência económica⁴⁶¹.

1691. Não obstante, 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.

⁴⁶⁰ 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.

⁴⁶¹ 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

1692. Do ponto de vista substantivo, o artigo 3.º do RGCO, aplicável *ex vi* do 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”.

1693. Nos termos do artigo 5.º do RGIMOS, “o facto considera-se praticado no momento em que o agente atuou ou, no caso de omissão, deveria ter atuado”.

1694. Sucede que, diferentemente do que acontece com as infrações instantâneas, nas infrações permanentes, o agente comete uma única infração, cuja consumação perdura no tempo, subsistindo o comportamento ilícito ao longo da execução de uma ação que se considera indivisível.

1695. Ora, se a 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.

1696. No presente caso, como melhor se verá adiante no capítulo IV.1.6 da presente Decisão, está precisamente em causa uma única infração de natureza permanente, cuja consumação perdurou, de forma ininterrupta, ao longo de, pelo menos, nove anos, entre 13 de março de 2008 e 07 de março de 2017.

1697. Deste modo, sem prejuízo de a execução do ato ilícito se ter iniciado na vigência da Lei n.º 18/2003, nos termos da qual já era punível⁴⁶², 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.

1698. 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.

⁴⁶² Nos termos do artigo 4.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 18/2003.

IV.1.1.2 Regime processual

1699. 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”.

1700. 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 (fls. 2 a 6 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 Mercado relevante

1701. O preenchimento dos tipos de infração previstos na Lei n.º 19/2012 implica, em regra, a prévia definição dos mercados relevantes, com referência aos quais se determina a existência de uma prática restritiva da concorrência.

1702. O conceito de mercado relevante tem no âmbito jusconcorrencial uma dupla dimensão: a dimensão material, correspondente ao mercado relevante do produto ou do serviço, e a dimensão geográfica, correspondente ao mercado geográfico relevante.

1703. Não poderá, contudo, deixar de se referir que a definição dos mercados relevantes não é indispensável em processos por práticas restritivas da concorrência em que estejam em causa 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.

1704. 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. (...) 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 (...). 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”⁴⁶³ (sublinhados da Autoridade).

1705. Pode então concluir-se que, no caso em análise, não será necessária uma delimitação prévia e exata do(s) mercado(s) relevante(s), na medida em que, nos termos melhor detalhados *infra*, estamos perante uma restrição da concorrência por objeto no âmbito do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

1706. 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.3 da presente Decisão.

IV.1.2.1.1 Mercado relevante do produto ou serviço

1707. Na sua Comunicação relativa à definição de mercado relevante, a Comissão Europeia considera que o “mercado de produto relevante compreende todos os produtos e/ou serviços considerados permutáveis ou substituíveis pelo consumidor devido às suas características, preços e utilização pretendida”⁴⁶⁴.

1708. 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.

1709. 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.

⁴⁶³ 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.

⁴⁶⁴ 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.

IV.1.2.1.2 Mercados relevantes identificados

1710. No presente processo, nos termos da análise desenvolvida *supra* (cf. capítulo III.2.1 da presente Decisão), a Autoridade considera relevantes do ponto de vista do produto os seguintes mercados:

- (i) Mercado nacional das cervejas para revenda no canal alimentar (cf. seção III.2.1.1.1 da presente Decisão);
- (ii) Mercado nacional das águas lisas sem sabor para revenda no canal alimentar (cf. seção III.2.1.1.2 da presente Decisão);
- (iii) Mercado nacional das águas com gás sem sabor para revenda no canal alimentar (cf. seção III.2.1.1.3 da presente Decisão);
- (iv) Mercado nacional dos refrigerantes com gás para revenda no canal alimentar (cf. seção III.2.1.1.4 da presente Decisão);
- (v) Mercado nacional das sidras para revenda no canal alimentar (cf. seção III.2.1.1.5 da presente Decisão); e
- (vi) Mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar (cf. seção III.2.1.2 da presente Decisão).

1711. 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.2.1.2 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*.

IV.1.2.1.3 Mercado geográfico relevante

1712. 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*”⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ 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.

1713. Para a definição do mercado geográfico relevante podem assim analisar-se diversos fatores, tais como, as variações de preços entre áreas geográficas diferentes, as características básicas da procura, as opiniões dos consumidores e dos concorrentes, a atual estrutura geográfica das compras, o fluxo das trocas comerciais e as barreiras e custos associados às trocas entre áreas geográficas diferentes.

IV.1.2.1.4 Mercado geográfico relevante identificado

1714. No presente processo, para a definição do mercado geográfico relevante, constatou-se que as empresas de distribuição visadas são grandes cadeias de retalho com atuação e com estratégias definidas ao nível nacional e com lojas espalhadas por todo o país, determinando que se considere relevante, do ponto de vista geográfico, o mercado correspondendo à totalidade do território nacional (cf. capítulo III.2.2 da presente Decisão).

IV.1.2.1.5 Pronúncia das Visadas

1715. Nas pronúncias escritas sobre a Nota de Ilicitude, as Visadas SCC e Auchan alegam que os mercados identificados no capítulo II.2.1.1 do referido documento 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 investigada⁴⁶⁶.

IV.1.2.1.6 Apreciação da Autoridade

1716. Em resposta à pronúncia das Visadas SCC e Auchan, a Autoridade salienta o seguinte.

1717. 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 restritivo⁴⁶⁷, pois independentemente de se considerar um mercado mais lato ou mais restrito, as conclusões referentes à infração não se alterariam.

⁴⁶⁶ Cf. capítulo 4 da PNI SCC e capítulo IV.1 da PNI Auchan.

⁴⁶⁷ Cf. capítulo IV.1.2 da presente Decisão.

1718. É o que sucede no presente caso.

1719. Não obstante, a AdC optou efetivamente por identificar e caracterizar todos os mercados em que ocorrem os comportamentos que consubstanciam a prática investigada, de forma a poder contextualizar a respetiva análise⁴⁶⁸.

1720. No capítulo II.2 da Nota de Ilícitude e, *mutatis mutandis*, no capítulo III.2 da presente Decisão, a Autoridade identificou e caracterizou todos os mercados em que, ao nível grossista da cadeia de distribuição, a SCC comercializa os seus produtos e o mercado de distribuição retalhista de base alimentar.

1721. Apreciada a matéria de facto descrita na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição assumida na Nota de Ilícitude nesta matéria.

1722. Com efeito, os mercados em que, ao nível grossista da cadeia de distribuição, a SCC comercializa os seus produtos são os mercados em que a SCC 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.

1723. O mercado de distribuição retalhista de base alimentar é, efetivamente, o mercado em que as empresas de distribuição visadas operam e concretizam a prática investigada, implementando os PVP pré-fixados e as subidas simultâneas de PVP de mercado.

1724. 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 Ilhas dos Açores e da Madeira, como os seus efeitos se concretizavam na subida simultânea de PVP de mercado em todo o país.

1725. Ainda que assim não fosse, a Autoridade não pode ignorar que, tanto o fornecedor, como as empresas de distribuição visadas, são empresas constituídas e estruturadas para operar em todo o país, assim acontecendo de facto, como revela a prova, definindo as suas estratégias a nível nacional, pelo que outra abrangência geográfica não faria qualquer sentido.

1726. A Autoridade reitera, portanto, a posição adotada na Nota de Ilícitude a este respeito, deixando em aberto eventuais agregações ou segmentações, quer ao nível do mercado

⁴⁶⁸ Cf. § 70 da Nota de Ilícitude.

do produto ou serviço, quer ao nível do mercado geográfico, por não relevarem no contexto da presente Decisão.

IV.1.3 Tipo objetivo da infração

1727. Da matéria de facto descrita e considerada provada na presente Decisão decorrem comportamentos suscetíveis de consubstanciar uma infração ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como ao disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

1728. Nos termos do n.º 1 artigo 9.º da Lei n.º 19/2012:

“São proibidos os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que consistam em:

- a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação;*
- b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;*
- c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;*
- d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*
- e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos”.*

1729. Da letra do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 resulta assim que deve verificar-se um conjunto de elementos para que determinada prática seja abrangida pelo seu âmbito de aplicação.

1730. Tais elementos para o preenchimento do tipo objetivo são cumulativos e consistem na verificação de: *(i)* existência de um concurso de vontades, *(ii)* entre pessoas jurídicas que se qualifiquem como “empresas”, *(iii)* que tenha por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, *(iv)* de forma sensível, *(v)* no “*todo ou em parte do mercado nacional*”.

1731. No caso do artigo 101.º do TFUE é ainda necessário que tal acordo ou prática concertada afete as trocas comerciais entre os Estados-Membros.

1732. 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”⁴⁶⁹.

1733. 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, que constituem importantes elementos de interpretação da norma nacional, como tem sido prática constante da AdC, confirmada pelos tribunais nacionais.

1734. Não obstante, 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, fornece uma lista exemplificativa (e, portanto, não taxativa) de situações abrangidas por estas proibições.

1735. Importa, assim, proceder à análise de cada um dos requisitos elencados, verificando se o tipo objetivo da infração ali prevista se encontra preenchido no caso concreto.

1736. A confirmar-se a subsunção dos factos do caso à proibição, os acordos e práticas concertadas proibidos são nulos 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.

⁴⁶⁹ 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.

IV.1.3.1 Existência de um concurso de vontades

1737. O preenchimento do tipo objetivo constante do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 depende da existência de um concurso de vontades que se concretize num acordo entre empresas, numa prática concertada entre empresas ou numa decisão de associação de empresas.

1738. 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*”⁴⁷⁰.

1739. Na verdade, 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, 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 futuro⁴⁷¹.

1740. 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*”⁴⁷².

1741. 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.

1742. 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”⁴⁷³.

⁴⁷⁰ 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.

⁴⁷¹ 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.

⁴⁷² 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.

⁴⁷³ 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.

1743. A qualificação e a forma que as empresas participantes atribuam ao acordo é assim irrelevante (abrange até os designados “acordos de cavalheiros”⁴⁷⁴), não sendo necessário um contrato formal, escrito, juridicamente válido e vinculativo, nem sendo relevante que o acordo escrito esteja de facto assinado⁴⁷⁵.

1744. Na verdade, independentemente da apreciação jusconcorrencial, pode até tratar-se de um contrato inválido à luz da ordem jurídica em que se insere⁴⁷⁶, bastando que o entendimento alcançado estabeleça o quadro geral dentro do qual as participantes deixarão de atuar com independência.

1745. Pode até mesmo tratar-se de um contrato que as empresas participantes tencionassem ignorar ou incumprir⁴⁷⁷, ou se tenham considerado forçadas a aderir⁴⁷⁸, não sendo necessário que uma empresa participe ativamente, dando o seu consentimento expresso ou conhecendo todos os elementos do acordo para se considerar parte nele.

1746. Como salienta o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, “é, assim, essencial a este conceito a ideia de suscetibilidade de influenciar o comportamento dos operadores no mercado, decorrente de um comportamento coordenado de empresas”⁴⁷⁹.

1747. No que respeita 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 propriamente dita, decidem substituir os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas.

1748. 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

⁴⁷⁴ Na terminologia anglo-saxónica, “gentlemen’s agreements”. 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.

⁴⁷⁵ Cf. decisão da Comissão Europeia 79/934/CEE de 5 de Setembro de 1979, *BP Kemi - DDSF*.

⁴⁷⁶ 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.

⁴⁷⁷ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de outubro de 1980, *Heintz van Landewyck SARL e o. c. Comissão*, processos apensos n.ºs 209-215 e 218/78, Colet. 1980, pág. 3125; acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de julho de 1989, *SC Belasco e o. c. Comissão*, processo n.º 246/86, Colet. 1989, p. 2117.

⁴⁷⁸ 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.

⁴⁷⁹ Cf. sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 4 de janeiro de 2016, 1.º Juízo, processo n.º 102/15.9YUSTR (GPL), p. 159.

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*⁴⁸⁰.

1749. A Comissão Europeia, nas suas Orientações sobre cooperação horizontal, conclui igualmente que “[o] intercâmbio de informações só pode ser apreciado nos termos do artigo 101.º se constituir ou integrar um acordo, uma prática concertada ou uma decisão de uma associação de empresas. A determinação da existência de um acordo, prática concertada ou decisão de associação de empresas não prejudica a existência de uma restrição da concorrência na acepção do artigo 101.º, n.º 1. Em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, a noção de prática concertada refere-se a uma forma de coordenação entre empresas que, sem se ter desenvolvido até ao estádio da celebração de uma convenção propriamente dita, substitui cientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas”⁴⁸¹.

1750. Também os tribunais nacionais já se pronunciaram quanto ao conceito de prática concertada. Desde logo, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, no 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.

(...) neste caso existe uma prática concertada entre empresa com a verificação de quatro elementos: o contacto entre empresas, a cooperação como forma de suprimir o grau de incerteza que existiria no mercado sem o contacto entre

⁴⁸⁰ 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.

⁴⁸¹ 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, parágrafo 60.

empresas, a reciprocidade de comportamentos das empresas e uma restrição de forma sensível da concorrência no todo ou em parte do mercado nacional”⁴⁸².

1751. Ou seja, os conceitos de acordo e de prática concertada designam duas formas de colusão que partilham a mesma natureza e que apenas se distinguem pela sua intensidade e pelas formas em que se manifestam.

1752. No plano da jurisprudência europeia, o Tribunal de Justiça refere no acórdão *T-Mobile* que “os conceitos de «acordo», de «decisões de associações de empresas» e de «prática concertada» incluem, do ponto de vista subjectivo, 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”⁴⁸³.

1753. 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 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”⁴⁸⁴.

1754. Em conclusão, basta que se verifique a existência de elementos constitutivos de um 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.

⁴⁸² Cf. sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 19 de julho de 2013, 1.º juízo, processo n.º 88/12.1YUSTR (*Restauração Coletiva*).

⁴⁸³ 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.

⁴⁸⁴ 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.

1755. No caso concreto, conforme demonstrado *supra* no capítulo III.3 da presente Decisão, ao longo de cerca de uma década, a SCC e as empresas de distribuição visadas foram adaptando o seu comportamento em função de um objetivo comum, o de garantir o alinhamento e a subida dos PVP dos produtos da SCC no mercado de distribuição retalhista de base alimentar (cf. parágrafo 967 e seguintes da presente Decisão).
1756. Para o efeito, numa base regular, praticamente quotidiana, cada uma das empresas de distribuição visadas tinha acesso, através do fornecedor, a informação relativa ao posicionamento de PVP futuro, à calendarização para o reposicionamento, e à intenção de cada insígnia concorrente em alinhar ou não o seu comportamento, informando, por seu turno, o fornecedor, para que este transmitisse às insígnias concorrentes, sobre a sua intenção de alinhar ou não o seu comportamento (cf. capítulo III.3.3 da presente Decisão e toda a prova aí citada).
1757. Em conformidade com a informação recebida, cada uma das empresas de distribuição visadas adaptava o seu comportamento em função do nível de PVP concertado e da calendarização pretendida para o reposicionamento (cf. capítulo III.3.3 da presente Decisão e toda a prova aí citada).
1758. Cada uma das empresas de distribuição visadas adaptava efetivamente o seu comportamento em função do plano de ação comum, reposicionando os PVP de acordo com o previamente concertado com a SCC e, indiretamente, com as insígnias concorrentes, com o intuito de contribuir para o objetivo comum de alinhamento do mercado (cf. capítulo III.3.1.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).
1759. Para além de concertar o seu comportamento em função do plano de ação comum, as empresas de distribuição visadas monitorizavam o mercado, confrontavam o fornecedor com eventuais desvios, pressionando-o para que este atuasse junto das insígnias desviantes, garantindo a correção dos desvios e o alinhamento horizontal dos PVP no mercado, chegando mesmo a exercer ações de retaliação sobre o fornecedor e as insígnias desviantes (cf. capítulos III.3.1.3, III.3.1.4 e III.3.1.5 da presente Decisão e toda a prova aí citada).
1760. A prática concertada em causa tem, assim, uma natureza simultaneamente vertical e horizontal, uma vez que nela participam empresas que, para efeitos da fixação e alinhamento dos PVP no mercado retalhista de base alimentar, atuam em níveis diferentes da cadeia de distribuição.

1761. As empresas de distribuição não contactam diretamente entre si, utilizando para esse efeito um *hub*, a SCC, que se encontra no nível superior da cadeia de distribuição e que, através de um conjunto de feixes verticais que mantém com cada uma das empresas de distribuição visadas, facilita, promove e/ou garante a comunicação entre as empresas de distribuição (cf. capítulo III.3.2 da presente Decisão).
1762. Tais feixes verticais concretizam-se em contactos diretos entre o fornecedor e cada uma das empresas de distribuição visadas, através dos quais se concertam os PVP que devem ser praticados para um conjunto determinado de produtos, num determinado momento, garantindo-se igualmente que serão esses os preços que o mercado (i.e. as empresas de distribuição concorrentes), se encontra a praticar ou irão praticar em determinada data.
1763. É, por conseguinte, deste modo que a SCC e as empresas de distribuição visadas substituem conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação ou concertação prática entre si, com implicação direta no mecanismo de formação e implementação dos PVP de cada empresa de distribuição Visada, o que consubstancia uma prática concertada ilícita do ponto de vista concorrencial.
1764. Considera-se, portanto, verificado o primeiro elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

IV.1.3.1.1 Pronúncia das Visadas

1765. As visadas contestam o preenchimento do tipo objetivo de ilícito, arguindo que a matéria de facto não se subsume ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012⁴⁸⁵.
1766. Em primeiro lugar, as Visadas afirmam que não há prova da existência de um acordo expresso entre as insígnias no sentido do alinhamento de PVP⁴⁸⁶.
1767. Em segundo lugar, as Visadas alegam que também não há prova da existência de uma prática concertada.
1768. A SCC defende que não há tão-pouco um paralelismo de preços⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ Cf. capítulo 8.1 da PNI SCC, capítulo III da PNI MCH, capítulo III da PNI Pingo Doce, capítulos III.1.8 e IV.2 da PNI Auchan e capítulos IV.2 e IV.3 da PNI ITMP.

⁴⁸⁶ Cf. capítulos III.1.8 e IV.2 da PNI Auchan.

⁴⁸⁷ Cf. capítulo 8.1 da PNI SCC, onde se refere que “os preços não se mostram estabilizados, nem elevados, no período relevante” (§204 da PNI SCC). No mesmo sentido, cf. capítulo

1769. A Auchan alega que, mesmo que se verificasse um eventual paralelismo de preços, sempre estaria justificado pela transparência que caracteriza o mercado nacional de retalho alimentar⁴⁸⁸.

1770. A este propósito, a Auchan apresenta uma resenha da jurisprudência europeia sobre o conceito de prática concertada (referindo os casos *Dyestuffs*⁴⁸⁹, *Sugar*⁴⁹⁰, *Pioneer*⁴⁹¹, *Polypropilene*⁴⁹² e *Wood pulp*⁴⁹³) 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 mercado⁴⁹⁴.

IV.1.3.1.2 Apreciação da Autoridade

1771. Apreciada a defesa das Visadas em confronto com a matéria de facto considerada provada na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilícitude e acima retomada, pelas razões a seguir indicadas.

1772. 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.

1773. Sucede que esse acordo não se revela necessário.

1774. Como referido anteriormente, a noção jusconcorrencial de *consenso de vontades* não pressupõe a existência de uma convenção escrita e juridicamente vinculativa para as partes, bastando que se verifiquem indícios de um comportamento coordenado,

⁴⁸⁸ Cf. capítulos IV.1 e IV.2 da PNI Auchan.

⁴⁸⁹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de julho de 1972, *Imperial Chemical Industries Ltd c. Comissão*, processo n.o 48/69.

⁴⁹⁰ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de dezembro de 1975, *Suiker Unie c. Comissão*, processo n.º 40/73.

⁴⁹¹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 07 de junho de 1983, *Musique Diffusion Française c. Comissão*, processo n.º 100/80.

⁴⁹² Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 08 de julho de 1999, *Hercules Chemicals NV c. Comissão*, processo n.º C-51/92 P.

⁴⁹³ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de março de 1993, *Ahistrôm Osakeyhtiö e outros c. Comissão*, processo n.o C-89/85.

⁴⁹⁴ Cf. capítulo IV.2.2 da PNI Auchan.

obrigando-se uma parte a determinada conduta ou eliminando-se a incerteza sobre ela, de forma expressa ou tácita.

1775.Também é verdade que a matéria de facto considerada provada não inclui a constatação da existência de um paralelismo de preços no mercado de retalho alimentar português durante o período de tempo em que ocorreu a prática investigada.

1776.Sucede que a Autoridade não procedeu a essa análise, nem tinha de o fazer no contexto da apreciação jusconcorrencial da infração demonstrada na medida em que, nos termos que se analisarão *infra*, está em causa uma infração pelo objeto baseada em prova de uma colusão explícita que tem por objeto o alinhamento dos PVPs entre as insígnias visadas.

1777.Em todo o caso, a Autoridade não pode deixar de notar que também é verdade que a prova apreciada na presente Decisão revela que há uma paridade de PVP entre as várias insígnias, que se mostra diametralmente oposta à teoria da concorrência efetiva e feroz invocada pelas Visadas (cf. parágrafos 1318 e 1328 da presente Decisão, a propósito da apreciação dos documentos JM645 e JM415).

1778.Independentemente de essa paridade de preços verificada poder, em tese e noutras circunstâncias, em especial na ausência da abundante prova de contactos diretos e indirectos 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, ela não deixa certamente de resultar, de facto, dos comportamentos verificados e demonstrados na presente Decisão.

1779.Efetivamente, a matéria de facto provada revela que as empresas de distribuição visadas, mediante sucessivas comunicações através do fornecedor, trocaram informação que lhes permitiu atingir uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes, designadamente sobre o posicionamento futuro dos PVP dos produtos da SCC e o calendário para a implementação de sucessivos movimentos de subida conjunta no mercado de distribuição retalhista alimentar (cf. capítulo III.3.1.2.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1780.Com efeito, ficou provado que a SCC: (i) recolhia informação relativa ao posicionamento futuro de PVP junto de cada insígnia e disseminava-a pelas insígnias concorrentes; (ii) reencaminhava *emails* sobre desvios face aos PVP pré-fixados provenientes de uma insígnia diretamente para insígnias concorrentes; e (iii) dava sequência a interpelações

de insígnias junto das concorrentes, ainda que sem reencaminhar diretamente as mensagens recebidas (cf. parágrafos 1188 a 1199 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1781. Desta forma, as empresas de distribuição visadas comunicavam efetivamente entre si, ainda que de forma indireta, através do fornecedor, estabelecendo uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes e que, desse modo, restringiu a concorrência entre elas relativamente aos PVP praticados no mercado de distribuição retalhista alimentar para os produtos da SCC (cf. parágrafos 960, 1026, 1027, 1028 e 1091 da presente Decisão).

1782. Ficou ainda provado que todas as empresas envolvidas (SCC e empresas de distribuição visadas) tinham plena consciência deste “*modus operandi*”.

1783. Na realidade, as empresas de distribuição visadas aderiam expressamente aos PVP pré-fixados e indicavam a data em que iam implementar a mudança, de forma livre, espontânea e esclarecida, no único pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias nos movimentos de subida conjunta dos PVP, nos termos da informação que lhes era transmitida pelo fornecedor (cf. capítulo III.3.1.2.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1784. Desta forma, as empresas de distribuição visadas adotavam decisões relativas ao seu posicionamento futuro de PVP com base na informação relativa ao posicionamento futuro das suas concorrentes que lhes era transmitida pelo fornecedor e transmitem ao fornecedor informação relativa ao seu posicionamento futuro de PVP com a intenção expressa de que o fornecedor transmita essa mesma informação às suas concorrentes, atuando assim sob a forma de uma cooperação prática que elimina a incerteza inerente à livre concorrência (cf. documentos SCC862, SCC865, SCC1503, SCC2659, SCC2720, SCC2775 e conversações n.º 7, 9, 30, 33 e 34).

1785. A título de exemplo, recorde-se a conversação n.º 7:

[SCC] “Olá [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],

De acordo com o que falamos abaixo segue calendarização de águas.

Está tudo confirmado com estas datas. Se houver algo em contrário aviso-te. Verifica e dá-me feedback nomeadamente relativamente a Fruta!

Relativamente a Luso Lisa peço especial atenção uma vez que os efeitos são a partir de amanhã (22/10)”.

[MCH] “Precisamos que este movimento de PVP em águas seja feito no dia 3 (Segunda-Feira). Conseguem garantir-me este alinhamento?”

[SCC] “O dia que conseguimos garantir, de acordo com o que informamos é o dia 05/11 (sempre à 4^ªf)”.

“No Luso Fruta 2L,e com o constrangimento das acções que já é normal, confirmem que conseguem fazer o movimento no dia 11/11”.

[MCH] “Tendo em conta a atividade promocional, informo que só podemos fazer o exercício de movimentações de preços nos artigos Fruta 2L, 1L e 0.33cl no dia 11”.

1786. Recorde-se, ainda, o documento MCH420, ilustrativo do interesse das empresas de distribuição visadas em que o que fora concertado fosse (mais) proativamente promovido pelo fornecedor:

From: [REDACTED]
Sent: domingo, 31 de janeiro de 2016 18:52
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Ações Sonae

Boa tarde,

Mais uma vez, e após todas as nossas conversas relativas ao tema da descompetitividade da Sonae MC no mercado, deparamo-nos com o seguinte (abaixo). Creio que fomos claros quando vos mostrámos evidências na última reunião do dia 27, onde vimos que desde a 1^a semana do ano que o nosso principal concorrente faz promoções superiores às nossas.

A base da confiança cada vez desmorenece mais, sendo que ainda na última 6F atendemos ao vosso pedido de não reagir à ação da Sagres 15*20 no mercado, e retirá-la de folheto, em troca do mesmo que está abaixo com +50%. A única diferença, é que à Sonae MC propõem sempre 50%, que não é o que temos visto no mercado.

Como podemos trabalhar em conjunto com um fornecedor que se diz parceiro, e como podemos construir uma gestão de categoria conjunta quando faltam pilares que sustentem esta relação de parceria?

Neste momento, não conseguimos compreender esta posição passiva da SCC relativamente a este tema.

1787. Portanto, cada empresa de distribuição visada foi tendo acesso, com particular detalhe, rigor e atualidade, à estratégia comercial futura das demais empresas de distribuição concorrentes, o que permitiu reduzir o risco da pressão concorrencial e a incerteza normalmente associada ao comportamento estratégico de um concorrente.

1788. À SCC coube, além da determinação do nível de PVP, veicular a informação entre as empresas de distribuição visadas de modo a garantir o alinhamento entre insígnias.

1789. A AdC forma, assim, a sua convicção de que as empresas Visadas estabeleceram entre si uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes relativo ao posicionamento presente e futuro de PVP dos produtos da SCC e à calendarização de sucessivos movimentos de alinhamento (essencialmente no sentido da subida) conjunto de PVP no mercado de distribuição retalhista alimentar português, que é necessário para que se considere preenchido o

critério estabelecido no n.º 1 do artigo 9 da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFEU.

1790. Não pode a AdC deixar de referir que a conclusão da existência de uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes não é afastada pela matéria de facto que revela a verificação de desvios ao posicionamento de PVP concertado.

1791. Em primeiro lugar, 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, como resulta aliás explicitamente do documento SCC1242 (parágrafos 1267 e 1268 *supra*) e dos documentos que integram a conversação n.º 43 (parágrafo 1050 *supra*).

1792. Em segundo lugar, como exposto em capítulos precedentes, a verificação de desvios no caso concreto constitui apenas um reflexo de uma “ambivalência genética” característica do mercado de retalho alimentar em Portugal, que pode explicar a existência de desvios, mas que não pode eliminar os comportamentos descritos na presente Decisão, nem tão-pouco contrariar as conclusões que a AdC forma a seu respeito (cf. capítulos III.2.6, III.3.1.1.2 e III.3.1.4.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1793. Para além disso, não obstante a ocorrência de desvios, a matéria de facto provada demonstra que as empresas de distribuição visadas (ou, mais concretamente, as lojas de insígnia que se desviavam) corrigiam o seu posicionamento quando este estava “mal” face ao posicionamento previamente concertado, adaptando o seu comportamento em função de uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes e do objetivo comum (cf. capítulos III.3.3.3.2, III.3.3.4.2, III.3.3.6.2 e III.3.3.7.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada, em particular os documentos SCC406, SCC253, SCC2337, SCC1857, SCC441, SCC135, SCC444, SCC439 e conversação n.º 21).

1794. A título de exemplo, recordemos o documento SCC2337:

[SCC] “*Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Tenho informação que as vossas lojas da Madeira não têm os PVPR nos artigos da SCC. Relembro os mesmos no ficheiro em anexo. Obrigado*”.

[MCH] “*Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Os PVP's foram corrigidos*”.

1795. Neste sentido, a AdC conclui que a cooperação prática executada conjuntamente pelas visadas era reforçada por um conjunto de comportamentos conexos e sucessivos, de controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado, de correção dos desvios identificados e de pressão, coação e retaliação, que eram adotados por todos os intervenientes de modo a garantir o objetivo comum de alinhamento horizontal dos PVP (cf. capítulos III.3.1.3.2, III.3.1.4.2 e III.3.1.5.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1796. A Autoridade não pode ainda deixar de referir que a conclusão da existência de tal cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes também não é afastada pela matéria de facto que revela diferenças entre as empresas Visadas quanto ao tipo de envolvimento ou ao grau de participação na prática investigada (cf. capítulos III.3.3.1.2, III.3.3.3.2, III.3.3.4.2, III.3.3.6.2 e III.3.3.7.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1797. Quanto ao tipo de envolvimento, essas diferenças decorrem do facto de o fornecedor ter uma intervenção na prática investigada distinta das empresas de distribuição visadas (cf. capítulo III.3.3.1.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1798. 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.

1799. Quanto ao grau de participação das empresas Visadas, as respetivas diferenças decorrem do maior ou menor envolvimento de cada uma em cada comportamento analisado, conforme evidenciado na prova junta aos autos e acima analisado (cf. capítulos III.3.3.3.2, III.3.3.4.2, III.3.3.6.2 e III.3.3.7.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1800. No entanto, como veremos em maior detalhe no capítulo IV.1.4 desta Decisão, as diferenças verificadas quanto ao grau de participação de cada empresa Visada não são suscetíveis de afastar a demonstração da participação de todas na cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes, para além do que não existem 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.3.3.3.2, III.3.3.4.2, III.3.3.6.2 e III.3.3.7.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1801.Por conseguinte, a Autoridade conclui que as empresas de distribuição visadas implementaram, através do fornecedor SCC, uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias 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, com implicação direta no mecanismo de formação dos PVP de cada empresa de distribuição Visada, participando numa prática concertada que durou desde março de 2008 até março de 2017, pelo menos.

1802.Considera-se, portanto, verificado o primeiro elemento do tipo objetivo previsto no n.^º 1 do artigo 9.^º da Lei n.^º 19/2012 e no n.^º 1 do artigo 101.^º do TFUE.

IV.1.3.2 Qualidade de empresa

1803.A noção de empresa para efeitos da aplicação das regras de concorrência, quer no plano do direito nacional, quer no plano do direito da União Europeia, assenta na verificação do exercício de uma atividade económica por uma entidade que beneficie de autonomia de decisão.

1804.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.

