

PRC/2017/7

DECISÃO

[VERSÃO NÃO CONFIDENCIAL]

VISADAS

PRIMEDRINKS – COMERCIALIZAÇÃO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS E PRODUTOS ALIMENTARES, LDA.

AUCHAN RETAIL PORTUGAL, S.A.

COOPLEC NORTE – AQUISIÇÃO E FORNECIMENTO DE BENS E SERVIÇOS, C.R.L.

ITMP ALIMENTAR, S.A.

LIDL & COMPANHIA

MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A.

PINGO DOCE – DISTRIBUIÇÃO ALIMENTAR, S.A.

ÍNDICE

I.	DO PROCESSO.....	12
1	Notícia da infração	12
2	Abertura de inquérito, extração de certidão do PRC/2016/4 e alargamento do âmbito subjetivo do processo	12
3	Segredo de justiça.....	13
4	Registo do processo na rede europeia da concorrência.....	15
5	Diligências probatórias	15
5.1	Diligências de busca e apreensão	15
5.2	Pedido de elementos de informação e documentação.....	17
5.3	Desentranhamento e restituição de documentos às Visadas.....	19
5.4	Pedidos de identificação de informação confidencial	21
5.4.1	Utilização de informação confidencial como meio de prova	24
6	Prorrogação do prazo de inquérito	26
7	Decisão de Inquérito – Nota de Ilícitude	26
7.1	Prorrogação do prazo de pronúncia à Nota de Ilícitude	27
7.2	Suspensão e retoma da contagem do prazo de pronúncia à Nota de Ilícitude	27
8	Consultas do processo e obtenção de cópias	28
9	Respostas à Nota de Ilícitude	33
10	Audição Oral	34
11	Diligências Complementares de Prova	36
11.1	Diligências complementares de prova requeridas.....	36
11.2	Relatório das diligências complementares de prova e Pronúncia das Visadas	40
12	Prorrogação do prazo de instrução	41
II.	DAS QUESTÕES PRÉVIAS	43
13	Da nulidade da Nota de Ilícitude derivada da alegada proibição de prova	44
13.1	Posição das Visadas MCH e ITMP	44
13.2	Posição da Autoridade.....	45
14	Da nulidade da prova derivada da alegada violação do direito à privacidade ...	55

14.1	Posição da Visada MCH	55
14.2	Posição da Autoridade.....	57
15	Da nulidade da prova derivada da alegada nulidade da prova recolhida por ausência do despacho do Juiz de Instrução Criminal	61
15.1	Posição da Visada MCH	61
15.2	Posição da Autoridade.....	61
16	Da alegada invalidade do levantamento da suspensão do prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude	63
16.1	Posição da Visada Pingo Doce.....	63
16.2	Posição da Autoridade.....	64
17	Da alegada nulidade derivada da recolha de prova fora dos presentes autos ..	64
17.1	Posição da Visada Pingo Doce.....	64
17.2	Posição da Autoridade.....	65
18	Da alegada nulidade das buscas e apreensões no PRC/2016/4 – A nulidade arguida no PRC/2016/4 e subsidiariamente no processo	69
18.1	Posição da Visada Pingo Doce.....	69
18.2	Posição da Autoridade.....	69
19	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 anti concorrenciais envolvendo empresas retalhistas.....	70
19.1	Posição da Visada Pingo Doce.....	70
19.2	Posição da Autoridade.....	72
20	Da alegada não comunicação dos factos	77
20.1	Posição da Visada Pingo Doce.....	77
20.2	Posição da Autoridade.....	79
21	Da nulidade da Nota de Ilícitude derivada do tratamento de confidencialidades ..	86
21.1	Posição da Visada Pingo Doce.....	86
21.2	Posição da Autoridade.....	88
22	Do desentranhamento de prova potencialmente exculpatória	96
22.1	Posição da Visada Pingo Doce.....	96
22.2	Posição da Autoridade.....	96

23	Da nulidade da Nota de Ilcitude derivada da sua alegada insuficiente determinação	100
23.1	Posição da Visada Pingo Doce.....	100
23.2	Posição da Autoridade.....	101
24	Da alegada invalidade da notificação da Nota de Ilcitude	109
24.1	Posição da Visada Auchan	109
24.2	Posição da Autoridade.....	110
25	Da alegada nulidade por falta de fundamentação da Nota de Ilcitude	112
25.1	Posição da Visada Auchan	112
25.2	Posição da Autoridade.....	113
26	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.....	120
26.1	Posição da Visada Auchan	120
26.2	Posição da Autoridade.....	120
27	Da alegada prescrição do procedimento contraordenacional quanto às infrações praticadas entre 2007 e 2012	123
27.1	Posição da Visada Auchan	123
27.2	Posição da Autoridade.....	124
28	Da alegada nulidade das inquirições derivada da falta de notificação de todas as Visadas para comparecer.....	126
28.1	Posição da Visada Pingo Doce.....	126
28.2	Posição da Autoridade.....	127
III.	DOS FACTOS.....	130
29	Identificação e caraterização das Visadas.....	130
29.1	Primedrinks.....	130
29.2	Auchan	130
29.3	Cooplecnorte	133
29.4	ITMP.....	134
29.5	Pingo Doce	136
29.6	Lidl.....	137
29.7	MCH	138
30	Identificação e caracterização dos mercados	139

30.1	Mercados de bebidas	139
30.1.1	Dimensão do produto	140
30.1.1.1	Produção, comercialização e distribuição do(s) produto(s)	140
30.1.1.2	Escoamento do(s) produto(s)	145
30.1.2	Dimensão geográfica	147
30.1.3	Conclusão quanto aos mercados	148
30.1.3.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	149
30.1.3.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	152
30.2	Posição das empresas Visadas nos mercados identificados	158
30.2.1	Primedrinks	158
30.2.1.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	161
30.2.1.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	161
30.2.2	Representatividade das empresas de distribuição visadas na faturação da Primedrinks	161
30.2.2.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	163
30.2.2.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	163
30.2.3	Empresas de distribuição visadas	165
30.2.3.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	167
30.2.3.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	168
30.2.4	Posição relativa da Primedrinks na faturação das empresas de distribuição visadas	170
30.2.4.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	177
30.2.4.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	178
31	Comportamentos das Visadas	180
31.1	Alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor	181
31.1.1	Definição dos PVP	183
31.1.1.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	190
31.1.1.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	191
31.1.1.3	Tabelas de preços	194
31.1.1.3.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	211
31.1.1.3.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	213

31.1.1.4	Realização de ações promocionais condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado PVP	219
31.1.1.4.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	223
31.1.1.4.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	224
31.1.2	Controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado	227
31.1.2.1	Controlo e monitorização dos PVP realizado pelo fornecedor	227
31.1.2.1.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	245
31.1.2.1.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	246
31.1.2.2	Controlo e monitorização dos PVP realizado pelas empresas de distribuição visadas	249
31.1.2.2.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	257
31.1.2.2.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	258
31.1.3	Correção de desvios.....	263
31.1.3.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	286
31.1.3.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	288
31.1.3.3	Utilização de talões de compra como comprovativo do (re)posicionamento dos PVP nas empresas de distribuição visadas	292
31.1.3.3.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	312
31.1.3.3.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	313
31.1.4	Formas de pressão, coação ou retaliação	317
31.1.4.1	Ações de retaliação exercidas pelas empresas de distribuição contra o fornecedor	318
31.1.4.1.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	332
31.1.4.1.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	333
31.1.4.2	Ações de retaliação exercidas pelo fornecedor contra as empresas de distribuição.....	337
31.1.4.2.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	344
31.1.4.2.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	345
31.1.5	Meios, forma e organização.....	350
31.1.5.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	354
31.1.5.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	355
31.1.6	Natureza secreta da conduta.....	357
31.1.6.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	364
31.1.6.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	364

31.2	Envolvimento das Visadas	370
31.2.1	Primedrinks	372
31.2.1.1	<i>Pronúncia da Visada</i>	376
31.2.1.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	377
31.2.2	Auchan	380
31.2.2.1	<i>Pronúncia da Visada</i>	384
31.2.2.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	385
31.2.3	Cooplenorte	395
31.2.3.1	<i>Pronúncia da Visada</i>	396
31.2.3.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	397
31.2.4	ITMP	402
31.2.4.1	<i>Pronúncia da Visada</i>	406
31.2.4.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	408
31.2.5	Lidl.....	413
31.2.5.1	<i>Pronúncia da Visada</i>	415
31.2.5.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	417
31.2.6	MCH	424
31.2.6.1	<i>Pronúncia da Visada</i>	428
31.2.6.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	429
31.2.7	Pingo Doce	432
31.2.7.1	<i>Pronúncia da Visada</i>	435
31.2.7.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	436
31.3	Conclusões sobre a matéria de facto	443
IV.	DO DIREITO	451
32	Apreciação jurídica dos factos imputados e dos meios de prova	451
32.1	Regime jurídico da concorrência.....	451
32.1.1	Regime substantivo	452
32.1.2	Regime processual	453
32.2	Mercado relevante	453
32.2.1	Mercado relevante do produto ou serviço	454
32.2.2	Mercado geográfico relevante	455

32.2.3	Mercados relevantes identificados	455
32.3	Tipo objetivo da infração	457
32.3.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	459
32.3.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	459
32.3.3	Qualidade de empresa	460
32.3.3.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	462
32.3.3.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	463
32.3.4	Existência de um concurso de vontades	463
32.3.4.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	469
32.3.4.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	473
32.3.5	Objeto restritivo da concorrência	482
32.3.5.1	Prática de fixação indireta de preços (dita de “hub and spoke”).....	490
32.3.5.1.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	512
32.3.5.1.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	517
32.3.6	Caráter sensível da restrição da concorrência	526
32.3.6.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	529
32.3.6.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	530
32.3.7	Restrição da concorrência na totalidade do mercado nacional	534
32.3.7.1	<i>Pronúncia das Visadas</i>	534
32.3.7.2	<i>Apreciação da Autoridade</i>	534
32.4	Afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia	537
32.4.1	Conceito de comércio entre os Estados-Membros	541
32.4.2	Noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros .	543
32.4.3	Conceito de caráter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia	544
32.4.4	Afectação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia no caso concreto	548
32.4.5	<i>Pronúncia das Visadas</i>	551
32.4.6	<i>Apreciação da Autoridade</i>	553
32.4.7	Conclusão quanto ao tipo objetivo da infração	558
32.5	Tipo subjetivo da infração	559

32.5.1	Illicitude	564
32.5.2	Culpa	566
32.5.3	Punibilidade	570
32.5.4	<i>Pronúncia das Visadas</i>	570
32.5.5	<i>Apreciação da Autoridade</i>	572
32.6	Execução temporal da infração	577
33	Determinação das sanções	580
33.1	Prevenção geral e prevenção especial	580
33.2	Medida legal e determinação da coima	582
33.2.1	CrITÉrios de determinação da medida concreta da coima	583
33.2.1.1	Gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional	585
33.2.1.2	Natureza e dimensão do mercado afetado pela infração	587
33.2.1.3	Duração da infração	588
33.2.1.4	Grau de participação das empresas Visadas na infração	589
33.2.1.5	Vantagens de que beneficiaram as empresas Visadas em consequência da infração	593
33.2.1.6	Comportamento das empresas Visadas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência	595
33.2.1.7	Situação económica das empresas Visadas	595
33.2.1.8	Antecedentes contraordenacionais das empresas Visadas no âmbito do direito da concorrência	596
33.2.1.9	Colaboração prestada à Autoridade pelas Visadas, até ao termo do processo administrativo	597
33.3	Concurso de infrações	597
33.4	<i>Pronúncia das Visadas</i>	599
33.5	<i>Apreciação da Autoridade</i>	600
33.6	Conclusão	602
33.7	Sanções acessórias aplicáveis	603
V.	CONCLUSÃO	604
VI.	DECISÃO	606

PRC/2017/7**DECISÃO**

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

Considerando que tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e a defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores, de acordo com o n.º 3 do artigo 1.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto;

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

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 da Concorrência;

Considerando o disposto na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (“Lei n.º 19/2012” ou “Lei da Concorrência”)¹ e as regras de concorrência do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (“TFUE”)²,

No processo de contraordenação aberto nos termos do disposto no n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 19/2012, registado sob a referência interna **PRC/2017/7**, em que são Visadas:

- A. **Primedrinks – Comercialização de Bebidas Alcoólicas e Produtos Alimentares, Lda.**, com o número de pessoa coletiva 503543179 e sede na Rua do Pólo Sul, n.º 2 – 4.º B, 1990-273 Lisboa (“Primedrinks”)³;
- B. **Auchan Retail Portugal, S.A.**, com o número de pessoa coletiva 502607920 e sede na Estrada Paço de Arcos, n.º 48-A, 2770-129 Paço de Arcos (“Auchan”)⁴;

¹ Na redação que lhe é dada pela Lei n.º 23/2018, de 5 de junho.

² Publicado no Jornal Oficial da União Europeia (JO) de 17.12.2007, C 306/1.

³ Na data de abertura do inquérito do processo contraordenacional PRC/2017/7, a designação comercial da Primedrinks – Comercialização de Bebidas Alcoólicas e Produtos Alimentares, Lda. era Primedrinks – Comercialização de Bebidas Alcoólicas e Produtos Alimentares, S.A.

⁴ Na data de abertura do inquérito do processo contraordenacional PRC/2017/7, a designação comercial da Auchan Retail Portugal, S.A. era Auchan Portugal – Hipermercados, S.A.

- C. **Cooplecnorte – Aquisição e Fornecimento de Bens e Serviços, C.R.L.**, com o número de pessoa coletiva 504494317 e sede Zona Industrial de Vila Verde, Lote 1, 3770-308 Vila Verde, Aveiro (“Cooplecnorte”);
- D. **ITMP Alimentar, S.A.**, com o número de pessoa coletiva 503882003 e sede no Lugar do Marujo – Bugalhos, 2384-004 Bugalhos, Santarém (“ITMP”);
- E. **Lidl & Companhia**, sociedade em nome coletivo, com o número de pessoa coletiva 503340855 e sede em Rua Pé de Mouro, 18 – Linhó, 2714-510 Sintra (“Lidl”);
- F. **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”);
- G. **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”);

Considerando a Nota de Ilícitude deduzida no processo, por decisão do Conselho de Administração da AdC, de 21.03.2019, bem como as pronúncias escritas sobre a Nota de Ilícitude submetidas à AdC pelas Visadas, complementadas por audição oral ocorrida nos dias 2, 3 e 10.07.2020 e por diligências complementares de prova (inquirições) ocorridas nos dias 8 e 09.07.2020;

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

Tem a ponderar os seguintes elementos de facto e de direito⁵:

⁵ Doravante, as visadas Auchan, Cooplecnorte, ITMP, Lidl, MCH e Pingo Doce serão designadas por “empresas de distribuição visadas” quando mencionadas conjuntamente entre si e por “empresas Visadas” ou “Visadas” quando mencionadas em conjunto com a Primedrinks. Quanto às Visadas ITMP e Cooplecnorte, embora constituam sociedades de aprovisionamento, são abrangidas pela designação “empresas de distribuição visadas”, dada a semelhança do papel que desempenham face às restantes empresas de distribuição visadas, conforme melhor explicado nas secções 31.2.3 e 31.2.4 da presente Decisão.

I. DO PROCESSO

1 Notícia da infração

1. O presente processo teve origem nas diligências de investigação relativas ao processo contraordenacional registado sob a referência interna n.º PRC/2016/4 (“PRC/2016/4”)⁶, instaurado por decisão do Conselho de Administração da AdC de 03.06.2016 contra a Super Bock Bebidas, S.A. (“Super Bock”)⁷.
2. No âmbito do referido processo, foram realizadas diligências de busca, exame, recolha e apreensão em diversas instalações da Super Bock, tendo sido encontrados, para além de indícios relativos ao envolvimento da empresa ali visada em práticas restritivas da concorrência, fortes indícios do envolvimento de outras empresas em práticas restritivas da concorrência de cariz vertical e horizontal.
3. Na sequência da descoberta desses indícios, a Autoridade veio a realizar, entre os dias 07.02.2017 e 03.03.2017, diligências de busca e apreensão adicionais num conjunto de empresas ativas no mercado da distribuição a retalho de base alimentar e no mercado da produção, fornecimento e comercialização de outros produtos alimentares e não alimentares.
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 vertical e horizontal.

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, a AdC entendeu que existiam fundamentos suficientes para averiguar práticas restritivas da concorrência no âmbito de procedimentos sancionatórios autónomos.

⁶ 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).

⁷ Na data de abertura do inquérito do processo contraordenacional PRC/2016/4, a designação comercial da Super Bock Bebidas, S.A. era Unicer Bebidas, S.A.

6. Em 21.03.2017, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º e do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 19/2012, a AdC decidiu proceder à abertura de inquérito no âmbito do presente processo, contra as empresas Primedrinks, MCH, Pingo Doce, Auchan, Modelo Continente, SGPS, S.A.⁸, Sonae MC, SGPS, S.A.⁹, Jerónimo Martins – SGPS, S.A. e Auchan Portugal – Investimentos (SGPS), S.A., para investigar a existência de práticas proibidas pelo artigo 9.º da Lei n.º 19/2012.
7. Tal decisão 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 deles¹⁰.
8. Neste sentido, a AdC decidiu proceder à extração de certidão de teor de elementos probatórios constantes do PRC/2016/4¹¹ para o presente processo, em suporte de papel e digital (cf. Termo de Extração de Certidão, a fls. 149 a 182 do processo).
9. No decurso do inquérito, as diligências de investigação levaram a concluir pelo envolvimento das empresas Cooplecnorte, ITMP e Lidl no ilícito em causa, pelo que estas assumem também a qualidade de visadas (cf. Decisão do Conselho de Administração da AdC de 25.10.2018, fls. 2047 do processo).

3 Segredo de justiça

10. Na Decisão de Abertura de Inquérito de 21.03.2017, o Conselho de Administração da AdC determinou a imposição do segredo de justiça ao presente processo, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 32.º da Lei n.º 19/2012¹².
11. Esta decisão baseou-se, fundamentalmente, na necessidade de proteção dos interesses da investigação, que podiam ser prejudicados pela publicidade do inquérito,

⁸ 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..

⁹ Na data de abertura de inquérito no processo, a designação comercial da Sonae MC, SGPS, S.A. era Sonae Investimentos - SGPS, S.A..

¹⁰ Cf. artigo 36.º do RGCO e artigo 24.º do CPP, 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.

¹¹ Designadamente, no que respeita ao PRC/2017/7, procedeu-se à extração de certidão de teor de 446 (quatrocentos e quarenta e seis) folhas e de 109 (cento e nove) ficheiros em suporte digital – cf. Artigo Sétimo do Termo de Extração de Certidão.

¹² Cf. Artigo 2.º da Decisão de Abertura de Inquérito, fls. 2 a 8 do processo.

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

12. Em 13.08.2018, veio a Visada MCH requerer a manutenção do segredo de justiça no presente processo *“mesmo após o termo da fase de inquérito”* e, em particular, que esta Autoridade *“se abstenha de publicar qualquer notícia ou comunicado”* sobre uma eventual dedução de Decisão de Inquérito, devendo acrescentar *“aos fundamentos para sujeição dos referidos processos a segredo de justiça, a circunstância de a publicidade poder colidir com direitos da Visada”* (fls. 1102 do processo).
13. Na Decisão de Inquérito, adotada em 21.03.2019, refere-se que, 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.
14. Considerando que os interesses para a investigação que determinaram a sujeição do processo a segredo de justiça durante a fase de inquérito já não ficavam prejudicados com a publicidade do processo e que a adoção de uma Decisão de Inquérito não constitui qualquer juízo prévio e definitivo de condenação das empresas Visadas, não se vislumbraram interesses excepcionais para o desvio à regra da publicidade.
15. Assim, na fase de instrução do processo, deixaram de se verificar os fundamentos que determinaram a sujeição do mesmo a segredo de justiça, a saber, *“a proteção dos interesses da investigação (atendendo, em particular, à obtenção e salvaguarda da prova dos elementos necessários ao preenchimento do tipo contraordenacional imputado às empresas visadas”*¹³, nos termos do n.º 2 do artigo 32.º da Lei n.º 19/2012.
16. Pelo que, na Decisão de Inquérito adotada a 21.03.2019, 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 Lei n.º 19/2012.

¹³ Cf. Decisão de Abertura de Inquérito, fls. 2 a 8 do processo.

4 Registo do processo na rede europeia da concorrência

17. Em conformidade com o disposto no n.º 3 do artigo 11.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16.12.2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado que institui a Comunidade Europeia (Regulamento n.º 1/2003)¹⁴, correspondentes aos atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE, a Autoridade comunicou, por escrito, à Comissão Europeia, em 18.01.2018, a instauração do presente processo, tendo esta informação sido disponibilizada às autoridades homólogas dos outros Estados-Membros.

5 Diligências probatórias

18. Tendo em vista o apuramento dos factos necessários à descoberta da verdade no âmbito do inquérito e instrução conduzidos pela Autoridade, nos termos do n.º 2 do artigo 17.º da Lei n.º 19/2012, foram realizadas as seguintes diligências de investigação.

5.1 Diligências de busca e apreensão

19. Ainda no decurso das diligências de busca e apreensão 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 concorrência¹⁵.
20. Deste modo, ainda no âmbito do referido processo contraordenacional, a Autoridade decidiu proceder à realização de diligências de busca e apreensão adicionais num conjunto de empresas ativas no mercado da distribuição a retalho de base alimentar¹⁶, designadamente:

¹⁴ Publicado no JO de 04.01.2003, L 1/1.

¹⁵ Com efeito, a Autoridade considerou que tais diligências eram necessárias para comprovar os referidos potenciais ilícitos por parte das empresas em causa, perceber a sua real dimensão, o modo como os mesmos são concretizados e implementados e, bem assim, os seus efeitos, designadamente em termos de produtos implicados, compensações acordadas e de definição concreta do universo de empresas envolvidas.

¹⁶ Para tal, a Autoridade instruiu e fundamentou requerimentos dirigidos 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 Lei 19/2012, tendo os mandados sido emitidos na sequência de despachos da secção de turno do Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa (DIAP de Lisboa) de 02.02.2017.

- i) Em instalações da MCH, entre os dias 07.02.2017 e 03.03.2017 (fls. 184 a 419 do processo);
 - ii) Em instalações da Jerónimo Martins – SGPS e da Pingo Doce, entre os dias 07.02.2017 e 27.02.2017 (fls. 420 a 520 do processo);
 - iii) Em instalações da Lidl, entre os dias 08.02.2017 e 14.02.2017; e
 - iv) Em instalações da Auchan, entre os dias 16.02.2017 e 03.03.2017 (cf. fls. 523 a 629 do processo).
21. Numa segunda fase, já durante a realização das referidas diligências de busca adicionais, foram encontrados novos elementos de prova que sugeriam que a prática de alinhamento de preços de venda ao público (“PVP”) poderia existir também quanto a outros fornecedores diferentes da Super Bock¹⁷.
22. Assim, durante o decurso da realização de diligências de busca e apreensão nas instalações das referidas empresas que atuam no setor da distribuição retalhista¹⁸, foram emitidos novos mandados para que a Autoridade procedesse à busca e apreensão de informação relativa a produtos do ramo alimentar e do ramo não alimentar não exclusivamente fornecidos pela empresa visada no PRC/2016/4¹⁹.
23. Posteriormente, numa terceira fase, com base nos elementos de prova apreendidos nas instalações das referidas empresas de distribuição, a Autoridade concluiu revelar-se igualmente necessário proceder à realização de diligências de busca e apreensão nas instalações dos fornecedores, *in casu* concretamente a Autoridade realizou diligências de busca e apreensão nas instalações da Primedrinks entre os dias 29.05.2017 e 08.06.2017 (cf. fls. 33 a 109 do processo)²⁰.