1805.Nos termos do n.^º 1 do artigo 3.^º da Lei n.^º 19/2012, considera-se empresa “*qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento*”, não sendo necessário que o exercício da atividade económica tenha fins lucrativos.

1806.A Lei n.^º 19/2012 consagra deste modo, no plano nacional, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça quanto ao conceito de empresa⁴⁹⁵.

1807.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

⁴⁹⁵ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de junho de 1998, *Comissão c. Itália*, processo n.^º C-35/96, Colet. 1998, p. 3851, parágrafo 36; cf., igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1991, *Höfner e Elser*, processo n.^º C-41/90, Colet. 1991, p. 1979, parágrafo 21; acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 1995, *Fédération française des sociétés d'assurances e o.*, processo n.^º C-244/94, Colet. 1995, p. 4013, parágrafo 14; acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 1997, *Job Centre*, processo n.^º C-55/96, Colet. 1997, p. 7119, parágrafo 21; acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 1993, *Poucet e Pistre*, processos apensos n.^ºs C-159/91 e C-160/91, Colet. 1991, p. 637, parágrafo 17.

que, por conseguinte, criam uma mesma unidade, podendo incluir uma pluralidade de pessoas jurídicas, singulares ou coletivas, sempre que existam entre elas laços de interdependência que criam essa mesma unidade.

1808. 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 negócios⁴⁹⁶.

1809. No caso concreto, cada empresa visada (SCC, MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP), qualifica-se como “empresa”, 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).

1810. Para além disso, a SCC 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).

1811. Nenhuma das empresas visadas contestou a qualificação jurídica apresentada na Nota de Ilicitude a este respeito.

1812. Nesse sentido, encontra-se verificado o segundo 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.

⁴⁹⁶ O legislador nacional acolhe, assim, a doutrina da *enterprise entity*, preconizada pelos Tribunais da União Europeia. Veja-se, entre outros, o acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de julho de 1984, *Hydrotherm*, processo n.º 170/83, Colet. 1984, p. 2999, parágrafos 11 e 12.

IV.1.3.3 Objeto restritivo da concorrência

1813.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 concorrência⁴⁹⁷.

1814.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”⁴⁹⁸.

1815.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.

1816.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 concorrência⁴⁹⁹.

1817.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 demonstrar 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 consumidores⁵⁰⁰.

1818.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.

⁴⁹⁷ 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.

⁴⁹⁸ 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.

⁴⁹⁹ 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.

⁵⁰⁰ 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.

1819. É esta a jurisprudência unânime do Tribunal de Justiça⁵⁰¹, 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"⁵⁰² (sublinhados da Autoridade).

1820. Daqui resulta que certos comportamentos colusórios típicos, como a fixação dos preços, são pela sua própria natureza prejudiciais ao bom funcionamento da concorrência (i.e., são objetivamente suscetíveis de produzir efeitos negativos no mercado, em prejuízo dos consumidores), constituindo, assim, uma restrição pelo objeto, sem que as autoridades competentes tenham necessidade de proceder à análise dos seus efeitos.

1821. 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

⁵⁰¹ 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.

⁵⁰² 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.

*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*⁵⁰³.

1822. Não obstante, a jurisprudência europeia determina igualmente não ser necessário proceder a uma análise pormenorizada da estrutura dos mercados em causa quando esteja em causa uma prática, como a dos presentes autos, que seja concretamente apta a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado, sob pena de, em sede de qualificação da infração como restrição pelo objeto, se poder entrar já na consideração dos efeitos concretos no mercado.

1823. A este respeito, importa reter as Conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet, apresentadas em 25 de junho de 2015 no âmbito do processo C-373/14 P, *Toshiba Corporation c. Comissão*, que procurou interpretar a orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça expressa no acórdão *Cartes Bancaires*⁵⁰⁴ de acordo com a jurisprudência estabilizada do mesmo Tribunal quanto à matéria, considerando que “*o critério jurídico essencial para determinar se uma coordenação entre empresas comporta tal restrição da concorrência ‘por objetivo’ reside na constatação de que essa*

⁵⁰³ 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.

⁵⁰⁴ O Advogado-Geral Melchior Wathelet considera que a jurisprudência *Cartes Bancaires* “parece «ter dificultado a necessária distinção entre o exame do objetivo anticoncorrencial e a análise dos efeitos concorrenciais dos acordos entre as empresas» e que a «linha de demarcação entre os respetivos conceitos de restrições por objetivo ou por efeito [não pode ser esbatida e] que o recurso a este conceito deve ser enquadrado de uma forma mais clara»” e que “[o] contexto económico e jurídico serve para ajudar a autoridade responsável pela análise da restrição por objetivo alegada a compreender a função económica e o significado real do acordo. (...) ter em conta o contexto económico e jurídico significa, por conseguinte, que o acordo controvertido tem apenas de ser concretamente apto a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Com efeito, importa não perder de vista que a vantagem em termos de previsibilidade e de redução do ónus da prova que envolve a identificação dos acordos restritivos por objetivo ficaria «comprometida se essa identificação [carecesse], em última análise, de um exame aprofundado das consequências do referido acordo sobre a concorrência, que fosse muito além do exame circunstanciado do acordo». No entanto, uma abordagem superficial só pode ser justificada em presença de comportamentos (...) que apresentem um risco intrínseco de efeito prejudicial particularmente grave, isto é, as restrições que apresentem *intrinsecamente um determinado grau de nocividade*” - Cf. Conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet, apresentadas em 25 de junho de 2015, no processo n.º C-373/14 P, *Toshiba Corporation c. Comissão*, parágrafo 54. O Advogado Geral Melchior Wathelet partilha do entendimento expresso pelo Advogado-Geral Nils Wahl nas Conclusões apresentadas em 27 de março de 2014, no processo n.º C-67/13 P, *Groupement des cartes bancaires c. Comissão*, parágrafos 46 e 47: “Afigura-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, ao recordar a distinção entre os dois tipos de restrições previstas no artigo 81.º, n.º 1, CE, foi, até certo ponto, fonte de interpretações divergentes, ou mesmo de confusão. Com efeito, algumas orientações jurisprudenciais parecem ter dificultado a necessária distinção entre o exame do objetivo anticoncorrencial e a análise dos efeitos concorrennciais 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”.

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”⁵⁰⁵ (sublinhados da Autoridade).

1824. Na linha da jurisprudência do Tribunal de Justiça, também a Comissão Europeia distingue quais as formas de coordenação que consubstanciam tipicamente restrições por objeto.

1825. Nas Orientações sobre cooperação horizontal pode ler-se que “[a]s restrições da concorrência por objecto são aquelas que, pela sua natureza, podem restringir a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1. Não é necessário examinar os efeitos reais ou potenciais do acordo no mercado a partir do momento em que o objectivo anticoncorrencial do mesmo esteja provado”⁵⁰⁶.

1826. 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

⁵⁰⁵ 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.

⁵⁰⁶ 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.

concorrência por objetivo incluem a fixação dos preços, a limitação da produção e a partilha de mercados e clientes⁵⁰⁷ (sublinhado da Autoridade).

1827.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”⁵⁰⁸.*

1828.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.

1829.Quanto a este ponto, refira-se que também a jurisprudência dos tribunais nacionais tem sido 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

⁵⁰⁷ 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.

⁵⁰⁸ 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.

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, basta a possibilidade de lesão ou a adequação da prática para produzir tal lesão para que a infração se considere cometida⁵⁰⁹.

1830. A título de exemplo, veja-se a sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão proferida no âmbito do caso *Lactogal*, ao estabelecer que:

“Nos termos do art. 4.º da LdC [atual artigo 9.º da Lei n.º 19/2012], o acordo é ilícito quer quando tiver por objeto impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do território nacional quer quando provocar esse mesmo efeito sobre a concorrência. Na primeira situação, deparamo-nos com um tipo de mera atividade e de perigo, e na segunda situação com um tipo de resultado e de dano, em que é necessária a imputação do resultado à ação.

Por outras palavras, o preenchimento do tipo na primeira situação acima mencionada não exige a demonstração de que o acordo teve como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência, bastando que o objeto do acordo tenha aptidão para produzir tal desiderato. Trata-se da usual distinção entre restrição por objeto e por efeito, sendo que provando-se a existência de um acordo cujo clausulado é por si só apto a restringir sensivelmente a concorrência (infração por objeto), torna-se despiciendo fazer a demonstração dos seus concretos efeitos anticoncorrenciais”⁵¹⁰ (sublinhado da Autoridade).

1831. No mesmo sentido, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão 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.

⁵⁰⁹ Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 9 de dezembro de 2005, 2.º Juízo, processo n.º 1307/05.6TYLSB (*Ordem dos Médicos Dentistas*), p. 24 a 27; sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 12 de Janeiro de 2006, 3.º Juízo, processo n.º 1302/05.5TYLSB (*Ordem dos Médicos Veterinários*); sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 18 de janeiro de 2007, 3.º Juízo, processo n.º 851/06.2TYLSB (*Ordem dos Médicos*), p. 35; sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 10 de agosto de 2007, 3.º Juízo, processo n.º 1050/06.9TYLSB (*PT Multimédia – SIC*), p. 27 a 34. Cf. ainda acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 25 de novembro de 2008, 3.ª Secção, processo n.º 1050/06.9TYLSB.L1 (*PT Multimédia – SIC*), p. 70 a 74; acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de dezembro de 2010, 3.ª Secção, processo n.º 350/08.8TYLSB.L1 (*Abbott, Menarini e o.*), p. 161 a 167.

⁵¹⁰ Cf. sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 24 de maio de 2012, processo n.º 18/12.0YUSTR, p. 69 e 70.

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.*⁵¹¹ (sublinhado da Autoridade)

1832. Mais recentemente, também o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão determinou que “*um nível de exigência demasiado elevado na aferição do contexto económico em que a prática se insere, colocando-o a par de uma análise quanto aos efeitos (...), poderia conduzir, nesses casos, à negação de uma tutela efetiva do bem jurídico tutelado contrária ao «sentido fundante da norma qual seja o de atuar de forma clara sobre certas hardcore restrictions. Acresce ainda que a jurisprudência comunitária continua a reiterar que as restrições quanto ao objeto e as restrições quanto ao efeito são alternativas e não cumulativas, pelo que essa equiparação entre a análise necessária para efeitos de verificação de um objeto anticoncorrencial e de um efeito anticoncorrencial é de rejeitar*

⁵¹².

1833. É, por conseguinte, à luz da referida jurisprudência e prática decisória, europeia e nacional, que se fará a análise jusconcorrencial da matéria de facto considerada provada na presente Decisão, para avaliar se os comportamentos em causa consubstanciam uma restrição por objeto, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

1834. Na Nota de Illicitude, a Autoridade concluía que os elementos de prova analisados e pormenorizadamente descritos no capítulo II.3 revelavam indícios suficientemente sérios, precisos e concordantes da existência de uma fixação (indireta) de PVP dos produtos da SCC no mercado de retalho alimentar português, em que estiveram envolvidas todas as empresas Visadas.

1835. A prova analisada revela que, com o intuito de realizar alinhamentos (essencialmente no sentido da subida) conjuntos de PVP de mercado, as empresas de distribuição visadas utilizavam o seu relacionamento com o fornecedor (bem como o relacionamento

⁵¹¹ Cf. Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 4 de fevereiro de 2015, processo n.º 38/13.8YUSTR, p. 143, confirmada pelo acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 9.ª secção, de 19 de novembro de 2015.

⁵¹² Cf. sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 4 de janeiro de 2016, 1.º Juízo, processo n.º 102/15.9YUSTR (GPL), p. 174.

do fornecedor com insígnias concorrentes) para fixar um determinado posicionamento futuro de PVP, promovendo assim entre elas a concertação dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar.

1836. A prática de fixação (indireta) de preços de venda descrita revela, além do mais, contornos específicos que lhe conferem uma natureza híbrida (porquanto apresenta características simultaneamente verticais e horizontais), pelo que a Autoridade passará a descrever as características que a jurisprudência e a prática decisória existentes atribuem a este tipo de prática restritiva da concorrência.

IV.1.3.3.1 Prática de fixação indireta de preços (“hub and spoke”)

1837. Qualquer fixação de preços 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 infração jusconcorrencial, verificadas as demais condições normativas para o efeito.

1838. A jurisprudência nacional e europeia é unânime em considerar que uma fixação (direta ou indireta) de preços (com natureza vertical e/ou horizontal), pela sua própria natureza e independentemente dos seus efeitos concretos no mercado, configura uma restrição da concorrência por objeto.

1839. No direito da concorrência, a prática de alinhamento dos PVP entre empresas concorrentes, por intermédio do fornecedor, qualifica-se como uma fixação indireta de preços de venda e é designada na terminologia anglo-saxónica por “hub and spoke”, traduzindo uma prática concertada que é equiparada pela doutrina e jurisprudência a um verdadeiro cartel (apenas com a particularidade de as empresas de distribuição se encontrarem num diferente nível da cadeia de distribuição em relação ao fornecedor, e de não contactarem diretamente entre si, utilizando para esse efeito um *hub*, neste caso, o referido fornecedor comum).

1840. Com efeito, é a empresa que se encontra no nível superior da cadeia de distribuição (o fornecedor – o *hub*) que, através de um conjunto de feixes verticais, facilita, promove e/ou garante a colusão ilícita entre as empresas que se situam no nível inferior da referida cadeia de distribuição (as empresas de distribuição visadas – as *spokes*), aqui traduzida no alinhamento dos PVP praticados pelas insígnias.

1841. Este tipo de contactos entre fornecedor e empresas de distribuição dá necessariamente origem à troca de informação relativa à estratégia comercial presente e futura de cada empresa de distribuição e, posteriormente, à divulgação da referida informação pelo fornecedor às empresas de distribuição concorrentes.

1842. Nas suas Orientações relativas às restrições verticais, a Comissão Europeia reconhece que “*ao eliminar a concorrência intramarcas em matéria de preços, a imposição dos preços de revenda pode igualmente facilitar a colusão entre compradores, ou seja, a nível da distribuição. As empresas de distribuição fortes ou bem organizados poderão estar em condições de forçar/convencer um ou vários fornecedores a fixarem o seu preço de revenda acima do nível concorrencial, ajudando-os, assim, a alcançar ou estabilizar um equilíbrio colusivo. A perda de concorrência em matéria de preços daí resultante afigura-se especialmente problemática quando a imposição dos preços de revenda é inspirada pelos compradores, cujos interesses colectivos da natureza horizontal terão, muito provavelmente, um efeito negativo para os consumidores*

⁵¹³” (sublinhado da Autoridade).

1843. Por outras palavras, mesmo que se considerasse estar apenas em causa uma prática de imposição ou fixação vertical dos PVP, sempre teria de considerar-se que esta prática cria condições de atuação no mercado que não correspondem às normais condições de funcionamento de um mercado concorrencial.

1844. Esta prática tem influência direta na formação dos preços de venda a praticar por todas as empresas de distribuição (e não apenas pela empresa de distribuição que contactou diretamente com o fornecedor), 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 retalhista⁵¹⁴.

1845. A particularidade desta prática concertada consiste, portanto, no facto de a indicação dos preços pelo fornecedor às empresas de distribuição visadas constituir apenas um dos elementos de um processo complexo de concertação de PVP entre insígnias,

⁵¹³ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações relativas às restrições verticais”, JO de 19 de maio de 2010, C 130/1, parágrafo 224.

⁵¹⁴ Especificamente no que concerne à gravidade da prática de imposição de PVP, decorre da alínea a) do artigo 4.º do Regulamento n.º 330/2010 (Regulamento de isenção por categoria) que os “*acordos verticais que, directa ou indirectamente, isoladamente ou em combinação com outros factores que sejam controlados pelas partes, que tenham por objecto a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda (...) em resultado de pressões ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes*

⁵” são consideradas restrições graves (*hardcore restrictions*) da concorrência, que implicam a retirada do benefício de isenção por categoria – cf. Regulamento (EU) n.º 330/2010 de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO de 23 de abril de 2010, L 102/1.

através de um conjunto alargado de feixes de comunicação verticais, em que o fornecedor veicula informação relativa ao posicionamento futuro de PVP concertado e à calendarização para o reposicionamento pelas várias insígnias, tendo por consequência o alinhamento horizontal dos PVP no mercado retalhista.

1846. Quanto aos casos de *hub and spoke* na jurisprudência e prática decisória da União Europeia, importa começar por referir o acórdão *Erauw-Jacquery*, em que o Tribunal de Justiça considerou que “[é] preciso observar a este respeito 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 comum⁵¹⁵ (sublinhado da Autoridade).

1847. No âmbito da jurisprudência europeia, importa fazer referência aos casos *AC Treuhand*⁵¹⁶ e *AC Treuhand II*⁵¹⁷.

1848. Em síntese, estava em causa uma empresa de consultadoria suíça que, apesar de não estar ativa nos mercados em que ocorreu a infração foi, ainda assim, condenada pelo seu papel de *facilitador* da prática restritiva da concorrência em causa (cartel), nomeadamente por “organizar múltiplas reuniões a que assistiu e nas quais participou activamente, 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”⁵¹⁸.

1849. No respetivo acórdão, o Tribunal de Justiça fixou os critérios que a Comissão Europeia (e, por inerência, as autoridades da concorrência nacionais) terá de provar para

⁵¹⁵ 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.

⁵¹⁶ 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.

⁵¹⁷ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de outubro de 2015, *AC-Treuhand AG c. Comissão*, processo n.º C-194/14 P.

⁵¹⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *AC-Treuhand AG c. Comissão* supra citado, p. 37.

demonstrar a participação de uma empresa numa infração deste tipo: (i) existência de um objetivo comum, prosseguido pelo conjunto de participantes; (ii) os participantes têm intenção de contribuir, através do seu próprio comportamento, para o objetivo comum; e (iii) os participantes têm conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo comum ou podem razoavelmente prevê-los e estão prontos a aceitar o risco⁵¹⁹.

1850. Refira-se ainda os casos *Eturas*⁵²⁰ e *VM Remonts*⁵²¹.

1851. No primeiro caso, estava em causa a utilização do mesmo sistema de reservas em linha (*E-TURAS*) por várias agências de viagens, que era integrado nos respetivos sítios *Web*, através de aquisição de licença à *UAB Eturas* (titular da *E-TURAS*), e a prática de coordenação entre as agências quanto aos descontos praticados, na sequência de uma mensagem do diretor da *UAB Eturas* para que votassem a redução geral da taxa dos descontos concedida dentro de um determinado intervalo de valores e introduzissem nos sistemas de reservas em linha de uma restrição tecnológica em virtude da taxa de desconto concordada⁵²².

1852. Em concreto, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre as condições necessárias para que as várias agências de viagens fossem responsabilizadas por uma prática concertada de natureza horizontal, concretizada através do fornecedor comum, a *UAB Eturas*.

1853. 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”⁵²³.

⁵¹⁹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *AC-Treuhand AG c. Comissão* supra citado, p. 30.

⁵²⁰ 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.

⁵²¹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21 de julho de 2016, *SAI VM Remonts e outros c. Konkurencės padome*, processo n.º C/542/14.

⁵²² Importa realçar que não constava nenhuma cláusula nos respetivos contratos quanto à possibilidade de o administrador alterar os preços dos serviços apresentados pelas agências de viagens que utilizavam o sistema.

⁵²³ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *Eturas* supra citado, p. 50.

1854. No segundo caso, estava em causa um concurso para o fornecimento de produtos alimentares a estabelecimentos de ensino, no âmbito do qual três empresas apresentaram propostas, sendo que uma das empresas recorreu a uma empresa de assessoria jurídica que, por sua vez, recorreu a uma empresa subcontratante, a qual se comprometeu, sem informar a proponente (*Partikas kompanija*), a elaborar as propostas das outras duas empresas proponentes, baseando-se, para o efeito, na proposta da *Partikas*.

1855. Em concreto, o Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre os requisitos necessários para que se pudesse considerar a *Partikas* responsável por uma prática concertada decorrente de atos praticados por um prestador de serviços independente.

1856. 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*”⁵²⁴. (sublinhado da Autoridade).

1857. 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*”⁵²⁵.

1858. 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”⁵²⁶.

1859. Porém, a mais recente data de 2011, no âmbito de um processo em que 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.

⁵²⁴ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *VM Remonts* supra citado, p. 29.

⁵²⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *VM Remonts* supra citado, p. 31.

⁵²⁶ Esta prática tem sido analisada mais detalhadamente nos Estados Unidos da América desde a década de 1930, num conjunto 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).

1860. 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 fornecedores/concorrentes como parte de um plano de coordenação dos PVP do queijo no mercado retalhista.
1861. Com exceção da *Tesco*, todos os fornecedores e retalhistas admitiram as infrações que lhes foram imputadas, tendo consequentemente sido adotadas decisões de transação.
1862. Após recurso da *Tesco* da decisão de condenação, o tribunal deu como provada a participação da empresa em três ocasiões, em 2002, em trocas de informação ilícitas com um concorrente (no caso, a *Sainsbury*), tendo aplicado coimas perfazendo um valor total próximo dos 50 milhões de libras⁵²⁷.
1863. Anteriormente, em 2003, o OFT adotou uma decisão condenatória contra uma empresa fornecedora de equipamentos de futebol, a *Umbro Holdings Ltd*⁵²⁸, 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*)⁵²⁹.
1864. Sinteticamente, 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 era a *JJB Sports* e a *Allsports* quem exercia pressão junto da *Umbro* para que esta fixasse os referidos preços mínimos.
1865. 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.
1866. 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.

⁵²⁷ Cf. decisão do OFT de 26 de julho de 2011, processo n.º CE/3094-03 (*Dairy retail price initiatives*).

⁵²⁸ À data, a *Umbro* possuía licenças exclusivas para a produção de réplicas de camisolas oficiais da seleção inglesa e do Manchester United.

⁵²⁹ Cf. decisão do OFT de 1 de agosto de 2003, processo n.º CP/0871/01 (*Price-fixing of Replica Football Kit*).

1867. 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 Hasbro⁵³⁰), o OFT considerou que, mesmo na ausência de comunicação direta entre as empresas de distribuição, os acordos que haviam celebrado com a fornecedora Hasbro constituíam prova de um comportamento contínuo que visava um objetivo comum: que fosse seguida a política de preços recomendados pela Hasbro denominada de “Iniciativa de Preços”⁵³¹.

1868. 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.

1869. Em 2015, a autoridade da concorrência belga adotou uma decisão condenatória (em procedimento de transação) e aplicou coimas a 18 visadas, retalhistas na área da distribuição e fornecedores, pelo seu envolvimento numa prática colusiva de natureza vertical e horizontal no setor da perfumaria e higiene, no período compreendido entre 2002 e 2007.

1870. A coordenação de preços era realizada através de contactos indiretos entre os retalhistas, atuando os fornecedores como intermediários dessas trocas de informação⁵³².

1871. Com as devidas salvaguardas e adaptações, veja-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)⁵³³, bem como o caso mais recente no panorama internacional em matéria de *hub and spoke*, o acórdão

⁵³⁰ 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*).

⁵³¹ 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.

⁵³² 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.

⁵³³ Trata-se de casos clássicos de *hub and spoke* reconhecidos pela jurisprudência norte-americana como claras infrações ao *Sherman Act*, os últimos dos quais com uma configuração factual particularmente semelhante ao presente processo.

do *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* do Chile, de 28 de fevereiro de 2019, *Sentencia* n.º 167/2019, caso Walmart⁵³⁴.

1872. 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 dos preços é um ato objetivamente adequado a impedir, falsear ou restringir a concorrência, integrando por si só uma restrição sensível da concorrência, não havendo necessidade de averiguar a intenção subjacente 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 os 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 exposto 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 preços⁵³⁵], 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

⁵³⁴ Confirmado pelo Supremo Tribunal Chileno que, a 08.04.2020, condenou as empresas Cencosud, SMU e Walmart, ao pagamento de uma coima de aproximadamente 21 milhões de dólares americanos.

⁵³⁵ 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.

oferta/procura) e que elimina a incerteza do comportamento das empresas concorrentes»⁵³⁶.

1873. Importa fazer igualmente referência à sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa no caso *Baxter e Glintt* em que, no contexto de um acordo vertical, se voltou a clarificar que “[a] fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respetivo cliente, não havendo justificação para que seja imposto por um terceiro ao primeiro e, 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”⁵³⁷.

1874. No que concerne especificamente à utilização de ferramentas de controlo e monitorização e à sucessiva troca de informação que ocorre entre todas as empresas Visadas, importa referir que, não estando naturalmente em causa que as empresas possam comunicar entre si e adaptarem-se intelligentemente ao comportamento conhecido e previsível dos seus concorrentes, a verdade é que a existência de determinado tipo de contactos, diretos ou indiretos, entre empresas concorrentes é passível de restringir a concorrência⁵³⁸.

1875. No que respeita à partilha de informação estratégica, 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”⁵³⁹.

1876. Segundo as referidas Orientações, tal pode acontecer através de diferentes vias:

⁵³⁶ Cf. neste sentido, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29 de janeiro de 2014, processo n.º 18/12.0YUSTR.E1.L1, p. 32 a 35; cf., igualmente, sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 24 de maio de 2012, processo n.º 18/12.0YUSTR (*Lactogal*).

⁵³⁷ 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.

⁵³⁸ 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.

⁵³⁹ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafo 65. De acordo com estas Orientações, a troca de informação entre concorrentes pode “provocar efeitos restritivos da concorrência, em especial em situações em que é susceptível de permitir que as empresas tomem conhecimento das estratégias de mercado dos seus concorrentes” – cf. parágrafo 58.

"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"⁵⁴⁰ (sublinhado da Autoridade).

1877. Ainda segundo as mesmas Orientações:

"Uma outra via através da qual o intercâmbio de informações pode provocar efeitos restritivos da concorrência consiste no facto de aumentar a estabilidade interna de um comportamento colusivo no mercado. Em especial, pode fazê-lo ao permitir que as empresas envolvidas controlem os desvios. Por exemplo, o intercâmbio de informações pode tornar o mercado suficientemente transparente para permitir que as empresas participantes na colusão controlem, a um nível suficiente, se as restantes empresas se estão a desviar do comportamento colusivo, sabendo assim quando exercer retaliação. Esse mecanismo de controlo pode ser constituído pelo intercâmbio de dados presentes ou passados. Assim, as empresas podem adoptar um comportamento colusivo em mercados em que, de outra forma, não o conseguiram fazer, ou podem reforçar a estabilidade de um comportamento colusivo já presente no mercado"⁵⁴¹ (sublinhado da Autoridade).

1878. A Comissão Europeia chega inclusivamente a equiparar estas comunicações, diretas ou indiretas, entre empresas concorrentes acerca das suas intenções futuras em matéria de preços a um cartel:

"[A] comunicação de informações entre concorrentes pode constituir um acordo, uma prática concertada ou uma decisão de uma associação de empresas que tem

⁵⁴⁰ 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. parágrafo 61.

⁵⁴¹ 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.

por objecto nomeadamente fixar preços ou quantidades. Estes tipos de intercâmbios de informações serão normalmente considerados cartéis, sendo-lhes aplicadas coimas em conformidade. Os intercâmbios de informações podem igualmente facilitar o funcionamento de um cartel, permitindo que as empresas verifiquem se os participantes cumprem as condições acordadas. Estes tipos de intercâmbios de informações serão apreciados enquanto parte do cartel. (...)

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.

(...)

Por conseguinte, 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 objecto. Além disso, os intercâmbios de informações realizados a título privado entre concorrentes sobre as suas intenções individualizadas em matéria de preços ou quantidades futuros serão normalmente considerados como cartéis, sendo-lhes aplicadas coimas em conformidade, porque têm geralmente por objecto a fixação de preços ou quantidades. Os intercâmbios de informações que constituem cartéis não só constituem uma infracção ao artigo 101.º, n.º 1, como são muito pouco susceptíveis de preencher as condições do artigo 101.º, n.º 3⁵⁴² (sublinhados da Autoridade).

1879. A jurisprudência dos tribunais europeus 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. 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.

⁵⁴² Cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafos 59, 73 e 74.

(...) 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 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"⁵⁴³.

1880. Quanto à verificação de comportamentos tendentes à correção de desvios e à adoção de medidas de pressão, coação e/ou retaliação, as Orientações da Comissão Europeia sobre cooperação horizontal consideram que um dos “[e]feitos restritivos da concorrência consiste no facto de aumentar a estabilidade interna de um comportamento colusivo no mercado. Em especial, pode fazê-lo ao permitir que as empresas envolvidas controlem os desvios. Por exemplo, o intercâmbio de informações pode tornar o mercado suficientemente transparente para permitir que as empresas participantes na colusão controlem, a um nível suficiente, se as restantes empresas se estão a desviar do comportamento colusivo, sabendo assim quando exercer retaliação. (...) Assim, as empresas podem adoptar um comportamento colusivo em mercados em que, de outra forma, não o conseguiram fazer, ou podem reforçar a estabilidade de um comportamento colusivo já presente no mercado”⁵⁴⁴ (sublinhados da Autoridade).

1881. As referidas Orientações salientam especificamente a importância das retaliações serem suficientemente rápidas e credíveis em casos de desvios do comportamento colusivo: “[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

⁵⁴³ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de junho 2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van 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, parágrafo 127.

⁵⁴⁴ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14 de janeiro de 2011, C 11/1, parágrafos 65 a 67.

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 desvio⁵⁴⁵ (sublinhado da Autoridade).

1882. Importa, por fim, salientar que, em todo o caso, os critérios de coordenação e de cooperação constitutivos de uma prática concertada restritiva da concorrência entre empresas devem ser sempre analisados 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 mercado⁵⁴⁶.

1883. Esta exigência de autonomia na fixação dos preços opõe-se frontalmente a qualquer contacto, direto ou indireto, entre empresas suscetível de influenciar o comportamento no mercado de um concorrente.

1884. 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 mercado⁵⁴⁷.

1885. Esclarece o Tribunal de Justiça, no acórdão *Suiker Unie*, que “longe de [se] exigir a elaboração de um verdadeiro plano, [os critérios de coordenação e de cooperação] 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

⁵⁴⁵ 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.

⁵⁴⁶ 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, parágrafo 119.

⁵⁴⁷ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de junho 2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafo 32 e jurisprudência aí referida.

maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado comum (...). Se é exato que esta exigência de autonomia não exclui o direito dos operadores económicos de se adaptarem intelligentemente ao comportamento conhecido ou previsto dos seus concorrentes, opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos directo ou indireto entre tais operadores que tenha por objectivo ou efeito quer influenciar o comportamento no mercado de um concorrente actual ou potencial, quer revelar a tal concorrente o comportamento que se decidiu ou se pretende seguir por si próprio no mercado”⁵⁴⁸ (sublinhado da Autoridade).

1886. 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 prática⁵⁴⁹, o que também confirma, manifesta e inequivocamente, o caráter restritivo pelo objeto destes comportamentos.

1887. No caso concreto, a matéria de facto considerada provada revela que, independentemente de existir uma “recomendação” de PVP do fornecedor, tal recomendação funciona como um PVP efetivo, um ponto focal da discussão das insígnias com o fornecedor, manifestando aquelas a sua anuênciam de forma livre, espontânea e esclarecida, com um determinado posicionamento futuro, no único pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias (Cf. capítulo III.3.1.2.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

⁵⁴⁸ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de fevereiro de 1975, *Suiker Unie e o. c. Comissão*, processos apensos n.^{os} 40 a 48/73, 50/73, 54 a 56/73, 111/73, 113, 114/73, Colet. 1975, p. 568, parágrafos 173 e 174.

Esta mesma redação viria a ser adotada pela Comissão Europeia, nas suas Orientações sobre cooperação horizontal, onde se conclui ainda que “[...]al impede qualquer contacto directo ou indireto entre esses operadores, que tenha por objecto ou efeito quer influenciar o comportamento no mercado de um concorrente efectivo ou potencial quer revelar a esse concorrente o comportamento que se decidiu adoptar ou que se tenciona adoptar no mercado, favorecendo assim a adopção de um comportamento colusivo no mercado”.

⁵⁴⁹ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça, de 4 de junho 2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.^º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafo 35 a 41; cf., igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de outubro de 2003, *Thyssen Stahl c. Comissão*, processo n.^º C-194/99 P, Colet. 2003, p. 10821; acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, *Suiker Unie e o. c. Comissão*, processos apensos n.^{os} 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colet. 1975, p. 563; acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1981, *Züchner*, proc. 172/80, Colet. 1981, p. 2021, parágrafo 13; acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1993, *Ahlström Osakeyhtiö e o. c. Comissão*, processos apensos n.^{os} C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, Colet. 1994, p. 1307, parágrafo 63; e acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Maio de 1998, *Deere c. Comissão*, processo n.^º C-7/95 P, Colet. 1998, p. 3111, parágrafo 86.

1888. É assim que se cristalizam os PVP pré-fixados que são identificados nos meios de prova e que são objeto de concertação, mediante a manifestação expressa de concordância por cada insígnia visada diretamente ao fornecedor sob condição de alinhamento pelas restantes concorrentes num momento em que não são ainda do domínio público (cf. parágrafos 1207 a 1209 da presente Decisão), traduzindo mais que uma simples recomendação do fornecedor.

1889. A matéria de facto provada revela ainda que há casos em que são as próprias insígnias que solicitam ao fornecedor a indicação do PVP ou condições financeiras para poderem praticar os PVP pré-fixados, servindo a participação da SCC na atividade promocional das insígnias para viabilizar o alinhamento de PVP por todas as insígnias (Cf. capítulo III.3.1.2.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1890. A título de exemplo, recorde-se o documento MCH367:

“Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],

Para Radler peço que coloque à frente os PVP dos artigos por forma a garantir a alteração ainda hoje (...)"

“Se não me enviar resposta com urgência não vou conseguir corrigir pvp's para amanhã”.

1891. Neste sentido, a matéria de facto considerada provada indica que sendo a SCC a definir o *price point*, a execução do PVP é discutida, formal ou informalmente, com cada insígnia, com o objetivo de obter a sua anuênciia, assegurando-se um contexto em que é eliminada a incerteza de cada uma das insígnias quanto ao alinhamento das restantes, i.e., sendo assegurada a anuênciia das demais, assim se explicando as frequentes comunicações de “desvios”, sempre que uma das outras insígnias não se comporta de acordo com a atuação previamente concertada.

1892. A matéria de facto provada revela também que são as insígnias que definem o calendário para os movimentos de subida de PVP de mercado, dado que são as insígnias que informam o fornecedor sobre a data em que pretendem alterar os PVP, solicitando expressamente ao fornecedor que as informe sobre a data do movimento nas insígnias concorrentes, incumbindo-o de garantir o alinhamento entre insígnias (Cf. capítulo III.3.1.2.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1893. A título de exemplo, recordemos o documento SCC1503:

“Datas previstas:

ITM: subiu já o Garrafão 7L. Falta 5,4L e 1,5L. Só no próximo Candenssier? O [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] está em NY com o [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] assim que vires este e-mail, corrige sff se estiver errado

LIDL: [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] ainda não me ligou após a tempestade. Garantiu-me por telefone na 3^aF^a que iriam estar connosco, esta 6^aF^a

Sonae: Próxima 2^aF^a

El Corte Inglês: Próxima 2^aF^a

Auchan: Subida a partir de 2^aF^a, correcto [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]?

Leclerc: Subida a partir de 2^aF^a, via Informação [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] + Sales Rep loja a loja

Aldi: Próxima 3^aF^a

PD: Dependendo do desenrolar de tudo, ao qual ainda estou a aguardar contacto (estão fechados), estimo que a data seja a próxima 4^aF^a

DIA: não subiram as Águas, subiram apenas a Sagres 24x25cl. Estimo que a data seja a próxima 5^aF^a"

1894.E a conversação n.^o 9:

[SCC] "Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Qual a data? Ainda não alterei preços nas outras insígnias".

[INSCO] "Relativamente à data, quando irás alterar nas outras insígnias? Alteramos no dia a seguir".

[SCC] "Na próxima segunda-feira dia 29 de Fevereiro".

1895.A implementação dos PVP pré-fixados é posteriormente objeto de controlo e monitorização por todos os intervenientes, num esforço contínuo de identificação, sinalização e correção de desvios ao posicionamento e calendário concertados, suscitando ações de retaliação quando o alinhamento não acontece, pontual ou mais generalizadamente (Cf. capítulos III.3.1.3.2, III.3.1.4.2 e III.3.1.5.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1896.Há, portanto, uma cooperação prática entre as empresas de distribuição visadas que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes, operando de forma indireta, através do fornecedor, como melhor desenvolvido no capítulo IV.1.3.1.2

da presente Decisão, no sentido da fixação dos preços de venda dos produtos da SCC no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal.

1897. A AdC forma, assim, a sua convicção de que os comportamentos investigados se traduzem numa verdadeira prática de fixação e alinhamento ao mesmo nível de PVP entre as empresas de distribuição visadas, alcançada de forma indireta, através do fornecedor.

1898. Com efeito, a prática investigada compreende um conjunto de feixes verticais que se concretizam em contactos diretos entre o fornecedor e cada uma das empresas de distribuição visadas, através dos quais se concertam o alinhamento dos PVP para um conjunto determinado de produtos, bem como a calendarização para o reposicionamento dos preços pelas várias insígnias, garantindo-se que serão esses os PVP que o mercado (i.e. as empresas de distribuição concorrentes), se encontra a praticar ou que irá praticar brevemente⁵⁵⁰.

1899. Assim, o comportamento de cada uma das empresas de distribuição visadas é ajustado quotidianamente em função de informação relativa ao comportamento atual e futuro de insígnias concorrentes, veiculada através de sucessivas comunicações, estabelecidas pelo fornecedor.

1900. Tais comunicações visam estabelecer uma concertação entre as empresas de distribuição visadas, relativa ao posicionamento presente e futuro de PVP e à calendarização para o respetivo reposicionamento, tendo em vista garantir o alinhamento horizontal dos PVP dos produtos da SCC no mercado de retalho alimentar e a realização de movimentos de subida conjunta dos PVP.

⁵⁵⁰ No acórdão *Dole Food Company*, o Tribunal de Justiça veio considerar como restrição por objeto as trocas de informação bilaterais sobre prefixação de preços de referência, por permitirem às empresas envolvidas (que, nesse caso, situavam-se no mesmo nível da cadeia de produção) reduzir a incerteza quanto aos preços, assim como a troca de informação sobre preços de referência atuais, por permitirem controlar as decisões individuais de cada concorrente quanto à fixação daqueles preços. Em particular, o Tribunal de Justiça considerou que “os preços de referência eram importantes para o mercado em causa, uma vez que, por um lado, serviam pelo menos de sinal, de tendência ou de indicação para o mercado sobre a evolução prevista dos preços [sendo certo que] os preços reais estavam diretamente ligados, em certas transações, aos preços de referência”. Nesse sentido, considerou o Tribunal que “as comunicações de pré-fixação de preços, ao permitirem reduzir, em cada um dos participantes, a incerteza quanto ao comportamento previsível dos concorrentes, tinham por objetivo levar a condições de concorrência que não correspondiam às condições normais do mercado e tinham dado, portanto, origem a uma prática concertada com o objetivo de restringir a concorrência na aceção do artigo 81.º CE [atual artigo 101.º do TFUE]” - Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de março de 2015, *Dole Food Company Inc. e Dole Fresh Fruit Europe c. Comissão*, processo n.º C-286/13 P, parágrafos 111 a 135. O Tribunal Geral também tinha confirmado a decisão da Comissão – cf. acórdão do Tribunal Geral de 14 de março de 2013, *Dole Food Company e o. c. Comissão*, processo n.º T- 588/08.

1901.Na medida em que tais comunicações se efetuam na ausência de um contacto direto entre as empresas de distribuição visadas, poderia considerar-se, em tese, que as referidas empresas são “pressionadas” pelo fornecedor a colocar os seus produtos a determinados preços fixos ou mínimos, ficando desse modo “impedidas” de praticar os preços que bem entenderem, sob pena de sofrerem retaliações (desde logo, o corte de fornecimento, o corte de condições comerciais ou a não realização de ações promocionais, que muitas vezes são transversais ao mercado)⁵⁵¹.

1902.Ora, ainda que também por esta via se verificasse a existência de uma restrição à concorrência por objeto (na medida em que se verificaria então a fixação direta dos PVP por parte do fornecedor a uma determinada empresa de distribuição), essa situação não reflete os verdadeiros contornos do comportamento ilícito em causa⁵⁵².

1903.A prova junta aos autos demonstra que a prática investigada inclui, para além de um conjunto de contactos verticais bilaterais que visam a fixação de PVP – já de si anticoncorrencial –, elementos adicionais que o configuram como uma colusão multilateral horizontal, i.e. entre empresas de distribuição concorrentes, facilitada por um fornecedor comum, assim afetando diretamente a concorrência entre insígnias rivais no mercado de distribuição retalhista de base alimentar.

1904.Os referidos elementos adicionais que configuram a prática como uma colusão horizontal são os seguintes:

- As empresas de distribuição sabem, ao receber indicações de PVP do fornecedor, que idênticas informações foram/serão transmitidas às suas concorrentes (cf. parágrafos 958 a 965 e 1657 a 1662 da presente Decisão);
- O fornecedor chega efetivamente a informar as insígnias visadas sobre as intenções de preços das concorrentes, eliminando a incerteza sobre o

⁵⁵¹ Sendo certo que, como se viu *supra*, as retaliações podem (e geralmente são) impostas pelas empresas de distribuição ao fornecedor pelo insucesso da correção dos desvios nos PVP de empresas de distribuição concorrentes. Tais retaliações consistem, na maior parte das vezes, na suspensão de compras dos restantes produtos do *portfolio*, na compra de menores quantidades de um determinado produto, ou na imposição de notas de crédito sobre o fornecedor.

⁵⁵² As Orientações relativas às restrições verticais são claras ao qualificar como uma restrição grave da concorrência “*a imposição dos preços de revenda, ou seja, acordos ou práticas concertadas que têm por objecto directo ou indirecto estabelecer um preço de revenda mínimo ou fixo ou um nível de preços mínimo ou fixo que o comprador deve respeitar, é considerada uma restrição grave. Quando um acordo inclui uma cláusula de imposição dos preços de revenda presume-se que aquele acordo restringe a concorrência, enquadrando-se por conseguinte no âmbito de aplicação do artigo 101.º, n.º 1. Cria igualmente a presunção de que o acordo não preenche provavelmente as condições estabelecidas no artigo 101.º, n.º 3, não lhe sendo por conseguinte aplicável a isenção por categoria*” – cf. Comunicação da Comissão “Orientações relativas às restrições verticais”, JO de 19 de maio de 2010, C 130/1, parágrafo 224 (sublinhado da Autoridade).

comportamento de cada uma entre elas (cf. parágrafos 960, 1027, 1091 a 1093 e 1097 da presente Decisão);

- As empresas de distribuição visadas adotam a sua decisão sobre os PVP a praticar com base na informação relativa à sua concorrência veiculada pelo fornecedor (cf. parágrafos 960 e 1097 da presente Decisão);
- As empresas de distribuição exercem elas próprias pressão junto do fornecedor, para que este atue junto da concorrência no sentido de assegurar o alinhamento dos PVP, sobretudo quando se regista um “desvio” aos termos previamente concertados (nível de PVP e data de execução dos aumentos) (cf. parágrafo 1090 da presente Decisão);
- Nalguns casos, as empresas de distribuição exercem mesmo ações de pressão, coação e/ou retaliação junto do fornecedor a fim de o induzir a pressionar a concorrência a alinhar preços e a manter o alinhamento de PVP no mesmo nível para as insígnias visadas caso alguma concorrente não respeite esse nível e as datas previamente concertadas (cf. capítulo III.3.1.5 da presente Decisão).

1905. Para além disso, a matéria de facto provada revela que as empresas de distribuição visadas comunicam, de facto, entre si, na medida em que a SCC: (i) recolhia informação relativa ao posicionamento futuro de PVP junto de cada insígnia e disseminava-a pelas insígnias concorrentes; (ii) reencaminhava *emails* sobre desvios face aos PVP pré-fixados provenientes de uma insígnia diretamente para insígnias concorrentes; e (iii) dava sequência a interpelações de insígnias junto das concorrentes, ainda que sem reencaminhar diretamente as mensagens recebidas, visando obter a conformação do comportamento das insígnias desviantes com o alinhamento de PVP previamente concertado (cf. parágrafos 1188 a 1199 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1906. Concluindo, ainda que a SCC dirija recomendações de PVP às empresas de distribuição visadas, sejam ou não expressamente designados por PVP fixos, essas recomendações determinam apenas o *price point* com base no qual se desenrola todo o processo de concertação de PVP entre as empresas de distribuição visadas.

1907. Os anúncios consecutivos por parte da SCC às empresas de distribuição visadas, seja dos PVP, dos PVPRs ou dos PVP mínimos, apesar de poderem por si só configurar restrições graves da concorrência *per se*⁵⁵³ na medida em que tais preços não são

⁵⁵³ Estas restrições da concorrência são conhecidas pela terminologia anglo-saxónica por “Resale Price Maintenance” (“RPM”), correspondente à fixação vertical dos preços.

meras recomendações e sim indicações do nível mínimo de preços em que se devem alinhar os preços das insígnias, constituem apenas um dos elementos do referido processo de concertação entre as insígnias e, portanto, o ponto de encontro entre elas, tendo em vista o alinhamento horizontal dos PVP no mercado.

1908. Não restam, portanto, dúvidas sobre a existência de um processo de alinhamento horizontal dos preços concretizado através da troca de informação de preços presente e futura, regular e frequente, entre empresas concorrentes (as empresas de distribuição visadas), através da relação vertical com um parceiro comercial comum (o fornecedor).

1909. A troca de informação neste caso é apenas um elemento de um procedimento complexo de coordenação entre as empresas Visadas (que inclui ainda a monitorização, a correção de desvios e a pressão e retaliação em caso de incumprimento), que tem como consequência a redução de incerteza estratégica no mercado e que conduz, *a final*, à fixação e alinhamento ao mesmo nível dos PVP praticados no mercado, tendo em vista realizar movimentos de subida conjunta, gradual e progressiva, em todo o país.

1910. Nesse sentido, tal conduta distingue-se necessariamente da mera recolha, em princípio lícita, de informações públicas e acessíveis à generalidade das empresas, designadamente, de informações relativas aos preços atuais praticados no mercado (categoria onde pode incluir-se o denominado *shopping*, com as devidas reservas⁵⁵⁴).

1911. O processo de monitorização que é posto em prática no contexto da prática investigada é consubstanciado através de uma partilha (por vezes diária) de informação referente, por exemplo, a PVP, preços mínimos, preços de referência/recomendados, condições comerciais, certas tendências de preços, talões comprovativos da implementação de determinado PVP em determinada empresa de distribuição, realização ou previsão de realização de ações promocionais em determinados períodos e com determinadas condições, envio de informação relativa a alterações ou implementações de PVP, etc.

⁵⁵⁴ Por um lado, 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.

Por outro lado, 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.

- 1912.Tal informação visa interferir decisivamente na definição individual do posicionamento de PVP por cada empresa de distribuição Visada, seja para controlar o nível de preços a ser praticado num determinado momento no mercado, seja para proceder a eventuais correções que sejam necessárias quando determinada empresa de distribuição se desvia do posicionamento pré-fixado, seja ainda para aplicar uma sanção a uma empresa que não corrija esse desvio⁵⁵⁵.
- 1913.É através desse procedimento que as empresas de distribuição visadas podem acompanhar e controlar, quase em tempo real, os preços que se encontram implementados, num determinado momento, no mercado retalhista e podem aferir a existência de eventuais desvios por parte de alguma empresa de distribuição concorrente ao alinhamento pretendido (cf. capítulo III.3.1.3.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).
- 1914.Assim, sempre que o fornecedor ou uma determinada empresa de distribuição verifique a existência de algum desvio ao posicionamento de PVP concertado por parte de alguma empresa de distribuição concorrente, há uma correção ou tentativa de correção desse desvio por parte do fornecedor, de modo a manter o alinhamento entre todas as insígnias (cf. capítulo III.3.1.4.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).
- 1915.E se alguma das empresas de distribuição visadas, ou o fornecedor, por sua própria iniciativa, verificar algum desvio ao PVP pretendido (i.e., algum afastamento ao preço que se encontra alinhado no mercado ou que se pretende alinhar), é ao fornecedor que cabe exercer pressão junto dessa empresa de distribuição no sentido de proceder, com a maior brevidade possível, ao reajustamento do PVP ou à sua correção (cf. capítulo III.3.1.5.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).
- 1916.O papel assim assumido pelo fornecedor no quadro da prática concertada entre todas as visadas permite às insígnias visadas evitar contactos diretos entre si, os quais constituiriam elementos ainda mais claramente reveladores e incontestáveis da cooperação prática entre elas estabelecida.
- 1917.Em certas ocasiões, verifica-se igualmente que as retaliações são também aplicadas por empresas de distribuição ao próprio fornecedor, pelo insucesso na obtenção de

⁵⁵⁵ Quanto a este aspeto, as Orientações sobre cooperação horizontal referem que “[...] 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.

resultados (junto das insígnias desviantes) que se traduziam na correção dos desvios verificados.

1918. A título de exemplo, recordemos o documento MCH910:

[MCH para SCC] “*Boa tarde, Tendo em conta a situação de mercado e não existir da vossa parte qualquer feedback, informo que os códigos de Joi estão suspensos até que a situação esteja regularizada*”.

1919. Em face do exposto, dá-se, assim, por verificado o terceiro 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.

IV.1.3.3.2 Pronúncia das Visadas

1920. Quanto à verificação da prática de “*hub and spoke*”, as Visadas Auchan e ITMP sustentam que a lei portuguesa aplicável prevê apenas a existência de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, pelo que a prática que a AdC pretende imputar às pessoas visadas sempre terá de subsumir-se a uma destas realidades⁵⁵⁶.

1921. A Visada Auchan recorre à doutrina e à jurisprudência europeia para sustentar que a Autoridade teria de condicionar o preenchimento do tipo objetivo à verificação dos seguintes critérios⁵⁵⁷:

- 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 a existência de comunicação prévia e antecipada do acordo de cada insígnia relativamente ao plano estratégico comum (“*a conscious commitment to a common scheme*”);

⁵⁵⁶ Cf. capítulos IV.2.2.1.e IV.2.2.2. da PNI Auchan. Cf. capítulo IV.4 e IV.5 da PNI ITMP, onde se invoca a violação do princípio da legalidade, no caso da Autoridade pretender subsumir o conceito de *Hub&Spoke* à previsão legal do artigo 9.º da LdC.

⁵⁵⁷ Cf. caso Toys “R” Us (Toys “R” Us (TRU), 126 F.T.C. 415, 25.09.1997), caso Hasbro (CA/98/8/2003 Agreements between Hasbro UK Ltd, Argos Ltd & Littlewoods Ltd, 2004, 4UKCLR17, para. 85: “*The emphasis on price monitoring now was to ensure that our other customers would fall in line so that Argos and Index would be confident that our plan was working throughout the UK. This would reduce the risk of them going back to price cutting in the following catalogues*”). Cf. também Harrington and Others, *How do Hub-and-spoke cartels operate? Lessons from nine case studies*.

- 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*”)⁵⁵⁸.

1922. Para além disso, a Auchan sustenta que o conceito de “restrição por objeto” deve ser interpretado de forma restritiva e que a Autoridade devia ter realizado um juízo de probabilidade sobre os efeitos restritivos para determinar se a infração poderia ser proibida por objeto, designadamente, a Autoridade devia ter examinado o conteúdo, a finalidade e o contexto económico e jurídico da prática em causa⁵⁵⁹.

1923. A Auchan conclui que a AdC opta por um caminho de presunção simplista, demitindo-se de considerar o real funcionamento e o contexto jurídico económico do mercado⁵⁶⁰, 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)⁵⁶¹.

1924. Por sua vez, a ITMP conclui que, não obstante, a conduta da SCC é subsumível ao disposto no artigo 11.º da Lei n.º 19/2012 e no artigo 102.º do TFUE, pois na realidade a SCC utiliza a sua posição dominante no mercado relevante⁵⁶² para exercer coação/retaliação sobre as insígnias no sentido de induzir a cumprir os PVP indicados⁵⁶³.

1925. A SCC refere a este respeito que a constante existência de ações promocionais demonstra que não houve um alinhamento, mas apenas *concorrência “pura e dura”*⁵⁶⁴.

1926. Partindo da alegação de que os precedentes citados pela AdC para enquadrar o conceito de “*hub and spoke*” são desadequados, a Pingo Doce refere que a AdC devia ter analisado todos os elementos exigidos para a verificação de uma infração pelo

⁵⁵⁸ Cf. capítulo IV.2.2.3. da PNI Auchan. Cf. também capítulo IV.3 da PNI ITMP, onde se refere que (1) a ITMP é uma empresa que opera no mercado grossista, sem qualquer participação nas franqueadas que operam no mercado retalhista, (2) não existe troca de informação entre as distribuidoras visadas, e (3) a ITMP nunca participou direta ou indiretamente na alegada prática concertada.

⁵⁵⁹ Cf. capítulo IV.2.3. da PNI Auchan.

⁵⁶⁰ Cf. §752 da PNI Auchan.

⁵⁶¹ Cf. capítulo IV.2 da PNI Auchan.

⁵⁶² A Visada ITMP alega, a este propósito, que, no período que decorreu entre 2008 e 2017, a SCC representou 40 a 50% da faturação da ITMP no mercado das cervejas e 20 a 30% da faturação da ITMP no mercado das águas lisas sem sabor (cf. capítulos III.5 e IV.2 da PNI ITMP).

⁵⁶³ Cf. §241 da PNI ITMP.

⁵⁶⁴ Cf. capítulo 8.1 da PNI SCC.

objeto, nomeadamente, o teor do acordo, os seus objetivos, o contexto jurídico-económico em que se insere e a natureza dos bens/serviços em causa, não deixando de analisar também os efeitos, efetivos e potenciais, da alegada prática⁵⁶⁵.

1927. Refere a Pingo Doce que, perante a inexistência de precedentes em Portugal, na Comissão Europeia ou nos tribunais europeus e perante a lacuna existente na Lei n.º 19/2012, a AdC tem que comprovar a existência de um *concurso de vontades* para poder concluir pela existência de um caso de “*hub and spoke*”, com base na verificação dos seguintes elementos: (i) contacto entre as empresas retalhistas; (ii) cooperação entre essas empresas como forma de suprimir o grau de incerteza; (iii) reciprocidade de comportamentos; e (iv) restrição sensível da concorrência no todo ou em parte do mercado nacional⁵⁶⁶.

1928. Em síntese, a AdC deve conseguir provar que: (i) o retalhista A partilha com o fornecedor B as suas intenções em matéria de PVP, sabendo que B partilhará essa informação com retalhista C para alterar as condições de mercado; (ii) B partilha a informação com C, que sabe as circunstâncias em que o A partilhou com B; e (iii) C usa essa informação para determinar os seus PVP⁵⁶⁷.

1929. Segundo a Visada, o que a prova revela são as normais relações comerciais entre fornecedor e retalhistas, tituladas por contrato de fornecimento abrangidos pelo Regulamento n.º 330/2010⁵⁶⁸, havendo portanto uma presunção de legalidade sobre os comportamentos investigados⁵⁶⁹.

1930. Para além disso, a Pingo Doce afirma que não há nenhuma evidência de fixação de preços pelo fornecedor e que sempre foi livre de praticar PVP diferentes dos PVPr⁵⁷⁰.

1931. 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 tênue entre o ilícito e a troca lícita de informação⁵⁷¹.

⁵⁶⁵ Cf. capítulo III.A da PNI Pingo Doce.

⁵⁶⁶ Cf. capítulo III.B da PNI Pingo Doce.

⁵⁶⁷ *Idem*.

⁵⁶⁸ Regulamento (EU) n.º 330/2010 de 20 de abril de 2010, relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas, JO de 23 de abril de 2010, L 102/1 (doravante designado “Regulamento n.º 330/2010”).

⁵⁶⁹ Cf. pág. 204 e ss. da PNI Pingo Doce.

⁵⁷⁰ *Idem*.

⁵⁷¹ Cf. capítulo 3 da PNI MCH.

1932. A MCH faz ainda referência aos precedentes existentes para sustentar que, “É flagrante a incerteza quanto ao requisito subjetivo ou elemento mental que se tem de aferir nos intervenientes na cadeia, para dar por verificada uma prática hub&spoke”⁵⁷²:

- i) Nos casos *Argos e Littlewoods vs. OFT* e *JJB Sports vs. OFT*⁵⁷³, 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*⁵⁷⁴, 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*⁵⁷⁵, foi revelada a intenção das partes e o conhecimento efetivo do plano comum mediante prova testemunhal;
- iv) No caso inglês *Replica Football Kids*⁵⁷⁶, existiu efetivamente uma reunião entre concorrentes;
- v) No caso inglês *British territorial cheeses*⁵⁷⁷, o teor dos emails era substancialmente constituído por trocas de informação relativa ao comportamento futuro das empresas e existia prova de que, em momento prévio, os intervenientes haviam sido contactados por uma associação para consumarem uma subida de PVP.

1933. Conclui a MCH que “Como tal, não se afigura legítimo resolver essa dúvida em desfavor das Visadas, presumindo aquilo que uma leitura ponderada dos factos não permite presumir”⁵⁷⁸.

IV.1.3.3 Apreciação da Autoridade

⁵⁷² Cf. §552 da PNI MCH.

⁵⁷³ Respectivamente, 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.

⁵⁷⁴ *Toys R Us, Inc. v. Federal Trade Commission*, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000).

⁵⁷⁵ Não indica nota bibliográfica.

⁵⁷⁶ CA98/06/2003, 1 de Agosto de 2003 [2004] CAT 24.

⁵⁷⁷ CA98/03/2011, 26 de Julho de 2011 (Case CE/3094-03).

⁵⁷⁸ Cf. §553 da PNI MCH.

1934. Apreciada a defesa das Visadas em confronto com a matéria de facto considerada provada na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilícitude e acima retomada, pelas razões a seguir indicadas.
1935. Como ponto prévio, as Visadas desconsideram toda a jurisprudência e orientações da Comissão Europeia referidas nos parágrafos 443 a 462 da Nota de Ilícitude sobre a distinção jusconcorrencial “*objeto/efeito*” e sobre as formas de coordenação que tipicamente se qualificam como restrição por objeto (cf. capítulo IV.1.3.3 da presente Decisão).
1936. Com efeito, o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinal destes conceitos há muito consagrado princípios basilares do direito da concorrência, sobejamente enraizados na prática decisória da Comissão Europeia e das autoridades nacionais competentes, dos quais decorrem três pressupostos fundamentais para a apreciação do presente caso.
1937. 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).
1938. Em segundo lugar, os acordos ou práticas 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.
1939. 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.
1940. Partindo dos referidos pressupostos e constatada a respetiva verificação no caso concreto, não caberá à Autoridade analisar os efeitos que esses comportamentos possam ter gerado no mercado visado.
1941. Para além disso, contrariamente ao mencionado pelas Visadas nas suas pronúncias à Nota de Ilícitude, a AdC atendeu, 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 objeto do presente processo.

- 1942.Com efeito, consta da Nota de Ilícitude, bem como da presente Decisão, a identificação e caracterização de cada uma das pessoas visadas (cf. capítulo II.1 da Nota de Ilícitude e capítulo III.1 da Decisão), as características dos mercados nos quais incidiram as práticas em causa (cf. capítulo II.2 da Nota de Ilícitude e capítulo III.2 da Decisão), a posição das empresas visadas nos mercados identificados (cf. capítulo II.2.3 da Nota de Ilícitude e capítulo III.2.4 da Decisão), a exposição pormenorizada dos comportamentos identificados ao longo do período objeto de análise (cf. capítulo II.3 da Nota de Ilícitude e capítulo III.3 da Decisão), bem como o âmbito de atuação e a duração das respetivas práticas (cf. capítulo II.3.3 da Nota de Ilícitude e capítulo III.3.3 da Decisão), as comunicações relevantes e o seu enquadramento para efeitos de apreciação e imputação do comportamento ilícito (cf. capítulo III.1.3 da Nota de Ilícitude e capítulo IV.1.3 da Decisão).
- 1943.Todos estes elementos, constantes da Nota de Ilícitude e reproduzidos na presente Decisão, conformam o contexto considerado pela AdC na apreciação do comportamento das pessoas visadas, bem como na determinação do preenchimento de cada um dos elementos integrantes do tipo legal de infração em causa.
- 1944.Em consequência, os argumentos invocados pelas Visadas, relativos à ausência de consideração do contexto económico no presente processo, não podem proceder.
- 1945.Também não se revela aplicável a presunção de legalidade que decorre do Regulamento n.º 330/2010, dado que nos presentes autos está em causa uma restrição grave (*hardcore restriction*), a qual implica a retirada do benefício de isenção por categoria, nos termos da alínea a) do artigo 4.º do referido Regulamento.
- 1946.Do ponto de vista da sua análise jusconcorrencial, os contornos da prática investigada 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 comporta.
- 1947.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.
- 1948.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. A

suposta “novidade” da infração com estes contornos precisos não sobrevive ao confronto com a previsão legal explícita.

1949. 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. Tal efeito constitutivo decorre, sempre, das já citadas previsões legais, que inequivocamente abrangem as condutas descritas na presente decisão.

1950. Os critérios seguidos pela AdC na presente Decisão baseiam-se na jurisprudência relevante, designadamente no que toca a ações ilícitas pelas quais as empresas substituem conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto à conduta das suas rivais.

1951. A única particularidade deste caso, comum a outras investigações em curso na AdC, é a circunstância de as insígnias visadas conseguirem evitar um contacto direto entre si – que seria claramente incriminatório - obtendo 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 em torno do já mencionado objetivo comum: o alinhamento dos PVP pelas insígnias visadas num movimento de subida de preços. (Cf. capítulo IV.1.3.3.1 da presente Decisão).

1952. Os referidos critérios são, na verdade, consentâneos com os critérios exigidos pelas Visadas nesta matéria (Cf. parágrafos 1921, 1927 e 1928 da presente Decisão).

1953. 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 não poderia de modo algum ser a motivação para um arquivamento do processo, desonerando-se a Autoridade do seu dever de identificar e investigar os comportamentos suscetíveis de infringir a legislação da concorrência e prejudicar o bem-estar dos consumidores, sobretudo quando estejam indiciadas infrações tão graves à concorrência e tão nocivas para os consumidores.