¹⁷ Tais elementos de prova foram encontrados no computador de uma funcionária da MCH, com funções de direção comercial, e abrangiam relações comerciais com um conjunto amplo e diversificado de empresas ativas no setor das bebidas e em outros, designadamente, referiam-se ao cumprimento ou incumprimento pelas cadeias de distribuição de preços e a outras condições comerciais previamente acordadas com os respetivos fornecedores.

¹⁸ E, por conseguinte, ainda no âmbito do PRC/2016/4.

¹⁹ Por despachos da secção de turno do DIAP de Lisboa de 10.02.2017, os mandados autorizavam a Autoridade a proceder à busca, exame, recolha e apreensão de qualquer documentação suscetível de indiciar a prática de atos violadores das normas do direito da concorrência, designadamente nas instalações das empresas onde a Autoridade já se encontrava a realizar as referidas diligências.

²⁰ Para esse efeito, a Autoridade instruiu e fundamentou o respetivo requerimento para autorização das diligências em causa e para a emissão do respetivo mandado nos termos e para os efeitos dos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Lei 19/2012 (cf. fls. 11 a 23 do processo), tendo o mandado de busca e apreensão sido emitido na sequência do despacho da secção de turno do DIAP de Lisboa de 25.03.2017 (cf. fls. 24 a 31 do processo).

5.2 Pedido de elementos de informação e documentação

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

i) À Primedrinks:

- Em 04.05.2018, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 24.05.2018 (cf., respetivamente, fls. 635 a 641 e fls. 685 a 741 do processo);
- Em 09.10.2018, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 19.10.2018 (cf., respetivamente, fls. 1261 a 1268 e 1306 do processo);
- Em 19.10.2018, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 30.10.2018 (cf., respetivamente, fls. 1301 a 1305 e 1341 a 1342 do processo);

ii) À Auchan:

- Em 18.10.2018, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 09.11.2018 (cf., respetivamente, fls. 1286 a 1290 e 2129 a 2138 do processo);

iii) À MCH:

- Em 18.10.2018, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 02.11.2018 e 09.11.2018 (cf., respetivamente, fls. 1291 a 1295, 1379 a 1395 e 2048 a 2978 do processo);

iv) À Pingo Doce:

- Em 18.10.2018, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 02.11.2018 (cf., respetivamente, fls. 1296 a 1300 e 1353 a 1356 do processo);

v) À Cooplecnorte:

- Em 26.10.2018, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 12.11.2018 (cf., respetivamente, fls. 1315 a 1319 e 2089 a 2128 do processo);

vi) À ITMP:

- Em 25.10.2018, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 12.11.2018 (cf., respetivamente, fls. 1311 a 1314 e 2147 a 2192 do processo);

vii) À Lidl:

- Em 25.10.2018 tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 12.11.2018 (cf., respetivamente, fls. 1307 a 1310 e 2226 a 2295 do processo).

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

i) À Primedrinks:

- Em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 31.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 7057 a 7060 e 7270 a 7293 do processo);

ii) À Auchan:

- Em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 10.08.2020 (cf., respetivamente, fls. 7022 a 7025 e 7823 a 7853 do processo);

iii) À MCH:

- Em 08.06.2020 (cf. fls. 6325 e 6326 do processo), tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 24.06.2020 (cf. fls. 6586 a 6614 e 6622 a 6723 do processo) e em 30.06.2020 (cf. fls. 6735 a 6738 do processo);
- Em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 31.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 7034 a 7037 e 7461 a 7588 do processo);
- Em 30.07.2020 e 14.08.2020 deram entrada pedidos de correção de valores da resposta a pedidos de elementos da fase de inquérito (cf., respetivamente, fls. 7258 a 7269 e 7671 a 7680 do processo);

iv) À Pingo Doce:

- Em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 31.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 7040 a 7043 e 7423 a 7458 do processo);

v) À Cooplecnorte:

- Em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 31.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 7046 a 7049 e 7382 do processo);

vi) À ITMP:

- Em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 31.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 7028 a 7031 e 7385 a 7411 do processo); e

vii) À Lidl:

- Em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 31.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 7052 a 7043 e 7296 a 7333 do processo).

5.3 Desentranhamento e restituição de documentos às Visadas

26. No dia 21.03.2018, a Autoridade considerou que 234 (duzentos e trinta e quatro) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Primedrinks não detinham valor probatório relevante, designadamente por não fornecerem quaisquer contributos para o apuramento dos factos e por não se revelarem essenciais para a investigação no contexto da globalidade dos elementos de prova que já se encontravam juntos ao processo.
27. Nessa medida, a Autoridade determinou o respetivo desentranhamento e consequente devolução à Primedrinks, através da entrega de dispositivo de armazenamento externo com certificação digital (cf. Auto de Desentranhamento, fls. 110 a 114 do processo), tendo os referidos ficheiros eletrónicos sido entregues, por protocolo, nas instalações dos mandatários legais da Primedrinks, em 23.03.2017 (cf. fls. 115 a 122 do processo).
28. Na sequência do referido procedimento de desentranhamento, ficaram a constar do processo um total de 819 (oitocentos e dezanove) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Primedrinks.

29. Em 08.05.2018, a Autoridade considerou que 2207 (dois mil duzentos e sete) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Visada MCH não detinham valor probatório relevante, designadamente por não fornecerem quaisquer contributos para o apuramento dos factos e por não se revelarem essenciais para a investigação no contexto da globalidade dos elementos de prova que já se encontravam juntos ao processo.
30. Neste sentido, a Autoridade determinou o respetivo desentranhamento e consequente devolução à MCH, através da entrega de dispositivo de armazenamento externo com certificação digital, tendo os referidos ficheiros eletrónicos sido entregues, por protocolo, nas instalações dos mandatários legais da MCH, em 16.05.2018 (cf., respetivamente, Auto de Desentranhamento, fls. 1878 a 1903 do processo e fls. 1877 a 1903 do processo).
31. No seguimento do referido procedimento de desentranhamento, ficaram a constar do processo um total de 767 (setecentos e sessenta e sete) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações daquela Visada.
32. A 08.05.2018, a Autoridade considerou que 890 (oitocentos e noventa) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Pingo Doce não detinham valor probatório relevante, designadamente por não fornecerem quaisquer contributos para o apuramento dos factos e por não se revelarem essenciais para a investigação no contexto da globalidade dos elementos de prova que já se encontravam juntos ao processo.
33. Deste modo, a Autoridade determinou o respetivo desentranhamento e consequente devolução à Pingo Doce, através da entrega de dispositivo de armazenamento externo com certificação digital, tendo os referidos ficheiros eletrónicos sido entregues, por protocolo, nas instalações dos mandatários legais da Pingo Doce, em 16.05.2018 (cf. Auto de Desentranhamento, fls. 1905 a 1916 do processo e fls. 1904 a 1916 do processo, respetivamente).
34. Como consequência do referido procedimento de desentranhamento, ficaram a constar do processo um total de 79 (sessenta e nove) ficheiros eletrónicos apreendidos nas instalações da Pingo Doce.

5.4 Pedidos de identificação de informação confidencial

35. Ao abrigo do artigo 30.º da Lei n.º 19/2012, a Autoridade desenvolve em 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.
36. Sempre que a Autoridade não concorde com a referida classificação, informa as visadas do respetivo sentido provável de decisão, para que estas possam pronunciar-se num momento prévio à adoção de uma decisão final pela Autoridade.
37. Durante a fase de inquérito, foram efetuados os seguintes pedidos de identificação de informação confidencial:
- i) À Primedrinks, em 23.03.2018 (cf. fls. 123 a 130 do processo) e em 16.05.2018 (cf. fls. 658 a 663 do processo), tendo as respetivas respostas, dado entrada nos serviços da Autoridade em 24.04.2018²¹ (cf. fls. 136 a 146 do processo)²² e em 22.05.2018 (cf. fls. 742 do processo);
 - ii) À Auchan em 16.05.2018 (cf. fls. 671 a 677 do processo), tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 04.06.2018 (cf. fls. 772 a 779 do processo);
 - iii) À Jerónimo Martins – SGPS e à Pingo Doce em 16.05.2018 (cf. fls. 664 a 670 do processo), tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 14.06.2018²³ (cf. fls. 891 a 920 do processo²⁴);

²¹ Em 11.04.2018, a AdC recebeu da Primedrinks 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/2018/816, de 12.04.2018 (fls. 131 a 135 do processo).

²² Em virtude de a Primedrinks ter detetado um lapso na gravação da *pen* junta ao requerimento de resposta à notificação da AdC para identificação de informação confidencial, a Primedrinks solicitou em 26.04.2018 a devolução da mencionada *pen* contra a entrega de nova *pen* com o conteúdo devidamente gravado, pedido que foi deferido (cf. fls. 147 e 148 do processo).

²³ Em 28.05.2018, a AdC recebeu da Jerónimo Martins e do 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/2018/1200, de 29.05.2018 (fls. 746 do processo).

²⁴ Em 15.06.2018, a Jerónimo Martins – SGPS e a Pingo Doce procederam à junção de uma “*pen drive com as tabelas de confidencialidades, devidamente preenchidas, e com as versões não confidenciais dos documentos com informação suprimida*” – cf. fls. 931 a 963 do processo.

iv) À MCH em 16.05.2018 (cf. fls. 651 a 657 do processo), tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 20.06.2018²⁵ (cf. fls. 1001 a 1004 do processo).

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

i) À Primedrinks:

- Em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 31.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 7057 a 7060 e 7270 a 7293 do processo);

ii) À Auchan:

- Em 10.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 24.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 6851 a 6852 do processo e fls. 7204 a 7211 do processo);
- Em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 10.08.2020 (cf., respetivamente, fls. 7022 a 7025 e 7823 a 7853 do processo);
- E em 03.08.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 17.08.2020 (cf., respetivamente, fls. 7594 a 7595 do processo e 7681 a 7814 do processo);

iii) À MCH:

- Em 08.06.2020 (cf. fls. 6320 a 6321 e 6324 a 6326 do processo), tendo as respetivas respostas dado entrada nos serviços da Autoridade em 24.06.2020 e 30.06.2020 (cf., respetivamente, fls. 6586 a 6614 e 6622 a 6723 e fls. 6735 a 6738 do processo);
- Em 10.07.2020 (cf. fls. 6847 a 6848 do processo), tendo as respetivas respostas dado entrada nos serviços da Autoridade em 24.07.2020 e

²⁵ Em 21.05.2018, 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/2018/1182, de 24.05.2018 (fls. 678 a 684 e 743 a 745 do processo).

31.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 7110 a 7203 e fls. 7412 a 7417 do processo);

- E em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 31.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 7034 a 7037 e 7460 a 7588 do processo);

iv) À Pingo Doce:

- Tendo dado entrada nos serviços da Autoridade em 19.06.2020 e 11.07.2020 uma comunicação da empresa (cf. fls. 6331 a 6581 e fls. 6863 a 6981 do processo);
- Em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 31.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 7040 a 7043 e 7422 a 7458 do processo);

v) À Cooplecnorte:

- Em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 31.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 7046 a 7049 e 7382 do processo);

vi) À ITMP:

- Em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 31.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 7028 a 7031 e 7385 a 7411 do processo);

vii) À Lidl:

- Em 17.07.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 31.07.2020 (cf., respetivamente, fls. 7052 a 7043 e 7334 a 7371 do processo);
- Em 12.08.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 24.08.2020 (cf., respetivamente, fls. 7668 a 7670 e 7854 a 7953 do processo);
- Em 15.09.2020, tendo a respetiva resposta dado entrada nos serviços da Autoridade em 21.09.2020 (cf., respetivamente, fls. 7971 a 7973 e 7975 a 7976 do processo).

5.4.1 Utilização de informação confidencial como meio de prova

39. Para efeitos de imputação às empresas 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 Primedrinks, Auchan, MCH, Pingo Doce, ITMP e Lidl, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012.
40. Para o efeito a AdC adotou, em 20.10.2020, sentido provável da decisão de levantamento de confidencialidades. Na mesma deliberação 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, bem como revisse a classificação inicialmente efetuada, previamente à sua utilização pela Autoridade como meio de prova para demonstração da infração²⁶.
41. A Visada Auchan apresentou a sua resposta em 30.10.2020²⁷. As Visadas Lidl e ITMP pronunciaram-se em 02.11.2020²⁸. A Pingo Doce, MCH e Primedrinks, por sua vez, apresentaram a sua pronúncia em 03.11.2020²⁹.
42. A Lidl manifestou a sua discordância face ao sentido provável de decisão *supra* referido, dado entender estar em causa informação “*referente ao posicionamento e atividade da Lidl no mercado*”, bem como informação “*essencial para a atividade da Lidl, quer em Portugal, quer no seu todo enquanto Grupo Empresarial*”.
43. A ITMP, por sua vez, nada opôs ao sentido provável de decisão da AdC, por entender de tal informação não poder ser retirada a existência de qualquer acordo ou prática concertada restritiva da concorrência, estando em causa uma “*mera e infundamentada conclusão*” da Autoridade.

²⁶ Cf. ofícios com as referências internas n.º S-AdC/2020/4803, S-AdC/2020/4804, S-AdC/2020/4805, S-AdC/2020/4806, S-AdC/2020/4807 e S-AdC/2020/4808, fls. 8132 a 8155 do processo.

²⁷ Cf. fls. 8331 do processo.

²⁸ Cf., respetivamente, fls. 8309 a 8315 e 8305 a 8306 do processo.

²⁹ Cf., respetivamente, fls. 8332 a 8335, 8341 a 8344 e 8336 a 8340 do processo.

44. Quanto à Pingo Doce, defendeu esta empresa só poderem ser utilizadas as versões não confidenciais da informação em apreço, dado terem estas sido já objeto de decisão final da AdC no âmbito do procedimento de tratamento de confidencialidades, no âmbito do qual a visada teve oportunidade de pronunciar-se.
45. A MCH, por seu turno, manifestou a sua concordância parcial ao ofício *supra* mencionado, fundando o seu desacordo face à remanescente informação identificada como confidencial na “*sensibilidade inibitória da sua divulgação e exposição*, tout court, e qua tale, *na Decisão Final*”.
46. Relativamente à Primedrinks, entendeu esta não advir dano da divulgação das informações vertidas nos documentos Primedrinks186, Primedrinks273 e Primedrinks836 às demais visadas, entendimento este não aplicável a terceiros. Quanto à restante informação, entendeu não poder ser levantada a sua confidencialidade.
47. Por fim, a Auchan assentiu na utilização integral da informação confidencial que lhe fora notificada.
48. Recebidas e analisadas as referidas pronúncias, a Autoridade, mediante a adoção e notificação às Visadas de decisão final em 04.12.2020³⁰, 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.
49. 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, designadamente 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 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.

³⁰ Cf. fls. 8372 a 8396 do processo.

6 Prorrogação do prazo de inquérito

50. Por deliberações de 20.09.2018 e 20.12.2018, o Conselho de Administração da AdC decidiu prorrogar o prazo para a fase de inquérito, nos termos e para os efeitos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, em virtude da necessidade de proceder à apreciação da prova, das confidencialidades identificadas e de várias nulidades arguidas pelas Visadas (fls. 1132 e 2899 a 2900 do processo).
51. O prazo da fase de inquérito terminou, assim, em 21.03.2019.

7 Decisão de Inquérito – Nota de Ilícitude

52. Por decisão adotada em 21.03.2019, 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 numa prática concertada de “*hub and spoke*” restritiva da concorrência, que se concretiza na existência de contactos entre as empresas de distribuição visadas, efetuados de forma indireta, através do fornecedor, para fixar os PVP de um conjunto de produtos da Primedrinks e, dessa forma, promover, garantir ou manter um alinhamento horizontal desses PVP no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar por um determinado período temporal, proibidos pelas alíneas *a)* e *b)* 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.
53. Nesse pressuposto, o Conselho de Administração da AdC decidiu encerrar o inquérito e dar início à instrução do processo contraordenacional, nos termos e para os efeitos da alínea *a)* do n.º 3 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, através da adoção e notificação de uma Nota de Ilícitude às Visadas, que aqui se dá por integralmente reproduzida (fls. 3360 a 3681 do processo).
54. O Conselho de Administração da AdC procedeu, assim, à imputação de uma infração ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE a cada uma das Visadas, em regime de comparticipação (sob a forma de coautoria).
55. Na mesma decisão, o Conselho de Administração da AdC determinou proceder ao arquivamento do processo em relação às empresas Auchan Portugal – Investimentos (SGPS), S.A., Jerónimo Martins – SGPS, S.A., Sonae MC, SGPS, S.A. e Modelo Continente, SGPS, S.A. nos termos do disposto na alínea *b)* do n.º 3 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012.

56. O encerramento do inquérito e o início da instrução, mediante a adoção de Nota de Illicitude, bem como o arquivamento relativo a determinadas empresas, foi notificado a todas as Visadas, por ofícios expedidos pela AdC em 22.03.2019 (fls. 3876 a 3895 do processo).
57. 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 Illicitude para, querendo, se pronunciarem sobre o conteúdo da mesma, em conformidade com o disposto no n.º 1 do artigo 25.º da Lei n.º 19/2012, e no artigo 50.º do Regime Geral das Contraordenações (“RGCO”), aplicável *ex vi* do n.º 1 do artigo 13.º da Lei n.º 19/2012.

7.1 Prorrogação do prazo de pronúncia à Nota de Illicitude

58. Em 16.04.2019, em resposta aos requerimentos apresentados pelas Visadas MCH, Pingo Doce, Lidl, ITMP, Auchan e Primedrink, o prazo de pronúncia sobre a Nota de Illicitude foi prorrogado pela AdC por um período adicional de 30 (trinta) dias úteis, até ao dia 27.06.2019, aproveitando a todas as Visadas, com o intuito de disponibilizar o tempo e os recursos necessários ao exercício pleno dos direitos de defesa (cf., respetivamente, fls. 3943 a 3945, 4002 a 4007, 4034 a 4037, 4040 a 4043 e 4050 a 4051 do processo e fls. 4053, 4061, 4065, 4068, 4071, 4074 e 4077 do processo).

7.2 Suspensão e retoma da contagem do prazo de pronúncia à Nota de Illicitude

59. Por despacho de 12.05.2019, no seguimento do recurso interlocutório interposto pela Visada MCH quanto a decisão final sobre pedidos de proteção de 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.
60. A suspensão do processo produziu efeitos a 16.05.2019, data em que o despacho do TCRS foi notificado à AdC.
61. 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.

62. Consequentemente, em 19.06.2019, o Conselho de Administração da AdC suspendeu o prazo de pronúncia sobre o conteúdo da Nota de Ilícitude 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 16.05.2019.
63. Em 09.12.2019, o Tribunal da Relação de Lisboa (“TRL”) veio alterar o efeito do recurso no âmbito do processo n.º 228/18.7YUSTR-E, levantando o efeito suspensivo do PRC/2017/13.
64. Em virtude da alteração do efeito do recurso por parte do TRL, o Conselho de Administração da AdC deliberou, a 20.12.2019, em relação ao processo, levantar a suspensão do prazo de pronúncia sobre o conteúdo da Nota de Ilícitude e notificar as Visadas da retoma de contagem do respetivo prazo de pronúncia, que foi realizado na mesma data.
65. Assim, o prazo remanescente para a apresentação de pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude retomou a sua contagem a 20.12.2019, tendo, desta forma, terminado no dia 04.02.2020.