1954. 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.

1955. Vejamos, então, se tais critérios se encontram preenchidos no caso concreto.

Critério (i)⁵⁷⁹

1956. A matéria de facto provada evidencia que a prática investigada visa um objetivo ou plano estratégico que se traduz no alinhamento (no sentido da subida) de PVP de mercado em todo o país, mediante a concertação e a fixação de PVP dos produtos da SCC, através da intermediação deste fornecedor, entre as empresas de distribuição visadas, em movimentos sucessivos e simultâneos ou quase-simultâneos de subida conjunta no mercado retalhista de base alimentar.

1957. Este objetivo ou plano estratégico é partilhado por todas as Visadas, SCC⁵⁸⁰, MCH⁵⁸¹, Pingo Doce⁵⁸², Auchan⁵⁸³, e ITMP⁵⁸⁴.

1958. A prova revela evidências concretas, inlidíveis, da existência deste objetivo comum (cf. documentos SCC128, SCC865, SCC1181, SCC1184, SCC2012, SCC2720, MCH1715 e conversações n.º 3, 7, 9, 15 e 18).

1959. A título de exemplo, recorde-se as seguintes passagens:

[SCC] “Relativamente ao dia de subida de preços, é mesmo importante que subam os preços na próxima terça-feira, dia 19 (...) por forma a que a subida de preços se dê simultaneamente em todo o país” (Documento SCC2720).

[SCC] “Eu percebo o vosso ponto de vista, mas esta é uma estratégia nacional e temos de estar alinhados com as restantes insígnias” (Documento SCC2720).

[SCC] “Esta alteração vai ser efectuada gradualmente pelas várias insígnias (dia 1 Auchan; dia 2 Sonae; dia 3 Pingo Doce e acabará no dia 6 com o Intermarché) ou seja na primeira semana de Outubro vai haver uma subida geral dos pvpr’s” (Documento SCC865).

⁵⁷⁹ Existência de um plano estratégico ou objetivo comum, prosseguido pelo conjunto de participantes.

⁵⁸⁰ Cf. documentos SCC2720, SCC128 e SCC865.

⁵⁸¹ Cf. documentos SCC1459, MCH420 e MCH1715.

⁵⁸² Cf. documentos SCC2720, SCC1242, JM36, JM644 e JM645.

⁵⁸³ Cf. documento SCC865 em conjunto com documento SCC231.

⁵⁸⁴ Cf. documento SCC1857.

[MCH] “2051383 – Água S/Gás Luso 5I – 1.18€ (processo de reposicionamento de PVP que começou no dia 03-02-2010, a nível nacional” (Documento MCH1715).

1960.Na verdade, a prova está repleta de referências a um esforço contínuo no sentido de “estar alinhados com as restantes insígnias” (cf. conversação n.º 30) na implementação de um plano de “subida de PVPs de Mercado” (Cf. conversação n.º 15. Cf., no mesmo sentido, documentos SCC2012, SCC1181, SCC1184 e conversações n.º 3, 7, 9 e 18).

1961.Mas, para além destas referências concretas, o compromisso das empresas participantes (fornecedor e empresas de distribuição visadas) com este objetivo comum também decorre da adoção dos vários comportamentos sucessivos descritos na presente Decisão, de controlo e monitorização, de correção de desvios, de pressão, coação e retaliação.

1962.Com efeito, a prova demonstra que fornecedor (cf. documentos SCC128, SCC1857, SCC261, SCC2775, SCC938 e SCC1264) e insígnias visadas (cf. documentos MCH900, SCC278, SCC261, SCC160, SCC11, SCC1355, SCC1787, SCC1857, JM644, SCC271, MCH1718 e conversações n.º 9, 15, 33 e 43) utilizam ferramentas de controlo e monitorização com o propósito de garantir a implementação do plano estratégico comum e de sinalizar desvios que necessitam de correção face ao posicionamento de PVP concertado, em termos de valor e calendário de implementação.

1963.O fornecedor também recorre aos resultados das ações de controlo e monitorização de PVP para atestar às empresas de distribuição visadas que determinado posicionamento de PVP está a ser cumprido ou foi corrigido (cf. documentos SCC2877, SCC2674, SCC152 e SCC2862).

1964.São, aliás, muitas vezes, as próprias insígnias que solicitam à SCC que forneça esses meios de prova para poderem justificar internamente a implementação de determinado posicionamento de PVP, designadamente uma subida de PVP (cf. documentos SCC2877 e JM644 e conversação n.º 33).

1965.O compromisso das insígnias com o plano comum decorre ainda do facto de as insígnias desviantes anuírem aos pedidos de correção, alterando os PVP que estão “mal” ou comprometendo-se a corrigir em determinada data ou verificada determinada condição (cf. documentos SCC486, SCC253, SCC2337, SCC1857, SCC2877, SCC1503, MCH367 e conversação n.º 33).

1966.Bem como do facto de as insígnias que detetam e sinalizam os desvios corrigirem o posicionamento quando recebem a informação, via fornecedor, de que os PVP que estavam “mal” foram corrigidos (cf. documentos MCH1937, SCC1503).

1967.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 insígnias visadas, se encontra preenchido no presente caso.

Critério *(ii)*⁵⁸⁵

1968.A matéria de facto provada evidencia que cada uma das empresas envolvidas, designadamente a SCC⁵⁸⁶, a MCH⁵⁸⁷, a Pingo Doce⁵⁸⁸, a Auchan⁵⁸⁹ e a ITMP⁵⁹⁰, participou ativamente na prática investigada, tendo o propósito e a intenção expressa de contribuir, e contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum de subida de PVP de mercado.

1969.Os comportamentos da SCC traduziram-se em: *(i)* obter de cada insígnia a sua adesão quanto ao posicionamento futuro de PVP e a indicação da data para a respetiva alteração; *(ii)* disseminar a informação obtida pelas insígnias concorrentes; *(iii)* monitorizar a implementação dos PVP pré-fixados 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 combinado e direcioná-las para as insígnias desviantes; *(vi)* pressionar as insígnias desviantes a corrigir os desvios identificados, incluindo mediante ações de retaliação; *(vii)* reportar às insígnias concorrentes a correção dos desvios assinalados (Cf. capítulo III.3.3.1.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1970.Os comportamentos das empresas de distribuição visadas traduziram-se em: *(i)* manifestar à SCC a sua adesão a um determinado posicionamento futuro de PVP, no pressuposto de estar alinhada com as restantes insígnias, nos termos da informação fornecida pelo fornecedor; *(ii)* informar a SCC sobre a data em que estão disposta a

⁵⁸⁵ O propósito ou a intenção dos participantes em contribuir, através do seu próprio comportamento, para o objetivo comum.

⁵⁸⁶ Cf. documentos SCC1503, SCC261, SCC1355 e conversações n.º 7, 15, 18, 21 e 33.

⁵⁸⁷ Cf. documentos MCH367, MCH591, JM645, SCC271, SCC2337, SCC2874, SCC865 e conversações n.º 7, 15, 21, 33 e 34.

⁵⁸⁸ Cf. documentos SCC1503, SCC2720, SCC2460, SCC862, SCC2864, SCC865, SCC278, JM36, JM644, JM645, JM704, JM415 e conversação n.º 15.

⁵⁸⁹ Cf. documentos SCC11, SCC2874, SCC1503 (em conjunto com SCC257), SCC2877 (em conjunto com SCC12 e conversação n.º 13), SCC865 (em conjunto com SCC231), SCC864 (em conjunto com SCC292 e SCC318), SCC16 (em conjunto com conversação n.º 13), SCC847 (em conjunto com SCC240, SCC1355, SCC2089 e conversações n.º 7, 15 e 18), SCC319, SCC3, SCC152 e conversação n.º 95.

⁵⁹⁰ Cf. documentos SCC1358, SCC2874, SCC865, SCC1503, SCC2864, SCC2863, SCC1760, SCC1857 e MCH1715.

alterar os PVP; (iii) implementar efetivamente o posicionamento de PVP concertado; (iv) monitorizar a implementação do posicionamento de PVP concertado, reportando à SCC desvios; (v) pressionar a SCC para que esta atue junto de insígnias desviadoras de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento horizontal de PVP; (vi) adotar comportamentos de retaliação com o intuito de pressionar a SCC e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (Cf. capítulos III.3.3.3.2, III.3.3.4.2, III.3.3.6.2 e III.3.3.7.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1971. Aliás, na grande maioria das vezes, o procedimento para a correção de PVP é desencadeado pelas próprias insígnias, que pressionam o fornecedor para que este atue junto das insígnias concorrentes, incitando-as a corrigir os PVP que estão “mal” (cf. documentos SCC290, SCC160, SCC486, SCC2460, SCC441, SCC135, SCC444, SCC439, SCC2877, SCC11, SCC1503, SCC290, SCC160 e conversações n.º 15, 21, 33, 43 e 56).

1972. Por sua vez, o fornecedor reporta às insígnias que sinalizaram os desvios o resultado das suas diligências junto das insígnias concorrentes, informando-as sobre o motivo do desvio e a data para a correção (cf. documentos SCC160, SCC441, SCC135, SCC444, SCC439, SCC2877, SCC11, SCC1503, SCC2337 e conversações n.º 15 e 21).

1973. As insígnias desviadoras anuem na maioria dos casos ao pedido de correção, alterando os PVP que estão “mal” ou comprometendo-se a corrigir em determinada data ou verificada determinada condição (cf. documentos SCC486, SCC253, SCC2337, SCC1857, SCC2877, SCC1503, MCH367 e conversação n.º 33).

1974. Há, efetivamente, prova explícita de que as insígnias desviadoras corrigiram o posicionamento ou indicaram a data em que o iriam fazer (cf. documentos SCC406, SCC253, SCC2337, SCC1857, SCC441, SCC135, SCC444, SCC439 e conversação n.º 21).

1975. Para além disso, há prova de que as insígnias que detetam e sinalizam os desvios conformam o respetivo posicionamento quando recebem a informação, via fornecedor, de que os PVP que estavam “mal” foram corrigidos (cf. documentos MCH1937, SCC1503).

1976. Para além disso, fornecedor (cf. documentos SCC406, SCC16, MCH1720, SCC2659, SCC2452, SCC1760, Auchan148 e conversação n.º 72) e empresas de distribuição visadas (cf. documentos SCC11, SCC1503, SCC1996, SCC141, SCC160, MCH910,

MCH896, MCH591, JM415, Auchan314 e conversação n.º 14) adotam comportamentos que configuram verdadeiras ações de pressão, coação e/ou retaliação, em reação a uma determinada “*situação de mercado*” (cf. documento MCH910), que é expressamente identificada nos elementos de prova como uma desconformidade ou um desvio face ao “*alinhamento de preços proposto*” (cf. documento SCC141) ou à “*subida de PVPs*” concertada previamente entre as visadas (cf. documento SCC2452).

1977. 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)*⁵⁹¹

1978. A matéria de facto provada evidencia que cada uma das empresas envolvidas, designadamente a SCC⁵⁹², a MCH⁵⁹³, a Pingo Doce⁵⁹⁴, a Auchan⁵⁹⁵ e a ITMP⁵⁹⁶, tinha conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas de distribuição visadas na prossecução do objetivo comum (Cf. capítulos III.3.1.2.2, III.3.1.3.2, III.3.1.4.2, III.3.2.1.2, III.3.3.1.2, III.3.3.3.2, III.3.3.4.2, III.3.3.6.2 e III.3.3.7.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

1979. Na presente Decisão ficou demonstrado que as empresas de distribuição visadas tomam decisões relativas ao seu posicionamento presente e futuro de PVP e ao respetivo calendário de implementação com base na informação relativa ao posicionamento futuro (ainda não implementado) das suas concorrentes que lhes é transmitida pelo fornecedor (cf. documentos SCC862, SCC865, SCC1503, SCC2659, SCC2720, SCC2775 e conversações n.º 7, 9, 30, 33 e 34).

1980. As empresas de distribuição visadas dão, portanto, a sua adesão aos PVP pré-fixados, de forma livre, espontânea e esclarecida, no único pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias nos movimentos de subida conjunta, nos termos da informação que lhes é transmitida pelo fornecedor.

1981. Para além disso, o fornecedor reporta às insígnias que sinalizaram os desvios o resultado das suas diligências junto das insígnias concorrentes, informando-as sobre o

⁵⁹¹ 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.

⁵⁹² Cf. documentos SCC1503, SCC231, SCC862, SCC2877, SCC865, SCC1242 e conversações n.º 7 e 33.

⁵⁹³ Cf. documentos SCC271, SCC1242, MCH1715 e conversações n.º 7, 33 e 34.

⁵⁹⁴ Cf. documentos SCC1503, SCC2720, SCC2460, SCC2674, SCC1242, JM36, JM644, JM645 e JM704.

⁵⁹⁵ Cf. documentos SCC865 e SCC864.

⁵⁹⁶ Cf. documento SCC1358.

motivo do desvio e a data para a correção (cf. documentos SCC160, SCC441, SCC135, SCC444, SCC439, SCC2877, SCC11, SCC1503, SCC2337 e conversações n.º 15 e 21).

1982. A este respeito, deverá ainda recordar-se o teor de documentos em que empresas de distribuição visadas questionam expressamente o fornecedor sobre quando será feito o reposicionamento de PVP em insígnias concorrentes e o fornecedor responde com o calendário concertado previamente para a futura subida de PVP no mercado (cf. conversações n.º 7, 9, 30, 33 e 34).

1983. 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.

1984. Em conclusão, a Autoridade relembra que o referencial em toda a jurisprudência e prática decisória nacional e europeias 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.

1985. É com base na aplicação desse referencial aos presentes autos, em que está em causa a implementação de um objetivo comum a várias empresas de distribuição e ao fornecedor SCC que se traduz na subida dos PVP no mercado de distribuição retalhista alimentar ao longo de quase uma década, que a Autoridade forma a sua convicção quanto à existência e nocividade dos comportamentos em causa.

1986. Neste sentido, apesar de não se afigurar necessário proceder à análise ou quantificação dos efeitos concretos que possam ter-se verificado no mercado em resultado desta prática, a Autoridade não poderá ignorar a prova que evidencia os casos em que o objetivo foi atingido⁵⁹⁷, nem o facto de a infração em causa se ter mantido ininterruptamente desde, pelo menos, março de 2008, até, pelo menos, março de 2017, não podendo excluir-se, na realidade, que esteja ainda em curso.

1987. 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 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

⁵⁹⁷ Cf., a título de exemplo, documentos SCC1, SCC3, SCC152, SCC292, SCC319, SCC865 (em conjunto com SCC231), SCC864, SCC2089, SCC2337, SCC1857, SCC1503, SCC2863, SCC2864, SCC2877 (em conjunto com SCC12 e conversação n.º 13), MCH575, JM644, JM704 e conversação n.º 40.

impedir, falsear ou restringir a concorrência nos mercados visados, não tendo a Pronúncia das Visadas merecido colhimento na impugnação desta constatação.

1988.Uma última nota relativamente à conclusão da ITMP de que a conduta da SCC é subsumível ao disposto no artigo 11.º da Lei n.º 19/2012 e no artigo 102.º do TFUE.

1989.Analisada a pronúncia da Visada, a Autoridade conclui que não só a ITMP não fundamenta a sua alegação quanto aos elementos que consubstanciam uma prática de abuso de posição dominante, como não resulta demonstrado com base na prova apurada que a SCC detenha uma posição dominante nos mercados relevantes identificados, nos termos e para os efeitos do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012 (cf. capítulo III.2.4 da presente Decisão).

1990.Para além disso, os comportamentos ilícitos em causa nos presentes autos não refletem qualquer situação de abuso de uma eventual posição dominante, desde logo porque refletem uma inequívoca dimensão multilateral, e não apenas unilateral (característica dos casos de abuso de posição dominante).

1991.Com efeito, a adoção de mecanismos de coação e de retaliação para imposição dos PVP, por exemplo, não são, no caso concreto, senão um elemento para a concretização do plano de ação comum em que estão envolvidas todas as empresas Visadas, que é o da concertação dos PVP, com o objetivo comum de garantir o alinhamento horizontal dos PVP no mercado.

1992.A Autoridade considera, portanto, improcedente a argumentação constante da pronúncia da ITMP nesta matéria.

IV.1.3.4 Caráter sensível da restrição da concorrência

1993.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*”.

1994.Acontece que os acordos ou práticas concertadas que tenham um objeto anticoncorrencial constituem, pela sua própria natureza e independentemente de qualquer efeito concreto, uma restrição sensível, ainda que os mesmos não atinjam os

limiares de quotas de mercado estabelecidos pela Comissão na sua Comunicação de *minimis*⁵⁹⁸.

1995. 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 objecto restringir, impedir ou falsear a concorrência (...)⁵⁹⁹. 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”⁶⁰⁰.

1996. Em 2011, no acórdão *KME Germany*, o Tribunal de Justiça já havia considerado que, “para aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE [atual artigo 101.º, n.º 1 do TFUE], a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, a partir do momento em que se verifique que este tem por objecto restringir, impedir ou falsear a concorrência (...). Tal é nomeadamente o caso, como no presente, dos acordos que incluem restrições patentes à concorrência, como a fixação dos preços e a repartição do mercado. Se um cartel fixa o estado do mercado no momento em que é celebrado, a sua longa duração pode tornar rígidas as estruturas, diminuindo o incentivo à inovação e ao desenvolvimento para os participantes no cartel. O regresso ao estado de livre concorrência será assim tanto mais difícil e longo quanto a própria duração do cartel foi longa. Mesmo se a intensidade e a eficácia do cartel variarem no tempo, a verdade é

⁵⁹⁸ 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, em que é expressamente excluído do âmbito da categoria de *minimis* os acordos ou práticas concertadas que, como no presente caso, tenham por objetivo a fixação de preços. Cf. também o “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, em que também é feita menção expressa a acordos ou práticas concertadas que tenham por objeto a fixação de preços e a repartição de mercados ou de clientes.

⁵⁹⁹ 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.

⁶⁰⁰ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de dezembro 2012, *Expedia Inc. c. Autorité de la concurrence e o.*, processo n.º C-226/11, parágrafos 35 a 37; cf., igualmente, Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Novembro de 2008, *Beef Industry Development and Barry Brothers (BIDS)*, processo n.º C-209/07, parágrafos 16 e 17; acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de junho 2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafo 29.

*que o referido cartel continuará a existir e, por conseguinte, a tornar ainda mais rígidas as estruturas do mercado*⁶⁰¹.

1997. Por conseguinte, os acordos ou as práticas concertadas entre empresas que tenham por objeto fixar, de forma direta ou indireta, os PVP, constituem restrições sensíveis da concorrência, não negligenciáveis.

1998. Da proibição do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, consta uma preocupação fundamental, a de garantir, em nome do livre jogo concorrencial, o princípio da autonomia comercial dos operadores no mercado, enquanto elemento estruturante do processo concorrencial salvaguardado pelas regras nacionais e europeias de defesa da concorrência.

1999. Neste caso concreto, está em causa uma restrição da concorrência pelo objeto, nos termos que resultam da jurisprudência e prática decisória nacional e europeia, qualificável igualmente, segundo essa mesma jurisprudência e prática decisória, como uma restrição sensível.

2000. Essa restrição é materializada na substituição da incerteza e dos riscos da concorrência por uma cooperação prática concertada entre a SCC e as empresas de distribuição visadas que visa coordenar a sua conduta do mercado em causa.

2001. 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.

2002. E se, por um lado, a SCC é uma das principais empresas produtoras/distribuidoras de bebidas em Portugal (cf. capítulo III.2.4.1 da presente Decisão), 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 (cf. capítulo III.2.4.2 da presente Decisão).

2003. 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.

⁶⁰¹ 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.

2004. Conforme se observou anteriormente, o setor do comércio de retalho alimentar gerava em Portugal, em finais de 2016, um volume de negócios de 18,1 mil milhões de euros⁶⁰².

2005. Conclui-se assim, no presente caso, pela existência de uma restrição sensível da concorrência, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do artigo n.º 1 do 101.º do TFUE.

IV.1.3.4.1 Pronúncia das Visadas

2006. Na respetiva pronúncia sobre a Nota de Ilicitude, a Pingo Doce alega que, ainda que se desse por verificada uma prática de fixação e/ou alinhamento dos preços de venda nos vários sub-mercados relevantes da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, a mesma não teria constituído uma restrição sensível da concorrência, dado que os fatores relevantes para esta análise (i.e. quotas de mercado das empresas envolvidas, estrutura/grau de concentração no mercado, ou a natureza do produto) não permitiriam extrair essa conclusão⁶⁰³.

2007. Partindo do pressuposto que a AdC deverá apreciar o caráter sensível da infração autonomizando a conduta da Pingo Doce face aos comportamentos das demais visadas, a Pingo Doce alega que: (i) existe um conjunto de sub-mercados relativamente aos quais inexistem elementos incriminatórios (água com gás sem sabor, refrigerantes com gás e sidras); (ii) no mercado de distribuição retalhista alimentar, a faturação da SCC representa apenas 1,2% das compras que a Pingo Doce realiza a fornecedores; (iii) a maior parte da faturação da SCC é realizada fora da alegada prática de *hub & spoke* (entre [85%-90%] a [80-85%]) e, concretamente quanto à Pingo Doce, a faturação da SCC foi sempre abaixo dos 10%; (iv) a referência às UCDR ou ao “grupo 471” é incompreensível, uma vez que o conceito engloba vários formatos de retalho alimentar e outras formas de distribuição retalhista.

2008. Conclui a Pingo Doce que, considerando a atomicidade dos supostos mercados de bebidas no canal alimentar (*off-trade*) em Portugal e a posição relativa da SCC, é evidente que não pode haver qualquer restrição sensível da concorrência.

⁶⁰² Cf. Estatísticas do Comércio 2016, Edição 2017 do INE – Instituto Nacional de Estatística, disponível em: https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_publicacoes&PUBLICACOESpub_boui=277091204&PUBLICACOESmodo=2.

⁶⁰³ Cf. capítulo III.6C) da PNI Pingo Doce (páginas 229-238).

2009. Quanto à Auchan, não obstante atribuir a um dos capítulos da respetiva pronúncia escrita o título “*caráter sensível da alegada restrição*”, a Visada refere-se aí à apreciação jusconcorrencial desenvolvida pela Autoridade a respeito da afetação do comércio entre Estados-Membros, pelo que se remete a apreciação dos respetivos argumentos para o capítulo IV.1.3.6 da presente Decisão.

IV.1.3.4.2 Apreciação da Autoridade

2010. Apreciada a defesa 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 Ilícitude e acima retomada, pelas razões a seguir indicadas.

2011. Em primeiro lugar, a pretensão da Pingo Doce não poderá ser acolhida pela Autoridade.

2012. Do ponto de vista da sua análise jusconcorrencial, os contornos da prática investigada exigem que a Autoridade aprecie os comportamentos das empresas Visadas na sua globalidade, pois é na sua globalidade que se verificam os elementos que preenchem o tipo objetivo da infração em causa.

2013. Na realidade, no que respeita à prova de práticas anticoncorrenciais, em especial, as que assentam em comportamentos colusivos, como no presente caso, cumpre recordar a jurisprudência europeia, sobre o tratamento da matéria de prova em caso de cartéis:

“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 causa⁶⁰⁴.

2014. Nestes termos, a prova de práticas anticoncorrenciais pode resultar tanto de provas diretas e que se bastam a si próprias, como de um conjunto de indícios constituídos pela ponderação de diversos elementos recolhidos ao longo da investigação que, isoladamente considerados, poderiam não ter um carácter condenatório definitivo, mas que, quando apreciados em conjunto, constituem um feixe de elementos graves, precisos e concordantes.

2015. Em segundo lugar, não foram invocados motivos atendíveis que ponham em causa o respeito pela Autoridade da jurisprudência firmada, nacional e europeia, nesta matéria (cf. capítulo IV.1.3.4 da presente Decisão).

2016. Assim sendo, e conforme anteriormente referido, os acordos ou as práticas concertadas entre empresas que tenham por objeto fixar, de forma direta ou indireta, os PVP, constituem restrições sensíveis da concorrência.

2017. É nesse sentido que a presunção de legalidade estabelecida pelo Regulamento n.º 330/2010 é liminarmente afastada no caso das restrições graves da concorrência previstas no seu artigo 4.º (*hardcore restrictions*), entre elas, “a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda”.

2018. Em terceiro lugar, mesmo que assim não fosse, não poderia deixar de se considerar sensível uma restrição que decorre de uma concertação do comportamento concorrencial estabelecida entre 4 dos 9 GGR a operar no mercado de retalho alimentar português⁶⁰⁵, visando eliminar a concorrência entre eles quanto a PVP.

2019. Conforme referido anteriormente, este mercado caracteriza-se pela existência de 9 GGR, com aumento progressivo do seu poder negocial, verdadeiros “gatekeepers” no acesso dos produtos ao consumidor final, com reforço tendencial do grau de concentração no aprovisionamento e na venda a retalho (cf. parágrafo 667 da presente Decisão).

⁶⁰⁴ Cf. Conclusões do Juiz Vesterdorf, enquanto Advogado-geral, no Acórdão do TGUE (Primeira Secção), de 24.10.1991, *Rhône-Poulenc vs. Comissão*, n.º T-1/89, Rec. II-867, p. 954.

⁶⁰⁵ Cf. §21 do Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores, publicado pela Autoridade, em Outubro de 2010 (disponível em http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribuicao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf).

2020. “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”⁶⁰⁶.

2021. Para além disso, o volume de negócios gerado pelo mercado de cervejas representou, em média, 44,5% (MCH), 45,8% (Pingo Doce), 19% (Auchan) e 53% (ITMP), respetivamente, no volume de negócios total das empresas de distribuição visadas nos mercados identificados para efeitos do presente processo⁶⁰⁷.

2022. Assim sendo, sempre se diria, em todo e qualquer caso, que o impacto dos comportamentos investigados seria, na melhor das hipóteses, não negligenciável.

2023. Acresce o facto de a SCC ser (atualmente e à data dos factos) uma das principais empresas de bebidas em Portugal, comercializando as marcas preferidas de muitos consumidores portugueses (e.g. Sagres, Heineken e Água do Luso), pelo que também por aqui o impacto dos comportamentos seria, em todo o caso, atendível (cf. parágrafo 568 da presente Decisão).

2024. Salienta-se, por fim, que os setores em causa, particularmente o da distribuição retalhista de base alimentar, têm uma importância fulcral para a competitividade da economia nacional e para o bem-estar dos consumidores, não podendo tão-pouco ignorar-se a grande dificuldade financeira que o país (e, em particular, os consumidores portugueses) atravessava no período em que a prática investigada ocorreu⁶⁰⁸.

2025. A Autoridade conclui, assim, pela verificação do quarto elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, estando, indubitavelmente, em causa uma restrição sensível da concorrência.

⁶⁰⁶ Cf. § 22 do Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores.

⁶⁰⁷ Cálculos da AdC, com base no volume de negócios total das empresas de distribuição visadas no conjunto dos mercados identificados e no respetivo volume de negócios em cada um dos mercados de produto identificados (cf. Tabelas 10, 11, 12 e 13 da presente Decisão).

⁶⁰⁸ Conforme se observou anteriormente, o setor do comércio de retalho alimentar gerava em Portugal, em finais de 2016, um volume de negócios de 18,1 mil milhões de euros (cf. capítulo III.2.4.2 da presente Decisão).

2026.Os argumentos mobilizados pelas Visadas para impugnar esta constatação não podem, pois e atenta a prova produzida, proceder.

IV.1.3.5 Restrição da concorrência na totalidade do mercado nacional

2027.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 da restrição sensível da concorrência “*no todo ou em parte do mercado nacional*”.

2028.No presente caso, tanto a Visada SCC, como as empresas de distribuição visadas, exercem a sua atividade em todo o território português (cf. capítulo III.1 da presente Decisão).

2029.Por outro lado, todos os mercados relevantes identificados na presente Decisão possuem dimensão nacional (cf. capítulos III.2.3 e IV.1.2.1.4 da presente Decisão).

2030.Para além disso, os comportamentos das Visadas assumem uma verdadeira dimensão nacional, o que é confirmado pela matéria de facto provada, que revela que a prática concertada em causa visava e ocorria na totalidade do território nacional – neste sentido, veja-se o capítulo III.3 da presente Decisão e, em particular, a título de exemplo, os documentos SCC2575 (cf. parágrafo 884 da presente Decisão), SCC2659 (cf. parágrafo 1124 da presente Decisão), SCC2452 (cf. parágrafo 1125 da presente Decisão), SCC2610 (cf. parágrafo 905 da presente Decisão), bem como os documentos que integram as conversações n.^º 9 (cf. parágrafo 882 da presente Decisão) e n.^º 34 (cf. parágrafo 893 da presente Decisão).

2031.A circunstância de os elementos de prova se referirem a inúmeras zonas do território português apenas reforça a dimensão verdadeiramente nacional da prática restritiva em causa, não podendo cada um de tais elementos de prova ser considerado isoladamente. Na verdade, o que resulta da prova é a monitorização cuidadosa realizada pelas visadas quanto a eventuais desvios, reagindo não apenas a desvios a nível nacional como também no plano local.

2032.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.

2033.Se, por um lado, a produção e comercialização de bebidas (em particular, de vinhos e de cerveja) desempenha no nosso país um papel histórico ao nível do consumo interno,

como também das exportações, 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.

2034. 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.

2035. 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 Pronúncia das Visadas

2036. Na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude, a SCC afirma que, mesmo que se admita que os mercados relevantes identificados tenham uma dimensão geográfica correspondente ao território nacional, deveria excluir-se os arquipélagos dos Açores e da Madeira, onde os mercados têm características específicas que os distinguem do território continental⁶⁰⁹.

2037. Nesse sentido, a SCC assinala que nem todas as empresas de distribuição visadas tinham lojas nos Açores e na Madeira no período correspondente à prática da infração⁶¹⁰.

2038. A Pingo Doce salienta o mesmo aspeto, afirmando que no período em questão não tinha lojas nos Açores e não explorava diretamente lojas na Madeira.

2039. A Pingo Doce refere ainda que não é parte envolvida nos emails utilizados pela AdC para demonstrar a dimensão nacional da restrição em causa⁶¹¹.

IV.1.3.5.2 Apreciação da Autoridade

2040. Apreciada a defesa das Visadas em confronto com a matéria de facto provada e com a qualificação jurídica operada na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilícitude e acima retomada, pelas razões a seguir indicadas.

⁶⁰⁹ Cf. capítulo II.4.2 da PNI SCC (páginas 35 e 36).

⁶¹⁰ A Auchan e o ITMP não têm lojas na Madeira e nos Açores e o Pingo Doce não tem lojas nos Açores e utiliza outra entidade jurídica (Lidosol) para operar na Madeira.

⁶¹¹ Cf. capítulo III.6.D da PNI Pingo Doce (página 238).

2041. Pelos motivos aduzidos nos capítulos III.2.2, III.2.6, IV.1.2.1.4 e IV.1.2.1.6, a Autoridade concluiu na presente Decisão pela manutenção da posição adotada na Nota de Ilicitude quanto à dimensão geográfica nacional dos mercados envolvidos.

2042. Com efeito, os contornos da prática investigada exigem que a Autoridade aprecie os comportamentos das empresas Visadas na sua globalidade, pois é dessa globalidade que decorrem os elementos que preenchem o tipo objetivo da infração e que formam o conjunto de meios de prova que fundamenta a declaração de existência de uma prática restritiva da concorrência.

2043. E o que a globalidade dos elementos de prova revela é que, efetivamente, a prática investigada tem por objeto impedir, falsear ou restringir a concorrência em todo o país, incluindo as regiões autónomas da Madeira e dos Açores.

2044. Por um lado, a matéria de facto provada revela que o objetivo partilhado por todas as empresas visadas se traduz num plano estratégico de subida de PVP de mercado em todo o país (cf. capítulos III.3.1.2.2 e IV.1.3.3.3 da presente Decisão).

2045. Para que fique mais claro, recordemos as seguintes passagens:

[SCC] “*Relativamente ao dia de subida de preços, é mesmo importante que subam os preços na próxima terça-feira, dia 19 (...) por forma a que a subida de preços se dê simultaneamente em todo o país*” (Documento SCC2720).

[SCC] “*Eu percebo o vosso ponto de vista, mas esta é uma estratégia nacional e temos de estar alinhados com as restantes insígnias*” (Documento SCC2720).

2046. Por outro lado, há meios de prova que se referem especificamente a comportamentos que visam os mercados das regiões autónomas da Madeira e dos Açores.

2047. É o que sucede com as conversações n.º 7, 8, 9, 30 e 34 e os documentos SCC2575, SCC2610 e SCC2659.

2048. Recordemos a conversação n.º 7:

[SCC] “*Olá [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],*

De acordo com o que falamos abaixo segue calendarização de águas.

Está tudo confirmado com estas datas. Se houver algo em contrário aviso-te. Verifica e dá-me feedback nomeadamente relativamente a Fruta!

Relativamente a Luso Lisa peço especial atenção uma vez que os efeitos são a partir de amanhã (22/10)”.

[MCH] “[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Estes PVPs são válidos para Madeira correto?”

[SCC] “Estes são os PVPR são válidos para o Continente. [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] tendo em conta estes PVPR podes pff dar indicação ao [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] de quais são os PVPR da Madeira para os artigos abaixo mencionados?”

2049. E ainda a conversação n.º 34, que consiste numa cadeia de emails ocorrida entre 5 e 12 de agosto de 2014, sobre o assunto “PVP’s Madeira”, é possível ler a seguinte mensagem da MCH para a SCC:

No dia 05/08/2014, às 13:53, [REDACTED] escreveu:

[REDACTED]
Conforme falamos, vamos proceder ao alinhamento do mercado na Madeira assim como fizemos para Portugal Continental, nos artigos anteriormente indicados. Em vigor a partir de amanhã.

[REDACTED]

2050. Concluindo, ainda que a Autoridade tivesse atribuído uma dimensão geográfica diferente aos mercados envolvidos e mesmo que nem todas as empresas de distribuição visadas operassem nos mercados das regiões autónomas da Madeira e dos Açores no período em que ocorreu a infração, não resta nenhuma dúvida de que a prática visava e/ou se concretizou em todo o mercado nacional.

2051. Aliás, a circunstância de os elementos de prova se referirem a inúmeras zonas do território português apenas reforça a dimensão verdadeiramente nacional da prática restritiva em causa, não podendo cada um de tais elementos de prova ser isoladamente considerado.

2052. Por último e conforme já avançado, a atribuição de uma dimensão geográfica diferente aos mercados envolvidos não teria impacto na avaliação jusconcorrencial dos comportamentos investigados, pois independentemente de se considerar um mercado mais lato ou mais restrito, as conclusões referentes à infração não se alterariam.

2053. Pelo exposto, considera-se que a infração em apreço afeta todo o território português, impondo a impugnação apresentada pelas Visadas a este respeito.

IV.1.3.6 Afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia

2054. Para além do preenchimento dos elementos analisados nos capítulos IV.1.3.1, IV.1.3.2, IV.1.3.3 e IV.1.3.4 da presente Decisão, a aplicação do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE depende da afetação do comércio entre os Estados-Membros, aferindo-se da restrição da concorrência “*no mercado interno*”.
2055. O critério da suscetibilidade de afetação do comércio 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.
2056. É jurisprudência assente do Tribunal de Justiça que, “[p]ara serem susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros, uma decisão, um acordo ou uma prática devem, com base num conjunto de elementos de facto e de direito, permitir que se encare com um grau suficiente de probabilidade a sua influência directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre as correntes comerciais entre Estados-Membros, de modo a que se possa temer que entravem a realização de um mercado único entre Estados-Membros”⁶¹².
2057. Mais se salienta que “[é], além disso, necessário que esta influência não seja insignificante [sendo que] a influência que um acordo pode exercer sobre o comércio entre Estados-Membros aprecia-se tendo nomeadamente em consideração a posição e a importância das quotas no mercado dos produtos em causa”⁶¹³.
2058. A afetação do comércio entre os Estados-Membros serve assim de critério de delimitação entre o âmbito de aplicação do direito europeu da concorrência e o âmbito de aplicação do direito nacional da concorrência.

⁶¹² Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Janeiro de 2007, *Dalmine SpA c. Comissão*, processo n.º C-407/04 P, Colet. 2007, p. 829, parágrafo 90; cf., igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 2009, *AEPI Elliniki Etaireia pros Prostasian tis Pnevmatikis Idiotktisias AE c. Comissão*, processo n.º C-425/07 P, Colet. 2009, p. 3205, parágrafos 50 e 51; acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Janeiro de 1999, *Carlo Bagnasco e o. c. Banca Popolare di Novara soc. coop. arl. (BPN) e Cassa di Risparmio di Genova e Imperia SpA (Carige)*, processos apensos n.ºs C-215/96 e C-216/96, Colet. 1999, p. 135, parágrafo 47; acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 2001, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*, processo n.º C-475/99, Colet. 2001, p. 8089, parágrafo 47.

⁶¹³ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de abril de 1998, *Javico International e Javico AG c. Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)*, processo n.º C-306/96, Colet. 1998, p. 1983, parágrafos 16 e 17; cf., igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 1969, *Franz Völk c. SPRL Éts J. Vervaecke*, processo n.º 5/69, Colet. 1969, p. 95, parágrafo 5.

2059. Se se verificar que a infração alegada não é suscetível de afetar o comércio europeu, ou só é suscetível de o afetar de modo insignificante, o direito europeu da concorrência e, mais concretamente, os artigos 101.º e 102.º TFUE não são aplicáveis⁶¹⁴.

2060. Ora, a este respeito importa sublinhar que o mercado nacional de um Estado-Membro da União Europeia corresponde a uma parte do mercado interno. Com efeito, mesmo que esteja em causa um único Estado-Membro, a natureza muito grave da infração e, sobretudo, a sua vocação para falsear o mercado nacional – o que, como se viu, sucede no caso em apreço, até porque se trata de uma infração pelo objeto – fornecem uma boa indicação acerca da possibilidade de os factos afetarem o comércio entre os Estados-Membros.

2061. Desde o acórdão *Cementhandelaren* de 1972⁶¹⁵, e posteriormente em 1985 com o acórdão *Remia*⁶¹⁶, 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.

2062. Refere o 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 (...)”^{617 618}.

⁶¹⁴ Cf. 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 34; cf., igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Janeiro de 2007, *Dalmine SpA c. Comissão*, processo n.º C-407/04 P, Colet. 2007, p. 829, parágrafo 90.

⁶¹⁵ 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.

⁶¹⁶ 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.

⁶¹⁷ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 24/09/2009, *Club Lombard - Erste Group Bank AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG e Österreichische Volksbanken AG c. Comissão*, processos apensos n.ºs C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P - parágrafo 38; cf. igualmente, acórdão do Tribunal de Justiça de 23/11/2006, *Asnef-Equifax, Servicios de Información sobre Solvencia y Crédito, SL c. Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc)*, processo n.º C-238/05, parágrafo 37.

⁶¹⁸ Cf., na jurisprudência nacional, sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 25/05/2017, *Firmo c. AdC*, processo n.º 36/17.2YUSTR, páginas 125 e 127.

2063. Partindo destes princípios afirmados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros foi objeto de Comunicação da Comissão Europeia, que estabeleceu as Orientações a seguir na sua interpretação (Orientações sobre a afetação do comércio entre Estados-Membros)⁶¹⁹.

2064. Também nas referidas Orientações sobre a afetação do comércio entre Estados-Membros pode ler-se:

“(...) 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” (parágrafo 78).

2065. Das referidas Orientações resulta 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 “susceptível de afetar”; (iii) o conceito de “carácter sensível”.

IV.1.3.6.1 O conceito de comércio entre os Estados-Membros

2066. Em primeiro lugar, importa referir 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. Só esta interpretação é coerente com o objetivo fundamental do TFUE de promover a livre circulação de mercadorias, serviços, pessoas e capitais⁶²⁰.

2067. Este conceito, tal como desenhado pela jurisprudência dos tribunais da União Europeia, abrange igualmente 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

⁶¹⁹ 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.

⁶²⁰ 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.

restritiva da concorrência, a estrutura concorrencial na União Europeia é necessariamente afetada.

2068. O requisito de afetação do comércio entre os Estados-Membros implica assim a existência de um impacto nas atividades económicas transfronteiriças que envolva dois Estados-Membros, não sendo, porém, necessário que o acordo ou prática afete o comércio entre um Estado-Membro e a totalidade de outro Estado-Membro⁶²¹.

2069. Sendo certo que a suscetibilidade de afetação dos fluxos comerciais entre Estados-Membros é mais evidente nos casos em que a prática anticoncorrente cobre ou está implantada em vários Estados-Membros, tal não significa, no entanto, que uma prática anticoncorrente que cubra apenas um Estado-Membro não seja igualmente capaz de produzir tal impacto⁶²².

2070. 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*”⁶²³, prejudicando os objetivos comuns previstos pelo TFUE, designadamente as trocas comerciais entre Estados-Membros.

2071. 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.

⁶²¹ 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 21.

⁶²² Cf., neste sentido, sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 4 de junho de 2014, 1.º Juízo, processo n.º 204/13.6YUSTR, p. 210 (*Sport Tv*) e sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 4 de janeiro de 2016, 1.º Juízo, processo n.º 102/15.9YUSTR (*GPL*), p. 198.

⁶²³ 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.1.3.6.2 A noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros

2072. Segundo as Orientações sobre a afetação do comércio entre Estados-Membros, “[a] avaliação à luz do critério de afectação do comércio depende de uma série de factores que, considerados individualmente, podem não ser decisivos. Estes factores incluem a natureza do acordo ou da prática, a natureza dos produtos objecto do acordo ou prática e a posição e importância das empresas em causa”⁶²⁴.

2073. 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-Membros⁶²⁵.

2074. 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.

2075. 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 causa⁶²⁶.

IV.1.3.6.3 O conceito de caráter sensível

2076. 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.

⁶²⁴ 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 28.

⁶²⁵ 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.

⁶²⁶ 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.

2077. Ou seja, a afetação deve ter igualmente um caráter sensível, não se inscrevendo no âmbito de aplicação do artigo n.º 1 do 101.º do TFUE “os acordos que, devido à fraca posição das empresas envolvidas no mercado dos produtos em causa, afetam o mercado de forma não significativa”⁶²⁷.

2078. Pelo contrário, segundo as Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros, “[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”⁶²⁸.

2079. 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 empresas⁶²⁹; 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%.

2080. A Comissão frisa ainda que “[n]o caso de redes de acordos concluídos pelo mesmo fornecedor com diferentes empresas de distribuição, são tidas em conta as vendas realizadas por toda a rede” e que “[p]ara efeitos da aplicação da regra NASC, os contratos que fazem parte da mesma operação global constituem um único acordo. As

⁶²⁷ 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.

⁶²⁸ 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.

⁶²⁹ “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.

*empresas não podem, para beneficiar destes limiares, segmentar um acordo que, numa perspectiva económica, constitua um todo*⁶³⁰ (sublinhado da Autoridade).

2081. Daqui resulta que o carácter sensível pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas nos mercados em causa, sendo a avaliação desse carácter sensível determinada em função das circunstâncias específicas do caso concreto, designadamente da natureza do acordo ou prática concertada em apreço, da natureza dos produtos abrangidos e das quotas de mercado das empresas em causa⁶³¹.

2082. Nos parágrafos 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 noutras Estados-Membros, o seu nível só é sustentável se as importações de outros Estados-Membros puderem ser controladas*⁶³²” (sublinhado da Autoridade).

2083. 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.

2084. 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

⁶³⁰ 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.

⁶³¹ 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.

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 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 suscetível 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 suscetível 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]"⁶³².

2085. 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 autos⁶³³), 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

⁶³² Cf. sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 29 de abril de 2011, 1.º Juízo, processo n.º 938/10.7TYLSB.

⁶³³ Cf. acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de fevereiro de 2013, processo C-1/12.

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]"⁶³⁴.

IV.1.3.6.4 Afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia no caso concreto

2086. No caso concreto, 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.

2087. Com efeito, a prática concertada de "hub and spoke" aqui em causa visa, precisamente, que as empresas de distribuição visadas conheçam o posicionamento futuro de PVP de insígnias concorrentes, possibilitando assim o alinhamento das respetivas políticas comerciais no mercado retalhista de base alimentar.

2088. Só por si, esta prática é suscetível de influenciar as características do mercado nacional, globalmente considerado.

2089. Acresce o facto de abranger uma das maiores empresas portuguesas no setor da produção 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 e III.2.4 da presente Decisão).

⁶³⁴ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014, 5.ª Secção, processo n.º 938/10.7 TYLSB.L1.

2090. Efetivamente, a SCC é reconhecida, desde logo por si mesma, mas também pelas suas concorrentes, pelos seus clientes, bem como pelos consumidores em geral, como sendo “uma Grande Empresa de Bebidas”, declarando publicamente que a sua visão é fazer “as marcas que as pessoas preferem” e que a sua missão é ser “a empresa de bebidas, a operar em Portugal, que lidera a satisfação dos consumidores e clientes” (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão).

2091. Em 2017, a cerveja Sagres e a Água do Luso foram eleitas, pela 11^a e 8^a vez consecutiva, respetivamente, Marcas de Confiança pelo Reader’s Digest; as cervejas Sagres Branca e Bohemia Original e a Água do Luso e Água do Luso com gás receberam medalhas de ouro atribuídas pelo prémio Monde Selection; e a cerveja Bohemia recebeu o prémio “Produto Master da Distribuição” atribuído pelos retalhistas (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão).

2092. Mais do que isso, a SCC é efetivamente detida por empresas estrangeiras, designadamente pelo grupo multinacional *Heineken* que, por seu turno, se assume como um “grupo cervejeiro líder europeu e uma das maiores empresas do mundo” (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão).

2093. Em termos de *portfolio*, a SCC não só exporta os produtos por si produzidos (em particular, a cerveja da marca Sagres), tendo as exportações um peso significativo no volume de negócios total da empresa⁶³⁵, como distribui em Portugal marcas estrangeiras, incluindo Heineken, Desperados, Affligem, Guinness, John Smith’s e Kilkenny.

2094. Pelo que sempre teria de admitir-se existir, pelo menos no que à SCC se refere, uma verdadeira suscetibilidade de influenciar as trocas comerciais entre Estados-Membros.

2095. Sucede que também as empresas de distribuição visadas pertencem a alguns dos grupos económicos com maior peso em Portugal.

2096. Por um lado, o Auchan e o ITMP são sucursais de empresas sedeadas noutros Estados-Membros (cf. capítulos III.1.4 e III.1.5 da presente Decisão).

2097. A MCH e o Pingo Doce têm uma forte presença internacional, em especial noutros Estados-Membros da União Europeia sendo que, por exemplo, o Grupo Jerónimo

⁶³⁵ Em 2016 e 2017, as exportações de cerveja pela SCC representaram 12% do volume total de vendas de cerveja da empresa (cf. Relatório & Contas da SCC de 2016 e <http://www.sociedadeagualuso.pt/media/229842/newsletter-n.%C2%BA7-de-14-02-2018.pdf>).

Martins têm mais de 2.800 estabelecimentos comerciais na Polónia⁶³⁶, e o Grupo Sonae tem presença em mais de 20 países da União Europeia⁶³⁷ (cf. capítulos III.1.2 e III.1.3 da presente Decisão).

2098. Além do que, conforme referido anteriormente, o conjunto das empresas de distribuição visadas tem, de facto, um peso significativo no setor da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, pelo que, também no que se refere às empresas de distribuição visadas, sempre seria manifesto o carácter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros (cf. capítulo III.2.4.2 da presente Decisão).

2099. Adicionalmente, como foi também amplamente referido *supra*, os acordos e práticas concertadas que abrangem a totalidade do território de um Estado-Membro têm, pela sua própria natureza, o efeito de reforçar a segmentação ou compartimentação dos mercados numa base nacional, na medida em que dificultam a penetração económica pretendida pelo TFUE⁶³⁸, assim prejudicando os objetivos comuns previstos, designadamente as trocas comerciais entre Estados-Membros.

2100. Ora, a natureza muito grave da infração em apreço, o facto de cobrir todo o território nacional e, sobretudo, o facto de abranger, por um lado, os principais intervenientes no setor da distribuição de retalho alimentar e, por outro lado, uma das principais empresas de 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.

2101. 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,

⁶³⁶ A página da Jerónimo Martins na internet refere o seguinte: “Com mais de 2.800 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 11.075 milhões de euros em vendas (dados a 31 de dezembro de 2017) – cf. <https://www.jeronimomartins.com/pt/sobre-nos/o-que-fazemos/distribuicao-alimentar/biedronka/>.

⁶³⁷ 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/rc17ptsonaesqps_13253617025abd46af4ffdd.pdf.

⁶³⁸ 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.

impedindo a penetração económica de forma significativa nos mercados relevantes identificados.

2102. Considera-se, portanto, aplicável, *in casu*, o disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

IV.1.3.6.5 Pronúncia das Visadas

2103. Na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude, a SCC alega que a AdC não justifica devidamente a afetação do comércio entre Estados-Membros, pois limita-se a enumerar indícios que apontam nesse sentido, sem proceder a uma avaliação das circunstâncias do caso concreto⁶³⁹.

2104. A Auchan acrescenta que a Autoridade não logrou fazer prova dos três requisitos fundamentais para determinar a aplicação do direito da União Europeia, pois não analisou o contexto jurídico e económico em que a prática se insere para concluir se existe um impacto mínimo na atividade transfronteiriça⁶⁴⁰.

2105. No mesmo sentido, a Pingo Doce alega que a AdC se absteve de produzir prova ao nível dos efeitos nocivos resultantes do alegado alinhamento de PVP⁶⁴¹.

2106. Concluem as três Visadas que não se vislumbra a probabilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros.

IV.1.3.6.6 Apreciação da Autoridade

2107. Apreciada a defesa das Visadas em confronto com a matéria de facto provada e com a qualificação jurídica operada na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilícitude, acima retomada, a respeito da afetação do comércio entre Estados-Membros.

2108. A Autoridade começa por recordar dois pressupostos fundamentais nesta matéria, que as Visadas parecem pretender afastar.

2109. Em primeiro lugar, sendo certo que a suscetibilidade de afetação dos fluxos comerciais é mais evidente nos casos em que a prática restritiva da concorrência cobre ou está

⁶³⁹ Cf. capítulo II.4 da PNI SCC (em particular, parágrafo 93).

⁶⁴⁰ Cf. capítulo IV.2.4. da PNI Auchan.

⁶⁴¹ Cf. capítulo III.E da PNI Pingo Doce (páginas 239 a 249).

implantada em vários Estados-Membros, tal não significa que uma prática restritiva da concorrência que cobre apenas um Estado-Membro não seja igualmente suscetível dessa afetação⁶⁴², 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”⁶⁴³.

2110. Ora, neste caso e conforme demonstrado (cf. capítulos III.3.4, IV.1.2, IV.1.3.3 e IV.1.3.5 da presente Decisão, na linha, aliás, do sustentado na Nota de Ilícitude), a prática acontece em mercados de âmbito geográfico nacional e visa e produziu efeitos em “*todo o país*”⁶⁴⁴, sendo aliás esse mesmo o objetivo prosseguido pelas Visadas.

2111. Em segundo lugar, a expressão “*suscetível de afetar*” e a referência do Tribunal de Justiça a “*um grau de probabilidade suficiente*” determina que, para que o direito da União Europeia seja aplicável, não é necessário que o acordo ou a prática tenha, ou tenha tido, efetivamente, qualquer efeito no comércio entre os Estados-Membros, bastando que o acordo ou prática seja suscetível de ter esse efeito (sublinhado da Autoridade)⁶⁴⁵.

2112. Consequentemente, na determinação do grau suficiente de probabilidade, não é necessário apreciar se os efeitos se verificaram, não há sequer a obrigação ou necessidade de calcular o volume efetivo de comércio entre os Estados-Membros afetado pelo acordo ou prática⁶⁴⁶, podendo apreciar-se o tal *caráter sensível* por referência, por exemplo, à posição e à importância das empresas envolvidas no caso concreto⁶⁴⁷.

2113. Na Nota de Ilícitude, à luz das orientações da Comissão, da jurisprudência europeia e nacional e na esteira do que tem sido também a prática decisória da própria Autoridade, destacavam-se, relativamente ao caso concreto, os seguintes aspetos:

- i) A prática investigada permite a cada uma das empresas de distribuição visadas conhecer a estratégia comercial adotada pelas insígnias concorrentes, criando um nível de transparência no mercado nacional que de outra forma não existiria (cf.

⁶⁴² Cf., neste sentido, sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, 1.º juízo, de 4 de junho de 2014, processo n.º 204/13.6YUSTR, p. 210.

⁶⁴³ Cf., neste sentido, Acórdão Remia BV, de 11.07.1985. Cf. também Acórdão C-125/07 P Club Lombard de 24.09.2009 e C-238/05 AsnexEquifax e Administración del Estado de 23 de novembro de 2006.

⁶⁴⁴ Cf. documento SCC2720.

⁶⁴⁵ Idem, parágrafo 26.

⁶⁴⁶ Idem, parágrafo 27.

⁶⁴⁷ Idem, parágrafo 45.

parágrafo 596 a 598 da Nota de Ilicitude e parágrafos 2087 a 2088 da presente Decisão);

- ii) A prática envolve uma das maiores empresas portuguesas no setor da produção e comercialização de bebidas e as principais empresas de distribuição retalhista a operar no território nacional (cf. parágrafos 599 a 601, 605 e 608 da Nota de Ilicitude e parágrafos 2089 a 2091, 2095 e 2098 da presente Decisão);
- iii) A SCC é detida por empresas estrangeiras, designadamente pelo grupo multinacional Heineken que se assume como um “grupo cervejeiro líder europeu e uma das maiores empresas do mundo” (cf. parágrafo 602 da Nota de Ilicitude e parágrafo 2092 da presente Decisão);
- iv) A SCC exporta os produtos por si produzidos (designadamente, a cerveja Sagres), tendo as exportações um peso significativo no volume de negócios total da empresa⁶⁴⁸ (cf. parágrafo 603 da Nota de Ilicitude e parágrafo 2093 da presente Decisão);
- v) A SCC distribui em Portugal marcas estrangeiras, incluindo Heineken, Desperados, Affligem, Guinness, John Smith’s e Kilkenny (cf. parágrafo 603 da Nota de Ilicitude e parágrafo 2093 da presente Decisão);
- vi) A Auchan e a ITMP são sucursais de empresas sedeadas noutros Estados-Membros (cf. parágrafo 606 da Nota de Ilicitude e parágrafo 2096 da presente Decisão);
- vii) 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 têm mais de 2.800 estabelecimentos comerciais na Polónia⁶⁴⁹, e o Grupo Sonae tem presença em mais de 20 países da União Europeia⁶⁵⁰ (cf. parágrafo 607 da Nota de Ilicitude e parágrafo 2097 da presente Decisão);

⁶⁴⁸ Em 2016 e 2017, as exportações de cerveja pela SCC representaram 12% do volume total de vendas de cerveja da empresa (cf. Relatório & Contas da SCC de 2016 e <http://www.sociedadeaqualuso.pt/media/229842/newsletter-n.%C2%BA7-de-14-02-2018.pdf>).

⁶⁴⁹ A página da Jerónimo Martins na internet refere o seguinte: “Com mais de 2.800 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 11.075 milhões de euros em vendas (dados a 31 de dezembro de 2017) – cf. <https://www.jeronimomartins.com/pt/sobre-nos/o-que-fazemos/distribuicao-alimentar/biedronka/>.

⁶⁵⁰ 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.

viii) A prática investigada visa e produziu, de facto, efeitos em “*todo o país*”⁶⁵¹ (cf. parágrafo 609 da Nota de Ilícitude e parágrafos 2099 da presente Decisão).

2114. A Autoridade salientava que, em todo o caso, o preenchimento do critério da afetação do comércio entre Estados-Membros decorria, no caso concreto, desde logo, do facto de a prática investigada qualificar-se como uma restrição por objeto e uma restrição sensível da concorrência, por inerência, muito grave, o que a torna suscetível, por si só, de influenciar as características estruturais do mercado visado (cf. parágrafo 598 da Nota de Ilícitude e parágrafo 2088 da presente Decisão).

2115. Concluía, assim, a Autoridade que a natureza muito grave da infração, o facto de cobrir todo o território nacional e, sobretudo, o facto de abranger, por um lado, os principais intervenientes no setor da distribuição de retalho alimentar e, por outro lado, uma das principais empresas de bebidas, contribui (ou, pelo menos, tem a suscetibilidade de contribuir) para o reforço das barreiras nacionais e para o isolamento do mercado português (cf. parágrafo 610 da Nota de Ilícitude e parágrafo 2100 da presente Decisão).

2116. Não assiste, portanto, razão às Visadas quando alegam que a Autoridade não justificou devidamente a afetação do comércio entre Estados-Membros, não fazendo prova dos três requisitos fundamentais.

2117. 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 bebidas.

2118. Aliás, como referido anteriormente, o comércio transfronteiriço dos produtos da SCC é, hoje em dia, uma realidade.

2119. Em segundo lugar, recorde-se que o pressuposto de que o acordo ou prática concertada afeta fluxos comerciais poderá verificar-se mesmo que a prática cubra apenas um Estado-Membro quando ela se estende a todo o território nacional, tendo por efeito a compartimentação dos mercados a nível nacional, circunstância que se verifica no caso concreto (cf. capítulo IV.1.3.5 da presente Decisão).

⁶⁵¹ Cf. documento SCC2720.

2120. Efetivamente, a prática acontece em mercados de âmbito geográfico nacional e visa e produziu efeitos em “*todo o país*”⁶⁵², sendo aliás esse mesmo o objetivo prosseguido pelas Visadas (cf. capítulos III.3.4, IV.1.2, IV.1.3.3 e IV.1.3.5 da presente Decisão).

2121. 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.

2122. No caso concreto, é entendimento da Autoridade que a referida suscetibilidade de influenciar, com certa magnitude, a estrutura do comércio decorre do conjunto de fatores enunciados no parágrafo 2113 da presente Decisão.

2123. Não obstante, refira-se ainda que, “*A possibilidade de este tipo de acordos segmentar o mercado interno decorre do facto de as empresas participantes sentirem normalmente a necessidade de tomar medidas para excluir os concorrentes de outros Estados-Membros*”⁶⁵³.

2124. “[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)”⁶⁵⁴.

2125. Sucede que, nas palavras das próprias Visadas, o mercado nacional de retalho alimentar caracteriza-se por:

- i) Existência de 9 GGR (4 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 Grupos, que atuam como verdadeiros “gatekeepers” no acesso dos produtos ao consumidor final (cf. parágrafo 667 da presente Decisão);

⁶⁵² Cf. documento SCC2720.

⁶⁵³ 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.

⁶⁵⁴ 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.

- ii) Grande transparência que decorre da intensa publicidade associada às promoções e do progressivo aumento dos meios de disseminação de informação (cf. parágrafo 667 da presente Decisão); e
- iii) “*A decisão de entrada no mercado nacional por parte de fornecedores ou retalhistas estrangeiros para a produção ou distribuição dos produtos em questão implica investimentos consideráveis e um compromisso necessariamente de longo prazo*”⁶⁵⁵.

2126. Para além disso, como resulta da matéria de facto provada, a prática investigada traduziu-se num *consenso de vontades* estabelecido entre 4 dos 9 GGR a operar no mercado de retalho alimentar português⁶⁵⁶, visando precisamente eliminar a concorrência entre eles (cf. capítulo IV.1.3.3 da presente Decisão).

2127. Conclui-se, assim, que a prática investigada visa um mercado em que existem já barreiras à entrada e, sobretudo, à expansão de (novos) concorrentes.

2128. Neste sentido, a conjugação dos fatores referidos *supra* (parágrafo 2113 da presente Decisão) com as barreiras identificadas (parágrafos 2125 e 2126 da presente Decisão), leva a Autoridade a concluir que mesmo que a prática investigada não produza obstáculos diretos e efetivos ao comércio transfronteiriço, ela é com toda a certeza suscetível de produzir esse efeito, dada a natureza da prática em causa, o tipo de produtos a ela associados, a posição de mercado das empresas envolvidas e, finalmente, as características dos mercados envolvidos e as barreiras nacionais existentes.

2129. A Autoridade forma, assim, a sua convicção de que sempre seria manifesta, *in casu*, o carácter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros⁶⁵⁷, 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.

⁶⁵⁵ Cf. parágrafo 1091 da PNI Pingo Doce.

⁶⁵⁶ Cf. §21 do Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores, publicado pela Autoridade, em Outubro de 2010 (disponível em http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribuicao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf).

⁶⁵⁷ 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 T-213/95 e T-18/96, Coletânea de Jurisprudência 1997, p. II-1739, parágrafo 181.

IV.1.3.7 Conclusão da Autoridade sobre o tipo objetivo da infração

2130. Concluída a apreciação jusconcorrencial 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 forma a sua convicção quanto à verificação da prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas (designada pela doutrina de “*hub and spoke*”) tendente a estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover a subida de PVP de mercado através da fixação e do alinhamento horizontal dos PVP dos produtos da SCC, que ocorreu no mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, desde, pelo menos, março de 2008, até, pelo menos, março de 2017, consubstanciando uma restrição da concorrência por objeto, preenchendo todos os elementos do tipo objetivo de ilícito.

IV.1.4 Tipo subjetivo da infração

2131. Para que a infração que resulta da restrição por objeto identificada nos presentes autos possa imputar-se às Visadas, é ainda necessário demonstrar a verificação dos elementos subjetivos do tipo de infração prevista 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.
2132. 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 que em direito da concorrência a negligência é sempre punível, nos termos do n.º 3 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012.
2133. 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”⁶⁵⁸.
2134. Nos termos melhor desenvolvidos no capítulo IV.1.3 da presente Decisão, a matéria de facto considerada provada, detalhadamente descrita no capítulo III.3, constitui fundamento para a verificação da existência de uma prática concertada de “hub & spoke”, que se traduziu numa fixação e alinhamento de PVP, alcançada entre todas as empresas de distribuição visadas, de forma indireta, através do fornecedor.
2135. Recorde-se que, nos termos melhor desenvolvidos no capítulo III.3.1.2.2 da presente Decisão, a AdC conclui que, independentemente de existir uma (teórica) recomendação de PVP do fornecedor, as insígnias discutem efetivamente os PVP, manifestando a sua adesão de forma livre, espontânea e esclarecida, com um determinado posicionamento (presente e) futuro, no único pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias.
2136. É assim que se cristalizam os PVP pré-fixados que são identificados nos meios de prova, traduzindo mais que uma simples recomendação, uma prática concertada de fixação indireta de preços entre as empresas de distribuição visadas, com papel central desempenhado pela SCC.