8 Consultas do processo e obtenção de cópias

66. Após a adoção da Nota de Ilícitude foram efetuados os seguintes pedidos de consulta do processo e de obtenção de cópias pelas Visadas:
 - i) Pela Primedrinks:
 - Em 26.03.2019, requereu cópia da versão não confidencial do processo, tendo a AdC deferido o pedido na mesma data. Ademais, a Autoridade informou a Visada da possibilidade de consulta da versão confidencial do Processo em suporte digital nas suas instalações (cf., respetivamente, fls. 3941 a 3942 e 3936 do processo);
 - O levantamento de cópias e a consulta presencial, ambos em suporte digital, ocorreram em 27.03.2019 (fls. 3965 do processo) e 24.06.2019 (fls. 4213 do processo), respetivamente;

ii) Pela Auchan:

- Em 25.03.2019, requereu a consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC e a obtenção, com caráter de urgência, de cópia da versão não confidencial do mesmo, pedido deferido pela Autoridade em 26.03.2019 (cf., respetivamente, fls. 3908 e 3949 do processo);
- A consulta presencial e o levantamento de cópias, ambos em suporte digital, ocorreram em 27.03.2019 (fls. 3961 a 3962 e 3954 do processo);
- Em 31.05.2019, na sequência de alteração de representação e patrocínio, requereu consulta urgente da versão confidencial do processo e cópias de versões confidentiais e não confidentiais do mesmo. Em 04.06.2019 a AdC deferiu os pedidos de consulta e obtenção de cópia da versão confidencial do processo (cf., respetivamente, fls. 4119 a 4122, 4124 a 4127 e 4132 do processo);
- A consulta presencial ocorreu entre 03.06.2019 e 07.06.2019 e em 14.06.2019 (fls. 4131, 4135, 4138, 4147, 4151, 4156 e 4160 do processo) e o levantamento de cópias em 05.06.2019 (fls. 4137 do processo), ambos em suporte digital;
- Em 18.06.2019, a Visada alegou, em requerimento urgente dirigido ao Conselho de Administração da Autoridade, não ter obtido resposta ao pedido de acesso apresentado em 31.05.2019, não obstante este acesso se ter efetivado conforme disposto no ponto *supra* (cf. fls. 4172 a 4173 do processo);
- Em 03.03.2020, requereu a consulta da versão confidencial do processo, pedido deferido pela AdC na mesma data (cf., respetivamente, fls. 6224 e 6227 do processo);
- A consulta presencial em suporte digital ocorreu em 10 e 11.03.2020 (fls. 6231 e 6233 do processo);

iii) Pela MCH:

- Em 27.03.2019, requereu cópia da versão não confidencial do Processo, pedido deferido pela Autoridade em 28.03.2019 (cf., respetivamente, fls. 3974 a 3975 e 3981 do processo);
- O levantamento de cópias em formato digital ocorreu em 29.03.2019 (fls. 3998 do processo);

- Em 22.05.2019, requereu a consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC, tendo a Autoridade deferido o pedido na mesma data (cf., respetivamente, fls. 4109 a 4110 e 4112 do processo);
- A consulta presencial em suporte digital ocorreu em 28.05.2019 (fls. 4117 a 4118 do processo);
- Em 18.11.2019, requereu cópia da versão não confidencial do processo, a partir das fls. 3359 (exclusive) em diante, pedido deferido pela AdC em 02.12.2019 (cf., respetivamente, fls. 4220 a 4221 e 4423 do processo);
- O levantamento de cópias em formato digital ocorreu em 06.12.2019 (fls. 4425 do processo);
- Em 16.09.2020, requereu cópia da versão não confidencial da prova digital que consta do processo, pedido deferido pela Autoridade em 28.09.2020, nos termos do qual se disponibilizou a referida cópia em suporte digital através de *link* (cf., respetivamente, fls. 7974 e 7985 a 7986 do processo).

iv) Pela Pingo Doce:

- Em 01.04.2019, requereu a consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC, bem como a cópia e envio da versão não confidencial do mesmo, tendo a Autoridade deferido o pedido em 02.04.2019 (cf., respetivamente, fls. 4002 a 4007 e 4019 do processo);
- A consulta presencial em suporte digital ocorreu em 15.04.2019, 16.04.2019, 22.04.2019 e em 23.05.2019 (fls. 4018, 4056, 4052 e 4114 do processo). Não foram levantadas cópias em formato digital;
- Em 20.12.2019, requereu a consulta urgente da versão confidencial do processo, a cópia e envio da versão não confidencial do mesmo, a partir das fls. 2883, bem como a cópia de documentos das fls. 1 a 2882 que, desde o último acesso pela Requerente (em 01.04.2019), tivessem sido disponibilizados nas suas versões não confidenciais (cf. fls. 4477 a 4478 do processo). A AdC deferiu o pedido em 03.01.2020 (cf. fls. 4510 do processo);
- O levantamento de cópias em formato digital ocorreu em 06.01.2020 (fls. 4515 do processo). Não se realizaram consultas presenciais ao processo nas instalações da AdC;

- Em 09.06.2020, requereu a consulta da versão confidencial do processo, a obtenção de cópia da versão confidencial e o envio de cópia da versão não confidencial do mesmo a partir da fls. 4510. A Visada solicitou, ainda, cópia dos documentos vertidos nas fls. 1 a 4509 que, desde o seu último acesso (em 20.12.2019), tivessem sido disponibilizados nas suas versões não confidenciais (cf. fls. 6327 a 6328-A do processo). A AdC deferiu o pedido em 29.06.2020, tendo ressalvado que a versão não confidencial do processo se encontrava em preparação, pelo que a Requerente seria informada do momento a partir do qual a mesma estaria disponível (cf. fls. 6726 do processo), não obstante a versão confidencial do processo se encontrar disponível para consulta nas instalações da Autoridade;
 - Em 06.08.2020, a Visada reiterou o seu pedido, firmado na imprescindibilidade do acesso para a efetivação dos seus direitos de defesa noutros quatro processos contraordenacionais que correm termos na Autoridade e nos quais é também visada (cf. fls. 7662 a 7664 do processo);
 - Em 10.08.2020, a AdC apresentou a sua resposta ao requerimento *supra* referido, sublinhando o facto de a Visada dispor já de cópia da versão não confidencial dos autos até às fls. 4509 (correspondente ao dia 02.01.2020). Ademais, a Autoridade reforçou o facto de nos documentos cuja cópia não podia ainda ter sido disponibilizada estarem em causa versões não confidenciais das pronúncias à Nota de Ilícitude, cujo procedimento de classificação, tratamento e validação se encontrava, ainda, a ser ultimado com as Visadas, entre as quais, a Pingo Doce (cf. fls. 7665 a 7667 do processo);
 - Em 22.10.2020, 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 (cf. fls. 8164 a 8166 do processo). Em 18.11.2020, a Autoridade informou a Visada de que o acesso ao processo poderia ser efetivado (cf. fls. 8349 a 8351 do processo), tendo disponibilizado a referida cópia simples em suporte digital através de *link*;
- v) Pela Cooplecnorte:

- Em 25.03.2019, requereu a consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC, pedido deferido pela Autoridade em 26.03.2019 (cf., respetivamente, fls. 3911 a 3912 e 3928 do processo);
- A consulta presencial em suporte digital ocorreu em 01.04.2019 (fls. 4012 a 4013 do processo);
- Em 02.04.2019, requereu cópias em formato digital de todos os documentos apreendidos à co-Visada Primedrinks (cf. fls. 4025 a 4033 do processo), pedido deferido pela Autoridade;
- O levantamento de cópias em suporte digital ocorreu em 03.04.2019 (fls. 4022 do processo);
- Em 31.07.2020, requereu cópia da versão não confidencial do processo, pedido deferido pela AdC na mesma data, com a ressalva de que a versão não confidencial do mesmo se encontrava ainda em preparação e de que à Visada seria comunicado o momento da sua conclusão (cf., respetivamente, fls. 7382 e 7418 do Processo);

vi) Pela ITMP:

- Em 25.03.2019, requereu a consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC e a obtenção de cópia da versão não confidencial do mesmo, tendo a Autoridade deferido o pedido em 26.03.2019 (cf., respetivamente, fls. 3909 a 3910 e 3923 do processo);
- A consulta presencial e o levantamento de cópias, ambos em suporte digital, ocorreram em 27.03.2019 (fls. 3966 a 3967 e 3952 do processo);

vii) Pela Lidl:

- Em 25.03.2019, a Lidl requereu a consulta da versão confidencial do processo nas instalações da AdC, tendo a Autoridade deferido o pedido em 26.03.2019 (cf., respetivamente, fls. 3913 e 3932 do processo);
- A consulta presencial em suporte digital ocorreu entre 27.03.2019 e 29.03.2019, entre 1 e 02.04.2019, em 07.06.2019 e em 12.06.2019 (fls. 3968, 3979, 3996 a 3997, 4008 a 4009, 4015 a 4016, 4158 e 4159 do processo);
- Em 27.03.2019, a Lidl requereu a obtenção de cópia da versão não confidencial do processo, pedido deferido pela Autoridade em 28.03.2019 (cf., respetivamente, fls. 3976 e 3994 do processo);

- O levantamento de cópias em suporte digital ocorreu em 02.04.2019 (cf. fls. 4017 do processo);
- Em 21.10.2020, a Lidl requereu a consulta da versão confidencial do Processo nas instalações da AdC, tendo a Autoridade deferido o pedido em 22.10.2020 (cf. fls. 8156 a 8159 do processo); e
- A consulta presencial em suporte digital ocorreu em 26.10.2020, 27.10.2020 e 03.11.2020 (cf. fls. 8168 a 8175 e 8316 do processo);
- Em 27.10.2020, a Lidl requereu a obtenção de cópias das versões não confidenciais das pronúncias escritas sobre a Nota de Ilícitude das demais Visadas, tendo a AdC deferido o pedido, sob condição de conclusão da preparação destas versões, em 28.10.2020 (cf., respetivamente, fls. 8179 a 8180 e 8307 a 8308-A do processo). Em 18.11.2020, a Autoridade informou a Visada de que o acesso ao processo poderia ser efetivado (cf. fls. 8355 a 8357 do processo).

9 Respostas à Nota de Ilícitude

67. Entre 29.01.2020 e 04.02.2020, as Visadas apresentaram, individualmente, as suas pronúncias escritas sobre a Nota de Ilícitude (“PNI”), que aqui se dão por integralmente reproduzidas e às quais a AdC se referirá doravante na presente Decisão, conjuntamente, por “Pronúncia das Visadas” ou “PNI das Visadas”:

- i) Em 29.01.2020, apresentou a sua pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude a Visada Primedrinks³¹ (doravante individualmente designada “PNI Primedrinks”);
- ii) Em 30.01.2020, apresentaram a sua pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude as Visadas Lidl³² (doravante individualmente designada “PNI Lidl”), Cooplecnorte³³ (doravante individualmente designada “PNI Cooplecnorte”) e Auchan³⁴ (doravante individualmente designada “PNI Auchan”);

³¹ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/497 (fls. 4531 a 4547 do processo).

³² Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/541 (fls. 5038 a 5238 do processo).

³³ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/541 (fls. 5038 a 5238 do processo).

³⁴ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/533 (fls. 4671 a 4861 do processo).

- iii) Em 03.02.2020, apresentaram a sua pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude as Visadas Pingo Doce³⁵ (doravante individualmente designada “PNI Pingo Doce”) e ITMP³⁶ (doravante individualmente designada “PNI ITMP”); e
- iv) Em 04.02.2020, apresentou a sua pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude a Visada MCH³⁷ (doravante individualmente designada “PNI MCH”).

68. Para além de contestarem, em geral e/ou em concreto, as imputações factuais que lhes são dirigidas na Nota de Ilícitude e de invocarem erros nos pressupostos de direito e na subsunção dos factos ao direito (questões sobre as quais a AdC se pronunciará, respetivamente, nas secções III e IV da presente Decisão), algumas Visadas invocam aquilo que qualificam como “questões prévias”, relativas a alegadas nulidades e inconstitucionalidades (sobre as quais a AdC se pronunciará na secção II da presente Decisão).

10 Audição Oral

69. Na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude, a Visada Cooplecnorte requereu a realização de audição oral, tendo indicado, para prestar esclarecimentos, **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (aderente do Movimento E.Leclerc³⁸), **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (aderente do Movimento E.Leclerc³⁹), **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (diretor geral da Cooplecnorte) e **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (diretor comercial da Cooplecnorte).
70. A referida audição realizou-se nos dias 02.07.2020 e 03.07.2020, através de vídeo-conferência, via Microsoft Teams⁴⁰, tendo sido gravada e autuada por termo, nos termos do n.º 6 do artigo 26.º da Lei n.º 19/2012 (cf. fls. 6767 a 6769 e 6765 do processo).

³⁵ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/585 (fls. 5593 a 6025 do processo).

³⁶ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/566 (fls. 5261 a 5592 do processo).

³⁷ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/610 (fls. 6026 a 6125 do processo).

³⁸ Vide *infra* parágrafo 602.

³⁹ Vide *infra* parágrafo 602.

⁴⁰ A realização da audição oral através de meios telemáticos, bem como os procedimentos adotados aquando da assinatura do termo, justificaram-se pelo contexto relativo à COVID-19 e, em particular, às medidas preventivas adotadas de forma a mitigar eventuais riscos de saúde pública, tendo todos os presentes sido informados e dado o seu consentimento expresso para estes efeitos e considerando-se cumpridos os requisitos previstos no artigo 26.º da Lei da Concorrência.

71. Na audiência oral estiveram presentes os mandatários legalmente constituídos pela Visada Cooplecnorte, bem como as pessoas indicadas pela Visada (*supra* identificadas) para prestar esclarecimentos.
72. Em 21.07.2020, em cumprimento do disposto no n.º 8 do artigo 26.º da Lei n.º 19/2012, a cópia do termo de realização da audiência oral e a respetiva gravação foi notificada às co-Visadas (fls. 7073 a 7102 do processo).
73. Na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilcitude, também a Visada Lidl requereu a realização de audiência oral, tendo indicado, para prestar esclarecimentos, **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (Diretor Jurídico e *Compliance Officer* da Lidl) e **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (Diretor do Departamento de Concorrência de Schwarz Dienstleistung KG - Grupo Lidl).
74. A referida audiência realizou-se no dia 10.07.2020, através de vídeo-conferência, via Microsoft Teams⁴¹, tendo sido gravada e autuada por termo, nos termos do n.º 6 do artigo 26.º da Lei n.º 19/2012 (cf. fls. 6843 a 6845 e 6862 do processo).
75. Na audiência oral estiveram presentes os mandatários legalmente constituídos pela Visada Lidl, bem como as pessoas indicadas pela Visada (*supra* identificadas) para prestar esclarecimentos e **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, intérprete, cuja presença foi indicada pelos mandatários da Visada Lidl.
76. Em 28.07.2020, em cumprimento do disposto no n.º 8 do artigo 26.º da Lei n.º 19/2012, a cópia do termo de realização da audiência oral e a respetiva gravação foi notificada às co-Visadas (cf. fls. 7214 a 7243 do processo).
77. Relativamente às declarações prestadas no âmbito das duas audições orais realizadas, será feita referência às mesmas ao longo da presente Decisão na medida em que estas relevem para as temáticas em análise.

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

11 Diligências Complementares de Prova

11.1 Diligências complementares de prova requeridas

78. Na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude, a Visada ITMP requereu a inquirição das testemunhas **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (responsável comercial de marcas nacionais na ITMP), **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (aderente do grupo Intermarché, que explora a loja da insígnia em São Domingos de Rana) e **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (aderente do grupo Intermarché, que explora as lojas da insígnia na Covilhã e no Fundão).
79. Na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude, para esclarecimento dos factos apresentados na secção II, a Visada MCH requereu a inquirição das testemunhas **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (Diretora Comercial da MCH) e **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (Area Leader no Planeamento e Controlo de Gestão da MCH).
80. Na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude, a Visada Auchan requereu a inquirição das testemunhas **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (responsável de mercado na Auchan entre 2004 e 2014) e **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (atual responsável de mercado e auditoria na Auchan).
81. A Auchan requereu ainda, a título de diligências complementares de prova, a realização de um estudo e análise aprofundada sobre o funcionamento e estrutura do mercado de retalho alimentar em Portugal (“Estudo”)⁴².
82. Atendendo às funções exercidas pelas testemunhas, ao presumível conhecimento direto de factos relevantes para a boa decisão do processo, bem como ao tipo de diligência em causa, a Autoridade deferiu a realização de todas as inquirições

⁴² Em concreto, a Auchan requereu a realização de um “*estudo e análise aprofundada que compreenda:*

- *Funcionamento e estrutura do mercado, designadamente a nível local;*
- *Mecanismo de formação de preços nesses mercados;*
- *Nível de transparência e de reação dos agentes de mercado a movimentos de preços;*
- *Exata definição do mercado geográfico para cada produto abrangido pela infração;*
- *Peso relativo dos mercados (locais) dos produtos abrangidos pela infração;*
- *Evolução dos preços de mercado e estrutura de custos para os produtos abrangidos pela infração”.*

requeridas, procedendo à notificação das testemunhas e das Visadas ITMP, MCH e Auchan das datas e horas para a realização das diligências de inquirição⁴³.

83. Entre 29.06.2020 e 03.07.2020, ocorreram diversas interações entre a AdC e a MCH a respeito do agendamento das diligências⁴⁴, em razão da invocada indisponibilidade de testemunhas e mandatários para as datas designadas pela AdC para a referida inquirição.
84. Em 03.07.2020, considerando o teor das referidas interações, em particular o facto de não ter sido apresentada à AdC uma justificação concreta para a alegada indisponibilidade das testemunhas e dos mandatários da MCH nas datas alternativas indicadas pela AdC, bem como o facto de as alegadas e sucessivas indisponibilidades dos referidos intervenientes não encontrarem esteio na lei, a AdC indeferiu o pedido de reagendamento e, a pedido da MCH⁴⁵, desconvocou as testemunhas indicadas por aquela visada, dando assim por canceladas as inquirições solicitadas.
85. A não realização das diligências foi objeto de comunicação às testemunhas, por ofícios enviados por correio registado⁴⁶.
86. Em 04.07.2020, a Auchan apresentou um requerimento através do qual⁴⁷:
- i) Prescindiu da realização das diligências de inquirição que requereu em sede de PNI, uma vez que requereu a inquirição das mesmas testemunhas enquanto diligência complementar de prova no âmbito do processo contraordenacional registado sob a referência interna n.º PRC/2017/1 (“PRC/2017/1”), tendo-se essa diligência realizado a 22.06.2020, bem como, de acordo com o apurado junto da Autoridade, esta não pretender obter esclarecimentos adicionais das referidas testemunhas no âmbito do processo; e

⁴³ Cf. fls. 6296 a 6316 do processo.

⁴⁴ Cf. referências internas n.º E-AdC/2020/3310, de 29.06.2020 (fls. 6729 do processo), n.º S-AdC/2020/2170, de 30.06.2020 (fls. 6745 a 6746 do processo), n.º E-AdC/2020/3568, de 02.07.2020 (fls. 6749 a 6753 do processo) e n.º S-AdC/2020/2199, de 03.07.2020 (fls. 6756 a 6757 do processo).

⁴⁵ Cf. referência interna n.º S-AdC/2020/2199, de 03.07.2020 (fls. 6756 a 6757 do processo).

⁴⁶ Cf. referência interna n.º S-AdC/2020/2200 e n.º S-AdC/2020/2201, de 03.07.2020 (fls. 6761 a 6764 do processo).

⁴⁷ Cf. comunicação com registo de entrada n.º E-AdC/2020/3652, de 06.07.2020 (fls. 6771 a 6772 do processo).

ii) Requereu a extração de certidão dos autos das inquirições realizadas no âmbito do PRC/2017/1 e que fossem os mesmos, uma vez expurgada a informação relativa a outras visadas desse processo, juntos aos autos do processo, fazendo deles parte integrante e servindo como substituto dos resultados das diligências aí requeridas.

87. A AdC deferiu o pedido de extração de certidão dos autos das inquirições realizadas no dia 22.06.2020 às testemunhas **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** e **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, no âmbito do PRC/2017/1, para o processo, nos termos requeridos⁴⁸.
88. A não realização das diligências em causa no âmbito do processo foi objeto de comunicação às testemunhas, por ofícios enviados por correio eletrónico⁴⁹.
89. A 21.07.2020 foi extraída certidão de teor dos autos das inquirições realizadas no dia 22.06.2020 às testemunhas **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** e **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, no âmbito do PRC/2017/1, em conformidade com os originais, expurgada a informação relativa a outras visadas, para o processo, através de termo que foi junto aos autos⁵⁰.
90. Em 16.06.2020, foi a Auchan informada de que a AdC pretendia, pelos fundamentos expostos no sentido provável de decisão notificado (“SPD”), indeferir o pedido de realização do Estudo e que, querendo, podia pronunciar-se sobre o indeferimento parcial do seu pedido de diligências complementares de prova⁵¹.
91. Em 30.06.2020, a Auchan submeteu à AdC a sua pronúncia escrita sobre o SPD⁵², alegando, essencialmente, que a AdC não logrou fundamentar o carácter irrelevante e dilatório com que qualifica a realização do Estudo.
92. Em 10.07.2020, analisada a pronúncia escrita da Auchan e ponderados os elementos em causa, a AdC adotou uma decisão final, concluindo pela manutenção do SPD, considerando que a realização do Estudo no contexto do presente processo e em face dos elementos constantes dos autos (que já incluem uma análise dessa natureza) e das

⁴⁸ Cf. ofício da AdC n.º S-AdC/2020/2229, de 06.07.2020 (fls. 6773 e 6778 a 6780 do processo).

⁴⁹ Cf. referência interna n.º S-AdC/2020/2229, de 06.07.2020 (fls. 6773 a 6777 do processo).

⁵⁰ Cf. fls. 7650 a 7656 do processo.

⁵¹ Cf. referência interna n.º S-AdC/2020/1915, de 16.06.2020 (fls. 6618 a 6619 do processo).

⁵² Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/3395, de 30.06.2020 (fls. 6739 a 6744 do processo).

demais diligências complementares de prova a realizar na fase de instrução, se revestia de um caráter manifestamente irrelevante e dilatatório⁵³.

93. A AdC indeferiu, assim, parcialmente, o pedido de diligências complementares de prova apresentado pela Auchan.
94. A inquirição das três testemunhas indicadas pela ITMP ocorreu nos dias 8 e 09.07.2020, tendo os mandatários da ITMP estado presentes, acompanhado a totalidade das diligências e solicitado às testemunhas os esclarecimentos que entenderam convenientes.
95. Durante a inquirição da testemunha **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** (indicada pela ITMP), a instrutora do processo que conduziu a inquirição solicitou a apresentação de um documento⁵⁴.
96. Em 17.07.2020, os mandatários da ITMP submeteram à AdC cópia do referido documento, solicitando que, atenta a natureza do mesmo, este fosse considerado como integralmente confidencial⁵⁵.
97. Em 20.07.2020, a AdC deferiu o respetivo pedido de proteção de confidencialidade⁵⁶.
98. Nos termos do n.º 8 do artigo 18.º da Lei da Concorrência, foi lavrado auto das diligências de inquirição realizadas, que, depois de integralmente lido, revisto e compreendido por todos os presentes e uma vez assinado pela instrutora do processo que conduziu a diligência, foi enviado em formato *pdf*. por correio eletrónico para os endereços das testemunhas inquiridas e dos mandatários legais presentes que, considerando o auto conforme às declarações prestadas, o imprimiram e assinaram, reencaminhando-o pela mesma via para a referida instrutora, confirmando a sua concordância com a conformidade do auto⁵⁷.

⁵³ Cf. referência interna n.º S-AdC/2020/3046, de 10.07.2020 (fls. 6855 a 6858 do processo).

⁵⁴ A saber, a minuta do contrato de adesão que é normalmente celebrado entre o grupo Intermarché e os aderentes (fls. 6994 a 7018 do processo).

⁵⁵ Cf. referência interna n.º E-AdC/2020/4419 (fls. 6991 a 6993 do processo).

⁵⁶ Cf. ofício da AdC n.º S-AdC/2020/3353, de 20.07.2020 (fl. 7070 do processo).

⁵⁷ Cf. Autos de inquirição juntos ao processo (fls. 6781 a 6784, 6786 a 6789, 6791 a 6793, 6794 a 6797, 6798 a 6802, 6803 a 6807, 6808 a 6812, 6813 a 6817, 6818 a 6822, 6823 a 6826, 6828 a 6832 e 6833 a 6837 do processo).

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

11.2 Relatório das diligências complementares de prova e Pronúncia das Visadas

100. O relatório das diligências complementares de prova, bem como os elementos probatórios juntos aos autos em resultado das mesmas⁵⁸, foi aprovado pelo Conselho de Administração da AdC a 04.08.2020 e, na mesma data, notificado a todas as Visadas, fixando-se um prazo de 10 (dez) dias úteis para que, querendo, se pronunciassem nos termos do n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência⁵⁹.
101. Em 17.08.2020, a Auchan apresentou a sua pronúncia escrita às diligências complementares de prova⁶⁰.
102. No que às inquirições diz respeito, sublinhou o facto de resultar das declarações das testemunhas **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** e **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** o facto de a Auchan pautar o seu comportamento por uma política competitiva, isenta dos desígnios dos demais concorrentes e fornecedores.
103. Destacou, ainda, resultar claro do testemunho prestado por **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** o facto de o PVP recomendado ser submetido no sistema *Sirius* tão-só para a criação de uma ficha de produto, bem como o facto de ser cada loja livre de determinar o seu preço, sem intervenção da central, por forma a cumprir a política instalada pela administração da Auchan de praticar preços competitivos na sua área de influência, a qual, com efeito, era conhecida e respeitada pelos seus colaboradores e fornecedores.
104. A Auchan colocou, ainda, em relevo o testemunho de **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, gestor de produto, do qual considerou não poder deixar de se retirar o facto de os preços dos produtos serem determinados pelas respetivas lojas, na pessoa do seu responsável de mercado, em função do *shopping* recolhido, do preço de custo dos produtos e da sua política de posicionamento de preço, e não pelo responsável de oferta, a única figura com atribuições para alterar a nível central os preços das lojas.