⁶⁵⁸ 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”.

2137. A AdC conclui ainda que há casos em que são as próprias insígnias que solicitam ao fornecedor a indicação do PVP ou condições financeiras para poderem praticar os PVP pré-fixados, servindo a participação da SCC na atividade promocional das insígnias para viabilizar o alinhamento de PVP por todas as insígnias.

2138. A AdC conclui também que, muitas vezes, são as insígnias que definem o calendário para a subida de PVP de mercado, dado que são as insígnias que informam o fornecedor sobre a data em que pretendem que o movimento aconteça, solicitando-lhe expressamente que as informe sobre a data em que as insígnias concorrentes estão dispostas a alterar os PVP, incumbindo-o de garantir o alinhamento entre insígnias.

2139. A implementação dos PVP pré-fixados é posteriormente objeto de monitorização por todas as empresas intervenientes, num esforço contínuo de identificação, sinalização e correção de desvios ao posicionamento e calendário concertados, suscitando ações de retaliação quando a alinhamento não acontece (cf. capítulos III.3.1.3.2, III.3.1.4.2 e III.3.1.5.2 da presente Decisão).

2140. Portanto, ao longo do tempo, cada uma das Visadas adotou comportamentos que contribuíram para a execução da prática descrita e qualificada na presente Decisão como a infração que agora lhes é imputada.

2141. Os comportamentos da SCC traduziram-se em: (i) obter de cada insígnia a sua adesão quanto ao posicionamento futuro de PVP e a indicação da data para a respetiva alteração; (ii) disseminar a informação obtida pelas insígnias concorrentes; (iii) monitorizar a implementação dos PVP pré-fixados 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 concertado e direcioná-las para as insígnias desviante; (vi) pressionar as insígnias desviante a corrigir os desvios identificados, incluindo mediante ações de retaliação; (vii) reportar às insígnias concorrentes a correção dos desvios assinalados (cf. capítulo III.3.3.1.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2142. Os comportamentos das empresas de distribuição visadas traduziram-se em: (i) manifestar à SCC a sua adesão a um determinado posicionamento (presente ou) futuro de PVP, no pressuposto de estar alinhada com as restantes insígnias, nos termos da informação fornecida pelo fornecedor; (ii) informar a SCC sobre a data em que estão disposta a alterar os PVP; (iii) implementar efetivamente o posicionamento de PVP concertado; (iv) monitorizar a implementação do posicionamento de PVP concertado, reportando à SCC desvios; (v) pressionar a SCC para que esta 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 a SCC e insígnias concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (cf. capítulos III.3.3.3.2, III.3.3.4.2, III.3.3.6.2 e III.3.3.7.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2143. A matéria de facto considerada provada na presente Decisão levou, assim, a AdC a formar a sua convicção que cada uma das empresas envolvidas, designadamente a SCC⁶⁵⁹, a MCH⁶⁶⁰, a Pingo Doce⁶⁶¹, a Auchan⁶⁶² e a ITMP⁶⁶³, participou ativamente na prática investigada, tendo o propósito expresso de contribuir, e contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, para a prossecução de um objetivo comum (cf. capítulo IV.1.3 da presente Decisão).

2144. Objetivo comum esse que se traduz num plano estratégico partilhado por todas as empresas Visadas (SCC⁶⁶⁴, MCH⁶⁶⁵, Pingo Doce⁶⁶⁶, Auchan⁶⁶⁷ e ITMP⁶⁶⁸) no sentido do alinhamento (essencialmente no sentido da subida) de PVP de mercado em todo o país, mediante a concertação de PVP dos produtos da SCC em movimentos conjuntos sucessivos de fixação coordenada desses preços no mercado retalhista de base alimentar em Portugal (cf. capítulo IV.1.3.3 da presente Decisão).

2145. Para além disso, cada uma das empresas envolvidas (SCC⁶⁶⁹, MCH⁶⁷⁰, Pingo Doce⁶⁷¹, Auchan⁶⁷² e ITMP⁶⁷³), tinha conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas de distribuição visadas na prossecução do objetivo comum (cf. capítulo IV.1.3 da presente Decisão).

⁶⁵⁹ Cf. documentos SCC1503, SCC261, SCC1355 e conversações n.º 7, 15, 18, 21 e 33.

⁶⁶⁰ Cf. documentos MCH367, MCH591, JM645, SCC271, SCC2337, SCC2874, SCC865 e conversações n.º 7, 15, 21, 33 e 34.

⁶⁶¹ Cf. documentos SCC1503, SCC2720, SCC2460, SCC862, SCC2864, SCC865, SCC278, JM36, JM644, JM645, JM704, JM415 e conversação n.º 15.

⁶⁶² Cf. documentos SCC11, SCC2874, SCC1503 (em conjunto com SCC257), SCC2877 (em conjunto com SCC12 e conversação n.º 13), SCC865 (em conjunto com SCC231), SCC864 (em conjunto com SCC292 e SCC318), SCC16 (em conjunto com conversação n.º 13), SCC847 (em conjunto com SCC240, SCC1355, SCC2089 e conversações n.º 7, 15 e 18), SCC319, SCC3, SCC152 e conversação n.º 95.

⁶⁶³ Cf. documentos SCC1358, SCC2874, SCC865, SCC1503, SCC2864, SCC2863, SCC1760, SCC1857 e MCH1715.

⁶⁶⁴ Cf. documentos SCC2720, SCC128 e SCC865.

⁶⁶⁵ Cf. documentos SCC1459, MCH420 e MCH1715.

⁶⁶⁶ Cf. documentos SCC2720, SCC1242, JM36, JM644 e JM645.

⁶⁶⁷ Cf. documento SCC865 em conjunto com documento SCC231.

⁶⁶⁸ Cf. documento SCC1857.

⁶⁶⁹ Cf. documentos SCC1503, SCC231, SCC862, SCC2877, SCC865, SCC1242 e conversações n.º 7 e 33.

⁶⁷⁰ Cf. documentos SCC271, SCC1242, MCH1715 e conversações n.º 7, 33 e 34.

⁶⁷¹ Cf. documentos SCC1503, SCC2720, SCC2460, SCC2674, SCC1242, JM36, JM644, JM645 e JM704.

⁶⁷² Cf. documentos SCC865 e SCC864.

⁶⁷³ Cf. documento SCC1358.

2146.Para ilustrar o que acaba de referir-se, recorde-se, entre muitos outros exemplos identificados na presente seção, a conversação n.º 33 entre a SCC e a MCH:

[SCC] “Olá [Confidencial - DP], Em anexo ficheiro completo de PVP_dia 19.Augosto, 3^a feira”

[MCH] “[Conf.-DP], Todos estes valores vão ser reposicionados no mercado amanhã? Ou apenas alguns?”

[SCC] “Todos, excepto os que serão actualizados para dia 26 que são os seguintes: Heineken 0,25

Gama Radler (excepto Gengibre)”

[MCH] “[Confidencial - Dados Pessoais], Recebi hoje a seguinte recolha:

[lista de PVP de cerveja Sagres e Desperados]

Necessito que me envie um talão de compra comprovativo dos restantes artigos que não vieram nesta recolha, bem como os “não ok” (caso a situação não seja a espelhada acima). Urgente”.

[SCC] “[Conf.-DP], Não consigo arranjar talão de caixa, até porque estou fora em Lisboa de férias. No entanto, solicitei à ECM que me enviasse shopping e já OK”

[MCH] “[Confidencial - Dados Pessoais], Refere-se apenas a um artigo... e os outros?”

[SCC] “Estão OK.

Desperados apenas dia 26 da parte deles

E

Aguardamos depois dia 27 vossa actualização de artigos feira, até pq eles já o fizeram”.

[MCH] “[Conf.-DP], continuo sem garantias disso. Preciso urgentemente de talões de compra. Não consigo fazer nada assim”.

2147.A conversação n.º 30 (designadamente o documento SCC2720), entre a SCC e a Pingo Doce:

[SCC] “Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],

Relativamente ao dia de subida de preços, é mesmo importante que subam os preços na próxima terça-feira, dia 19.

Tenho esta indicação por forma a que a subida de preços se dê simultaneamente em todo o país.

Agradeço a vossa compreensão”.

[Pingo Doce] “*Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]!*

Conforme explicamos na nossa reunião, não podemos subir os preços na próxima terça feira por motivos promocionais!

Estava combinada a subida de preços para o dia 02 de Junho, mas na melhor das hipóteses podemos tentar subir preços no dia 26 de Maio!”

[SCC] “*Boa tarde [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],*

Eu percebo o vosso ponto de vista, mas esta é uma estratégia nacional e temos de estar alinhados com as restantes insígnias.

É possível subirem os preços nos artigos que não estão em campanha?”

[Pingo Doce] “*Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais]! Na próxima semana temos a Sagres toda em acção! Talvez consiga alterar as outras referências, mas para isso solicito novamente o envio do ficheiro com os códigos PD”.*

2148.O documento SCC865 entre a SCC e a Auchan:

PVPR'S Outubro 2012 Central de Cervejas

From:

Cc:

Bcc:

Date: Fri, 28 Sep 2012 17:39:11 +0100

Attachments: PVPR Outubro 2012.xls (24,58 kB)

Viva!

A partir de 1 de Outubro irá haver uma alteração por parte da vossa sede dos pvpr's da cerveja Sagres.

Esta alteração vai ser efectuada gradualmente pelas várias insignias (dia 1 Auchan; dia 2 Sonae; dia 3 Pingo Doce e acabará no dia 6 com o Intermarché) ou seja na primeira semana de Outubro vai haver uma subida geral dos pvpr's.

Como foi referido em cima, os preços vão ser alterados pelo [REDACTED] contudo pelo que sei os preços não vão ser trancados e face a isto peço para não reagir ao shopping para que na primeira e segunda semana todas as insignias tenham os mesmos pvpr's!

Em anexo está uma tabela com os sirius e os pvpr's de Outubro de 2012 para consulta.



Os meus Cumprimentos,



Sales Rep
Off-Trade
Tim/Mobile [REDACTED]

2149.E, por fim, o documento SCC1857 entre a SCC e a ITMP:

[SCC] “Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais],

Partilho contigo o plano que tínhamos para esta semana no ITM:

[plano]

Agora comparamos com o folheto:

[folheto]

Sabes da importância que é ter a 30x25cl nesta fase já com o preço correcto ou eventualmente a comunicar apenas 50%.

Adicionalmente, não fazemos promoções em Sagres sem álcool.

Bohemima deveria estar com 30%.

Mesmo a Sagres 24x33cl, deveria ser 12,29 Euros.

Peço a tua ajuda para que isto não volte a acontecer.

Isto vai gerar reacções no mercado, e problemas para todos.

Peço que vejas o plano para a frente e partilhes comigo os eventuais riscos que poderemos correr”.

[ITMP] “Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], Penso que o [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] te tenha confirmado as ações.

Falámos sobre este tema várias, vezes, porque estava-mos a falar do nosso Aniversário que foi validado já com alguma antecedência.

Concordamos fazer as alterações de PVP's no Aniv 5;

Sagres 0.20L TR = 0.45€

Sagres 30x0.25L = 11.99€

Sagres 20x0.25L = 8.99€

[SCC] “Bom dia [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], De acordo. Mas no meu plano, e respondi o mesmo ao [CONFIDENCIAL - Dados Pessoais] para esta semana não inclui nem Sagres 30x25cl nem Sagres SA.

Está feito. Vamos tentar alinhar estes pormenores para que tudo corra bem para a frente”.

[ITMP] “[CONFIDENCIAL - Dados Pessoais], A minha intenção é estar 100% alinhados convosco. Mantem-se a reunião de dia 29/09?”.

2150. De todo o exposto se conclui que todas as Visadas estiveram sempre perfeitamente conscientes de que os seus comportamentos e, de forma mais abrangente, a ação concertada que implementaram em conjunto no mercado durante cerca de uma década, criava um entrave à concorrência, pois era aliás esse mesmo o seu objetivo.

2151. Portanto, o fornecedor (SCC) e cada uma das empresas de distribuição visadas (MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP) atuaram ao longo de cerca de uma década (pelo menos), de forma perfeitamente livre, voluntária, consciente e intencional na prática da infração que lhes é imputada, não tendo adotado qualquer comportamento no sentido de dela se distanciar ou de lhe pôr fim.

2152. Neste sentido, o fornecedor (SCC) e as empresas de distribuição visadas (MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP) agiram com dolo, praticando de forma deliberada os factos descritos na presente Decisão.

2153. Ainda que assim não fosse, a matéria de facto considerada provada revela que o fornecedor (SCC) e as empresas de distribuição visadas (MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP) não podem deixar de representar a fixação e o alinhamento horizontal dos PVP como uma consequência necessária ou, pelo menos, possível, para os seus comportamentos, não existindo nenhum elemento que indicie que a SCC ou as empresas de distribuição visadas tenham afastado ou querido afastar essa possibilidade.

IV.1.4.1 Ilicitude

2154. Os comportamentos da SCC, da MCH, da Pingo Doce, da Auchan e da ITMP, detalhadamente descritos na presente Decisão e que constituem uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas, são expressamente proibidos pela alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e pela alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, inexistindo *in casu* qualquer causa de justificação do facto ou de exclusão da ilicitude.

2155. Com efeito, conforme detalhadamente explicado na presente Decisão, a classificação doutrinal desta prática como “*hub and spoke*” constitui apenas uma designação para a forma indireta como é prosseguido um objeto proibido de fixação de PVP entre

empresas concorrentes, através de um “facilitador”, o “hub” (cf. capítulo IV.1.3.3 da presente Decisão).

2156.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*.

2157.Deste modo, tanto o comportamento das empresas de distribuição visadas (*spokes*), como a ingerência do fornecedor (“hub”) na prossecução do referido objetivo comum através de uma prática concertada de fixação indireta de preços, configuram, manifesta e inequivocamente, uma restrição muito grave da concorrência, que se qualifica como uma infração por objeto, como é do conhecimento dos agentes económicos em geral, e da SCC e das empresas de distribuição visadas em particular.

2158.Ainda que assim não fosse, a prática de fixação de PVP que é concretizada através de cada um dos diferentes feixes de comunicação bilateral estabelecidos entre a SCC e cada uma das empresas de distribuição visadas, que prossegue o mesmo objetivo, configuraria, sempre e em toda e qualquer circunstância, um ilícito contraordenacional, previsto e punido pela mesma alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 (e pela alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE).

2159.É, aliás, por esse motivo, que o Regulamento n.º 330/2010 exclui expressamente a prática de fixação de preços do benefício de isenção nele prevista, consagrando este tipo de prática restritiva da concorrência como, por si só e em qualquer circunstância, uma restrição grave da concorrência (*hardcore restriction*), nos termos da alínea a) do artigo 4.º do referido Regulamento.

2160.Para além disso, inexistem outros regulamentos de isenção por categoria que devam ser considerados no presente caso, para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 10.º da Lei n.º 19/2012.

2161.Mesmo admitindo, em tese, que este tipo de prática restritiva da concorrência, apesar da sua gravidade, pudesse ser justificada pelas partes envolvidas, benefício que nenhuma das Visadas reclamou na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilicitude, 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.

2162. Em suma, a conduta adotada pelas empresas SCC, MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP, para além de ser típica, é ilícita, sendo expressamente proibida pela alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como pela alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

IV.1.4.2 Culpa

2163. 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”.

2164. No presente caso, é irrefutável 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 pela alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e pela alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, tendo ainda assim prosseguido com a mesma.

2165. Por um lado, a Autoridade formou, na presente Decisão, a sua convicção de que existe, efetivamente, um conjunto de circunstâncias no presente caso que revelam um secretismo associado à prática investigada, que resulta de uma preferência pelo contacto pessoal e/ou telefónico entre os agentes envolvidos e por mensagens escritas sucintas e com recurso a uma linguagem constituída por iniciais ou abreviaturas (cf. capítulo III.3.2.1.2 da presente Decisão).

2166. Por outro lado, a Autoridade não pode ignorar que, pelo menos numa ocasião, a Diretora Comercial da MCH para Produtos de Grande Consumo (nos quais se inserem os produtos do portfolio da SCC) instruiu expressamente os seus colaboradores a eliminar todos os emails com comunicação que verse sobre preços com os fornecedores e também entre as equipas (cf. documento MCH1721 e parágrafos 835 a 841 da presente Decisão).

2167. Em todo e qualquer caso, os acordos ou as práticas concertadas que têm por objeto a fixação de preços, bem como a ingerência dos fornecedores na determinação desses preços, são práticas sobejamente reconhecidas por todos os agentes económicos como restrições da concorrência muito graves e ilegais.

2168. Em concreto, qualquer das empresas de distribuição visadas sabe, ou não pode desconhecer, que não deve ter acesso, por exemplo, à estratégia de preços futura de uma insígnia concorrente ou ao respetivo calendário de movimentação e alteração dos PVP e que não deve condicionar a sua própria estratégia em função de uma coordenação de estratégias concorrentes, por intermédio do fornecedor.

2169. Da mesma forma, também o fornecedor SCC tem conhecimento, ou não pode desconhecer, que qualquer ingerência sua no mecanismo de formação do preço de revenda de empresas que distribuem os seus produtos configura uma restrição muito grave da concorrência⁶⁷⁴.

2170. O fornecedor tem ainda conhecimento, ou não pode desconhecer, que ao transmitir informação sobre PVP presentes e futuros entre empresas de distribuição concorrentes, pressionando-as para a efetiva implementação desses PVP, está a promover o alinhamento entre concorrentes.

2171. Ora, como se referiu acima, é abundante nos autos a prova que demonstra que tanto empresas de distribuição visadas como fornecedor têm consciência da natureza e do impacto das condutas que desenvolvem (entre outros, cf. capítulos III.3.1.2, III.3.1.3 e III.3.2 da presente Decisão).

2172. Acresce que quer a SCC, quer as empresas de distribuição visadas conhecem, ou no mínimo têm obrigação de conhecer, atendendo à sua dimensão e preponderância nos mercados envolvidos, as normas que regem o funcionamento do mercado, nomeadamente as obrigações que lhes incumbem à luz do direito da concorrência, pelas quais qualquer operador económico deve determinar de maneira autónoma a política que pretende seguir no mercado, e que visam essencialmente garantir o livre funcionamento da concorrência e o bem-estar dos consumidores.

2173. Não pode, assim, aceitar-se que uma prática como aquela que se descreve na presente Decisão possa resultar de uma falta de cuidado ou desatenção da SCC 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 do direito da concorrência.

2174. Não obstante, a SCC e as empresas de distribuição visadas, conhecendo a ilicitude da prática que lhes é imputada, quiseram implementá-la e quiseram o seu resultado,

⁶⁷⁴ 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.

mostrando total insensibilidade perante as suas consequências, nomeadamente à sua eventual responsabilidade contraordenacional.

2175. Deste modo, a Autoridade forma a sua convicção que a SCC, a MCH, a Pingo Doce, a Auchan e a ITMP⁶⁷⁵ agiram deliberadamente, com manifesto dolo, de forma ilícita e culposa, implementando em conjunto uma prática concertada de fixação horizontal dos PVP dos produtos da SCC no mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, que preenche todos os elementos do tipo legal previsto na alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como na alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

IV.1.4.3 Punibilidade

2176. No presente caso, não se vislumbram, nem foram alegados, quaisquer factos que possam contender com ou mesmo determinar a extinção de quaisquer condições objetivas de punibilidade da SCC ou de qualquer uma das empresas de distribuição visadas, 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 Pronúncia das Visadas

2177. 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 Ilicitude⁶⁷⁶.

2178. Não obstante e sem conceder, a Auchan acrescenta que:

- i) À luz das considerações anteriormente tecidas, a Autoridade não logrou demonstrar a prática de um ilícito pela Visada Auchan, inexistindo prova que revele a prática dos quatro subcomportamentos que caracterizam o tipo objetivo de ilícito jusconcorrencial de “hub & spoke”;
- ii) Pelo contrário, a Auchan agiu frequentemente como empresa “desviante”, prosseguindo a sua política comercial autónoma, distanciando-se de uma alegada prática de alinhamento e fixação de PVP;

⁶⁷⁵ Sem prejuízo do grau de participação na infração, melhor analisado *infra*.

⁶⁷⁶ Cf. capítulos IV.3 da PNI Auchan, IV.6 da PNI ITMP e IV da PNI Pingo Doce (páginas 249 a 250).

- iii) Face à escassez de base jurídica e jurisprudencial sobre o ilícito tipificado, a única conclusão possível é a de que a Auchan agiu com falta de consciência da ilicitude, excluindo-se a culpa;
- iv) Em todo o caso, não se pode aceitar a existência de dolo, mas de mera negligência inconsciente, uma vez que, a admitir-se que a Auchan infringiu o dever de cuidado imposto pelas circunstâncias, fê-lo sem conceber a possibilidade de estar a participar numa ação concertada restritiva da concorrência⁶⁷⁷.

2179. Da mesma forma, a ITMP acrescenta que:

- i) A ITMP comunicou à SCC os PVP praticados pelas franqueadas no exercício da sua livre iniciativa e com o intuito de se defender das ameaças do fornecedor, pelo que é de excluir qualquer tipo de ilicitude ao seu comportamento;
- ii) No momento da prática dos factos, não era previsível que a prática de “Hub & Spoke” se incluísse na previsão do artigo 9.º da LdC, pelo que é de excluir qualquer tipo de culpabilidade ao seu comportamento⁶⁷⁸.

IV.1.4.5 Apreciação da Autoridade

2180. Apreciada a defesa das Visadas em confronto com a matéria de facto provada e com a qualificação jurídica operada na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição adotada na Nota de Ilicitude quanto ao tipo subjetivo da infração, pelas razões a seguir indicadas.

2181. 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 insígnias visadas (correspondendo à designação doutrinal de “hub & spoke”) (Cf. capítulo IV.1.3 da presente Decisão).

2182. Em segundo lugar, a Autoridade procedeu à apreciação jusconcorrencial de cada um dos elementos constitutivos do tipo subjetivo da infração, alicerçando as suas conclusões em matéria de facto considerada provada, devidamente fundamentada na prova junta aos autos, concluindo pela sua verificação e pela demonstração de que as

⁶⁷⁷ Cf. capítulo IV.3 da PNI Auchan.

⁶⁷⁸ Cf. capítulo IV.6 da PNI ITMP.

empresas Visadas adotaram, de forma perfeitamente livre, voluntária, consciente e intencional, comportamentos que consubstanciam um ilícito jusconcorrencial.

2183. Em terceiro lugar, quanto ao argumento da inexistência de prova que demonstre a participação da Auchan em todos os sub-comportamentos identificados na presente Decisão, a Autoridade salienta que os elementos de que depende a verificação da infração são os indicados nos capítulos IV.1.3 e IV.1.4 (elementos que constituem o tipo objetivo e o tipo subjetivo da infração) e os critérios de que depende a verificação de uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas (designada pela doutrina como “*hub & spoke*”) são os indicados no capítulo IV.1.3.3 (existência de um objetivo comum, para o qual os participantes têm o propósito de contribuir, contribuindo de facto, tendo conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo ou podendo razoavelmente prevê-los, estando prontos a aceitar o risco).

2184. Assim, na realidade, os sub-comportamentos identificados no capítulo III.3 da presente Decisão permitem apenas contextualizar melhor a prática investigada, analisando todos os mecanismos, diretos e indiretos, utilizados pelas Visadas para atingir a fixação de PVP.

2185. Neste sentido e ainda que não haja efetivamente prova que demonstre o envolvimento direto da Visada Auchan em todos os sub-comportamentos identificados, designadamente na deteção e correção de desvios, essa circunstância não afasta o seu envolvimento na prática de fixação de PVP, tão-pouco é suscetível de afastar a ilicitude, a culpa ou a punibilidade dos comportamentos que lhe são imputados, podendo apenas repercutir-se no grau de participação da Visada e na subsequente determinação das sanções aplicáveis, como referido anteriormente (cf. capítulo III.3.3.7.2 da presente Decisão).

2186. Em quarto lugar, quanto ao argumento da caracterização da Auchan como “empresa desviante”, a Autoridade recorda que a existência de desvios não afasta, por si, a participação da Visada na prática investigada, como anteriormente referido e devidamente fundamentado pela prova constante dos autos a respeito da sua participação na prática ilícita (cf. capítulo III.3.3.7.2 da presente Decisão).

2187. Efetivamente, a matéria de facto provada revela que algumas lojas da insígnia Auchan desviam-se do posicionamento de PVP pré-fixado, em algumas referências, em determinadas alturas do movimento conjunto de subida.

2188. Não obstante, a matéria de facto provada também revela que a Visada Auchan (designada “central” nos elementos de prova juntos aos autos) adota comportamentos que se traduzem na sua manifestação de acordo face ao posicionamento presente e futuro de PVP pré-fixados e ao respetivo calendário de implementação, transmitindo essa posição às respetivas lojas através do programa *Sirius*, ficando os desvios de algumas lojas a dever-se ao facto de a alteração de PVP não ser centralizada nesta insígnia (cf. capítulo III.3.3.7.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2189. Para além disso, a prova também demonstra que a Visada Auchan sinaliza às respetivas lojas os desvios verificados e a necessidade de repor os PVP de acordo com o nível previamente concertado e que as lojas que se desviam corrigem o seu posicionamento de PVP por indicação da Visada, mesmo que não corrijam todas ao mesmo tempo (cf. capítulo III.3.3.7.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2190. A AdC concluiu, assim, oportunamente, a este respeito, que o facto de algumas lojas imprimirem uma certa volatilidade à participação da insígnia nos movimentos de alinhamento (subida) conjunto de PVP de mercado, não significa que a insígnia Auchan, em particular a Visada Auchan, não tenha a intenção de participar, e não participe efetivamente, na prática investigada, sendo que intenção e efetiva participação resultam provadas nos autos.

2191. Pelo que esta circunstância não afasta a ilicitude, a culpa ou a punibilidade dos comportamentos imputados à Visada Auchan, tanto mais que não há qualquer evidência na prova junta aos autos de que esses desvios ocorram por indicação da Visada Auchan, podendo apenas repercutir-se no seu grau de participação e na subsequente determinação das sanções aplicáveis, nos termos que se detalham *infra*.

2192. Relembre-se que é a própria Visada Auchan que refere na sua defesa: “*A existência de um acordo caracteriza-se pela verificação de uma concordância de vontades que se manifesta pelo paralelismo de comportamentos, sendo natural a existência de desvios em situações concretas, em que um dos membros desse cartel pretende captar clientela, alcançar determinado mercado, etc..*” (parágrafo 547 da PNI Auchan).

2193. O mesmo se aplica, necessariamente, quando o desvio se regista em apenas algumas lojas de insígnia.

2194. Por fim, 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 Visadas dela

pretendem retirar, a Autoridade começa por salientar que não há qualquer escassez de base jurídica.

2195.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, constitui uma prática restritiva da concorrência à luz da legislação aplicável em Portugal (Cf. capítulo IV.1.1.1 da presente Decisão).

2196.Há muito também que o mesmo acontece no ordenamento jurídico europeu.

2197.Como referido anteriormente, qualquer das empresas de distribuição visadas sabe, ou não pode desconhecer, que não deve ter acesso, por exemplo, à estratégia de preços futura de uma insígnia concorrente ou ao respetivo calendário de movimentação e alteração dos PVP e também o fornecedor SCC tem conhecimento, ou não pode desconhecer, que qualquer ingerência sua no mecanismo de formação do preço de revenda de empresas que distribuem os seus produtos configura uma restrição muito grave da concorrência (cf. capítulo IV.1.4.2 da presente Decisão).

2198.Neste contexto, o facto de as empresas Visadas configurarem como uma lacuna legal os contornos típicos de uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas (correspondendo à categoria doutrinal de prática de “*hub & spoke*”), que se traduzem afinal, de forma simplista e numa linguagem corrente, num mecanismo indireto de fixação e alinhamento de preços entre empresas concorrentes, não pode deixar de encarar-se com alguma perplexidade.

2199.Com efeito, o alinhamento de preços entre concorrentes, constitui uma das práticas restritivas da concorrência mais conhecida, claramente plasmada na lei e abundantemente tratada na doutrina e na jurisprudência, atenta a respetiva gravidade.

2200.A prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas integra, de resto, o tipo exemplificativo da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da LdC e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º TFUE, o que refuta inequivocamente a alegada “lacuna”.

2201.Visando as previsões legais em causa a fixação indireta de preços entre empresas concorrentes, não é a circunstância de esse alinhamento ter sido conseguido de forma indireta, através de um fornecedor comum, ou o facto de se lhe apoderar a designação de “*hub-and-spoke*” que afastam a respetiva tipicidade.

2202.Inexiste, pois, qualquer lacuna a esse respeito.

2203. Assim, conclui a Autoridade pela improcedência dos argumentos de defesa apresentados quanto ao tipo subjetivo da infração, formando a sua convicção sobre a inexistência de qualquer causa de exclusão da ilicitude, da culpa ou de circunstâncias que afastem a punibilidade das Visadas.

IV.1.5 Da imputação da infração às pessoas singulares visadas

2204. Nos termos do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012, pessoas singulares poderão ser responsabilizadas em concomitância com pessoas coletivas pela prática de contraordenações previstas na referida Lei.

2205. 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 ou quando, conhecendo ou devendo conhecer a prática da infração, não adotem as medidas adequadas para lhe pôr termo imediato.

2206. Como melhor descrito na Nota de Ilicitude e, *mutatis mutandis*, nos capítulos III.3.3.2 e III.3.3.5 da presente Decisão, as diligências de investigação realizadas levaram a concluir que o membro do conselho de administração e Diretor Comercial para o canal *Off Trade* da SCC, [Administrador SCC], e o responsável pela direção da unidade de negócio “*Soft Drinks*” da MCH, [Diretor MCH], estiveram pessoal e diretamente envolvidos na prática da infração ao artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e ao artigo 101.º do TFUE.

2207. Para além de existirem provas de que [Administrador SCC] e [Diretor MCH] tinham, no desempenho das suas funções nas empresas Visadas, conhecimento direto sobre os factos descritos na presente Decisão, estando em cópia em muitas conversações de correio eletrónico consideradas relevantes para efeitos do presente processo (cf. parágrafos 1264 e 1435 da presente Decisão, bem como toda a prova aí citada), existem evidências de que ambos tiveram uma participação ativa nos comportamentos que consubstanciam a infração (cf. parágrafos 1265 a 1268 e 1436 da presente Decisão).

IV.1.5.1 Pronúncia das Visadas

2208. [Administrador SCC] e [Diretor MCH] repudiam a imputação da infração que lhes foi comunicada mediante a Nota de Ilicitude, nos termos descritos nos capítulos III.3.3.2.1 e III.3.3.5.1 da presente Decisão.