⁵⁸ Estes, nas respetivas versões não confidenciais, se aplicável.

⁵⁹ Cf. fls. 7597 a 7634 do processo.

⁶⁰ Cf. fls. 7815 a 7819 do processo.

105. Em 18.08.2020, a Pingo Doce invocou, em sede de pronúncia às diligências complementares de prova, uma questão prévia relativa a alegada nulidade decorrente de não ter sido notificado e não ter estado presente nas audições orais das co-Visadas, considerando-o, como tal, uma violação ao seu direito à audiência e defesa⁶¹.
106. Contestou, entre outros, o parágrafo 37 do relatório das diligências complementares de prova e, deste modo, reiterou nortear-se pelos princípios da livre concorrência na sua relação com concorrentes e fornecedores.
107. Em 03.09.2020, a MCH requereu extração do teor de parte da sua pronúncia às diligências complementares de prova realizadas no âmbito do PRC/2017/1⁶², o que foi deferido e realizado, a 23.10.2020, através de extração de certidão do documento em causa, junto aos autos do processo⁶³.
108. Destarte, veio a MCH questionar o testemunho prestado por **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, nomeadamente quanto à qualidade e valores das margens de venda e prestação de serviços avançadas por esta testemunha. A MCH declarou retirar do contexto em questão que, nas afirmações da referida testemunha, apenas podem estar em causa margens brutas. Assim, e confrontando os valores apurados nos documentos de prestação de contas do ano de 2018 da MCH e da Auchan, contestou o valor apontado pela testemunha.
109. Relativamente às declarações prestadas pelas testemunhas nas inquirições, será feita referência às mesmas ao longo da presente Decisão na medida em que estas relevem para as temáticas em análise.

12 Prorrogação do prazo de instrução

110. Por deliberação de 19.03.2020, o Conselho de Administração da AdC decidiu prorrogar o prazo para a fase de instrução, nos termos e para os efeitos do n.º 2 do artigo 29.º da Lei n.º 19/2012, em virtude do período em que o prazo de pronúncia sobre o conteúdo da Nota de Ilícitude esteve suspenso, nos termos detalhados em 7.2 *supra*, e da necessidade de realizar diversos trabalhos antes de a AdC se encontrar em condições

⁶¹ Cf. fls. 7820 a 7822 do processo.

⁶² Cf. fls. 7956 a 7970 do processo.

⁶³ Cf. fls. 8160 a 8163 do processo.

de concluir a instrução e do contexto relativo à COVID-19 (cf. fls. 6237 a 6264 do processo).

111. O prazo da fase de instrução termina, assim, em 21.03.2021.

II. DAS QUESTÕES PRÉVIAS

112. No presente capítulo, analisar-se-ão nulidades e irregularidades invocadas pelas Visadas MCH, Pingo Doce, Auchan e ITMP, umas em sede de pronúncia à Nota de Ilicitude, outras invocadas em requerimentos avulsos constantes dos autos.
113. 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.
114. Em conjunto, as Visadas suscitaram um total de 16 questões, sendo 8 qualificadas como “Questões Prévias”.
115. Previamente à análise de cada um dos temas em suscitados, impõe-se um esclarecimento sobre a natureza e a finalidade das questões prévias.
116. A esse propósito o TCRS, recentemente⁶⁴, 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 adjectiva (traduzidos na incompetência do Tribunal ou ilegitimidade)”*.
117. 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 duto argumentário expendido, pelas Recorrentes, não raras vezes, projecta-se numa indesejável interferência com o mérito da causa, demonstrando, por isso e por si mesmo, que se arrima na pretensão de impugnar a decisão final mas denunciando a inidoneidade adjectiva da invocação de questões prévias, de natureza procedimental, para contraditar a decisão final proferida”*.

⁶⁴ Cf. Sentença do TCRS, de 30.09.2020, referente ao caso Proc. n.º 322/17.1YUSTR (caso EDP/Continente).

118. 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.

13 Da nulidade da Nota de Ilícitude derivada da alegada proibição de prova

13.1 Posição das Visadas MCH e ITMP

119. 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*.
120. 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.
121. Para tanto, refere que o legislador, aquando da revisão da Lei da Concorrência, se absteve de introduzir qualquer referência específica às mensagens de correio eletrónico, eliminando a previsão expressa constante do n.º 1 do artigo 16.º⁶⁵ do Projeto de Proposta de Lei do Governo que aprova o Regime Jurídico da Concorrência.
122. 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.
123. Para a MCH existe, assim, uma omissão intencional do legislador em prever na Lei da Concorrência 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

⁶⁵ 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”.

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

124. 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 Ministério Público seja inexistente ou, no mínimo, nulo por violação do princípio da legalidade, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 126.º do CPP, nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º, nos n.ºs 8 e 10 do artigo 32.º e no n.º 4 do artigo 34.º da CRP, constituindo tal apreensão por parte da AdC uma violação direta do disposto nos n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º e no n.º 4 do artigo 34.º da CRP. Como tal e, por consequência, a prova obtida será proibida.

13.2 Posição da Autoridade

125. Decorre da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012 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*”.
126. 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.
127. Deste modo, a intenção do legislador foi, tão só, mas inequivocamente, criar uma formulação (mais) ampla, permitindo abranger qualquer documento independentemente do local, físico ou digital, em que o mesmo se encontre guardado ou armazenado; ao invés de criar um normativo que especificamente refira as mensagens de correio eletrónico, esta formulação ampla dá margem à Autoridade para apreender qualquer prova documental, independentemente da sua natureza ou do seu suporte, entre a qual, naturalmente, as mensagens de correio eletrónico abertas/lidas estão incluídas.
128. Adicionalmente, é necessário ter em consideração que mesmo antes da entrada em vigor da atual Lei da Concorrência, 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.
129. Ora, pelo contrário, a atual Lei permite, expressamente, apreender qualquer documentação independentemente do seu suporte.

130. 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.
131. A partir do momento em que determinada carta é aberta e lida deixa de ser uma carta fechada e, portanto, deixa de beneficiar do regime previsto para a apreensão de correspondência (fechada), esse sim sem consagração expressa na Lei n.º 19/2012.
132. Assim, a correspondência já aberta/lida, ainda que tenha natureza reservada, beneficia de regime, em termos de valor probatório, idêntico ao dos documentos em suporte físico, perdendo, portanto, as exigências associadas à reserva da correspondência.
133. Tal como asseverado no acórdão do TRL de 02.03.2011, 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.”*
134. Feito este enquadramento, e retomando a redação atribuída pelo legislador à alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, é forçoso concluir-se que a expressão *“demais documentação, independentemente do seu suporte”* apenas exclui a correspondência não aberta nos termos *supra* referidos, seja a mesma constante de suporte físico, seja de suporte eletrónico/digital.
135. Ou seja, atento o teor daquela alínea, quaisquer documentos, sem prejuízo do seu suporte, podem ser apreendidos em sede de inquérito contraordenacional.
136. Como tal, à luz da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, qualquer mensagem já recebida pelo destinatário integra um conceito lato de correspondência aberta e, assim, as comunicações eletrónicas que se encontrem já abertas e arquivadas, no sistema informático ou fora dele, devem ser consideradas como correspondência aberta, não sendo de distinguir a apreensão de uma mensagem de correio eletrónico lida (mas ainda guardada na caixa de entrada do servidor de correio eletrónico, ou

convertida em qualquer outro documento em formato digital) de um documento impresso em papel e arquivado fisicamente — realidade, de resto, cada vez menos frequente.

137. Neste sentido se pronunciou também o Acórdão do TRL de 29.03.2012⁶⁶:

“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 incorporado, 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 trânsito” 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”.

138. No mesmo sentido, ainda que a propósito de mensagens escritas por correio telefónico (SMS), veja-se o acórdão de 24.01.2011 do Tribunal da Relação de Guimarães⁶⁷, 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”.

⁶⁶ Acórdão disponível em www.dgsi.pt, consultado 04.11.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

⁶⁷ Acórdão disponível em www.dgsi.pt, consultado 04.11.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 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).".

139. Mais recentemente, veja-se a decisão⁶⁸ do Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa – Juízo de Instrução Criminal de Lisboa ("JIC") – Juiz 6, datada de 27.03.2019 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."

140. Este mesmo entendimento foi ainda já validado designadamente na Sentença proferida no dia 23.09.2019 pelo TCRS, no âmbito do apenso I do processo n.º 71/18.3YUSTR, nos termos da qual:

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

⁶⁸ Processo n.º 10626/18.0T9LSB.

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

141. Veja-se igualmente a recente decisão do TCRS de 03.10.2019 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 noutra 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.”.

142. 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.

143. Quanto à necessidade de recurso ao regime processual penal, o TRL, no seu acórdão de 04.03.2020, lembrou que no ordenamento português já se consolidou a autonomia do direito contraordenacional.⁶⁹
144. Ademais, no que respeita à necessidade de se recorrer ao regime processual penal para determinação da legitimidade para a apreensão de correio eletrónico em processos jusconcorrenciais, referiu o Tribunal que: “(...) *no caso dos autos inexistente uma lacuna da Lei da Concorrência, quanto à situação concreta, que demande a aplicação subsidiária do Regime Geral das Contraordenações e Coimas (RGCC) e, por arrastamento, ex vi do art. 41.º, n.º 1 do RGCC, o regime do processo penal*”⁷⁰.
145. Por seu turno, também não pode proceder a tese de que à apreensão de correio eletrónico no processo contraordenacional da concorrência se aplica o previsto da Lei do Cibercrime e no artigo 179.º do CPP, desde logo porque a Lei n.º 19/2012 e a Lei do Cibercrime em nada se relacionam uma com a outra.
146. 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*”.
147. 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*

⁶⁹ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 4.3.2020, processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2.

⁷⁰ Página 19 do acórdão.

c) Em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico.”.

148. 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.
149. 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.
150. Em contrapartida, a matéria relativa aos poderes de inquirição, busca e apreensão no processo contraordenacional da concorrência encontra-se regulada no artigo 18.º da Lei da Concorrência, de uma forma especial e completa, não carecendo de integração – por recurso a norma subsidiária nos termos do artigo 13.º da Lei da Concorrência –, mormente, dos artigos 11.º e 17.º da Lei do Cibercrime que nunca poderiam aplicar-se especificamente àquele processo contraordenacional.
151. Reitera-se que aos processos de contraordenação jusconcorrenciais aplica-se lei especial (Lei da Concorrência) que, no caso, regula expressamente as apreensões que podem ser realizadas. Só na falta de disposição especial o legislador remete para a aplicação do regime geral do ilícito de mera ordenação social e, subsidiariamente, para as disposições do CPP, sempre que o contrário não resulte do RGCO, e devidamente adaptadas – cf. n.º 1 do artigo 41.º do RGCO.
152. Ora, existindo lei especial que permite à Autoridade, no âmbito dos seus poderes sancionatórios, realizar diligências de busca, exame, recolha e apreensão de extratos de escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, inexistente fundamento para a invocação subsidiária de um diploma de âmbito geral (que dependeria da existência de uma lacuna, que na realidade, não se verifica).
153. Por outro lado, a Lei n.º 19/2012 (de 08.05.2012, recorda-se), foi publicada e entrou em vigor em momento posterior à Lei do Cibercrime (de 15.09.2009), sendo manifesta a intenção do legislador em adotar um regime próprio que se afasta do regime consagrado pela Lei do Cibercrime e em criar um regime especial no que respeita ao âmbito dos poderes da AdC relativamente às diligências de busca e apreensão: o legislador podia

ter previsto, na Lei n.º 19/2012, a aplicação subsidiária da Lei do Cibercrime, e não o fez.

154. 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.
155. 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.
156. 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.
157. 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.”.*
158. Veja-se, também, o acórdão de 04.03.2020 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”.

159. Em síntese, encontrando-se especificamente prevista na Lei da Concorrência a apreensão de qualquer tipo de documentação, independentemente do seu suporte; não estando em causa a apreensão de correspondência (*stricto sensu*, enquanto correspondência não lida/não aberta), mas de documentos; e sendo a Lei da Concorrência posterior à Lei do Cibercrime (que respeita especificamente a processos relativos a crimes), resulta manifesto que a intenção do legislador foi – inequivocamente – afastar o regime consagrado pela Lei do Cibercrime, cujos objeto e finalidades são manifestamente distintos daqueles que foram consagrados pela Lei da Concorrência.
160. Mais se refira que o artigo 42.º do RGCO, de aplicação subsidiária à Lei da Concorrência, *ex vi* artigo 13.º deste diploma legal, densifica no regime das contraordenações o n.º 4 do artigo 34.º da CRP, que proíbe a intromissão na correspondência e nos meios de telecomunicações, ou seja, a ingerência (no curso) da correspondência e das telecomunicações, pelo que, também por esta via, seria de rejeitar a aplicação “subsidiária” da Lei do Cibercrime.
161. Sucede que, como se referiu *supra*, as comunicações já recebidas pelo destinatário e guardadas em suporte digital (já abertas) também não estão incluídas no âmbito da proibição legal prevista nos artigos 179.º e 189.º do CPP, conquanto não são correspondência (*stricto sensu*) mas documentos e, neste conspecto, a Lei da Concorrência prevê expressamente que a AdC pode “*proceder, nas instalações, terrenos ou meios de transporte de empresas ou de associações de empresas, à busca, exame, recolha e apreensão de extratos da escrita e demais documentação, independentemente do seu suporte, sempre que tais diligências se mostrem necessárias à obtenção de prova*” – cf. alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º. Assim sendo, o n.º 3 do 126.º do CPP não tem aplicação ao caso concreto na medida em que a prova dos autos não é proibida nem foi obtida mediante métodos proibidos.

162. 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.
163. Importa notar que o n.º 4 do artigo 34.º da CRP dispõe que “*é proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal*” (destaques da Autoridade).
164. 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*”.
165. Saliente-se a menção repetida e extremamente relevante, nestas duas disposições legais, a correspondência, telecomunicações e demais meios de comunicação.
166. O domínio da ingerência nas telecomunicações ou outros meios de comunicação diz respeito a uma realidade dinâmica, que está “*em trânsito*”, “*em circulação*”, “*em transmissão*”, de um emissor para um recetor, remetendo, na prática, para casos de interceção e gravação de comunicações telefónicas, apreensão de cartas em trânsito, ou, caso seja possível, a recolha e apreensão de uma mensagem de correio eletrónico no decurso da transmissão via rede do emissário para o destinatário.
167. 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.
168. 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.
169. No mesmo sentido veja-se o entendimento vertido na sentença do TCRS de 03.10.2019 no processo n.º 159/19.3YUSTR-B: “*Note-se que, por via das asserções precedentes, centradas no âmbito de proteção constitucional do direito à inviolabilidade da correspondência, consagrado no artigo 34.º, da Constituição, estamos também a admitir*

que as mensagens de correio eletrónica lidas/abertas estão excluídas da tutela constitucional. Por conseguinte, mesmo numa interpretação estrita do segmento “processo criminal” previsto no artigo 34.º, n.º 4, da Constituição, no sentido de não incluir o direito das contraordenações, as mensagens com as referidas características podem ser apreendidas num processo por práticas restritivas da concorrência.”.

170. Tal como asseverado no acórdão do TRL de 04.03.2020⁷¹, 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”.*
171. 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”.*
172. 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 Lei da Concorrência, e a Lei do Cibercrime não é aplicável ao processo contraordenacional de concorrência, concluindo-se, assim, pela necessária validade da prova apreendida pela AdC.

14 Da nulidade da prova derivada da alegada violação do direito à privacidade

14.1 Posição da Visada MCH

173. 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.

⁷¹ Melhor identificado no parágrafo 158.

174. 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”*⁷².
175. 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.
176. 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 abarcar a reserva daquelas áreas da vida (pessoal, societária, associativa, etc.) retiradas da esfera pública”*⁷³.
177. 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.
178. 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”*⁷⁴.
179. 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*

⁷² Cf. PNI MCH parágrafo 665.

⁷³ Cf. PNI MCH parágrafo 669.

⁷⁴ Cf. PNI MCH parágrafo 679.

*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*⁷⁵.

180. 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, 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 CRP*⁷⁶.

14.2 Posição da Autoridade

181. 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.
182. 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 natureza⁷⁷.
183. Neste sentido, veja-se, por exemplo, o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 593/2008, de 10.12.2008⁷⁸, 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

⁷⁵ Cf. PNI MCH parágrafo 682.

⁷⁶ Cf. PNI MCH parágrafo 684.

⁷⁷ Titularidade essa cujos termos e amplitude poderão não coincidir com aqueles que decorrem relativamente à titularidade dos mesmos direitos por pessoas singulares.

⁷⁸ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080593.html>, consultado 04.11.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

domínio se vá operar exactamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que decorre relativamente às pessoas singulares”.

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

184. 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 05.12.2003⁷⁹, 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”*.
185. 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.
186. 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 na entrada do domicílio dos cidadãos, nos termos do n.º 2 do artigo 34.º da CRP, facto que levou o próprio Tribunal Constitucional a concluir, no seu acórdão n.º 364/2006, de 08.06.2006⁸⁰, que não existem, assim, razões para proibir buscas quando se trata da entrada em espaços fechados não merecedores de idêntica tutela constitucional.
187. No âmbito do presente processo, o Ministério Público era a entidade competente para, nos termos do artigo 21.º da Lei n.º 19/2012, 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).

⁷⁹ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20030607.html>, consultado 04.11.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

⁸⁰ Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060364.html>, consultado 04.11.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

188. 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)”*.
189. Face ao exposto, a norma constante da alínea c) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei n.º 19/2012, 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.
190. 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.
191. 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 persecução, considerando, particularmente, (i) as dificuldades de prova associadas a infrações por práticas restritivas da concorrenciais e (ii) a incumbência prioritária do Estado de assegurar o princípio da economia de mercado e de livre concorrência (cf. alínea f) do artigo 81.º da CRP).
192. A argumentação da MCH relativa à pretensa desproporcionalidade da diligência de busca e apreensão em causa reconduz-se, apenas e tão-só, ao carácter naturalmente intrusivo e coercivo de qualquer diligência de busca e apreensão.
193. Releva, também, referir que o TRL, em acórdão de 12.11.2019, 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”⁸¹.

194. Não podem colher, pois, os argumentos da MCH.
195. Ainda assim, é de referir que nos termos do artigo 30.º da Lei da Concorrência, é conferida à AdC uma função garantística de proteção do segredo de negócio: a AdC tem o dever de acautelar o legítimo interesse dos visados na não divulgação dos seus segredos de negócio, pelo que a tutela da privacidade, em concreto, a proteção de documentos com informações estratégicas ou que por outra via constituam segredo de negócio, está sempre protegida, nos termos da lei.
196. Finalmente, no que respeita ao acesso ao processo, deve começar por esclarecer-se que, de acordo com o artigo 32.º da Lei da Concorrência, o processo é, em regra, público e, ainda que nos termos e nos limites dispostos no artigo 33.º da referida lei, (todas) as visadas num processo de contraordenação têm acesso ao processo para efeitos de exercício dos seus direitos de defesa.
197. 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 das mesmas, que declararam que os documentos confidenciais a que tenham acesso só poderiam ser utilizados exclusivamente para efeitos de exercício de direitos de defesa e da eventual impugnação judicial de decisão final da Autoridade.

⁸¹ Cf. Acórdão proferido no âmbito do processo 71/18.3YUSTR-J.L1-PICRS, de 12.11.2019, disponível em www.dgsi.pt, consultado 05.11.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

198. Deste modo, facilmente se compreende que, contrariamente ao que é alegado pela MCH, nenhuma informação foi “*devassada*”, muito pelo contrário – o procedimento de tratamento de confidencialidades a que a prova esteve sujeita demonstra que a AdC sempre agiu em prol da defesa dos legítimos interesses das Visadas na não divulgação dos seus segredos de negócio.
199. 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.

15 Da nulidade da prova derivada da alegada nulidade da prova recolhida por ausência do despacho do Juiz de Instrução Criminal

15.1 Posição da Visada MCH

200. 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.
201. Motivo pelo qual a Visada MCH vem arguir a nulidade das apreensões das mensagens de correio eletrónico 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 CPP⁸².

15.2 Posição da Autoridade

202. 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

⁸² Cf. PNI MCH parágrafo 693.

medida em que inexistente lacuna que justifique o recurso à aplicação subsidiária do RGCO ou do CPP.

203. Veja-se, a este propósito, a posição sufragada pelo TRL em 04.03.2020⁸³:

“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, inexistente uma lacuna da Lei da Concorrência, quanto à situação concreta, que demande a aplicação subsidiária do Regime Geral das Contraordenações e Coimas (RGCC) e, por arrastamento, ex vi do art. 41.º, n.º 1 do RGCC, o regime do processo penal.”.

204. 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.

205. Nos termos do artigo 21.º da Lei n.º 19/2012, 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.

⁸³ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04.03.2020, proferido no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2.

206. 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 Lei n.º 19/2012), da presença em busca em escritório de advogados ou consultório médico (cf. n.º 7 do artigo 19.º da Lei n.º 19/2012) ou da apreensão em banco ou instituição de crédito de documento sujeito a sigilo bancário (cf. n.º 6 do artigo 20.º da Lei n.º 19/2012).
207. Não foi nenhum desses, no entanto, o caso das diligências no âmbito do presente processo.
208. O Ministério Público era, assim, a entidade competente para, nos termos do artigo 21.º da Lei n.º 19/2012, 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).
209. 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.
210. A argumentação proposta pela Visada MCH não tem, assim, qualquer amparo na lei ou jurisprudência.
211. Em face do exposto, improcede também a alegada nulidade da Nota de Ilícitude quanto à inexistência de despacho que autorizasse a apreensão de prova realizada.

16 Da alegada invalidade do levantamento da suspensão do prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude

16.1 Posição da Visada Pingo Doce

212. 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/2019/5141 de 20.12.2019, deve ser declarada ilegal, irregular e, em consequência, dada por sem efeito⁸⁴.

⁸⁴ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 5.

213. Neste contexto, em 30.12.2019, a Pingo Doce havia já apresentado um requerimento junto da Autoridade, solicitando que (i) a deliberação do Conselho de Administração da AdC de 20.12.2019 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/2017/7, 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.
214. Na sua pronúncia à Nota de Ilícitude, a Pingo Doce alegou que as razões que determinaram a Autoridade a suspender o processo PRC/2017/7 (*“a suspensão do processo de contraordenação com a referência n.º PRC/2017/13, tal como decretada pelo TCRS, poderia impactar na tramitação do processo com a referência n.º 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 direitos⁸⁵.

16.2 Posição da Autoridade

215. Cumpre começar por referir que a AdC, através de ofício de 01.04.2020⁸⁶, 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 Ilícitude fosse declarada ilegal, irregular e sem efeito, uma vez que esta se encontrava em consonância com os pressupostos de que se fazia depender esse levantamento aquando da suspensão deliberada a 19.06.2019, bem como com as decisões proferidas pelo Tribunais, tendo esta Autoridade, adicionalmente, entendido que a causa de pedir do requerimento apresentado a 30.12.2019 pela Pingo Doce deixara de existir, sendo este considerado sem efeito.
216. Como tal, e somada a circunstância de o efeito suspensivo do PRC/2017/13 ter sido também levantado, nos termos especificados *supra* em 7.2, a AdC dá aqui por totalmente reproduzida a sua resposta constante do ofício S-AdC/2020/1183, de 01.04.2020, 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.