IV.1.5.2 Apreciação da Autoridade

2209. Apreciada a defesa de [Administrador SCC] e [Diretor MCH] 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, pelas razões indicadas nos capítulos III.3.3.2.2 e III.3.3.5.2 da presente Decisão, para os quais ora se remete.
2210. Para além disso, cumpre referir que nenhuma destas pessoas alegou quaisquer factos que afastem a ilicitude, a culpa ou a punibilidade dos comportamentos que lhe são imputados, nem quaisquer comportamentos no sentido de evidenciar a eliminação da prática ou da reparação dos prejuízos causados à concorrência (cf. capítulos III.3.3.2.2 e III.3.3.5.2 da presente Decisão).
2211. Tudo visto e ponderado, a Autoridade forma a sua convicção de que [Administrador SCC] (SCC) e [Diretor MCH] (MCH), estiveram pessoal e diretamente envolvidos na prática da infração ao artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e ao artigo 101.º do TFUE, pela qual deverão ser diretamente responsabilizados em concomitância com as empresas Visadas SCC, MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP, 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.
2212. Quanto à duração do respetivo envolvimento na prática investigada, conforme referido anteriormente, a AdC tomará em consideração não apenas o período de tempo em que as pessoas singulares visadas exerceram as funções que lhes conferiam uma determinada posição de liderança na SCC e na MCH, como também os elementos de prova constantes do processo que demonstram o seu envolvimento direto na infração.
2213. Assim, a AdC conclui pelo envolvimento de [Administrador SCC] na prática investigada no período que decorreu entre 11 de janeiro de 2011 e 07 de março de 2017 e pelo envolvimento de [Diretor MCH] no período que decorreu entre 09 de julho de 2014 e 06 de novembro de 2014 (cf. capítulos III.3.3.2.2 e III.3.3.5.2 da presente Decisão).

IV.1.6 Execução temporal e natureza permanente da infração

2214. De acordo com os documentos considerados relevantes para efeitos de prova nos presentes autos, a infração jusconcorrencial imputada às pessoas visadas teve início em, pelo menos, 13 de março de 2008 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento SCC261), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 07 de março de 2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento SCC2062).

2215. Nos termos anteriormente referidos na presente Decisão, o documento SCC261 (elemento de prova relevante mais antigo) evidencia que as empresas Visadas utilizam ferramentas de controlo e monitorização de PVP com o propósito de coadjuvar a implementação do plano conjunto de “*subida de PVP de Mercado*”⁶⁷⁹ e recorrem aos respetivos resultados para sinalizar desvios que necessitam de correção face ao posicionamento de PVP concertado, em termos de valor e calendário de implementação (cf. parágrafos 975, 1025 e 1026 da presente Decisão).

2216. O documento SCC261 evidencia ainda o envolvimento direto das Visadas SCC e MCH, bem como a preponderância da participação da MCH face às demais Visadas (cf. parágrafos 1221, 1259, 1396, 1418, 1419 e 1431 da presente Decisão).

2217. O documento SCC2062 (elemento de prova relevante mais recente), para além de evidenciar a forma como as empresas Visadas procedem à definição dos PVP (cf. parágrafo 1 do Anexo 1 à presente Decisão), evidencia o envolvimento direto das Visadas SCC, MCH, Pingo Doce, ITMP e Auchan, e ainda de [Administrador SCC] (cf. parágrafos 1258, 1259, 1265, 1289, 1394, 1431, 1521 e 1647 da presente Decisão).

2218. Concluindo, a Autoridade deu como provada a relevância probatória destes documentos na presente Decisão, pelo que os utilizará também como meios de prova para determinar o início e o fim da prática investigada, que se desenvolveu no espaço temporal que mediou entre ambos, dado que os documentos se revelam, respetivamente, o mais antigo e o mais recente de toda a documentação relevante para efeitos de prova no processo.

2219. De qualquer forma, a Autoridade não poderá ignorar que não é possível excluir que a prática em causa se tenha iniciado antes e/ou esteja ainda em curso, dado que inexiste no processo qualquer elemento de prova que indicie que as Visadas tenham posto fim

⁶⁷⁹ Cf. conversação n.º 15. Cf. também documentos SCC2012, SCC1181, SCC1184 e conversações n.º 3, 7, 9 e 18).

aos comportamentos descritos na presente Decisão ou deles se tenham expressamente distanciado.

2220. Em segundo lugar, a Autoridade salienta que, não obstante existirem, de facto, períodos de intermitência entre os *emails* utilizados como meio de prova na Nota de Ilícitude e, *mutatis mutandis*, na presente Decisão, o confronto com a matéria de facto provada levou a AdC a formar a sua convicção de que a prática investigada ocorreu de forma ininterrupta durante o período de tempo considerado.

2221. As conclusões da AdC nesta matéria têm, primeiramente, em consideração o facto deste tipo de prática anticoncorrencial ser por natureza secreta e muito difícil de detetar e o conjunto de circunstâncias evidenciadas na prova junta aos autos que revelam um secretismo associado à prática investigada (cf. capítulo III.3.2.1.2 da presente Decisão).

2222. Mas 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.

2223. Com efeito, é possível constatar uma componente de continuidade temporal nos comportamentos das empresas visadas, que decorre não só do facto de existirem mensagens de correio eletrónico em todos os anos do período de tempo considerado, mas também do facto de inexistirem quaisquer indícios de que os referidos comportamentos se tenham interrompido ou suspendido em algum momento ou circunstância do período de tempo considerado, inexistindo qualquer elemento de prova que evidencie que alguma das empresas Visadas tenha alguma vez posto fim aos seus comportamentos ou deles se tenha distanciado (cf. capítulo III.3 da presente Decisão).

2224. 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 pessoas visadas.

2225. Está-se, assim, perante uma ação indivisível no tempo, que constitui uma única infração, com a duração de, pelo menos, nove anos⁶⁸⁰.

⁶⁸⁰ 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.

2226.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 —, 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.

2227.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.

2228.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”⁶⁸¹ (sublinhado da Autoridade).

2229.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, C^a Editora, 1990, p.

⁶⁸¹ 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.

62) é esta que se aplica e é relativamente a esta que a conduta das Arguidas se tem de subsumir”⁶⁸².

2230. No mesmo sentido também se pronunciou o Tribunal da Relação de Lisboa, afirmando que:

“[e]stamos perante um ilícito contraordenacional permanente, existindo uma conduta antijurídica mantida [ao longo] do tempo ou seja, o momento da consumação perdura no tempo, e enquanto dura essa permanência, o agente encontra-se a cometer a infração. (...) ou seja, perdurando no tempo a consumação da infração, a mesma deve ser punida ainda que mais severamente à luz da lei nova”⁶⁸³.

2231. Também o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão concluiu que:

“[t]endo-se provado que a prática de intercâmbio de informações ocorreu desde 1998 até fevereiro de 2007 e consubstanciando esta prática uma infração permanente ou continuada, cuja concertação de vontades e desvalor da conduta se manteve ao longo de tal período, há que aplicar a lei em vigor à data da cessação de tal prática, independentemente de durante o período referido ter estado em vigor lei mais favorável”⁶⁸⁴.

2232. Importa, por fim, 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 visada deve ser distinta, conforme resulta do exposto no capítulo III.3.3 da presente Decisão.

2233. 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, pelo menos, até 09 de julho de 2014 (no caso de [Diretor MCH]) e até 07 de março de 2017 (no caso das restantes pessoas visadas), ambas as datas já na vigência da Lei n.º 19/2012.

⁶⁸² 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.

⁶⁸³ Cf. acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 5 de dezembro de 2007, 9.ª Secção, processo n.º 5352/07 (*Ordem dos Médicos*), p. 88.

⁶⁸⁴ Cf. sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão 19 de julho de 2013, 1.º Juízo, processo n.º 88/12.1YUSTR (*Restauração Coletiva*), p. 251.

IV.2 Determinação das sanções

IV.2.1 Prevenção geral e prevenção especial

2234. A aplicação de coimas em processos contraordenacionais visa a salvaguarda dos bens jurídicos protegidos pelas normas que proíbem, no presente contexto, a adoção de determinados comportamentos anticoncorrenciais.

2235. 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.

2236. Deve, por conseguinte, atender-se às exigências da prevenção, geral e especial, que visam, por um lado, tutelar a confiança dos agentes económicos na promoção do equilíbrio e da transparência das relações entre agentes económicos e, por outro lado, dissuadir os agentes económicos que manifestam uma elevada insensibilidade aos bens jurídicos tutelados, restabelecendo a confiança dos agentes económicos e dos consumidores no ordenamento jusconcorrencial.

2237. Em sede contraordenacional, a prevenção geral assume um lugar primordial na finalidade da coima.

2238. 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).

2239. 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.

2240. 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).

2241. Neste contexto, deve ainda atender-se ao desvalor da ação e ao resultado da mesma, bem como à intensidade da realização típica.

2242. 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.

2243. 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.

2244. São estes elementos que permitem concretizar, dentro da medida abstrata da coima, o *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

2245. A violação do disposto no artigo 9.º da Lei 19/2012, assim como a violação do artigo 101.º do TFUE, constituem contraordenações puníveis com coima, nos termos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012.

2246. 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.

2247. Assim, as coimas aplicáveis às empresas Visadas não poderão exceder:

- i) No caso da SCC, o montante total de €29.500.673 (vinte e nove milhões, quinhentos mil, seiscentos e setenta e três euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2019 foi de €295.006.727 (duzentos e noventa e cinco milhões, seis mil, setecentos e vinte e sete euros)⁶⁸⁵;
- ii) No caso da MCH, o montante total de €398.902.304 (trezentos e noventa e oito milhões, novecentos e dois mil, trezentos e quatro euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2019 foi de €3.989.023.040 euros (três mil novecentos e oitenta e nove milhões, vinte e três mil e quarenta euros)⁶⁸⁶;

⁶⁸⁵ Cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão.

⁶⁸⁶ Cf. capítulo III.1.2 da presente Decisão.

- iii) No caso do Pingo Doce, o montante total de €428.247.590 (quatrocentos e vinte e oito milhões, duzentos e quarenta e sete mil, quinhentos e noventa euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2019 foi de €4.282.475.897 (quatro mil duzentos e oitenta e dois milhões, quatrocentos e setenta e cinco mil, oitocentos e noventa e sete euros)⁶⁸⁷;
- iv) No caso do Auchan, o montante total de €147.155.810 (cento e quarenta e sete milhões, cento e cinquenta e cinco mil, oitocentos e dez euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2019 foi de €1.471.558.095 (mil quatrocentos e setenta e um milhões, quinhentos e cinquenta e oito mil e noventa e cinco euros)⁶⁸⁸; e
- v) No caso do ITMP, o montante total de €77.825.988 (setenta e sete milhões, oitocentos e vinte e cinco mil, novecentos e oitenta e oito euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2019 foi de €778.259.881 (setecentos e setenta e oito milhões, duzentos e cinquenta e nove mil, oitocentos e oitenta e um euros)⁶⁸⁹.

2248. 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^{690 691}.

2249. Assim, as coimas aplicáveis às pessoas singulares visadas não poderão exceder:

⁶⁸⁷ Cf. capítulo III.1.3 da presente Decisão.

⁶⁸⁸ Cf. capítulo III.1.4 da presente Decisão.

⁶⁸⁹ Cf. capítulo III.1.5 da presente Decisão.

⁶⁹⁰ O conceito de "remuneração" para estes efeitos, deve ser entendido nos termos do n.º 5 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, incluindo, designadamente, ordenados, salários, vencimentos, gratificações, percentagens, comissões, participações, subsídios ou prémios, senhas de presença, emolumentos e remunerações acessórias, ainda que periódicas, fixas ou variáveis, de natureza contratual ou não, bem como prestações acessórias, tal como definidas para efeitos de tributação do rendimento, que sejam auferidos devido à prestação de trabalho ou em conexão com esta e constituam para o respetivo beneficiário uma vantagem económica. Por outro lado, deve considerar-se a remuneração paga pela empresa infratora ou por qualquer empresa que se inclua no respetivo grupo, interpretando-se o conceito de empresa para estes efeitos nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012.

⁶⁹¹ Para efeitos do cálculo de duração de uma infração, será aplicado o princípio segundo o qual os períodos inferiores a um semestre serão contados como meio ano e os períodos superiores a seis meses e inferiores a doze meses serão contados como um ano completo, adotando o referencial mais favorável ao Visado (Cf. parágrafo 29 das linhas de orientação da Autoridade sobre a aplicação de coimas).

- i) No caso de [Administrador SCC], o montante total de €16.124 (dezasseis mil, cento e vinte e quatro euros), dado que a remuneração anual por ele auferida na SCC no ano de 2016 foi de € [100.000 – 200.000]⁶⁹²; e
- ii) No caso de [Diretor MCH], o montante total de €4.035 (quatro mil e trinta e cinco euros), dado que a remuneração anual por ele auferida no ano de 2014 foi de € [Confidencial – dados pessoais]⁶⁹³.

IV.2.2.2 Critérios para a determinação concreta das coimas

2250. Na determinação concreta das coimas aplicáveis, a Autoridade utilizará a metodologia apresentada nas suas linhas de orientação sobre a aplicação de coimas (doravante designadas “Linhos de Orientação”)⁶⁹⁴.

2251. Assim, para calcular o montante base da coima, a Autoridade utilizará o volume de negócios realizado pelas empresas visadas nos mercados afetados (cf. capítulo III.2.4 da presente Decisão) nos anos em que participaram na infração, de acordo com a Tabela 9 *infra*:

⁶⁹² Cf. resposta ao pedido de elementos da AdC constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2020/4824 (Cf. comunicações registadas sob o n.º E-AdC/2020/6579, de 23.10.2020, e n.º E-AdC/2020/6596, de 26.10.2020).

⁶⁹³ Cf. resposta ao pedido de elementos da AdC constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1898 (Cf. comunicação registada sob o n.º E-AdC/2018/4640, de 06.09.2018, fls. 2096 a 2110 do processo).

⁶⁹⁴ Cf. Linhas de Orientação sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do artigo 69.º, n.º 8, da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, publicadas pela Autoridade em 20.12.2012.

Tabela 9: Volume de negócios realizado pelas visadas nos mercados afetados (€) - 2008 a 2017⁶⁹⁵

Ano	SCC	Pingo Doce	MCH	Auchan	ITMP ⁶⁹⁶
2008	[60.000.000 – 70.000.000]	-	-	-	-
2009	[70.000.000 – 80.000.000]	-	-	-	-
2010	[70.000.000 – 80.000.000]	-	[80.000.000 – 90.000.000]	-	-
2011	[60.000.000 – 70.000.000]	-	[80.000.000 – 90.000.000]	[60.000.000 – 70.000.000]	[40.000.000 – 50.000.000]
2012	[50.000.000 – 60.000.000]	[90.000.000 – 100.000.000]	[80.000.000 – 90.000.000]	[60.000.000 – 70.000.000]	[40.000.000 – 50.000.000]
2013	[60.000.000 – 70.000.000]	[100.000.000 – 110.000.000]	[90.000.000 – 100.000.000]	[60.000.000 – 70.000.000]	[40.000.000 – 50.000.000]
2014	[60.000.000 – 70.000.000]	[100.000.000 – 110.000.000]	[90.000.000 – 100.000.000]	[60.000.000 – 70.000.000]	[40.000.000 – 50.000.000]
2015	[60.000.000 – 70.000.000]	[110.000.000 – 120.000.000]	[90.000.000 – 100.000.000]	[60.000.000 – 70.000.000]	[40.000.000 – 50.000.000]
2016	[70.000.000 – 80.000.000]	[120.000.000 – 130.000.000]	[100.000.000 – 110.000.000]	[60.000.000 – 70.000.000]	[40.000.000 – 50.000.000]
2017	[70.000.000 – 80.000.000]	[130.000.000 – 140.000.000]	[110.000.000 – 120.000.000]	[60.000.000 – 70.000.000]	[50.000.000 – 60.000.000]

Fonte: Visadas. Elaboração: AdC

2252. No exercício de determinação concreta das coimas aplicáveis, a Autoridade terá ainda em consideração os critérios definidos no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 e n.º 1 do artigo 18.º do RGIMOS.

2253. A determinação da medida concreta da coima é levada a cabo num único ato, por via da qual o aplicador tem de considerar, simultaneamente e num único momento, o fator da culpa, conjuntamente com os demais critérios de determinação da medida da coima, incluindo a situação económico-financeira do agente.

2254. Isto significa, por um lado, que os limites máximos objetivos e fixos não são determinados apenas em função da gravidade máxima que os factos podem assumir, mas também em função da situação económico-financeira dos agentes da infração.

2255. 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 a proporcionalidade da coima à capacidade económica da mesma.

2256. As Linhas de Orientação respondem ao imperativo legal do n.º 8 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 e 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.

⁶⁹⁵ A Pingo Doce não apresenta informação relativa aos anos de 2008 a 2011 e a MCH não apresenta informação relativa aos anos 2008 e 2009.

⁶⁹⁶ O período de infração da Auchan e da ITMP é entre os anos 2011 a 2017.

- 2257.Tal não significa que a aplicação da metodologia constante das Linhas de Orientação se traduza num cálculo aritmético tendente à fixação dos montantes das coimas a aplicar.
- 2258.Pelo contrário, tal metodologia fornece apenas uma orientação de índole geral, preservando o grau de amplitude necessário à adaptação das coimas às particularidades e exigências específicas de prevenção geral e especial que se façam sentir em cada caso concreto, à luz do princípio da proporcionalidade.
- 2259.Além disso, as Linhas de Orientação refletem as boas práticas europeias e a jurisprudência da União nesta matéria, visando assegurar consistência e uniformidade na aplicação das regras de concorrência no espaço da União.
- 2260.No caso concreto, e nos termos das Linhas de Orientação, a Autoridade incorpora no seu exercício o volume de negócios realizado por cada uma das empresas Visadas diretamente relacionado com a infração e durante esse período, de acordo com os dados fornecidos pelas mesmas, ponderando um referencial desse valor, sempre balizado, de acordo com critérios de proporcionalidade e adequação, pelo limite legal de 10% do volume de negócios total.
- 2261.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.

IV.2.2.2.1 A gravidade da infração

- 2262.Como resulta do exposto no capítulo IV.1.3.3 da presente Decisão, a fixação de preços, seja por meios diretos ou indiretos, como no presente caso, em que a fixação dos PVP dos produtos da SCC foi alcançada através de uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas (correspondendo a uma prática dita de “*hub and spoke*”), constitui, sempre e em qualquer caso, uma restrição da concorrência por objeto.
- 2263.Para além disso, a fixação de preços constitui também, sempre e em qualquer caso, uma restrição sensível, 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).

2264. Aliás, como referido anteriormente, a prática em causa é expressa e tipicamente identificada por toda a jurisprudência europeia e nacional, bem como por todos os regulamentos, comunicações e orientações da Comissão Europeia, como uma “*hardcore restriction*” (cf. capítulos IV.1.3.3 e IV.1.3.4 da presente Decisão).
2265. Para além disso, resulta da matéria de facto considerada provada na presente Decisão que a SCC e as empresas de distribuição visadas implementaram, com a participação ativa de todas, uma ação concertada que visou o alinhamento (subida) de PVP de mercado através da fixação coordenada dos PVP dos produtos da SCC no mercado retalhista de base alimentar (cf. capítulo III.3.4 da presente Decisão).
2266. Fizeram-no de forma livre, esclarecida, voluntária e consciente, apesar de serem empresas de grande dimensão, que dispõem de aconselhamento jurídico especializado na área da Concorrência (cf. capítulo IV.1.4 da presente Decisão).
2267. Fizeram-no, aliás, com esse mesmo intuito, o de limitar a concorrência e beneficiar da vantagem de afastar conscientemente os respetivos riscos por uma cooperação prática entre elas, deturpando desta forma o livre funcionamento do mercado e contribuindo para a diminuição do bem-estar dos consumidores, para a redução da inovação e modernização do país e para o decréscimo da competitividade da economia nacional (cf. capítulos IV.1.3.3.3 e IV.1.4 da presente Decisão).
2268. Esta prática concertada teve uma influência decisiva no mecanismo de formação dos PVP praticados pelas empresas de distribuição visadas e visou um propósito concreto: o de realizar a subida coordenada, em movimentos graduais e progressivos, dos PVP de mercado, por via da sua fixação e alinhamento entre insígnias, incluindo todo o *portfolio* de produtos do fornecedor (cf., a título de exemplo, a conversação n.º 15).
2269. Como referido no capítulo IV.1.4 da presente Decisão, a SCC 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 de qualquer circunstância que afaste a punibilidade de qualquer uma das empresas Visadas.
2270. A violação das regras da concorrência é, neste caso e atento o contexto em que é executada, particularmente grave.
2271. Desde logo, como referido anteriormente, a prática investigada traduziu-se num *consenso de vontades* estabelecido entre 4 dos 9 GGR a operar no mercado de retalho

alimentar português⁶⁹⁷, visando eliminar a concorrência entre eles (cf. capítulo IV.1.3.1 da presente Decisão).

2272. Como referido anteriormente também, este mercado caracteriza-se pela existência de nove GGR, com aumento progressivo do seu poder negocial, verdadeiros “gatekeepers” no acesso dos produtos ao consumidor final, com reforço tendencial do grau de concentração no aprovisionamento e na venda a retalho (cf. parágrafo 667 e parágrafos 2018 e seguintes da presente Decisão).

2273. Acresce o facto de a SCC ser uma das principais empresas de bebidas em Portugal, comercializando as marcas preferidas de muitos consumidores portugueses (e.g. Sagres, Heineken e Água do Luso).

2274. Efetivamente, está-se a falar de Produtos de Grande Consumo, de marcas reconhecidas internacionalmente.

2275. Os produtos das marcas Luso, Sagres ou até mesmo Heineken, são aquilo que se pode designar de “referências incontornáveis”, que têm de estar no linear da loja para satisfazer a procura, ainda que a margem gerada na revenda seja baixa ou por vezes igual a zero.

2276. Neste sentido, recorde-se o teor do documento Auchan314, que consiste numa conversação interna da Auchan em que se discute o bloqueio de compras pela insígnia de todos os formatos de garrafão de Água do Luso pelo facto do fornecedor não garantir competitividade:

“Neste momento não estão disponíveis nenhum dos garrafões de luso, tens previsão para quando estarão disponíveis para compra? Tenho os clientes a pedir estes artigos constantemente”.

“É um artigo muito importante e com grande procura dos clientes. Temos que arranjar uma solução rapidamente”

2277. Recorde-se também o teor da conversação n.º 72, que consiste numa conversação interna da Auchan sobre o corte de fornecimento de cerveja Sagres 30x0,25cl por divergências relativas ao preço de compra e ao PVP:

⁶⁹⁷ Cf. §21 do Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores, publicado pela Autoridade, em Outubro de 2010 (disponível em http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/EstudosePublicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribuicao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf).

“Acho que é importante garantirmos a entrega do produto...não existindo condições de compra para a proposta de venda, negoceie-se uma RCM...”

2278.Tal como refere a MCH, “este relacionamento [entre fornecedor e grandes retalhistas] não se esgota no negócio de compra e venda e é utilizado também pelo fornecedor para fomentar o escoamento dos seus produtos”⁶⁹⁸.

2279.Os setores em causa, particularmente o da distribuição retalhista de base alimentar, têm uma importância fulcral para a competitividade da economia nacional e, sobretudo, para o bem-estar dos consumidores.

2280.A Autoridade não poderá, tão-pouco, ignorar a grande dificuldade financeira que os consumidores portugueses atravessavam no período em que a prática investigada ocorreu, sem que as empresas visadas tenham demonstrado qualquer hesitação em prosseguir com a prática.

2281.Neste sentido, o prejuízo para os consumidores revelou-se especialmente grave.

2282.Sobretudo se considerarmos, apesar de não se afigurar necessário, a prova que evidencia que o objetivo comum foi muitas vezes atingido⁶⁹⁹.

2283.Recordemos, a este respeito e a título exemplificativo, o documento SCC1, que consiste numa mensagem interna da SCC, de 16 de fevereiro de 2016, sobre “*Quotas Loja Auchan*”, em que pode ler-se: “*Boa tarde, Envio em anexo as quotas do mês de Janeiro por loja do Auchan. Estão alinhadas com o que aconteceu no mercado e muito influenciadas pela nossa subida de PVPR*”.

2284.Conclui-se, portanto, que a infração em causa deve ser considerada muito grave.

IV.2.2.2.2 A natureza e a dimensão do mercado afetado pela infração

2285.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 SCC comercializa os seus produtos e no mercado de distribuição retalhista de base alimentar.

⁶⁹⁸ Cf. §189 da PNI MCH.

⁶⁹⁹ Cf., a título de exemplo, documentos SCC1, SCC3, SCC152, SCC292, SCC319, SCC865 (em conjunto com SCC231), SCC864, SCC2089, SCC2337, SCC1857, SCC1503, SCC2863, SCC2864, SCC2877 (em conjunto com SCC12 e conversação n.º 13), MCH575, JM644, JM704 e conversação n.º 40.

2286. Assim, são afetados pela prática investigada todos os setores de bebidas em que a Visada SCC se encontra ativa, incluindo os da produção e comercialização de cervejas, águas engarrafadas (lisas e com gás), refrigerantes e sidras para revenda no canal alimentar, bem como o mercado da distribuição retalhista de base alimentar.
2287. Os mercados em que, ao nível grossista da cadeia de distribuição, a SCC comercializa os seus produtos são os mercados em que a SCC 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.
2288. O mercado de distribuição retalhista de base alimentar é, efetivamente, o mercado em que as empresas de distribuição visadas operam e concretizam a prática investigada, implementando os PVP pré-fixados e as subidas simultâneas de PVP de mercado.
2289. 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*”, como os seus efeitos se concretizavam na subida simultânea de PVP de mercado em todo o país, incluindo as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira (cf. capítulos III.2, IV.1.2 e IV.1.3.5 da presente Decisão).
2290. 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, a Autoridade não pode ignorar que, tanto o fornecedor, como as empresas de distribuição visadas, são empresas constituídas e estruturadas para operar em todo o país, assim acontecendo de facto, como revela a prova, definindo as suas estratégias a nível nacional (cf. capítulo IV.1.3.4 da presente Decisão).
2291. A Visada SCC é reconhecidamente uma das maiores empresas portuguesas nestes mercados (cf. capítulo III.1.1 da presente Decisão).
2292. 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).
2293. Por estes motivos, é forçoso concluir que a dimensão dos mercados afetados é muito significativa.

IV.2.2.3 A duração da infração

2294. Pelas razões aduzidas no capítulo IV.1.6 da presente Decisão, a AdC formou a sua convicção de que a infração em causa nos presentes autos tem a duração de nove anos, tendo sido cometida, de forma permanente e ininterrupta entre, pelo menos, 13 de março de 2008 (cf. documento SCC261) e 07 de março de 2017 (cf. documento SCC2062).

2295. Não obstante, e conforme foi também referido anteriormente, a Autoridade não poderá ignorar que não é possível excluir que a prática em causa se tenha iniciado antes e/ou esteja ainda em curso, dado que inexiste no processo qualquer elemento de prova que indicie que as pessoas 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 da presente Decisão).

2296. Assim, a prática desenvolvida pelas pessoas visadas consubstancia uma infração permanente, tendo-se mantido de forma ininterrupta ao longo de, pelo menos, nove anos.

IV.2.2.4 O grau de participação das pessoas visadas na infração

2297. A matéria de facto considerada provada na presente Decisão revela uma fixação de preços alcançada, de forma indireta, através de uma prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas (dita de “*hub and spoke*”) levada a cabo, conjuntamente, pela SCC e por todas as empresas de distribuição visadas MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP (cf. capítulo IV.1.3.3 da presente Decisão).

2298. Concluiu, assim, a Autoridade que as empresas Visadas implementaram um *consenso de vontades* para o qual cada uma participou ativamente, tendo propósito expresso de contribuir, e contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, na prossecução do objetivo comum de subida de PVP de mercado em todo o país, mediante o alinhamento e a fixação de PVP dos produtos da SCC no mercado retalhista de base alimentar, em movimentos sucessivos de subida conjunta (cf. capítulo IV.1.3.1 da presente Decisão).

2299. Neste sentido, a Autoridade formou também a sua convicção de que tanto a SCC, como as empresas de distribuição visadas, agiram deliberadamente, com dolo e de forma

ilícita e culposa, com a intenção expressa de praticar a infração que lhes é imputada (cf. capítulo IV.1.4 da presente Decisão).

2300. A este respeito, cumpre ainda salientar que não constam dos autos quaisquer elementos que indiciem que qualquer uma das pessoas Visadas tenha adotado qualquer comportamento para rejeitar ou se distanciar da prática investigada, nem se vislumbra qualquer causa de exclusão da ilicitude, da culpa ou da punibilidade da SCC ou de qualquer uma das empresas de distribuição visadas (cf. capítulo IV.1.4 da presente Decisão).

2301. Não obstante tratar-se da realização de um objetivo comum de aumento concertado do PVP nos produtos da SCC mediante a execução de uma cooperação prática que elimina a incerteza concorrencial estabelecida entre todas as empresas visadas, a prova revela também que a duração e o grau da participação de cada visada difere (cf. capítulo III.3.4 da presente Decisão).

2302. A determinação da medida concreta das coimas aplicáveis não deixará, portanto, de refletir essas diferenças.

2303. Em primeiro lugar, a Autoridade distinguirá a duração da participação de cada Visada, utilizando o documento mais antigo e o documento mais recente em que cada Visada está envolvida para determinar o início e o fim da respetiva participação, dado estar-se perante uma infração permanente (cf. capítulo IV.1.6 da presente Decisão).

2304. 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. capítulos III.3.3.1.2, III.3.3.3.2, III.3.3.4.2, III.3.3.6.2 e III.3.3.7.2 da presente Decisão).

2305. Recorde-se, para o efeito, que a SCC está envolvida na prática investigada, pois apesar de não estar ativa no mercado de retalho alimentar, participaativamente na prática investigada, determinando, com o assentimento das empresas de distribuição visadas, o PVP a praticar, veiculando informação relativa ao posicionamento futuro de PVP, aos pedidos de correção de desvios e à prova do alinhamento entre as empresas de distribuição visadas, monitorizando a implementação dos PVP concertados no calendário definido, pressionando as insígnias a manterem-se alinhadas num esforço conjunto e contínuo de subida de PVP, contra elas retaliando quando tal não acontece (cf. capítulo III.3.3.1.2 da presente Decisão).

2306. A Pingo Doce, a MCH, a ITMP e a Auchan estão envolvidas na prática investigada, tendo intenção expressa de contribuir, e contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum de alinhamento (subida) de PVP de mercado, tendo conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas de distribuição visadas na prossecução desse objetivo comum (cf. capítulos III.3.3.3.2, III.3.3.4.2, III.3.3.6.2 e III.3.3.7.2 da presente Decisão).

2307. Recorde-se também que a MCH está diretamente envolvida em todos os comportamentos identificados, sendo recorrentemente a dinamizadora da prática e a empresa de distribuição que está mais vezes alinhada com o posicionamento de PVP concertado e que, portanto, lidera e dá impulso às iniciativas de subida de PVP (cf. capítulo III.3.3.4.2 da presente Decisão).

2308. A Pingo Doce está diretamente envolvida em todos os comportamentos identificados, estando na grande maioria das vezes alinhada com o posicionamento de PVP concertado e sendo a empresa de distribuição que alinha mais vezes com as iniciativas de subida de PVP impulsionadas pela MCH (cf. capítulo III.3.3.3.2 da presente Decisão).

2309. A ITMP está diretamente envolvida em todos os comportamentos identificados, no entanto algumas lojas da insígnia estão mais vezes desalinhadas face ao posicionamento concertado, embora procedam à correção dos desvios quando interpelladas para tal (cf. capítulo III.3.3.6.2 da presente Decisão).

2310. Quanto à Auchan, não há prova que demonstre o seu envolvimento direto em todos os comportamentos identificados (inexistindo designadamente na deteção de desvios) e algumas lojas da insígnia estão mais vezes desalinhadas face ao posicionamento concertado, embora procedam à correção dos desvios, mediante indicação nesse sentido da sua sede, ou seja, da Visada Auchan (cf. capítulo III.3.3.7.2 da presente Decisão).

2311. Por fim, quanto às pessoas singulares Visadas, a Autoridade concluiu que [Administrador SCC] da SCC e [Diretor MCH] da MCH estiveram pessoal e diretamente envolvidos na prática da infração que lhes é imputada, pela qual deverão ser diretamente responsabilizados 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. capítulo IV.1.5 da presente Decisão).

2312. No entanto, à semelhança do que sucede com as pessoas coletivas, a Autoridade distinguirá o grau de participação de cada pessoa singular visada em função da duração do respetivo envolvimento na prática investigada (cf. capítulos III.3.3.2.2 e III.3.3.5.2 da presente Decisão).

2313. Conforme referido anteriormente, a AdC tomará em consideração não apenas o período de tempo em que as pessoas singulares exerceram as funções que lhes conferiam uma determinada posição de liderança na SCC e na MCH, como também os elementos de prova constantes do processo que demonstram o seu envolvimento direto na infração.

2314. Concluindo, na determinação da medida concreta das coimas aplicáveis a Autoridade terá em consideração os seguintes aspetos relativamente ao grau de participação de cada pessoa visada:

- (i) A SCC esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 13 de março de 2008 e 07 de março de 2017;
- (ii) A MCH esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 13 de março de 2008 e 07 de março de 2017, com um grau de participação preponderante face às demais empresas Visadas;
- (iii) A Pingo Doce esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 14 de outubro de 2008 e 07 de março de 2017;
- (iv) A Auchan esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 18 de outubro de 2011 e 07 de março de 2017, com um grau menor de participação face às demais empresas Visadas;
- (v) A ITMP esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 17 de novembro de 2011 e 07 de março de 2017, com um grau menor de participação face às demais empresas Visadas;
- (vi) [Administrador SCC] esteve direta e pessoalmente envolvido na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 11 de janeiro de 2011 e 07 de março de 2017, na qualidade de membro do conselho de administração e Diretor Comercial para o canal Off Trade da SCC;
- (vii) [Diretor MCH] esteve direta e pessoalmente envolvido na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 09 de julho de 2014 e 06 de novembro de 2014, na qualidade de responsável pela direção da unidade de negócio “Soft Drinks” da MCH.

2315.Uma última nota para referir que, para efeitos do cálculo de duração da participação das pessoas visadas na infração, será aplicado o princípio segundo o qual os períodos inferiores a um semestre serão contados como meio ano e os períodos superiores a seis meses e inferiores a doze meses serão contados como um ano completo, adotando o referencial mais favorável⁷⁰⁰.

IV.2.2.2.5 As vantagens de que as pessoas visadas hajam beneficiado em consequência da infração

2316.Tal como referido no capítulo IV.1.3 da presente Decisão, tratando-se de uma infração pelo objeto, a Autoridade fica dispensada de averiguar os efeitos concretos no mercado.

2317.Não obstante e apesar de inexistirem no processo elementos de prova que permitam quantificar com exatidão as vantagens de que as empresas Visadas hajam beneficiado, a Autoridade salienta o seguinte:

2318.Em primeiro lugar, a matéria de facto provada evidencia muitas situações em que o objetivo comum foi, de facto, alcançado, verificando-se um alinhamento entre insígnias e uma subida conjunta dos PVP de mercado nos produtos da SCC⁷⁰¹.

2319.Em segundo lugar, a matéria de facto provada evidencia que a prática se manteve, de forma permanente e ininterrupta, entre 13 de março de 2008 e 07 de março de 2017, não podendo excluir-se que se tenha iniciado antes e/ou esteja ainda em curso (Cf. capítulo IV.1.6 da presente Decisão).

2320.Em terceiro lugar, as empresas de distribuição visadas MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP têm conjuntamente um peso muito significativo no mercado da distribuição retalhista de base alimentar, representando 4 dos 9 GGR a operar neste setor, que é tão relevante para o país e para os consumidores (cf. capítulos III.2.4.2, III.2.5, III.2.6 e IV.1.3.4.2 da presente Decisão).

2321.Por seu turno, a SCC é uma das maiores empresas de bebidas em Portugal, comercializando marcas sobejamente reconhecidas por qualquer consumidor médio e marcas que congregam a preferência e são consumidas diariamente por milhões de

⁷⁰⁰ Cf. parágrafo 29 das linhas de orientação da Autoridade sobre a aplicação de coimas.

⁷⁰¹ Cf., a título de exemplo, documentos SCC1, SCC3, SCC152, SCC292, SCC319, SCC865 (em conjunto com SCC231), SCC864, SCC2089, SCC2337, SCC1857, SCC1503, SCC2863, SCC2864, SCC2877 (em conjunto com SCC12 e conversação n.º 13), MCH575, JM644, JM704 e conversação n.º 40.

consumidores através do canal alimentar em Portugal (cf. capítulos III.1.1 e III.2.4.1 da presente Decisão).

2322. Em quarto lugar, a matéria de facto provada evidencia que a prática visou e teve, de facto, impacto na totalidade do mercado nacional, incluindo as Regiões Autónomas dos Açores e da Madeira (cf. capítulos III.2.2, III.2.3, IV.1.2 e IV.1.3.5 da presente Decisão).

2323. Do conjunto destes quatro elementos decorre, necessariamente, que as vantagens de que as empresas Visadas hajam beneficiado não poderão ser negligenciáveis.

2324. A prática em causa provocou inevitavelmente um abrandamento da concorrência entre as empresas de distribuição visadas, na medida em que aumentou a transparência entre elas, reduzindo os níveis de concorrência *intramarca*.

2325. A prática em causa provocou inevitavelmente um desagravamento da pressão concorrencial que, em circunstâncias normais, seria exercida pelas empresas de distribuição sobre o fornecedor SCC, na medida em que esta prática garante aos distribuidores uma margem de lucro que acaba por salvaguardar a margem de lucro do próprio fornecedor.

2326. A prática em causa possibilitou, desta forma, à SCC gerir de forma mais estável a sua própria política comercial e garantir um determinado nível mínimo de preços no mercado face aos seus concorrentes, reduzindo os níveis de concorrência *intermarca*.

2327. A Autoridade conclui, deste modo, que da alteração das condições concorrenceis verificadas decorrem, obvia e necessariamente, potenciais vantagens significativas para as empresas SCC, MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP, constituindo uma garantia de redução de incerteza e de anulação dos riscos da concorrência de que estas empresas são, necessariamente, as principais beneficiárias.

2328. Não obstante, a Autoridade não terá em consideração vantagens económicas específicas na determinação da medida concreta da coima nos termos e para efeitos dos parágrafos 13, 37 e 38 das Linhas de Orientação, na medida em que tais vantagens não foram identificadas nem quantificadas.

2329. 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 mercados afetados pela infração.

IV.2.2.6 O comportamento das pessoas visadas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência

2330. Confrontada com a matéria de facto considerada provada na presente Decisão, a Autoridade conclui que inexistem nos autos quaisquer elementos que demonstrem que as empresas Visadas adotaram qualquer comportamento tendente à eliminação das práticas proibidas ou à reparação dos prejuízos causados à concorrência.

IV.2.2.7 A situação económica das pessoas visadas

2331. Até à presente data, a Autoridade não recebeu quaisquer indicações de qualquer pessoa visada, no sentido da sua eventual incapacidade para o pagamento das coimas aplicáveis.

2332. Em todo o caso, não poderia ignorar-se o facto de as empresas de distribuição visadas representarem 4 dos 9 GGR a operar no mercado de retalho alimentar português⁷⁰², bem como o facto de todas as empresas visadas se integrarem, por via das suas acionistas maioritárias, em conglomerados empresariais com dimensão internacional (cf. capítulo III.1 da presente Decisão).

2333. 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 2019 e, no caso das pessoas singulares Visadas, na remuneração anual auferida por [Administrador SCC] no ano de 2016 e na remuneração anual auferida por [Diretor MCH] no ano de 2014.

IV.2.2.8 Os antecedentes contraordenacionais das pessoas visadas

2334. Algumas das empresas Visadas têm já antecedentes contraordenacionais em matéria de Direito da Concorrência.

2335. Desde logo, por decisão proferida no ano de 2000, o Conselho da Concorrência (extinto com a criação da Autoridade da Concorrência⁷⁰³) aplicou à SCC uma coima no valor de

⁷⁰² Cf. §21 do Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores, publicado pela Autoridade, em Outubro de 2010 (disponível em http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribuicao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf).

⁷⁰³ Cf. artigo 5.º da Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro, que cria a Autoridade da Concorrência e aprova os seus Estatutos.

60 mil contos (aproximadamente 300 mil euros), por práticas de abuso do estado de dependência económica e por abuso de posição dominante na relação com os seus distribuidores e revendedores.

2336. A MCH tem igualmente antecedentes contraordenacionais no âmbito jusconcorrencial, tendo sido condenada, por decisão proferida pelo conselho de administração da Autoridade da Concorrência em 04 de maio de 2017, 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 concorrência⁷⁰⁴, decisão que foi confirmada por sentença proferida em 30 de setembro de 2020 pelo 1º Juízo do TCRS, que reduziu o valor da coima para €6.120.000 (seis milhões e cento e vinte mil euros)⁷⁰⁵.

2337. Todavia, nenhum dos antecedentes em causa – o primeiro pelo período temporal decorrido entretanto, o segundo por inexistir ainda trânsito em julgado da questão – serão valorados enquanto agravante na determinação concreta das sanções aplicáveis.

2338. Desconhecem-se eventuais antecedentes contraordenacionais das restantes pessoas visadas por infração às regras da concorrência.

IV.2.2.2.9 A colaboração prestada à Autoridade, até ao termo do procedimento administrativo

2339. Na Nota de Ilícitude, a Autoridade referia que a colaboração prestada por parte das empresas visadas foi bastante distinta ao longo da fase de inquérito.

2340. Sem prejuízo dos direitos processuais que naturalmente assistem às empresas, a Autoridade manifestou, na Nota de Ilícitude, o entendimento de que, durante a fase de inquérito, constatou-se um nível de litigância anormal e sem sustento em qualquer compressão de direitos, exercido pela Visada MCH, quer junto da AdC, quer junto dos Tribunais, o qual poderia ser suscetível de integrar finalidades meramente dilatórias com vista a dificultar e obstaculizar a normal marcha do processo.

2341. Da mesma forma, a Autoridade repara que a atuação processual da visada MCH durante a fase de instrução poderia considerar-se investida de um intuito dilatório e, portanto, consubstanciar um incumprimento do seu dever de colaboração (cf. parágrafo 62 da presente Decisão).

⁷⁰⁴ Cf. decisão da Autoridade de 4 de maio de 2017, processo n.º PRC/2014/5 (*EDP/Continente*).

⁷⁰⁵ Cf. Proc. N.º 322/17.1YUSTR.

2342. Sem prejuízo da divergência comportamental da Visada MCH (que tangeu a fronteira da falta de colaboração/obstaculização), entende a Autoridade que não se encontram reunidos todos os pressupostos de facto suscetíveis de determinar o agravamento das coimas aplicáveis por incumprimento do seu dever de colaboração.

2343. Quer as demais empresas visadas SCC, Pingo Doce, Auchan e ITMP, quer as pessoas singulares visadas [Administrador SCC] e [Diretor MCH], atuaram sempre, ao longo de todo o processo, em conformidade com as normas aplicáveis, cumprindo com o dever legal de colaboração que sobre elas incide.

IV.2.3 Pronúncia das Visadas

2344. Relativamente à determinação de uma eventual coima que lhe seja aplicável e sem conceder quanto ao teor da defesa apresentada, a SCC argui que a AdC deverá ter em consideração os seguintes aspetos:

- i) Ao abrigo das linhas de orientação da AdC, a parcela do volume de negócios total da SCC a considerar é a relativa ao canal *off-trade*, em Portugal continental;
- ii) A duração máxima que a AdC poderá atribuir à infração corresponde a sete anos, dado que “*sempre deverá a AdC considerar que a suposta infração jusconcorrencial permanente e ininterrupta só assim se pode entender desde setembro de 2011*”⁷⁰⁶;
- iii) Tendo em consideração a *ratio* da norma aplicável, bem como o n.^º 2 do artigo 75.^º do Código Penal, a AdC só deverá considerar antecedentes que apresentem uma conexão material e/ou temporal suficiente com a infração em causa, pois só nesse caso se justifica uma majoração do juízo de censura; neste sentido, a AdC não poderá considerar o antecedente que se reporta ao ano de 2000 relativamente à SCC;
- iv) O n.^º 2 do artigo 69.^º da Lei n.^º 19/2012 suscita sérias dúvidas relativas à sua conformidade constitucional, pois que dele resulta uma moldura de coima indefinida e indeterminável, desconforme com o princípio da legalidade consagrado no n.^º 1 do artigo 29.^º da CRP e com o princípio da proporcionalidade consagrado no n.^º 2 do artigo 18.^º e no n.^º 2 do artigo 266.^º da CRP⁷⁰⁷.

2345. Da mesma forma, argumenta a Auchan que:

⁷⁰⁶ Cf. parágrafo 215 da PNI SCC.

⁷⁰⁷ Cf. capítulo IV.8.2 da PNI SCC.

- 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, sendo o seu grau de participação inferior ao das restantes insígnias;
- iv) A prova que suporta a imputação da infração à Auchan diz respeito a apenas dois ou três momentos por ano e apenas a algumas lojas da insígnia;
- v) O âmbito temporal resulta de um exercício meramente especulativo da AdC sem suporte probatório;
- vi) A Auchan não tem antecedentes de natureza jusconcorrencial⁷⁰⁸.

2346. Por sua vez, a Pingo Doce advoga que:

- i) 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 Lei n.º 19/2012 se revela inconstitucional face ao princípio da legalidade consagrado nos n.º 1 a 4 do artigo 29.º da CRP;
- ii) É inaceitável que a AdC pondere considerar as impugnações judiciais que interpôs na determinação da coima que eventualmente lhe venha a ser aplicável, sustentando que sempre litigou convicto da sua razão e sem intuito dilatório (as impugnações não tiveram efeito suspensivo e o Pingo Doce sempre cumpriu, à cautela, as determinações da AdC)⁷⁰⁹.

IV.2.4 Apreciação da Autoridade

Quanto à determinação da coima aplicável à SCC

⁷⁰⁸ Cf. capítulo IV.4. da PNI Auchan.

⁷⁰⁹ Cf. página 254 da PNI Pingo Doce.

2347. Relativamente aos aspetos trazidos à colação pela Visada SCC para efeitos da determinação da coima que lhe seja aplicável, a Autoridade manifesta o seguinte entendimento.

2348. Quanto à parcela do volume de negócios da SCC a considerar, a Autoridade recorda que, de acordo com as Linhas de Orientação, para efeitos de determinação do montante de base, considera-se o volume de negócios realizado quanto aos bens ou serviços direta ou indiretamente relacionados com a infração, ou seja, a média atualizada das vendas de bens ou serviços, direta ou indiretamente relacionados com a infração, realizadas em território português, determinadas antes da aplicação dos impostos aplicáveis, nos anos da infração⁷¹⁰.

2349. Assim, para este efeito, a Autoridade considerará o volume de negócios da SCC indicado na Tabela 9 da presente Decisão.

2350. Não obstante, para efeitos de determinação do montante máximo da coima aplicável, considera-se o volume de negócios realizado no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade, por cada uma das empresas Visadas, pelo que, para este efeito, a Autoridade considerará o volume de negócios total da SCC, bem como o limite indicado no parágrafo 2247 da presente Decisão⁷¹¹.

2351. Quanto à duração da infração a considerar, a Autoridade recorda que, não obstante existirem, de facto, períodos de intermitência entre os emails utilizados como meio de prova, 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 (cf. capítulo IV.1.6 da presente Decisão).

2352. Deste modo, tal como referido nos parágrafos 2294 a 2296 da presente Decisão, a Autoridade considerará que a infração imputada às pessoas visadas no presente caso tem a duração de nove anos, tendo sido cometida, de forma permanente e ininterrupta entre, pelo menos, 13 de março de 2008 e 07 de março de 2017.

2353. Não obstante, a Autoridade salienta que, tal como referido nos parágrafos 2297 a 2315 da presente Decisão, distinguir-se-á a duração da participação de cada pessoa Visada, utilizando para o efeito o documento mais antigo e o documento mais recente em que

⁷¹⁰ Cf. parágrafos 19 e 20 das linhas de orientação sobre a aplicação de coimas.

⁷¹¹ Cf. n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 e parágrafos 11, 12, 13 e 43 das linhas de orientação sobre a aplicação de coimas.

cada pessoa Visada está envolvida para determinar o início e o fim da respetiva participação (que, no caso da SCC, corresponde à duração total da infração).

2354. Quanto aos antecedentes contraordenacionais, a Autoridade declara procedente o argumento da Visada, não tomando em consideração, para efeitos da determinação da coima aplicável à SCC, o antecedente que se reporta ao ano de 2000, mencionado no parágrafo 2335 da presente Decisão, nos termos referidos nessa seção da presente Decisão.

2355. Por fim, quanto à alegada constitucionalidade do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a Autoridade remete para a sua apreciação sobre esta questão constante do capítulo II da presente Decisão, recordando que, pelas razões ali indicadas, não assiste razão à Visada, inexistindo a alegada constitucionalidade.

Quanto à determinação da coima aplicável à Auchan

2356. Relativamente aos aspetos trazidos à colação pela Visada Auchan para efeitos da determinação da coima que lhe seja aplicável, a Autoridade manifesta o seguinte entendimento.

2357. Quanto ao grau de participação a considerar, a Autoridade recorda que, não obstante a prática em causa tratar-se da realização de um objetivo comum mediante a execução de uma prática concertada entre todas as empresas visadas de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas, confrontada com a matéria de facto provada, a Autoridade formou a convicção de que há diferenças a refletir na determinação das coimas concretamente aplicáveis às empresas Visadas, designadamente quanto à duração e ao grau de participação na prática em causa (cf. parágrafos 2297 a 2315 da presente Decisão).

2358. No que se refere à Auchan, a Autoridade recorda que, não obstante não haver prova que demonstre o envolvimento direto da Visada em todos os (sub-)comportamentos identificados e não obstante algumas lojas da insígnia estarem mais vezes desalinhadas face ao posicionamento concertado, a Autoridade concluiu, pelas razões aduzidas nos capítulos III.3.3.7.2 e IV.1.4.5 da presente Decisão, que esses dois motivos não são suficientemente atendíveis para afastar a participação da Auchan, tão-pouco a ilicitude, a culpa ou as condições de punibilidade associadas à infração que lhe é imputada.

2359. Para além disso, a Autoridade recorda que, pelos motivos invocados nos parágrafos 2351 e 2353 da presente Decisão, a circunstância de se verificarem períodos de intermitência entre os *emails* utilizados como meio de prova, não terá impacto na

determinação da duração da participação das pessoas visadas, tão-pouco na determinação da coima aplicável, demonstrando a matéria de facto provada que a infração foi cometida de forma permanente e ininterrupta.

2360. Conclui-se, assim, que os argumentos da Visada Auchan quanto ao seu grau de participação são parcialmente procedentes, atribuindo-se à Visada um grau menor de participação face às demais Visadas, nos termos acima já explicitados.

2361. Deste modo, conforme referido anteriormente, a Autoridade considera que Auchan esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, apenas entre 18 de outubro de 2011 e 07 de março de 2017, na qualidade de agente participante na concertação de PVP, com um grau menor de participação face às demais Visadas.

2362. Quanto ao impacto da infração no mercado, a Autoridade recorda que, não obstante a infração imputada às Visadas 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 comum prosseguido pelas Visadas foi muitas vezes atingido⁷¹².

2363. Para além disso, há, efetivamente, vários elementos de prova que demonstram que a Auchan contribuiu diretamente para a concretização do objetivo comum e para a produção de efeitos da infração no mercado visado (cf. capítulo III.3.3.7 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2364. Pelo exposto, a Autoridade conclui pela improcedência do argumento da Visada e pela evidente relevância do impacto da infração no mercado.

2365. Por fim, quanto aos antecedentes contraordenacionais, a Autoridade reitera que, conforme referido no parágrafo 2338 da presente Decisão, desconhecem-se efetivamente eventuais antecedentes contraordenacionais da Visada Auchan.

Quanto à determinação da coima aplicável à Pingo Doce

2366. Relativamente aos aspetos trazidos à colação pela Visada Pingo Doce para efeitos da determinação da coima que lhe seja aplicável, a Autoridade manifesta o seguinte entendimento.

2367. Quanto à alegada constitucionalidade do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a Autoridade remete para a sua apreciação sobre esta questão constante do capítulo II

⁷¹² Cf., a título de exemplo, documentos SCC1, SCC3, SCC152, SCC292, SCC319, SCC865 (em conjunto com SCC231), SCC864, SCC2089, SCC2337, SCC1857, SCC1503, SCC2863, SCC2864, SCC2877 (em conjunto com SCC12 e conversação n.º 13), MCH575, JM644, JM704 e conversação n.º 40.

da presente Decisão, recordando que, pelas razões ali indicadas, não assiste razão à Visada, inexistindo a alegada desconformidade constitucional.

2368. Neste sentido, improcede o argumento da Visada, concluindo-se que na determinação da coima aplicável à Pingo Doce será aplicada a metodologia, os limites e os critérios referidos no capítulo IV.2.2 da presente Decisão.

2369. Quanto à apreciação da atuação da Visada ao longo do processo, a Autoridade declara procedente a argumentação da Pingo Doce, remetendo para os parágrafos 2339 a 2342 da presente Decisão, nos termos dos quais conclui inexistir circunstância agravante das coimas aplicáveis que decorra do exercício do dever de colaboração das Visadas.

IV.2.5 Conclusão

2370. Para efeitos do cálculo do montante de base das coimas aplicáveis, a Autoridade considerará, para todas as empresas Visadas, o volume de negócios no mercado afetado, à luz dos princípios definidos nos parágrafos 19 a 22 das Linhas de Orientação.

2371. Seguidamente, a Autoridade considerará os critérios analisados no presente capítulo, mormente o referente à gravidade da infração, para determinar a percentagem do volume de negócios a considerar para cada empresa Visada, nos termos dos parágrafos 24 e 25 das Linhas de Orientação.

2372. A Autoridade considerará, assim, as seguintes percentagens do volume de negócios relativo a cada empresa visada: 6,5% no caso da SCC, 7% no caso da MCH, 6% no caso da Pingo Doce e 4 % no caso da ITMP e da Auchan.

2373. Por força do parágrafo 29 das Linhas de Orientação, a AdC aplicará um multiplicador correspondente à duração da respetiva participação na infração, de nove anos (no caso da SCC e da MCH), de oito anos e meio (no caso da Pingo Doce) e cinco anos e meio (no caso da Auchan e da ITMP).

2374. Determinado o montante de base das coimas, a Autoridade terá novamente em consideração os critérios analisados no presente capítulo, numa apreciação de conjunto, ajustando o referido montante em função das circunstâncias que implicam o seu aumento ou a sua redução, nos termos dos parágrafos 32 e 33 das Linhas de Orientação. No entanto, no presente caso não foram aplicados no cálculo da coima fatores agravantes ou atenuantes.

2375. 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 parágrafo 34 das Linhas de Orientação, a Autoridade não considera necessário proceder ao referido aumento no presente caso.

2376. Quanto às pessoas singulares Visadas, considerando o n.º 4 do artigo 69.º da LdC e o parágrafo 28 das Linhas de Orientação e atendendo à necessidade de assegurar, em termos de prevenção especial e geral, o carácter dissuasivo e proporcionado das coimas a aplicar, a Autoridade aplicará um coeficiente de 10% à remuneração anual auferida no ano de 2016, no caso de [Administrador SCC], e um coeficiente de 5% à remuneração anual auferida no ano de 2014, no caso de [Diretor MCH].

IV.2.6 Sanções acessórias aplicáveis

2377. Nos termos do n.º 1 do artigo 71.º da Lei n.º 19/2012, caso a gravidade da infração e a culpa do infrator o justifiquem, a Autoridade da Concorrência pode determinar a aplicação, em simultâneo com a coima, de uma sanção acessória, designadamente a publicação em Diário da República e num dos maiores jornais de circulação nacional, regional ou local, consoante o mercado geográfico relevante, a expensas do infrator, de extrato da decisão de condenação, ou, pelo menos, da parte decisória da decisão de condenação proferida no âmbito de um processo instaurado ao abrigo da presente lei, após o trânsito em julgado.

2378. Confrontada a matéria de facto provada e a qualificação jurídica operada na presente Decisão, tendo em conta a gravidade da infração imputada às pessoas visadas e a afetação sensível do comércio entre os Estados-Membros, bem como as exigências de prevenção geral e especial referidas *supra*, a Autoridade conclui que se justifica a aplicação da referida sanção acessória no presente processo.

V CONCLUSÃO

- A. Os comportamentos das Visadas SCC, MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP, detalhadamente descritos na presente Decisão, consubstanciam uma fixação indireta de preços por via de uma prática concertada entre todas as empresas visadas, usando o fornecedor como *pivot* na comunicação entre as insígnias visadas (prática designada de “*hub and spoke*”), tendente a garantir um alinhamento entre insígnias (essencialmente no sentido da subida) dos PVP dos produtos da SCC no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar, que se manteve, de forma permanente e ininterrupta, durante, pelo menos, nove anos;
- B. A prática de fixação, de forma indireta, dos preços dos produtos da SCC qualifica-se como uma restrição da concorrência por objeto, 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;
- C. Na prática da referida infração, para além das empresas visadas, estiveram diretamente envolvidos, o administrador e diretor comercial da SCC, [Administrador SCC], e o responsável pela direção da unidade de negócio “*Soft Drinks*” da MCH, [Diretor MCH], pelo que a prática da infração é-lhes direta e concomitante imputável, a título de dolo, nos termos do artigo 73.º da Lei n.º 19/2012;
- D. A infração em causa consubstancia uma contraordenação punível com coima que não pode exceder, para cada uma das empresas Visadas, 10% do volume de negócios realizado no ano de 2019 e, no caso das pessoas singulares visadas, 10% da remuneração anual auferida no ano de 2016, no caso de [Administrador SCC], e 10% da remuneração anual auferida no ano de 2014, no caso de [Diretor MCH], nos termos conjugados das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º e dos n.ºs 2 e 4 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012;
- E. Na determinação concreta das coimas aplicáveis, a Autoridade considera ainda os critérios estabelecidos no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, bem como a metodologia estabelecida nas suas Linhas de Orientação para a aplicação de coimas;
- F. Acessoriamente, a Autoridade promove a publicação de extrato da presente Decisão no *Diário da República* e num jornal nacional de expansão nacional a expensas das Visadas, nos termos e para os efeitos do artigo 71.º da Lei n.º 19/2012;
- G. 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 Lei n.º 19/2012.

VI DECISÃO

Tudo visto e ponderado, o conselho de administração da AdC decide:

Primeiro

Declarar que a SCC – Sociedade Central de Cervejas e Bebidas, S.A., ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indireta, de preços em todo o território nacional por um período de nove anos consecutivos, entre 13 de março de 2008 e 07 de março 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.º19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º19/2012, fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 29.500.000 (vinte e nove milhões e quinhentos 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 concertada numa prática de fixação, de forma indireta, de preços em todo o território nacional por um período de nove anos consecutivos, entre 13 de março de 2008 e 07 de março 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.º19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º19/2012, fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 61.370.000 (sessenta e um milhões e trezentos e setenta 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 forma indireta, de preços em todo o território nacional por um período de oito anos e cinco meses consecutivos, entre 14 de outubro de 2008 e 07 de março 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.º19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1

do artigo 68.º da Lei n.º19/2012, fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 56.890.000 (cinquenta e seis milhões e oitocentos e noventa 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 forma indireta, de preços em todo o território nacional por um período de cinco anos e cinco meses consecutivos, entre 18 de outubro de 2011 e 07 de março 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.º19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º19/2012, fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 14.200.000 (catorze milhões e duzentos mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Quinto

Declarar que a ITMP Alimentar, S.A., ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indireta, de preços em todo o território nacional por um período de cinco anos e quatro meses consecutivos, entre 17 de novembro de 2011 e 07 de março 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.º19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º19/2012, fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 10.710.000 (dez milhões e setecentos e dez mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Sexto

Declarar que [Administrador SCC], ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indireta, de preços em todo o território nacional por um período de seis anos e dois meses consecutivos, entre 11 de janeiro de 2011 e 07 de março 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.º19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 6 do

artigo 73.^º da Lei n.^º19/2012, fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 16.000 (dezasseis mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.^º e do n.^º 6 do artigo 73.^º da Lei n.^º 19/2012.

Sétimo

Declarar que [Diretor MCH], ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indireta, de preços em todo o território nacional por um período de quatro meses consecutivos, entre 09 de julho de 2014 e 06 de novembro de 2014, 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.^º19/2012 e da alínea a) do n.^º 1 do artigo 101.^º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.^º 1 do artigo 68.^º e do n.^º 6 do artigo 73.^º da Lei n.^º19/2012, fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 2.000 (dois mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.^º e do n.^º 6 do artigo 73.^º da Lei n.^º 19/2012.

Oitavo

Impor às pessoas 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.

Nono

Ordenar às pessoas visadas, a título de sanção acessória, que procedam à publicação, no prazo de 20 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.

Décimo

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e na alínea *b*) do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em € 6.000 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela SCC – Sociedade Central de Cervejas e Bebidas, 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 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Modelo Continente Hipermercados, 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 € 6.000 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A. no presente processo.

Décimo Terceiro

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e na alínea *b*) do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em € 6.000 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Auchan Retail Portugal, S.A. no presente processo.

Décimo Quarto

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e na alínea *b*) do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em € 6.000 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela ITMP Alimentar, S.A. no presente processo.

Décimo Quinto

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 € 300 (trezentos euros), o montante das custas a suportar por [Administrador SCC] no presente processo.

Décimo Sexto

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 € 300 (trezentos euros), o montante das custas a suportar por [Diretor MCH] no presente processo.

Décimo Sétimo

Advertir as pessoas 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 pessoas 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 pessoas visadas, bem como as respetivas custas, deverão ser pagas, nos termos do n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012, no prazo de 10 (dez) dias subsequentes à Decisão de indeferimento da atribuição do efeito suspensivo e de prestação de caução por parte do Tribunal competente; ou no prazo de 10 (dez) dias subsequentes ao termo do prazo para a interposição de recurso judicial;

- e) Em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo, deverá o facto ser comunicado por escrito à Autoridade.

Lisboa, 18 de dezembro de 2020

O conselho de administração da Autoridade da Concorrência,

X

Margarida Matos Rosa
Presidente

X

Maria João Melícias
Vogal

X

Miguel Moura e Silva
Vogal