⁸⁵ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 4.

⁸⁶ Cf. Ofício com a referência S-AdC/2020/1183, de 01.04.2020, fls. 6275 a 6277 do processo.

17 Da alegada nulidade derivada da recolha de prova fora dos presentes autos

17.1 Posição da Visada Pingo Doce

217. A Visada Pingo Doce vem alegar a nulidade das diligências de busca e apreensão realizadas no âmbito do PRC/2016/4 instaurado por decisão do Conselho de Administração da AdC de 03.06.2016, contra a empresa Super Bock, 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*”⁸⁷.
218. 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 Lei da Concorrência, n.º 3 do artigo 126.º do CPP, *ex vi* artigos 13.º da Lei da Concorrência e 41.º do RGCO, e n.ºs 8 e 10 do artigo 32.º da CRP⁸⁸.

17.2 Posição da Autoridade

219. Conforme já referido *supra* nos parágrafos 1 a 9, o processo teve origem em diligências de investigação realizadas no âmbito do PRC/2016/4.
220. No âmbito do PRC/2016/4, em que era visada a Super Bock, a AdC iniciou a realização de diligências de busca no dia 25.01.2017.
221. No decurso dessas buscas surgiram indícios de infração envolvendo a empresa fornecedora Super Bock e empresas da grande distribuição (hipermercados, supermercados e lojas *discount*).
222. Neste contexto, e com vista a comprovar os indícios das práticas restritivas por parte das empresas em causa, para perceber a sua real dimensão, o modo como as mesmas eram concretizadas e implementadas e, bem assim, os seus efeitos, 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,

⁸⁷ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 14.

⁸⁸ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 15.

exame, recolha e apreensão nas instalações das principais empresas ativas no setor da grande distribuição.

223. As diligências de busca e apreensão adicionais foram autorizadas por despacho do Ministério Público, datado de 02.02.2017, tendo as mesmas tido início a 7 de fevereiro desse mesmo ano (fls. 6451 a 6453, 184 e 185, 420 e 421, 523 a 524 e 1488).
224. 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.
225. 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. 6451 a 6453 do processo).
226. 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.
227. 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.
228. Em 15.02.2017, 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 10.02.2017.
229. Resulta do despacho de fundamentação que *“[f]ace aos elementos entretanto coligidos nas diversas buscas realizadas no âmbito do processo contraordenacional da Autoridade da Concorrência nº PRC/2016/4 resulta fortemente indiciada a prática de uma ou mais infrações jusconcorrenciais...”* como seja, *“os fornecedores de produtos alimentares e não alimentares poderem estar a impor às cadeias de distribuição*

alimentar os preços de venda ao público dos seus produtos e que as cadeias de distribuição alimentar poderão integrar entre si e com vários fornecedores de produtos alimentares e não alimentares para garantir o alinhamento dos preços de venda ao público aos consumidores. O período destas possíveis infrações compreende-se entre 2014 e 2017, não sendo de excluir um lapso temporal mais dilatado” (cf. fls. 6463 a 6465).

230. 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.
231. 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.
232. 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.
233. 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”*.
234. 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 Lei da Concorrência, por despacho de autorização emitido pelo Ministério Público, entidade competente nos termos do artigo 21.º daquele mesmo diploma.
235. 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*⁸⁹.

236. 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”⁹⁰.
237. Ora, de acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 17.º da Lei da Concorrência, “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.
238. Tal como já referido pelo TRL, no âmbito do acórdão proferido no processo 71/18.3YUSTR-D, de 04.03.2020, “a busca, como meio de obtenção de prova, não pode estar dependente da prévia existência das provas que visa alcançar”.
239. 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 Lei n.º 19/2012, proceder à abertura, em 21.03.2017, de inquérito no âmbito do presente processo.
240. 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.

⁸⁹Cf. Acórdão proferido no âmbito do processo 71/18.3YUSTR-J.L1-PICRS, de 12.11.2019, disponível em www.dgsi.pt, consultado 05.11.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

⁹⁰ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 13.

241. Neste sentido, a AdC decidiu proceder à extração de certidão de teor de elementos probatórios constantes do PRC/2016/4 referentes às Visadas para o presente processo, em suporte de papel e digital, para efeitos de instrução.
242. 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.
243. 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 Lei da Concorrência.
244. 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 Lei da Concorrência, procedeu, oficiosamente, à abertura de inquérito do processo n.º PRC/2017/7.
245. 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.

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

18.1 Posição da Visada Pingo Doce

246. Em 01.10.2018, a Visada Pingo Doce veio reiterar os requerimentos apresentados no âmbito do PRC/2016/4, nos quais invocara um conjunto de alegadas nulidades/irregularidades referentes às diligências de busca, exame, recolha e apreensão realizadas por esta Autoridade⁹¹.

⁹¹ Cf. requerimento de 02.10.2018 registado sob o n.º E-AdC/2018/5146, fls. 1216 a 1258 do processo.

247. Para o efeito, a Visada, na sua PNI, dá por integralmente reproduzido o teor do requerimento de 01.10.2018, assim como o teor das alegações entretanto apresentadas no recurso, à data, pendente junto do Tribunal da Relação de Lisboa, sob o n.º 71/18.3YUSTR-D⁹².

18.2 Posição da Autoridade

248. 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. 448 a 468, 472 e 493 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 mesma⁹³.

249. 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.

250. Face ao exposto, a presente questão encontra-se definitivamente decidida, não reclamando qualquer apreciação adicional por parte da AdC.

19 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 anti concorrenciais envolvendo empresas retalhistas

19.1 Posição da Visada Pingo Doce

251. A Visada Pingo Doce alega que os despachos de autorização do Ministério Público de 20.01.2017 e de 02.02.2017, complementado pelo despacho do Ministério Público de 10.02.2017, 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.

⁹² Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 26.

⁹³ Cf. resposta de 16.05.2018 constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/1055, no âmbito do PRC/2016/4.

252. 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, pôde consultar, em concreto, as denúncias e elementos probatórios com base nos quais o Conselho de Administração decidiu, a 03.06.2016, proceder à abertura de inquérito, nos termos do n.º 1 do artigo 8.º e do n.º 1 do artigo 17.º da Lei da Concorrência.
253. 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 retalhistas⁹⁴.
254. Refere, na sua pronúncia, que não se compreende “*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*”⁹⁵.
255. 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*”⁹⁶.
256. 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 18.01.2017 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.
257. Relativamente ao primeiro despacho de fundamentação do Ministério Público datado de 20.01.2017, 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

⁹⁴ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 35 e 36.

⁹⁵ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 40.

⁹⁶ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 42.

façam crer o envolvimento da Pingo Doce na necessidade da busca e apreensão na sua sede.

258. No que concerne ao segundo despacho de fundamentação do Ministério Público datado de 02.02.2017, a Pingo Doce alega que o mesmo, além de ser demasiado genérico quanto a uma alegada violação das normas da concorrência, baseia-se em informação obtida ilicitamente pela AdC.
259. A Visada Pingo Doce suporta a sua afirmação no facto de, no seu requerimento de mandado de busca, exame, recolha e apreensão de 01.02.2017, a AdC ter referido que foram encontrados, nas buscas realizadas na sede da Super Bock, ao abrigo do mandado de 20.01.2017, *“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 diligências de busca e apreensão nos termos em que foi efetuada”*⁹⁷.
260. 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”*⁹⁸.
261. 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 Lei da Concorrência, n.º 3 do artigo 126.º do CPP, ex vi artigos 13.º da Lei da Concorrência e 41.º do RGCO, e n.ºs 8 e 10 do artigo 32.º da CRP.

19.2 Posição da Autoridade

262. De acordo com os n.ºs 2 e 3 do artigo 18.º da Lei da Concorrência, 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 Lei da Concorrência).

⁹⁷ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 49.

⁹⁸ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 50.

263. 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 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.
264. 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.
265. 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.
266. Em primeiro lugar, é importante esclarecer que o acesso ao processo n.º PRC/2016/4 foi conferido nos termos legalmente previstos, não tendo havido qualquer violação dos direitos de defesa da Pingo Doce.
267. Na verdade, a empresa Pingo Doce solicitou o acesso ao PRC/2016/4 na qualidade de terceiro, no dia 17.08.2018, 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.
268. 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.
269. Terminada a preparação da versão não confidencial do processo para acesso por terceiros, a AdC informou a Pingo Doce de que o acesso já poderia ser efetivado, a 17.09.2019.
270. Tal como já referido, a Visada Pingo Doce não era visada no processo n.º 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/2016/4 poderia relevar para o exercício dos direitos de defesa da Pingo Doce no presente processo, improcedendo, assim, a referida alegação.

271. Não obstante, e por motivos de completude, demonstrar-se-á que a arguição da nulidade da prova adquirida no processo n.º PRC/2016/4, nos termos alegados pela Pingo Doce, não tem também qualquer fundamento, o que já foi, também, corroborado pelo TRL em 04.03.2020⁹⁹ 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.
272. A AdC recebeu, em 22.02.2016, 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.
273. A 03.06.2016, é instaurado o processo n.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 Lei da Concorrência bem como no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.
274. Posteriormente, em 07.10.2016, 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 n.º PRC/2016/4, razão pela qual foi determinada a junção da documentação apresentada ao referido procedimento contraordenacional.
275. 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.
276. Para esse efeito, a Autoridade, a 18.01.2017, 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 Lei da Concorrência, tendo os mandados sido emitidos, na sequência de despacho fundamentado do Ministério Público, de 20.01.2017 (cf. fls. 6453 a 6462 do processo).

⁹⁹ Cf. Acórdão de 04.03.2020 do TRL, proferido no âmbito do processo n.º 71/18.3YUSTR-D.L2.

277. Resulta do requerimento de mandado de busca, exame, recolha e apreensão de 18.01.2017 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.
278. 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 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*”.
279. Quando, em 18.01.2017, 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.
280. 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 denunciadas 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 “*grande clientes retalhistas*” com quem a Super Bock, de acordo com a informação recebida no âmbito das denúncias, se relacionava comercialmente de forma direta.
281. As diligências requeridas visavam, assim, comprovar os referidos indícios das práticas restritivas por parte da empresa visada, perceber 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.

282. 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.
283. E, na verdade, face aos elementos probatórios carreados pelas denunciante, 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.
284. 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 diligências de busca e apreensão que ora se analisam, já considerou como sendo o de “*verificar a ausência de arbitrariedade e a adequação e proporcionalidade de diligência cuja autorização lhe é solicitada*”¹⁰⁰.
285. 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*”.
286. 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 Tribunal de Círculo de Lisboa de 16.01.2008, *Unilever c. AdC*, processo n.º 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

¹⁰⁰ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 04.03.2020, Proc. n.º 71/18.3YUSTR-D.

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”.

287. 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.
288. Face ao exposto, não colhe, nem poderá colher a alegação da Visada Pingo Doce de que o segundo despacho do Ministério Público que autoriza, com 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.
289. Do exposto se conclui que as buscas e apreensões foram realizadas nas condições previstas na Lei da Concorrência (cf. artigo 17.º, n.º 2 do artigo 18.º e n.º 1 do artigo 20.º) e em conformidade com o mandado do Ministério Público.
290. 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).
291. 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.

20 Da alegada não comunicação dos factos

20.1 Posição da Visada Pingo Doce

292. A Visada Pingo Doce alega que a Autoridade não se pronunciou, no decorrer na fase de inquérito, sobre um pedido de informação dos factos imputados enviado para a AdC no seguimento da receção ofício registado sob a referência interna S-AdC/2018/2611, de 18.10.2018, através do qual a AdC solicitou à Pingo Doce, nos termos do artigo 15.º, do n.º 2 do artigo 17.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência, o fornecimento de informações e documentos, para efeitos de desenvolvimento da investigação.

293. De acordo com a Visada, não obstante a alegada falta de pronúncia, a Pingo Doce entregou a informação e documentação solicitada¹⁰¹.
294. Iniciado o procedimento de tratamento de informação confidencial, nos termos do artigo 33.º da Lei da Concorrência, referente à informação e documentação entregue pela Pingo Doce na sequência do envio do ofício de pedido de elementos, a Pingo Doce *“alegou ter o direito, enquanto visado, de intervir no processo e de requerer o que entender necessário, nos termos do artigo 13.º do RJC, 41.º do RGCO, 60.º, 61.º, n.º 1, alínea g), e 98.º do CPP e 32.º, n.º 10 da CRP, correspondendo tal direito ao dever da AdC de decidir, em tempo útil, sobre os requerimentos dos visados, sob pena de omissão de pronúncia – o que arguiu tendo por base os referidos preceitos legais e os artigos 118.º, n.º2 e 123.º do CPP”*¹⁰².
295. A empresa Pingo Doce afirma que o referido requerimento teve também por base decisões que foram entretanto proferidas pelo TCRS no âmbito de recursos interpostos de decisões que indeferiram requerimentos idênticos da Pingo Doce de pedido da comunicação dos factos imputados, no âmbito dos processos contraordenacionais n.º PRC/2017/4, PRC/2017/5 e PRC/2017/13¹⁰³.
296. Refere a empresa que, nos termos das sentenças mencionadas, o TCRS decidiu que *“a AdC (i) informasse dos factos concretos imputados (nos termos supra indicados e caso decida reiterar os pedidos de informações); (ii) desentranhasse e devolvesse os elementos entretanto entregues e (iii) facultasse novo prazo para eventual junção dos elementos solicitados (caso decida reiterar os pedidos de informações)”*¹⁰⁴.
297. No entender da Pingo Doce, o conteúdo decisório e a fundamentação das decisões do TCRS que recaíram sobre pedidos idênticos nos processos referidos, aplicar-se-iam, *ipsis verbis*, nos presentes autos¹⁰⁵.

¹⁰¹ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 57.

¹⁰² Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 59.

¹⁰³ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 61.

¹⁰⁴ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 66.

¹⁰⁵ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 68.

298. Refere a Visada, no entanto, que a AdC continuou sem se pronunciar sobre a referida questão, omissão essa que se manteve na Nota de Ilícitude, tendo, não obstante, a AdC utilizado os elementos entregues pela Pingo Doce na construção da mesma¹⁰⁶.
299. Considera a Pingo Doce que, pelo exposto, estes elementos de prova não poderão ser tidos em conta nos presentes autos, sendo a Nota de Ilícitude inválida na parte correspondente.
300. A Pingo Doce reitera, na sua pronúncia, a arguição *i)* da invalidade dos pedidos de informação na ausência de prévia comunicação de factos pela AdC; *ii)* da invalidade do tratamento de confidencialidades respeitantes ao pedido de elementos; *iii)* da nulidade e inutilizabilidade da informação entregue pela Pingo Doce; e *iv)* da [nulidade e inutilizabilidade da] Nota de Ilícitude na parte em que tais atos e provas se baseia¹⁰⁷.

20.2 Posição da Autoridade

301. Conforme referido, a AdC dirigiu um pedido de elementos à Pingo Doce em 18.10.2018¹⁰⁸.
302. O pedido de elementos em causa seguiu a estrutura e o teor dos pedidos de elementos enviados pela AdC em processos sancionatórios até à data.
303. Atentando-se ao conteúdo do ofício da AdC enviado à Pingo Doce em 18.10.2018, resulta manifesto que o mesmo foi instruído com todos os elementos legalmente exigidos, nos seguintes termos:
- a) Base jurídica, qualidade em que o destinatário é solicitado a transmitir informações e objetivo do pedido:
- i)* No que respeita à base jurídica, foi transmitido que corre termos na AdC processo contraordenacional sob o n.º PRC/2017/7 por alegadas práticas restritivas da concorrência [artigo 9.º da Lei da Concorrência e n.º 2 do artigo 101.º do TFUE] levadas a cabo pela Pingo Doce;
- ii)* Foi esclarecido que a qualidade em que a destinatária foi solicitada a transmitir a informação era de visada do processo;

¹⁰⁶ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 70.

¹⁰⁷ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 74.

¹⁰⁸ Cf. comunicação da AdC com referência n.º S-AdC/2018/2611, de 18.10.2018, fls. 1296 a 1300 do processo.

- iii) Foi expressamente referido que o objetivo do se pedido prendia com a necessidade de obtenção de esclarecimentos sobre os factos em causa na investigação. A este respeito, cumpre salientar o conhecimento da Visada do contexto em que o pedido foi efetuado: recorde-se que a Visada Pingo Doce foi objeto de diligências de busca e apreensão em 2017, tendo, para o efeito, sido notificada do teor dos respetivos mandados e despachos de fundamentação do Ministério Público, dos quais constam informações concretas acerca da factualidade em causa na investigação em curso; acresce que a AdC, em seguimento ao processo de triagem da prova apreendida, teve reuniões de ponto da situação com as empresas Visadas, incluindo com a Pingo Doce, tendo discutido com as mesmas alguns exemplos de elementos probatórios apreendidos nas respetivas instalações, que identificou como relevantes para a possível qualificação das condutas em causa como infrações ao direito da concorrência, tendo inclusivamente avançado qual, em termos potenciais, poderia vir a ser essa qualificação. A Pingo Doce conhecia, pois, à data do pedido de elementos, os factos objeto de investigação, bem como a sua potencial subsunção jusconcorrencial.
- b) Quanto ao prazo para o fornecimento das informações, foi fixado o prazo de 10 dias úteis a contar da receção do ofício.
- c) Relativamente à informação quanto a classificação de confidencialidades e apresentação de versões não confidenciais, a Visada foi expressamente informada que *“deverá identificar de maneira fundamentada as informações que considere confidenciais, por motivo de segredo de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos mesmos, expurgada das confidencialidades identificadas [...]”*
- d) Por fim, relativamente à indicação de que o incumprimento do pedido constitui uma contraordenação, foi-lhe indicado o seguinte: *“Comunica-se que, nos termos da alínea h) do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 3 do artigo 69.º da Lei da Concorrência “a não prestação ou a prestação de informações falsas, inexatas ou incompletas em resposta a pedido do Autoridade da Concorrência, no uso dos seus poderes sancionatórios”, constitui uma contraordenação punível com coima que não poderá exceder 1% do volume de negócios da empresa no ano anterior.”*

304. Assim, sob o ponto de vista formal, o pedido de elementos da AdC em causa não enferma de qualquer tipo de ilegalidade suscetível de pôr em causa a sua plena validade.
305. Mas também não merece provimento o argumento da Visada em termos substantivos. Desde logo porque, como é do conhecimento da Pingo Doce, o processo encontrava-se, naquele momento, na fase de inquérito, não sendo ainda possível imputar factos concretos e suficientemente precisos às empresas Visadas porquanto os mesmos eram ainda objeto de investigação.
306. Assim, o requerimento da Pingo Doce de 26.10.2018, nos termos do qual solicitava que lhe fossem comunicados os concretos factos que lhe eram imputados, por analogia com o disposto referente às declarações do arguido em processo penal, no alínea c), do n.º 1 do artigos 61.º, da alínea d) do n.º 4 do artigo 141.º e do artigo 144.º do CPP, aplicável *ex vi* artigo 13.º da Lei da Concorrência, do artigo 41.º do RGCO e dos n.ºs 1, 2 e 10 do artigo 32.º, da CRP¹⁰⁹ não poderia, de todo, proceder.
307. Aliás, quando a AdC enviou o pedido de elementos no âmbito do presente processo, para além de o ter feito no estrito cumprimento da lei nos termos acima detalhados, fê-lo igualmente naquele que era (e é) o entendimento judicial das normas em causa.
308. Com efeito, questão semelhante havia sido suscitada no Tribunal do Comércio de Lisboa, que se debruçou sobre um pedido de elementos que, alegadamente, não teria sido corretamente formulado, nomeadamente por o destinatário não ter sido informado do “*objetivo do pedido*”¹¹⁰.
309. No caso mencionado, a AdC, por ofício com epígrafe pedido de elementos no âmbito do PCR 28/04, referiu que “[p]or despacho do Conselho da Autoridade da Concorrência, foi ordenada a abertura de um processo de inquérito (PCR – 28/04), nos termos do art. 24.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, por eventuais práticas proibidas pelo art. 4.º da citada Lei. Nestes termos, a Autoridade da Concorrência (...), e no âmbito dos seus poderes de inquérito previstos na alínea b) do n.º 1 do artigo 17.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, solicita a V. Ex., ao abrigo do art. 18.º da citada Lei, o envio, no prazo de 15 dias

¹⁰⁹ Cf. requerimento de 26.10.2018 com a referência E-AdC/2018/5656, fls. 1332 a 1334 do processo.

¹¹⁰ Cf. sentença de 13.07.2005, proc. n.º 769/05.6TYLSB.

úteis, contados a partir da data de recepção do presente ofício, os seguintes elementos: (...)."

310. Analisada a questão, o Tribunal do Comércio de Lisboa entendeu que os pedidos *sub judice* teriam sido feitos nos termos da lei, uma vez que “[f]oi informada a base jurídica e foi informado o objectivo do pedido. Efectivamente, ao falar em objectivo do pedido tal não implica que a AdC tenha de explicar para que quer os elementos. Tal implica que a AdC tem que explicitar o que está a pedir – o objectivo do pedido – o que claramente foi feito”¹¹¹.
311. O facto de a questão, nesse caso, ter sido suscitada durante a vigência da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, em nada impacta a questão que ora se discute, atendendo à identidade dos poderes (e das normas) que estão em causa.
312. Inexistia pois, no caso concreto, qualquer mérito na argumentação suscitada pela Pingo Doce e esta Visada sabia-o.
313. É que, como a própria reconhece, à data em que o pedido de elementos foi enviado, questão semelhante referente à alegada obrigação da AdC de comunicar os factos imputados aquando do envio de um pedido de elementos ao abrigo do artigo 15.º e do n.º 2 do artigo 17.º da Lei da Concorrência, já havia sido suscitada por esta Visada e estava pendente de clarificação judicial, fruto de três recursos interpostos pela mesma junto do TCRS no âmbito de outro(s) processo(s) contraordenacional(is).
314. Neste contexto e perante esta factualidade, a AdC entendeu aguardar pela pronúncia judicial definitiva para esclarecimento cabal dos deveres que sobre a mesma impendem no que respeita aos pedidos de elementos às visadas, enviados ao abrigo dos seus poderes sancionatórios.
315. Fê-lo no âmbito dos processos que estiveram na base dos recursos apresentados mas também, por identidade de razão, naqueles (como o presente) em que a mesma Visada suscitou idêntica questão.
316. Ora, os Tribunais – primeiro o TCRS e, posteriormente, o TRL – vieram a apreciar e a pronunciar-se sobre o tema.

¹¹¹ Cf. sentença de 13.07.2005, proc. n.º 769/05.6TYLSB.

317. O TCRS, em 08.11.2018, proferiu três sentenças no âmbito de três recursos de decisão interlocutória¹¹² nos termos das quais fornece uma interpretação do procedimento a seguir aquando do envio de pedidos de elementos, nos termos do artigo 15.º, n.º 2 do artigo 17.º e alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º da Lei da Concorrência.
318. Sem prejuízo de não concordar na íntegra com a interpretação do TCRS, a AdC entendeu, de modo a não prolongar a litigância no processo em causa, adaptar e reenviar o(s) pedido(s) de elementos naquele caso concreto.
319. O Pingo Doce, em reação a este reenvio, entendeu que a adaptação da AdC não cumpria o determinado pelo TCRS e contestou junto deste Tribunal, uma vez mais, os termos em que o(s) pedido(s) de elementos foram feitos.
320. O TCRS, em 23.04.2019 e 06.05.2019, apreciou os três recursos da Pingo Doce¹¹³, tendo-lhe concedido provimento.
321. A AdC, inconformada com o teor das Sentenças do TCRS de 23.04.2019 e 06.05.2019 – que entendia sustentar uma interpretação *contra legem*, e num esforço de clarificação da temática –, recorreu para o TRL, tendo este Tribunal, em acórdãos definitivos¹¹⁴, que

¹¹² Processos n.ºs 228/18.7YUSTR-A (no âmbito do PRC 2017/13), 243/18.0YUSTR (no âmbito do PRC 2017/4) e 244/18.9YUSTR (no âmbito do PRC 2017/5) que correram os seus termos pelo 1.º Juízo do TCRS. As sentenças referidas expressamente reconheceram que a formulação de pedidos de elementos não é o momento próprio para – nem implica a – comunicação dos factos imputados. De facto, de acordo com o TCRS, a “(...) *factualidade deverá ser comunicada ao visado sempre que seja necessário para o exercício do contraditório, podendo-se justificar, por exemplo, para a adoção de uma decisão interlocutória*”, especificando, no que respeita à questão de fundo do processo, que “(...) *apenas se impõe a comunicação dos factos na nota de ilicitude e, por outro lado, que essa comunicação não tem de ser efetuada aquando dos pedidos de elementos formulados pela AdC, ao abrigo das normas indicadas, para efeitos de exercício do contraditório*” (cf. parágrafo 38 da Sentença). No mesmo sentido, sustentaram as Sentenças que “(...) *o conhecimento dos factos imputados necessários para o efeito não tem de ser adquirido por via de uma comunicação da AdC, concomitante com pedidos de elementos e enquanto requisito para a sua formulação*” (cf. parágrafo 122 da Sentença). Indo mais longe na apreciação da motivação dos recursos apresentados pelas Requerentes e respondendo-lhe diretamente, esclareceu ainda o TCRS que, versando o pedido de elementos sobre informações meramente factuais, não há necessidade de a AdC comunicar os factos imputados aquando da solicitação dos documentos em causa. A esse propósito os Parágrafos 99 das Sentenças referem que “(...) *não se justifica a comunicação dos factos concretos quando são solicitados, pelo menos, documentos legalmente obrigatórios e/ou quando os pedidos de informações não sejam suscetíveis, só por si, de consubstanciar a admissão da prática de uma qualquer prática restritiva da concorrência*”. Nos termos indicados pela sentença, apenas cabe à AdC “(...) *dar a conhecer os factos que deram origem ao processo de contraordenação e que justificaram a atribuição às mesmas da qualidade de visadas e com o grau de precisão que se justificar para que possam aferir da necessidade ou conveniência, para o esclarecimento dos factos, dos elementos solicitados*” (cf. parágrafos 134 das sentenças, repetindo uma ideia avançada no parágrafo 127).

¹¹³ No âmbito dos processos n.ºs 228/18.7YUSTR-D (PRC/2017/13), 243/18.0YUSTR-A (PRC/2017/4) e 244/18.9YUSTR-A (PRC/2017/5)

¹¹⁴ Acórdãos do TRL (3.ª secção) de 26.06.2019 no processo n.º 228/18.7YUSTR-D.L1, de 25.09.2019 no processo n.º 243/18.0YUSTR-A.L1 e de 11.07.2019 no processo n.º 244/18.9YUSTR-A.L1.

é do conhecimento da Pingo Doce, confirmado o entendimento desde sempre subscrito pela AdC e traduzido na respetiva prática processual.

322. Nos referidos acórdãos, entendeu o TRL que o pedido da AdC dirigido à Pingo Doce continha todos os requisitos de informação necessários, nos termos e com os fundamentos que se transcrevem em seguida:

“(…)[C]omo se verifica da análise do primeiro parágrafo do ofício cuja desconformidade com o decidido se discute, a informação prestada não é minuciosa mas é em nosso entender suficiente para que a Recorrida Pingo Doce ficasse a saber que estavam em causa factos que indiciam práticas restritivas da concorrência relativamente aos mercados retalhistas abrangendo os produtos ali identificados. Ou seja, no ofício dirigido à recorrida e onde se solicitam os elementos encontra-se suficientemente indicado o objeto da investigação em curso bem como a necessidade dos elementos que solicita. (…)

*Exigir mais do que consta no ofício, interpretado em conformidade com os elementos já constantes dos autos e do conhecimento da Recorrida, nomeadamente **exigir-se a indicação dos factos concretos sob investigação pode comprometer a própria investigação, dar a conhecer factos que ainda não se encontram devidamente investigados (desde logo porque a tal se destina o pedido de elementos), comprometeria o segredo de justiça em que se encontra a investigação e esvaziaria de conteúdo a nota de ilicitude (…)***

*O que tem de se verificar é uma **razão justificativa para o pedido de elementos, pedido que deve ser fundamentado e conter em si mesmo o mínimo de informação que legitime o que se pede e permita sindicá-la essa mesma legitimação. E nesta medida, verifica-se que o pedido da AdC contém informação suficiente para que a Pingo Doce soubesse que infração concreta estava a ser investigada**, como aliás se pode verificar da análise do mesmo em conformidade com as informações de que já dispunha desde a efetivação das Buscas e Apreensões. Identificar os factos e infração concretos no momento em que a AdC realiza o pedido de elementos significaria que a investigação estaria terminada e que os elementos solicitados não se destinavam a investigar mas apenas a comprovar. Ora, como bem nota a recorrente, **estando a investigação a decorrer, expressamente referida no início do ofício bem como a indicação de que estava em segredo de justiça, a visada, onde haviam já realizadas diligências de busca***

e apreensão devidamente autorizadas e legitimadas por mandado pelo Ministério Público, já sabia que estava a ser investigada encontrando-se no pedido formulado pela AdC aqui em causa, informação e base legal bastante para que a mesma pudesse ter conhecimento e estar justificado o pedido que formulou.

Exigir-se mais pode colocar em risco sério a investigação de práticas nocivas e atentatórias da livre concorrência e da própria atividade da recorrente”. (realce da Autoridade).

323. Esclarecida pelos tribunais a temática subjacente aos pedidos de elementos dirigidos à Pingo Doce, foi precisamente isso que, em 18.10.2018, a AdC fez no âmbito do pedido de elementos que motiva a arguição do Pingo Doce no presente processo.
324. Em primeiro lugar, indicando o objeto da investigação em curso e fazendo as questões colocadas no Anexo 1 do referido pedido menção a mercados, concretamente aos mercados do whisky, gin, brandy/conhaque, vodka, licor, vinhos tranquilos, vinhos espumantes, vinhos fortificados (Porto/Moscatel) e aperitivos por referência ao mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal nos anos de 2007 a 2017.
325. Deste modo, a Pingo Doce tinha conhecimento que estavam em causa factos que indiciavam práticas restritivas da concorrência relativamente aos mercados retalhistas abrangendo os produtos ali identificados, estando a investigação ainda a decorrer e encontrando-se, à data, sujeita a segredo de justiça.
326. Acresce, como já acima referido, que a Visada Pingo Doce havia sido objeto de diligências de busca e apreensão em 2017, tendo, para o efeito, sido notificada do teor dos respetivos Mandados e Despachos de Fundamentação do Ministério Público, dos quais constam informações concretas acerca da factualidade em causa na investigação em curso¹¹⁵.
327. A Pingo Doce conhecia, pois, à data do pedido de elementos, os factos objeto de investigação, bem como a sua potencial subsunção jusconcorrencial.
328. Em segundo lugar, importa salientar que o pedido de elementos em causa não se tratava de um caso isolado, motivo pelo qual, também pelo teor das questões colocadas

¹¹⁵ O presente processo de contraordenação foi aberto, precisamente, na sequência e por força dos resultados apurados nessas diligências, em termos oportunamente comunicados às Requerentes (cf. comunicação da AdC de 16.05.2018, com a referência S-AdC/2018/1045).

no Anexo 1, resultava claro que as mesmas visavam habilitar a AdC a delimitar a atividade exercida pela Pingo Doce e analisar a sua posição nos mercados relevantes.

329. Com base nesse conhecimento e na fundamentação avançada no pedido de elementos de 18.10.2018 pôde – e pode – a Pingo Doce com facilidade aferir da necessidade dos elementos solicitados para o esclarecimento da factualidade em causa.
330. Face aos motivos e fundamentos expostos, considera-se que o pedido de elementos de 18.10.2018 foi validamente realizado pela AdC, em cumprimento 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 Lei da Concorrência, em plena conformidade com o entendimento do TRL, inexistindo qualquer vício (ilegalidade ou invalidade) no mesmo.
331. Mais, o esclarecimento cabal da matéria pelo TRL, devidamente comunicado à Pingo Doce, dispensava, por inútil, qualquer reiteração pela AdC, no âmbito do presente processo, da legalidade do pedido de elementos efetuado e ao qual aquela Visada, bem, havia já respondido.
332. Em síntese e conclusão, cumpre referir que a alegada questão controvertida, que ora se demonstrou evidentemente esclarecida, se ultrapassou com a marcha processual do presente processo.
333. Conforme decorre do artigo 24.º da Lei da Concorrência, o momento próprio para dar conhecimento de eventuais factos imputáveis às visadas que consubstanciem ilícitos da concorrência é no fim do inquérito, através de notificação da nota de ilicitude, à qual a empresa visada poderá se pronunciar, exercendo os seus direitos de defesa de acordo com o artigo 25.º da Lei da Concorrência.
334. Ora, a Nota de Ilcitude no âmbito do processo foi adotada e notificada em 21.03.2019 à Pingo Doce, desta constando os factos e provas a esta empresa imputados.
335. A Pingo Doce apresentou a sua PNI em 03.02.2020, suscitando a presente questão (referente à invalidade daquela prova), não deixando, contudo, de se pronunciar em substância em relação aos factos que a prova em causa sustenta.
336. Prevalece-se do – e efetivamente exerce o – direito que reputa coartado, razão pela qual a causa de pedir e o pedido se consideram esvaziados de sentido, tendo sido a alegada questão totalmente ultrapassada.
337. Face ao exposto, não se reconhece a existência de qualquer invalidade processual, pelo que improcede a argumentação invocada pela Visada.

21 Da nulidade da Nota de Ilícitude derivada do tratamento de confidencialidades

21.1 Posição da Visada Pingo Doce

338. Na sua PNI, a Pingo Doce reitera que a confidencialidade da informação referente a prova apreendida e a documentação submetidas em resposta a pedidos de elementos deveria ter sido mantida nos termos das respetivas respostas e fundamentações apresentadas¹¹⁶.
339. Defende a Pingo Doce que, tendo cumprido corretamente o exercício de confidencialização, a AdC não poderia ter disponibilizado às Visadas, no âmbito do acesso ao processo, documentos e informações que a Pingo Doce classificara como confidenciais, baseando-se a Autoridade, alegadamente, numa leitura ilegal e enviesada do regime das confidencialidades, em particular do regime do artigo 30.º da Lei da Concorrência.
340. A 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.
341. Ademais, a Pingo Doce considera que, existindo *emails* que têm como interlocutor um ou mais colaboradores da Pingo Doce, apreendidos nas instalações da Primedrinks, 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, esta atuação viola o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência¹¹⁷.
342. 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 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 13.11.2018, e a que foi prestada através dos pedidos de elementos (sem*

¹¹⁶ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 75.

¹¹⁷ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 88.

*prejuízo das ilegalidades respeitantes à comunicação dos factos) a 2.11.2018 e 21.11.2018*¹¹⁸.

343. 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.
344. No entender da Pingo Doce, o exercício do direito de defesa das restantes co-Visadas nunca estaria prejudicado porquanto estas sempre teriam acesso, através dos seus advogados, à versão confidencial dos referidos documentos e *emails* classificados como confidenciais pela Pingo Doce.
345. 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 inquina de nulidade a presente NI, [o] que[,] estando segredos de negócio de uma empresa inseridos no direito fundamental de propriedade privada (artigo 62.º da CRP) e no direito de livre iniciativa económica (artigo 61.º, n.º 1 da CRP) e sendo conexos com bens constitucionalmente protegidos como seja a livre iniciativa económica privada e a sã concorrência entre empresas (artigo 81.º, alíneas e) e j)), competindo fazer um exercício de proporcionalidade entre os vários interesses e direitos contraditórios em presença, nos termos do princípio da proporcionalidade (artigo 18.º da CRP), [t]orna a informação confidencial nula não podendo ser utilizada, nos termos dos artigos 18.º e ss, 30.º e 31.º do RJC, 126.º, n.º 3 do CPP, ex vi artigos 13.º do RJC e 41.º do RGCO e, bem assim, do artigo 101.º do TFUE e 32.º, n.ºs 8 e 10 da Constituição*¹¹⁹.

21.2 Posição da Autoridade

346. A propósito da argumentação da Pingo Doce, a AdC não alcança em que medida o alegado se consubstancia numa nulidade.
347. Ora, como se demonstrará, o procedimento de tratamento e validação de confidencialidades segue um regime próprio, prevê meios de reação específicos e

¹¹⁸ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 92.

¹¹⁹ Cf. PNI Pingo Doce parágrafos 98, 99 e 100.

assenta numa lógica de consequências autónomas, as quais são independentes do – e não contaminam o – processo contraordenacional.

348. Nos termos do artigo 30.º da Lei da Concorrência, a AdC tem o dever de acautelar o legítimo interesse dos visados na não divulgação dos seus segredos de negócio. Para tal desenvolve um moroso e exaustivo procedimento de validação da classificação de confidencialidades, perpassado de interações com os detentores da informação passível de consubstanciar segredos de negócio.
349. Por outro lado, de acordo com o n.º 1 do artigo 32.º da Lei da Concorrência o processo é, em regra, público e, ainda que nos termos e nos limites dispostos no artigo 33.º da Lei da Concorrência, (todos) os visados num processo de contraordenação têm, diretamente ou por intermédio dos seus mandatários ou assessores económicos, acesso ao processo para efeitos de exercício dos seus direitos de defesa.
350. 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.
351. 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*”.
352. 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.
353. 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 Lei da Concorrência, tanto que as

versões enviadas estavam de acordo com o entendimento da AdC, transmitido ao longo de todo o procedimento de confidencialidades.

354. 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 Lei da Concorrência.
355. Destarte, a Visada Pingo Doce poderia sempre ter recorrido das decisões finais de 22.11.2018¹²⁰ e 30.11.2018¹²¹, nos termos do n.º 3 do artigo 84.º e do artigo 85.º da Lei da Concorrência, nomeadamente do que à alegada falta de fundamentação diz respeito.
356. 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 Lei n.º 19/2012, 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.
357. 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*”.
358. 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.
359. 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 Lei n.º 19/2012 preconizada pela Visada Pingo Doce, com vista a fundamentar a arguição que ora se desconstrói.
360. A Pingo Doce refere que não desconhece que a Lei n.º 19/2012, 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

¹²⁰ Cf. Decisão Final de 22.11.2018 constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/2924.

¹²¹ Cf. Decisão Final de 30.11.2018 constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2019/2983.

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 Lei n.º 19/2012.

361. 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 Lei n.º 19/2012 decorrem, para os visados titulares de informações confidenciais o cumprimento de determinados ónus sob pena da cominação legal de classificação da informação como não confidencial.
362. 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.
363. 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
364. Não se compreende, igualmente, que seja alegada a violação do artigo 43.º dos Estatutos da AdC, que estatui que *“os titulares dos órgãos, os trabalhadores, os titulares de cargos de direção ou equiparados e os prestadores de serviços estão sujeitos aos deveres de diligência e sigilo quanto aos assuntos que lhe sejam confiados ou de que tenham conhecimento por causa do exercício das suas funções”*.
365. 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.
366. 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 Lei n.º 19/2012. Pelo contrário, honrou e cumpriu todos os deveres de diligência a que está adstrita.

367. A AdC cumpriu todos os trâmites legais, não se alcançado, assim, em que medida poderia a sua atuação culminar numa nulidade da prova utilizada.
368. Improcede, pois, o alegado por esta Visada.
369. Não obstante, cumpre ainda referir que, ao invés do alegado pela Pingo Doce, a AdC não violou o artigo 30.º da Lei da Concorrência ao não ter concedido à Pingo Doce a oportunidade de se pronunciar relativamente a uma série de *emails* apreendidos nas instalações da Primedrinks que têm como interlocutor um ou mais colaboradores da Pingo Doce.
370. A este respeito, vejam-se as Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativas à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012 e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, que, no que à proteção dos segredos de negócio diz respeito, se refere às entidades *titulares* das informações em causa.
371. Ora, a menção a titular da informação em causa terá de se referir à entidade *detentora* da informação cuja confidencialidade se pretende proteger.
372. O próprio n.º 2 do artigo 30.º da Lei da Concorrência refere expressamente que após “a realização de diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º, a Autoridade da Concorrência concede **ao visado** pelo processo prazo (...) para identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por segredo de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgadas das mesmas”. (realce da Autoridade).
373. Ora, os documentos a que a Pingo Doce faz menção, nomeadamente, os documentos P7, P83, P96, P108, P137, P170, P172, P173, P185, P189, P241, P332, P963, P970, P971 e P1021¹²² foram apreendidos nas instalações da Primedrinks, é esta empresa a detentora da informação apreendida, sendo a esta empresa Visada que a AdC se deve dirigir, e dirigiu¹²³, nos termos do n.º 2 do artigo 30.º da Lei da Concorrência.

¹²² As referências dadas aos documentos em causa pela AdC e que constam dos autos são Primedrinks7, Primedrinks83, Primedrinks96, Primedrinks108, Primedrinks137, Primedrinks170, Primedrinks172, Primedrinks173, Primedrinks185, Primedrinks189, Primedrinks241, Primedrinks332, Primedrinks963, Primedrinks970, Primedrinks971 e Primedrinks1021.

¹²³ Cf. pedido de identificação de informação confidencial de 22.03.2018 constante do ofício registado sob o n.º S-AdC/2018/682.

374. 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.
375. Ademais e nos casos em que colaboradores da Pingo Doce figuram como remetentes das mensagens, relembra-se o entendimento do TRL, mencionado *supra* (parágrafo 137), 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"*.
376. Pelo exposto se conclui que a Autoridade, no que aos documentos P7, P83, P96, P108, P137, P170, P172, P173, P185, P189, P241, P332, P963, P970, P971 e P1021¹²⁴ diz respeito, interpelou, nos termos do n.º 2 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, o efetivo detentor da informação em causa, improcedendo, também por essa via, o vício alegado pela Visada Pingo Doce.
377. Finalmente, e no que respeita ao acesso ao processo, regulado no artigo 33.º da Lei da Concorrência, não poderão igualmente colher os argumentos da Visada Pingo Doce, como se passará a demonstrar.
378. No âmbito do procedimento de confidencialidades, cabe ao detentor do segredo de negócio o ónus de explicar à AdC as razões para aquelas informações não poderem ser divulgadas e qual o prejuízo daí decorrente, uma vez que o tratamento como confidencial dessa informação implica um desvio à regra da publicidade do processo, constante do n.º 1 do artigo 32.º da Lei da Concorrência.
379. 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

¹²⁴ As referências dadas aos documentos em causa pela AdC e que constam dos autos são Primedrinks7, Primedrinks83, Primedrinks96, Primedrinks108, Primedrinks137, Primedrinks170, Primedrinks172, Primedrinks173, Primedrinks185, Primedrinks189, Primedrinks241, Primedrinks332, Primedrinks963, Primedrinks970, Primedrinks971 e Primedrinks1021.

causar prejuízo sério. Não existe uma confidencialidade automática em função da temática; existe um ónus de fundamentação.

380. A este propósito, recorda-se que nos termos e para os efeitos dos n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência decorrem, para os visados titulares de informações confidenciais, *“três ónus (...) sob pena de ficarem sujeitos à cominação legal de classificação das informações como não confidenciais. Tais ónus são:*

- (i) ónus de identificação das informações que considera confidenciais;*
- (ii) ónus de fundamentação de tal identificação; e*
- (iii) ónus de fornecimento de uma cópia não confidencial dos documentos que contenham informações confidenciais expurgadas das mesmas.”* (cf. Sentenças proferidas pelo TCRS, no âmbito do processo n.º 194/16.3YUSTR, 228/18.7YUSTR (apensos E, F, G, I), e 18/19.0YUSTR (apensos E e F)).

381. 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, *“à cautela”*, versões não confidenciais dos documentos sob análise, conformando-se com o mesmo.

382. Facilmente se compreende que a Pingo Doce sempre esteve em condições de saber que versões não confidenciais passariam a constar da versão não confidencial do processo, para efeitos de acesso pelas restantes co-Visadas, nos termos do n.º 1 do artigo 33.º da Lei da Concorrência.

383. É, por isso, absurda 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 15.06.2018¹²⁵, 13.11.2018¹²⁶, 02.11.2018¹²⁷ e 21.11.2018¹²⁸, versões não confidenciais estas que a AdC, tal como referido nas suas decisões finais de 22.11.2018 e 30.11.2018 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.

384. Por fim, e apoiando-se no pressuposto de que os documentos disponíveis para acesso pelas co-Visadas deveriam ser os que a Pingo Doce qualificou como “confidenciais”, a Pingo Doce entende que os direitos de defesa estariam sempre salvaguardados porquanto *“todas as co-visadas têm acesso à versão não confidencial do processo e da NI por intermédio dos seus advogados e/ou assessores económicos externos, pelo que a documentação/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)”*.
385. Ora, o procedimento de tratamento de confidencialidades e a metodologia utilizada visa, nomeadamente, a uniformização do referido tratamento por parte da AdC, para que desse modo se acautele a transparência e coerência na sua interação com todas as empresas visadas em processos contraordenacionais.
386. 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.
387. 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.

¹²⁵ Cf. carta com a referência E-AdC/2018/3327, 15.06.2018.

¹²⁶ Cf. carta com a referência E-AdC/2018/5966, de 13.11.2018.

¹²⁷ Cf. carta com a referência E-AdC/2018/5757, de 02.11.2018.

¹²⁸ Cf. carta com a referência E-AdC/2018/6087, de 21.11.2018.

388. Pelo exposto, as decisões tomadas pela AdC no âmbito dos procedimentos de tratamento de confidencialidades não poderão ser distintas, ou seguir outros critérios, porventura menos exigentes, pelo facto de o acesso a documentos confidenciais poder ser conferido, nos termos do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência, aos advogados e assessores económicos externos das visadas para efeitos do exercício de defesa.
389. Pelo exposto se compreende que a Autoridade não descarta que a tutela de informações confidenciais é uma decorrência do direito de propriedade privada (artigo 62.º CRP) e do direito de livre iniciativa económica (n.º 1 do artigo 61.º da CRP), e, tanto assim é que a AdC acautelou a proteção de informação confidencial cujos pedidos foram devidamente fundamentados pela Pingo Doce face aos critérios de concessão de proteção da AdC.
390. Inexiste, pois, qualquer nulidade que deva ser declarada nos termos alegados.

22 Do desentranhamento de prova potencialmente exculpatória

22.1 Posição da Visada Pingo Doce

391. 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.
392. 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 artigo 33.º e do n.º 1 do artigo 25.º, ambos da Lei da Concorrência, e n.º 10 do artigo 32.º e n.º 4 do artigo 20.º da CRP e artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹²⁹.

22.2 Posição da Autoridade

393. 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/2016/4, acima

¹²⁹ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 114.

referido, foi-lhe devida e oportunamente notificado, não tendo suscitado da sua parte qualquer objecção), mas nas instalações das demais co-Visadas.

394. 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.
395. 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 carácter potencialmente exculpatório dessa prova para as demais visadas (que, na realidade, não existe, nem nessa nem em qualquer prova desentranhada).
396. 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 repristinar a recorribilidade de decisões já perfeitamente estabilizadas na ordem jurídica.
397. Neste sentido, atente-se à sentença proferida pelo TCRS em 16 de março de 2017¹³⁰:
- “- Efectivamente, a AdC determinou o desentranhamento de modo unilateral, sem contraditório ou sindicância das demais visadas;*
- Todavia, afigura-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.”*
398. 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.

¹³⁰ Proferida no âmbito do processo n.º 20/16.3YUSTR

399. 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.
400. Esse pressuposto basilar da atividade sancionatória da AdC é observado em todos os processos contraordenacionais que instrui, não constituindo o presente processo uma exceção.
401. 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.
402. 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.
403. 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”*¹³¹.
404. Com base no referido entendimento jurisprudencial, *in casu*, a prova considerada irrelevante pela Autoridade foi desentranhada na fase de inquérito, conforme referido na secção 5.3 da presente Decisão.
405. 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.
406. 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*

¹³¹ Cf. Acórdão do TRL, de 05.04.2016, Proc. n.º 225/15.4YUSTR.L1 – 5.ª Secção –, disponível em www.concorrenca.pt, consultado em 04.11.2020 e disponível a fls. 8167 do processo.

*sobre a utilidade da manutenção dos mesmos no processo e sem tanger com a validade das diligências de instrução*¹³².

407. 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 Lei da Concorrência.
408. De facto, a solução pretendida pela Visada Pingo Doce, i.e., conhecer e analisar toda a informação reunida pela AdC no decurso do inquérito, para além de desnecessária (atentas as incumbências da AdC) nos termos acima demonstrados, depara-se com diversos obstáculos processuais que desvirtuam o próprio objetivo de eficiência e celeridade processual inerente à adoção do procedimento de desentranhamento.
409. 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 3 da presente Decisão), e levantada por ocasião da notificação da Nota de Ilícitude – as visadas não têm acesso aos autos durante a fase de inquérito. Neste cenário, as visadas apenas tomam conhecimento do objeto do processo, bem como dos elementos probatórios relevantes no final da fase de inquérito, ou seja, posteriormente à altura prevista para realização do desentranhamento.
410. 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 Lei da Concorrência, 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

¹³² Cf. Acórdão do TCRS, de 25.10.2016, Proc. n.º 195/16.1YUSTR, disponível em www.concorrencia.pt, consultado em 05.11.2020 e disponível a fls. 8167 do processo.

objeto do processo, numa fase em que o processo pode encontrar-se sujeito a segredo de justiça (como no presente caso).

411. 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.
412. 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.
413. 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.
414. 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.

23 Da nulidade da Nota de Ilícitude derivada da sua alegada insuficiente determinação

23.1 Posição da Visada Pingo Doce

415. Subsidiariamente ao que argumentou e que acima se descreveu, a Visada Pingo Doce alega que o n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência, na sua conjugação com as disposições que tipificam as infrações é uma “*norma que estabelece uma coima irremediavelmente indeterminada*”, sendo, por este motivo, inconstitucional, por violação do disposto nos n.ºs 1 a 4 do artigo 29.º da CRP¹³³.
416. 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.

¹³³ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 1032 e 1033.

417. 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 visadas e da presunção de inocência (artigo 32.º, n.ºs 1 e 10, da Constituição)”*¹³⁴.
418. Padecendo, alegadamente, a Nota de Ilícitude de uma insuficiente determinação nessa matéria.
419. Alega, nestes termos, 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”*¹³⁵.
420. Alega a Visada Pingo Doce que a referência da AdC à utilização das suas Linhas de Orientação sobre a aplicação de coimas, dizendo as mesmas respeito, no entender da Visada, a uma *“metodologia de determinação da coima completamente diferente de uma mera graduação da coima entre limites máximos e mínimos da sanção”*, leva a que a Nota de Ilícitude omita dados relevantes nos termos do procedimento indicado nas Linhas de Orientação, afetando o direito de defesa da Pingo Doce – o que, alegadamente, implica a nulidade da Nota de Ilícitude, nos termos conjugados da alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º, do n.º 1 do artigo 25.º e do artigo 13.º da Lei da Concorrência, do artigo 41.º do RGCO e do n.º 3 do artigo 283.º do CPP, de acordo com o Assento n.º 1/2003, de 16.01.2002, do Supremo Tribunal de Justiça¹³⁶.

23.2 Posição da Autoridade

421. A Pingo Doce procura sustentar que a regra prevista no n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência 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.

¹³⁴ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 1037.

¹³⁵ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 1039.

¹³⁶ Cf. PNI Pingo Doce parágrafos 1041, 1044 e 1045.

422. A título introdutório importa dar a nota de que a conformidade constitucional da norma contida no n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 já foi objeto de vários recursos junto do Tribunal Constitucional, tendo este órgão, invariavelmente, emitido juízos no sentido da plena conformidade com o ordenamento constitucional¹³⁷.
423. Com efeito, o facto de o n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência 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.
424. 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.
425. Nos ilícitos jusconcorrenciais, em concreto, a *ratio legis* do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência prende-se, tão-só e naturalmente, com a preocupação do legislador em balizar o valor máximo da coima aplicável com a situação económica (atual) das visadas pelo processo de contraordenação, e não com qualquer intenção de impedir que as visadas determinem o montante máximo da coima aplicável.
426. Ora, considerando que o n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência 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^{138 139}, também não podendo alegar o desconhecimento dos critérios a considerar na determinação concreta da coima (n.º 1 do artigo 69.º da Lei da Concorrência), 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

¹³⁷ Acórdão n.º 400/2016 de 21.06.2016; Acórdão n.º 641/2017 de 04.10.2017.

¹³⁸ 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.

¹³⁹ Cf. a decisão sumária do TC n.º 216/2016 analisou a questão na sua fundamentação a propósito do artigo 69.º, n.º 2, da Lei n.º 19/2012. Autos de recurso n.º 383/15 da 1.ª Sessão e confirmada pelo Acórdão n.º 400/2016, de 21.06.2016, respetivamente: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20160216.html> e <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160400.html>, consultado em 04.11.2020 e disponível a fls. 8167 do processo.

trazidos ao conhecimento da AdC durante a instrução do processo são, desde logo, mencionados pela AdC na Nota de Ilícitude.

427. 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 visadas, desde logo, os mínimos para conformar a sua margem de ação e conhecer as consequências do desrespeito dessa obediência legal^{140 141}.
428. Adicionalmente, faz-se notar, a este respeito, a posição assumida pelo Tribunal Constitucional que, através da Decisão Sumária n.º 216/2016, de 14.04.2016¹⁴², decidiu não julgar inconstitucional a norma do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, 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.
429. Resulta, pois, manifesto que o n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência não viola o disposto no artigo 29.º da CRP, não merecendo, pois, qualquer reparo a Nota de Ilícitude quanto a esta questão.
430. 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.
431. Alega ainda a Visada que, mesmo que se considerasse que a regulamentação legal da matéria de determinação da coima fosse constitucionalmente admissível – que já se viu que é –, a Nota de Ilícitude sempre padeceria de uma insuficiente determinação nessa matéria, em concreto, pela falta de indicação do mínimo da sanção aplicável.

¹⁴⁰ 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>, consultado em 04.11.2020 e disponível a fls. 8167 do processo.

¹⁴¹ Sentença proferida em 04.01.2016, no âmbito do proc. n.º 102/15.9YUSTR.

¹⁴² Cf. Autos de recurso n.º 383/15 da 1.ª Sessão. Confirmada pelo Acórdão n.º 400/2016, de 21.06.2016, respetivamente: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/decsumarias/20160216.html> e <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20160400.html>, consultado em 04.11.2020 e disponível a fls. 8167 do processo.

432. Invoca, para os devidos efeitos, a nulidade da Nota de Ilícitude, nos termos conjugados da alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º, do n.º 1 do artigo 25.º e do artigo 13.º da Lei da Concorrência, do artigo 41.º do RGCO e do n.º 3 do artigo 282.º do CPP, de acordo com o Assento n.º 1/2003, de 16.01.2002, do Supremo Tribunal de Justiça.
433. Ora, no que respeita à nulidade invocada pela Visada Pingo Doce, quanto à omissão de requisitos da Nota de Ilícitude, como sejam *“todos os elementos necessários para este fique a conhecer a totalidade dos aspectos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito”*, sob pena de violação do direito de defesa das visadas e da presunção de inocência, impõe-se esclarecer, no âmbito dos parâmetros gerais, que os requisitos da Nota de Ilícitude não podem ser supridos pelo recurso neste plano, ao n.º 3 do artigo 283.º do CPP.
434. Em primeiro lugar, não se concebe como, pelo facto de da Nota de Ilícitude não constar o limite mínimo da coima eventualmente aplicável, possa colher a alegação e ilação da Pingo Doce que *“de acordo com a NI, sem limite mínimo, [a sanção] pode ir até €394.493.012, [s]endo assim, patentemente afectado o seu direito de defesa”*¹⁴³. 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.
435. Na verdade, o que da secção III.10.2. da Nota de Ilícitude (*“Medida legal e determinação da coima”*) resulta é exatamente o oposto do que parece alegar a Visada.
436. Da leitura do parágrafo 834 da Nota de Ilícitude e da sua alínea v., resulta que *“caso a Autoridade tivesse proferido uma decisão final condenatória no ano de 2018, as coimas aplicáveis não poderiam ter excedido: [n]o caso do Pingo Doce, o montante total de €394.493.012”*.
437. Ora, de acordo com a Nota de Ilícitude e nos termos do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência, 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.

¹⁴³ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 1043 e 1044.

438. 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.
439. 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.
440. Ora, tendo presente que, nos termos do n.º 2 do artigo 69.º da Lei da Concorrência, 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.
441. 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.
442. 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”*.
443. Face ao exposto, facilmente se compreende que o direito de defesa da Visada Pingo Doce não foi, de modo algum, coartado.
444. De facto, cumpre recordar que a nota de ilicitude é o momento por excelência no âmbito da fase administrativa do processo contraordenacional previsto na Lei da Concorrência e no RGCO em que é dada às visadas a possibilidade de se defenderem.
445. Ou seja, é na pronúncia sobre a nota de ilicitude que as visadas têm a possibilidade de contraditar os factos que lhes são imputados, oferecer um eventual reenquadramento

daqueles factos e do direito, e ainda fornecer a sua análise crítica da prova existente nos autos.

446. Daqui resulta outro aspeto relevante para a presente análise: ainda não foi, nesse momento do processo (adoção da nota de ilicitude), facultada, em cumprimento do previsto no n.º 10 do artigo 32.º da CRP, a possibilidade de as visadas exercerem o seu direito de defesa e contraditório, apresentando a sua visão dos factos. Tal momento corresponde ao que imediatamente se segue àquele.
447. Deste modo, não tendo as Visadas, nessa fase do processo, exercido o contraditório, estranho seria, conforme parece pretender a Pingo Doce, se, desde logo na Nota de Illicitude, a AdC fosse conclusiva na descrição das circunstâncias que poderiam vir a ser tidas em consideração caso venha a ser aplicada uma sanção.
448. De facto, afigura-se descabido pretender que assim seja, na medida em que, na pronúncia sobre a nota de ilicitude, as visadas poderão vir contraditar a factualidade relevante 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. 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.
449. 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 carrega 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.
450. 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 Illicitude. 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.

451. 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 realizadas de forma não conclusiva, porquanto, sendo assegurado o contraditório às visadas, a AdC terá necessariamente de confrontar as conclusões da investigação com as pronúncias sobre a Nota de Ilícitude apresentadas pelas Visadas e só depois adotar juízos conclusivos suscetíveis de determinar a medida concreta da coima.
452. 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.
453. 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 Lei da Concorrência, que tem como requisitos formais os vertidos no artigo 58.º do RGCO *ex vi* artigo 13.º do mesmo diploma, e, com as devidas adaptações, equiparada à Acusação do Ministério Público prevista no artigo 283.º CPP¹⁴⁴.
454. 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 1/2003¹⁴⁵, 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

¹⁴⁴ 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).

¹⁴⁵ 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.

administração, ou, judicialmente, no acto de impugnação da subsequente decisão/acusação administrativa” (destaques da Autoridade).

455. 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.
456. 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 Lei da Concorrência (regime especial face ao RGCO)¹⁴⁶ como defende a Visada.
457. Assim sendo, a Nota de Ilícitude é uma acusação funcional¹⁴⁷ (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 Lei da Concorrência. 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.
458. 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 Lei da Concorrência e artigo 50.º do RGCO *ex vi* artigo 13.º da Lei da Concorrência.
459. 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.
460. 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.

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ 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.

461. Entende-se que, no presente caso, não assiste razão à Visada, porquanto se considera que a Nota de Ilícitude é clara quanto à imputação objetiva e subjetiva da infração objeto da presente Decisão, pelo que não se verifica a existência do vício ora imputado à Nota de Ilícitude.
462. No que respeita à determinação da medida da coima, verifica-se que, atendendo às regras de imputação que se encontram vertidas na lei, no que respeita à determinação da sanção aplicável, são claros e aplicáveis de forma igual a todas as visadas os critérios de determinação da medida concreta da coima – designadamente em função do respetivo grau de participação na infração. 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). No mesmo sentido, esclareceu o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 376/2016, de 08.06.2016¹⁴⁸, 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)”*.
463. 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 Lei da Concorrência, 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.
464. 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

¹⁴⁸ Publicado no Diário da República n.º 131/2016, Série II, de 11.07.2016.

a informação para que pudessem exercer cabalmente os seus direitos de defesa, também quanto à medida da coima aplicável.

465. Em face do que antecede, e considerando o que a este respeito foi já mencionado na Nota de Ilcitude, conclui-se que não assiste razão à Visada quanto à alegada violação do direito de defesa e do direito à presunção de inocência.
466. Pelo exposto, não se verifica, deste modo, a existência de qualquer nulidade quanto a esta matéria, nos termos previstos do artigo 25.º da Lei n.º 19/2012 e do artigo 50.º do RGCO, *ex vi* artigo 13.º da Lei da Concorrência, que densificam o n.º 10 do artigo 32.º da CRP.

24 Da alegada invalidade da notificação da Nota de Ilcitude

24.1 Posição da Visada Auchan

467. Na sua PNI, a Auchan vem reiterar a posição defendida no seu requerimento de 07.06.2019¹⁴⁹, alegando que a Nota de Ilcitude que lhe foi notificada “*não se encontra assinada, tratando-se, por isso, de um ato inválido, encontrando-se ferido de nulidade (...)*”¹⁵⁰.
468. Alega, ademais, que a Nota de Ilcitude 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*”¹⁵¹.
469. A Visada alega que não existe qualquer disposição na Lei da Concorrência que permita a truncatura de uma nota de ilcitude, a qual sempre seria inconstitucional, por violação do artigo 32.º da CRP.
470. No entender da Auchan, “*ao truncar-se a nota de ilcitude 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*

¹⁴⁹ Cf. requerimento de 07.06.2019 registado sob o n.º E-AdC/2019/3734, fls. 4153 a 4154 do processo.

¹⁵⁰ Cf. PNI Auchan parágrafo 40.

¹⁵¹ Cf. PNI Auchan parágrafo 41.

*forma intercalada com a consulta a cada momento, em data room, das partes truncadas*¹⁵².

471. 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)”¹⁵³.

472. 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”¹⁵⁴.

24.2 Posição da Autoridade

473. 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 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 11.07.2019¹⁵⁵, resposta com a qual a Auchan se conformou.

474. 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.

475. 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 na secção II. 7 – “Mercados de bebida”, em especial, a subsecção II.7.2 – “Posição das empresas

¹⁵² Cf. PNI Auchan parágrafo 48.

¹⁵³ Cf. PNI Auchan parágrafo 50.

¹⁵⁴ Cf. PNI Auchan parágrafo 51.

¹⁵⁵ Cf. fls. 4114 a 4219 do processo.

Visadas nos mercados identificados”, da Nota de Ilícitude, consubstanciando-se os respetivos descritos em intervalos de valor.

476. 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*”.
477. Ora, a este propósito, cumpre esclarecer que, de acordo com o disposto no artigo 33.º da Lei da Concorrência 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)*”.
478. 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 artigo 30.º da Lei da Concorrência, face ao dever que incumbe à AdC de acautelar o interesse legítimo das empresas 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.
479. Ou seja, no processo foram cotejados e ponderados quer os direitos de defesa das visadas, quer o interesse legítimo das empresas Visadas 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.
480. 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 11.07.2019 e com a qual a mesma se conformou.
481. Improcedem, portanto, as arguições de nulidade suscitadas quanto à notificação da Nota de Ilícitude.

25 Da alegada nulidade por falta de fundamentação da Nota de Ilícitude

25.1 Posição da Visada Auchan

482. A Visada Auchan vem alegar que a Nota de Ilícitude padece de uma manifesta falta de fundamentação, assente no facto de a AdC, no entender da Visada, não proceder a uma narração concreta dos factos que são imputados à empresa, tendo procedido “à *imputação concreta da infração à Auchan por mera remissão para prova constante dos autos, mais referindo que esse elenco não esgota o conjunto de meios de prova disponíveis*”¹⁵⁶.
483. 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*”¹⁵⁷.
484. O recurso à remissão da prova sem uma explicação adicional determina, de acordo com a Visada, a nulidade da Nota de Ilícitude por falta de fundamentação da acusação contra a Auchan (nos termos do n.º 5 do artigo 97.º, da alínea *b*) do n.º 3 do artigo 283.º e do n.º 2 do artigo 120.º do CPP), que afeta de forma grave os direitos de defesa da Visada (n.º 10 do artigo 32.º da CRP).
485. 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 (...)*”¹⁵⁸.
486. 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.

25.2 Posição da Autoridade

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

¹⁵⁶ Cf. PNI Auchan parágrafo 390.

¹⁵⁷ Cf. PNI Auchan parágrafo 385.

¹⁵⁸ Cf. PNI Auchan parágrafo 396.

488. 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”*.
489. Ora, como consabido, o regime consagrado no artigo 25.º da Lei da Concorrência 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.
490. 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.
491. 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.
492. Note-se que, no presente processo e nos termos do artigo 25.º da Lei da Concorrência (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 Ilícitude 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.
493. Depois, no que respeita às nulidades invocadas pela Auchan, quanto à omissão de requisitos da Nota de Ilícitude, como sejam os elementos mínimos constitutivos da imputação, impõe-se esclarecer, no âmbito dos parâmetros gerais, que os requisitos da Nota de Ilícitude não podem ser supridos pelo recurso neste plano, nem ao n.º 3 do artigo 283.º nem a outros normativos invocados do CPP.
494. A este respeito, cumpre em primeiro lugar lembrar que a questão da equiparação de uma nota de ilicitude, emitida nos termos e para os efeitos do disposto na Lei da

Concorrência, a uma acusação, tal como prevista no artigo 283.º do CPP, não se afigura tão linear como a Auchan a configura.

495. No entender da Autoridade, já expresso na sua prática decisória¹⁵⁹, a nota de ilicitude adotada no âmbito de processo contraordenacional por infrações à Lei da Concorrência não pode ser equiparada a uma acusação, conforme prevista no processo penal.
496. Com efeito, e tal como já referido nos parágrafos 457 e ss. da presente Decisão, a nota de ilicitude é uma acusação funcional (não tendo a natureza de decisão final), não se podendo fazer o paralelismo com a acusação do Ministério Público – artigo 283.º do CPP – que, em processo penal, sempre equivaleria a uma decisão administrativa final, 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 Lei da Concorrência.
497. 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.
498. Em suma, o direito contraordenacional encontra-se, na nossa ordem jurídica, autonomizado face ao direito penal, fundando-se tal autonomia na diferente natureza do ilícito e da sanção, a qual por sua vez se reflete nas especificidades da tramitação processual aplicável, em particular quanto à intervenção do poder judicial.
499. Clarificada esta questão, no que respeita especificamente ao conteúdo da Nota de Ilicitude, o Assento n.º 1/2003 do Supremo Tribunal de Justiça 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)¹⁶⁰.
500. 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

¹⁵⁹ Cf. Decisão do Conselho de Administração da AdC de 30.07.2019 no âmbito do PRC/2017/10, em particular parágrafos 439 a 444.

¹⁶⁰ 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.

julgarem conveniente, produzindo provas complementares que contrariem os indícios entretanto recolhidos e, conseqüentemente, para que não seja proferida decisão final condenatória,

501. Relativamente ao grau de exigência da fundamentação, considera-se que a Nota de Ilícitude não pode deixar de tornar claras para o “arguido” as razões de facto e de direito suscetíveis de conduzir à sua condenação.
502. O TCRS também já pronunciou, em 30.09.2020¹⁶¹, 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”*¹⁶¹.
503. Neste quadro de análise, entende-se que, no presente caso, não assiste razão à Visada, porquanto se considera que a Nota de Ilícitude é clara quanto à imputação objetiva e subjetiva da infração objeto da presente Decisão, pelo que não se verifica a existência do vício ora imputado à Nota de Ilícitude.
504. Em concretização destes preceitos legais, a AdC, nas suas Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos, refere o seguinte:
- “84. Através da nota de ilicitude é dado conhecimento aos visados de todos os elementos, de facto e de direito, relevantes para a decisão final. Estes consistem em todos os elementos, que permitem preencher os requisitos do tipo contraordenacional imputado aos visados, incluindo a indicação da prova e a respetiva fundamentação jurídica.*

¹⁶¹ Sentença do TCRS de 30.09.2020 no âmbito do Proc. n.º 322/17.1YUSTR.

505. 85. *Na nota de ilicitude é efetuada a identificação dos visados e a descrição dos factos que lhes são imputados, com indicação das provas obtidas, que constarão dos autos do processo, bem como a indicação das normas que se consideram infringidas e respetiva fundamentação e, finalmente, da moldura da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis, com exposição das circunstâncias que podem ser consideradas na sua determinação concreta na decisão final*¹⁶² (sublinhado da Autoridade).
506. Nestes termos, considerando a Nota de Ilícitude junta aos autos e 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 das visadas”*: as visadas são devidamente identificados, desde logo no preâmbulo da Nota de Ilícitude (cf. páginas 7 e 8 da Nota de Ilícitude), sendo posteriormente efetuada, na secção II.6 da Nota de Ilícitude (*“Identificação e caracterização das Visadas”* – cf. parágrafos 28 a 68 da Nota de Ilícitude ¹⁶³), uma descrição mais detalhada de cada uma das Visadas, da sua atividade comercial, e do grupo empresarial onde se inseriam à data da factualidade relevante;
 - (ii) *“Descrição dos factos que lhes são imputados, com indicação das provas obtidas”*: na secção II.8 da Nota de Ilícitude (*“Comportamentos das Visadas”* – cf. parágrafos 152 a 477 da Nota de Ilícitude ¹⁶⁴), foi realizada uma descrição sequencial, narrativamente orientada e espaço-temporalmente circunstanciada, das condutas das Visadas com relevância contraordenacional, incluindo não só a narração dos factos, como também a indicação de todos 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”*: na secção III.9 da Nota de Ilícitude (*“Apreciação jurídica dos factos imputados e dos meios de prova”* – cf. parágrafos 503 a 819 da Nota de Ilícitude ¹⁶⁵), a AdC procedeu à apreciação jurídica e económica da factualidade anteriormente apurada, indicando, para todos os elementos do tipo objetivo e

¹⁶² 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.

¹⁶³ Reproduzidos na presente Decisão nos parágrafos 539 a 584 *infra*.

¹⁶⁴ Reproduzidos na presente Decisão nos parágrafos 760 a 1592 *infra*.

¹⁶⁵ Reproduzidos na presente Decisão nos parágrafos 1593 a 2056 *infra*.

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”: na secção III.10 da Nota de Ilícitude (*“Determinação das sanções”* – cf. parágrafos 820 a 885 da Nota de Ilícitude¹⁶⁶), 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.

507. Adicionalmente, na Nota de Ilícitude foram ainda comunicados às Visadas diversos aspetos relacionados com a origem e tramitação do PRC/2017/7 (cf. secção I da Nota de Ilícitude – *“Do Processo”*), nomeadamente como é que a AdC teve notícia da infração¹⁶⁷, quando é que foi aberto o inquérito¹⁶⁸ e quais as diligências probatórias realizadas¹⁶⁹.
508. Por fim, na secção II da Nota de Ilícitude – *“Dos Factos”* –, para além da factualidade relativa à conduta anticoncorrencial propriamente dita, a AdC abordou ainda as dimensões de produto e geográfica dos mercados em causa, assim como a posição das empresas Visadas nesses mesmos mercados (cf. secção II.7.2 da Nota de Ilícitude¹⁷⁰).
509. À luz do exposto, fica patente que as exigências de conteúdo da Nota de Ilícitude foram respeitadas na íntegra no presente processo, tendo sido comunicados às Visadas, aquando da Decisão de Inquérito, todos os elementos necessários para que estas pudessem exercer os seus direitos de defesa previstos na Lei da Concorrência, no RGCO e na CRP, inexistindo como tal, a este respeito, qualquer violação desses mesmos direitos.

¹⁶⁶ Reproduzidos na presente Decisão nos parágrafos 2057 a 2152 *infra*.

¹⁶⁷ Reproduzida na presente Decisão na secção 1 *supra*.

¹⁶⁸ Reproduzida na presente Decisão na secção 2 *supra*.

¹⁶⁹ Reproduzida na presente Decisão na secção 5 *supra*.

¹⁷⁰ Reproduzida na presente Decisão na secção 30 *infra*.

510. No que respeita à invocada utilização na Nota de Ilícitude de uma técnica remissiva e seleção de elementos de prova para caracterizar a prática da infração, saliente-se que a utilização de uma tal metodologia (que, como se demonstrará, não acarreta qualquer indeterminação) não pode relevir nos termos alegados pela Auchan, uma vez que a Nota de Ilícitude é esclarecedora quanto à recondução da conduta das Visadas às normas legais aplicáveis e à imputação objetiva e subjetiva da infração em causa às Visadas, permitindo-lhes ponderar a eventual “*oportunidade sobre a conveniência da impugnação judicial*” da decisão final.
511. Ou seja, é patente que, relativamente à Visada Auchan e a todas as Visadas, o exercício dos seus direitos de defesa não ficaram frustrados pelas alegadas insuficiências que a Nota de Ilícitude pudesse conter, sendo sempre possível percorrer o raciocínio da Autoridade e dele extrair as devidas conclusões.
512. 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.
513. 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.
514. Não colhe, contudo, a alegação feita pela Visada.
515. A AdC utiliza como meio de prova para demonstrar a infração, bem como o envolvimento das Visadas, apenas uma parte do acervo probatório constante dos autos (designadamente os elementos/documentos identificados na Nota de Ilícitude).
516. De entre estes documentos, a circunstância de a AdC na secção II.8.2. “*Envolvimento das Visadas*” da Nota de Ilícitude, apenas fazer referência àqueles que considera mais reveladores e evidentes da participação e envolvimento de cada Visada na prática ilícita, não obsta a que as Visadas utilizem todo o acervo probatório mencionado para efeitos de defesa (identificado no Anexo 1 à Nota de Ilícitude).
517. Tal utilização, 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.

518. A descrição detalhada e exaustiva de todos os elementos probatórios na Nota de Ilícitude, para além de desnecessária nos termos acima sustentados, tornaria esta peça processual dificilmente inteligível, puramente pela dimensão que assumiria.
519. 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.
520. 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 Visadas, recorrendo, igualmente, a uma técnica remissiva, de seleção de elementos de prova para efeitos de defesa (cf., nomeadamente, os parágrafos 742, 743, 773 e 787 da PNI Auchan).
521. Em face do exposto, improcedem as alegações suscitadas quanto à alegada nulidade da Nota de Ilícitude por violação das garantias de defesa da Visada.

26 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

26.1 Posição da Visada Auchan

522. 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 do E.Leclerc ou do Dia Minipreço.
523. Vem, por esse motivo, defender a nulidade da Nota de Ilícitude por existir ou *“uma grosseira violação do princípio da legalidade e da justiça relativa (que se traduz numa clara ausência de inquérito relativamente àquelas empresas, o que configura uma nulidade insanável nos termos das alíneas d) e b) do artigo 119.º do CPP) ou [por] erro sobre os pressupostos no que respeita à imputação à Auchan que determina a nulidade da decisão na parte em que se apoie nestes documentos (por manifesta violação do n.º 10 do artigo 32.º, artigos 277.º e 283.º do CPP, alínea c) do n.º 1 do artigo 615.º do CPC ex vi artigo 4.º do CPP)”*.

26.2 Posição da Autoridade

524. Em primeiro lugar, cumpre referir que a alegação (sem sustento) da Visada Auchan parte logo de um pressuposto errado, uma vez que a empresa Cooplecnorte – cooperativa que tem como associadas um conjunto de empresas que atuam em Portugal sob a insígnia comum “*E.Leclerc*” – é Visada no presente processo.
525. Não obstante, a AdC não contesta que alguns dos meios de prova utilizados na Nota de Ilícitude identificam outra insígnia, para além das empresas de distribuição visadas.
526. Também não contesta que os indícios revelados nesses meios de prova relativamente às empresas de distribuição visadas, aplicam-se, *mutatis mutandis*, às tais insígnias.
527. Finalmente, não contesta que tais empresas de distribuição não foram investigadas no presente processo de contraordenação.
528. Trata-se, no entanto, de uma matéria que não deverá ser objeto de análise em sede de questões prévias.
529. 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).
530. Não obstante, cumpre à AdC na presente secção, demonstrar a improcedência das nulidades arguidas pela Visada.
531. Segundo um princípio da justiça relativa, para situações iguais deve ser aplicado o mesmo critério jurídico.
532. 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 da empresa 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.
533. O facto de esta empresa surgir identificada em alguns meios de prova relevantes para efeitos de imputação da prática ilícita a algumas das Visadas do 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 Lei da Concorrência, tal como se demonstrará *infra* nos parágrafos 1393 a 1395 da presente Decisão.

534. 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 aquela empresa não ter sido investigada no presente processo se consubstancia numa nulidade insanável, nos termos das alíneas *b)* e *d)* do artigo 119.º do CPP.
535. 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 Lei da Concorrência, à abertura de inquérito no âmbito do presente processo, tendo como visadas as empresas Primedrinks, 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).
536. No decurso do inquérito, as diligências de investigação levaram a concluir pelo envolvimento das empresas ITMP, Lidl e Cooplecnorte no eventual ilícito em causa (cf. Decisão do Conselho de Administração da AdC de 25.10.2018, fls. 2047 do processo).
537. A decisão de alargar o âmbito subjetivo surge como consequência do disposto no n.º 4 do artigo 31.º da Lei da Concorrência que estatui que “*a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da Autoridade da Concorrência*”.
538. 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.
539. Por fim, nas palavras da Visada, a Auchan vem arguir “*em alternativa*” a nulidade da Nota de Ilícitude por erro sobre os pressupostos de facto e contradição dos factos com a acusação, nos termos conjugados das alíneas *b)* e *d)* do artigo 119.º do CPP, bem como do n.º 10 do artigo 32.º da CRP, artigo 277.º e 283.º do CPP e alínea *c)* do n.º 1 do artigo 615.º do Código de Processo Civil *ex vi* artigo 4.º do CPP.
540. 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.

541. 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 Nota de Ilícitude.
542. 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.
543. Não obstante a Auchan estar precisamente a exercer o seu direito de defesa, facilmente se compreende que a arguição de nulidade da Nota de Ilícitude por erro sobre os pressupostos de facto e contradição dos factos com a acusação, não pode colher.
544. 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.
545. O simples facto de a Auchan não concordar com a AdC ou o facto de questionar a Autoridade sobre os motivos que levaram a que determinada insígnia mencionada em elementos probatórios relevantes constantes dos autos não tivesse assumido a qualidade de visada não pode, por si só, determinar a nulidade da Nota de Ilícitude, nos termos arguidos.
546. Veja-se, nesse mesmo sentido, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09.02.2017¹⁷¹ quando refere que “[o]corre a nulidade prevista no art. 615º, nº 1, al. c) do CPC quando os fundamentos referidos pelo juiz conduziram necessariamente a uma decisão de sentido oposto ou, pelo menos, de sentido diferente, não se verificando quando a solução jurídica decorreu de interpretação dos factos, diversa da pretendida pelo arguente”.

¹⁷¹ Disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/b3203f4ba3a25a65802580c300346a38?OpenDocument>, consultado em 04.11.2020 e disponível a fls. 8167 do processo.

547. 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 Illicitude.
548. No caso concreto, como se aflorou acima e se demonstrará em maior detalhe infra, tal erro e contradição nem sequer se verificam.
549. 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 1393 a 1395 da presente Decisão).

27 Da alegada prescrição do procedimento contraordenacional quanto às infrações praticadas entre 2007 e 2012

27.1 Posição da Visada Auchan

550. Na PNI¹⁷², a Auchan alega que a AdC não dispõe de elementos probatórios para demonstrar que, em cada ano (de 2007 a 2017), a Auchan praticou cada um dos quatro subelementos do tipo de ilícito de “*hub and spoke*”, bem como é de descartar a qualificação da infração como de execução permanente.
551. Assim, entende a Auchan que, de acordo com o disposto na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 74.º da Lei da Concorrência, os factos suscetíveis de constituírem ilícitos contraordenacionais praticados, pelo menos, cinco anos antes da prática de atos passíveis de interromper o prazo de prescrição – o que apenas teria ocorrido no dia 16.02.2017, com a realização de buscas nas instalações da Auchan –, já teriam prescrito.
552. Pelo que invoca a prescrição quanto aos factos suscetíveis de constituírem subelementos do tipo de ilícito contraordenacional em causa, especificamente imputados à Auchan, praticados entre 05.05.2007 e 16.02.2012.

27.2 Posição da Autoridade

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

¹⁷² Cf. PNI Auchan capítulo IV.5.

554. Em primeiro lugar, a Autoridade reafirma estar em causa nos autos uma única infração de natureza permanente (cf. secção 32.6 da presente Decisão).
555. 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 suspenso 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. secção 32.6 da presente Decisão).
556. A referida continuidade temporal nos comportamentos descritos na presente Decisão leva a Autoridade a concluir estar perante uma infração permanente, cujo momento da consumação perdurou no tempo, enquanto subsistiram os comportamentos ilícitos das Visadas.
557. 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. parágrafos 1290 a 1382 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.
558. Portanto, somente a análise da globalidade da prova constante dos autos poderá revelar os verdadeiros e reais contornos da prática em causa.
559. E o que a globalidade da prova revela no presente caso é que, independentemente do grau de participação de cada Visada ou dos casos em que os PVP indicados pela Primedrinks não foram efetivamente seguidos, os comportamentos ilícitos foram-se sucedendo ao longo do período de tempo considerado relevante, ao abrigo da estratégia conjunta das Visadas de alinhamento de preços no mercado (cf. parágrafos 812 a 827 da presente Decisão), sem que, na maioria das vezes, se vislumbre qualquer indício de comportamento que pusesse termo à prática ilícita ou dela distanciasse a Auchan (cf. a descrição dos factos na secção 31 da presente Decisão).

560. 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 32.3 e 32.5 da presente Decisão).
561. 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.
562. Considera-se, portanto, a existência de uma única infração, que decorreu de forma ininterrupta, no caso da Auchan, entre 05.05.2007 e 18.05.2017 (cf. secção 31.2.2 da presente Decisão).
563. Em segundo lugar, a Autoridade concorda que a primeira interpelação à Auchan no contexto deste processo ocorreu em 16.02.2017, 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.
564. Nos termos do n.º 3 do artigo 74.º da Lei n.º 19/2012, 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”*.
565. Assim, no dia 16.02.2017, 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.
566. 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 16.02.2017, 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.

28 Da alegada nulidade das inquirições derivada da falta de notificação de todas as Visadas para comparecer

28.1 Posição da Visada Pingo Doce

567. A AdC notificou, em 04.08.2020, todas as Visadas do relatório das diligências complementares de prova (“Relatório”), nos termos e para os efeitos do disposto no n.º 5 do artigo 25.º da Lei da Concorrência.
568. A Visada Pingo Doce pronunciou-se sobre o Relatório em 18.08.2020, conforme, respetivamente fls. 7820 a 7822.
569. Na sua pronúncia, a Visada alega 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 notificadas e convocadas a comparecer nas diligências complementares de prova, nem para nelas participarem.
570. 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.º1, do RGCO”*.

28.2 Posição da Autoridade

571. Tendo em vista a boa decisão do pedido de declaração de nulidade por parte da Pingo Doce, 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 Lei da Concorrência.
572. Com efeito, o regime aí previsto não prevê a possibilidade de uma co-visada presenciar e/ou intervir na apresentação da defesa de outra co-visada, nem ainda nas diligências complementares de prova por este último requeridas.
573. Nos termos da referida disposição legal, cada visado 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.

574. Nestes casos, o (eventual) exercício do contraditório por co-visadas sobre as provas produzidas no contexto do exercício do direito de defesa de um visado 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 Lei da Concorrência, mediante a pronúncia escrita sobre os elementos probatórios apurados na fase de instrução.
575. Como se constata, a Lei da Concorrência não é, de todo, omissa nesta matéria, inexistindo qualquer lacuna a preencher.
576. Neste sentido, a AdC esclarece que a instrução no processo contraordenacional da concorrência é exercida nos termos da Lei da Concorrência e não se assemelha à fase de instrução no processo penal.
577. Em cumprimento do disposto na Lei da Concorrência, a nota de ilicitude fornece todos os elementos necessários para que as visadas fiquem a conhecer todos os aspetos relevantes para a decisão, mas não equivale à notificação da acusação em direito penal, pois não constitui a decisão final da AdC.
578. 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.
579. Em processo contraordenacional da concorrência, do princípio do contraditório não resulta, portanto, o direito de um visado presenciar e/ou intervir na apresentação da defesa de outro visado, nem ainda o de estar presente e intervir nas diligências complementares de prova por aquele 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 Lei da Concorrência.
580. O Tribunal Constitucional¹⁷³ já se pronunciou sobre a questão *sub judice*, ao não julgar inconstitucional a norma do n.º 2 do artigo 26.º da Lei da Concorrência, 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.
581. 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*

¹⁷³ Cf. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 73/2012, de 08.02.2012, proferido no âmbito do processo n.º 733/10.

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 contrário”, concluindo que a audição oral se consubstancia num “ato que respeita diretamente aquela arguida que, através da audição oral, pretende apresentar a sua defesa”.

582. Importa também referir que o TCRS, no âmbito do processo n.º 229/18.5YUSTR-E¹⁷⁴, 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 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”¹⁷⁵.*
583. Inexiste, pois, qualquer nulidade (ainda que sanável) nos termos alegados.

¹⁷⁴ Cf. sentença do TCRS de 09.10.2020 no âmbito do Proc. n.º 229/18.5YUSTR-E já transitada em julgado

¹⁷⁵ 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

29 Identificação e caracterização das Visadas

29.1 Primedrinks

584. A Primedrinks é uma sociedade por quotas, com o capital social de 250.000 €, que tem por objeto social a *“promoção, marketing e distribuição de bebidas alcoólicas e outros produtos alimentares, bem como o exercício de quaisquer outras atividades complementares daquelas”*¹⁷⁶.
585. A Primedrinks comercializa/distribui por grosso bebidas alcoólicas, designadamente, whisky (entre as quais, as marcas Grant's, Monkey Shoulder, Tullamore Dew, Clan MacGregor ou The Famous Grouse), gin (entre os quais, a marca Hendrick's), brandy/conhaque (entre os quais, as marcas Bols ou Magistra), vodca (entre as quais, as marcas Stolichnaya ou Snow Leopard), licor (entre os quais, as marcas Pisang Ambon ou Gold Strike), vinhos tranquilos (entre as quais, dos produtores Esporão, Quinta dos Murças, Aveleda, Casa Ermelinda Freitas, Herdade dos Grous ou Fiúza), vinhos espumantes, vinhos fortificados e aperitivos.
586. O capital social da Primedrinks é detido pela Esporão, S.A. (50%), pela William Grant & Sons Investments Limited (35%) e pela Aveleda, S.A. (15%)¹⁷⁷.
587. O volume de negócios realizado pela Primedrinks em 2019 foi de 70.156.177 €¹⁷⁸.
588. O volume de negócios realizado pela Primedrinks com produtos para revenda no mercado da distribuição retalhista de base alimentar no período entre 2007 e 2017 consta da Tabela 1 *infra* (cf. página 158).

29.2 Auchan

589. A Auchan é uma sociedade anónima, com um capital social de 84.000.000 €, maioritariamente detida pela Auchan SGPS (99,99%) e tem por objeto social *“o comércio e indústria de géneros alimentícios e não alimentícios e de todo o tipo de*

¹⁷⁶ Cf. Certidão de registo comercial da Primedrinks, com o código de acesso 3783-0760-6806, cf. fls. 85 a 95 do processo.

¹⁷⁷ Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdfinfo.com>, consultado em 21.10.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

¹⁷⁸ Cf. Relatório e Contas da Primedrinks, fls. 7272 a 7293 do processo.

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.”¹⁷⁹.

590. 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”.
591. Anteriormente à fusão operada entre a Auchan e a Auchan Portugal Investimentos, SGPS, S.A. (“Auchan Portugal Investimentos”), as duas empresas integravam um grupo empresarial denominado por Grupo Auchan, maioritariamente detido pela Auchan Retail International, S.A. (98,23%), uma sociedade de direito francês que é detida a 99,99% pela Auchan Holding que, por sua vez, unifica as gestão e organização das três divisões de operação deste grupo económico (retalho, imobiliário e banca)¹⁸⁰.
592. A Auchan Portugal Investimentos era uma sociedade gestora de participações sociais, controlada em exclusivo pela Auchan Portugal, S.A., que tinha por único objeto social a gestão de ativos noutras sociedades do Grupo Auchan, pelo que não realizava nenhuma outra atividade económica e não apresenta volume de negócios¹⁸¹.
593. No âmbito de uma operação de reestruturação do Grupo Auchan foi aprovada, por deliberação de 27.12.2019¹⁸², uma fusão, mediante a transferência global do património

¹⁷⁹ Cf. Certidão de registo comercial da Auchan, a fls. 3174 a 3183 do processo.

¹⁸⁰ Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com>, consultado em 04.11.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

¹⁸¹ Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com>, consultado em 21.01.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

¹⁸² Cf. Portal MJ – Publicações On-Line de Ato Societário e de outras entidades, disponível em <https://publicacoes.mj.pt/Pesquisa.aspx>, consultado em 04.06.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

da sociedade Auchan Portugal Investimentos por incorporação na sociedade Auchan. Esta fusão teve o propósito de concentrar numa única sociedade a gestão de participações sociais com a própria atividade operacional de distribuição, e como tal, efetuar esta operação de concentração na sociedade Auchan¹⁸³.

594. A fusão foi inscrita na Conservatória do Registo Comercial competente a 06.02.2020¹⁸⁴, momento em qual se deu a extinção da Auchan Portugal Investimentos, transmitindo-se a universalidade dos respetivos direitos e obrigações para a sociedade incorporante (Auchan).
595. Na medida em que a acionista única da sociedade incorporante era a sociedade incorporada, as ações da Auchan, detidas pela Auchan Portugal Investimentos, foram transferidas para a acionista única desta, a Auchan Portugal, S.A. Por outro lado, os restantes ativos e passivos da Auchan Portugal Investimentos foram transferidos para a Auchan¹⁸⁵.
596. 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%).
597. O volume de negócios realizado pela Auchan em 2019 foi de 1.471.558.095 €¹⁸⁶.
598. O volume de negócios realizado pela Auchan no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Primedrink no período entre 2012 e 2017¹⁸⁷ consta da Tabela 7 *infra* (cf. página 175).

¹⁸³ Cf. Projeto de fusão da Auchan Retail Portugal, S.A. por incorporação da sociedade Auchan Portugal Investimentos, SGPS, S.A., disponível em <https://publicacoes.mj.pt/Pesquisa.aspx>, consultado em 04.06.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

¹⁸⁴ Cf. Portal MJ – Publicações On-Line de Acto Societário e de outras entidades, disponível em <https://publicacoes.mj.pt/Pesquisa.aspx>, consultado em 06.04.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

¹⁸⁵ Cf. Projeto de fusão da Auchan Retail Portugal, S.A. por incorporação da sociedade Auchan Portugal Investimentos, SGPS, S.A., disponível em <https://publicacoes.mj.pt/Pesquisa.aspx>, consultado em 04.06.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

¹⁸⁶ Cf. Relatório e Contas da Auchan, fls. 7825 a 7853 do processo.

¹⁸⁷ A Auchan não apresenta informação relativa aos anos de 2007 a 2011.

29.3 Cooplecnorte

599. A Cooplecnorte é uma cooperativa que tem como associadas um conjunto de empresas que atuam em Portugal sob a insígnia comum “E.Leclerc”.
600. A Cooplecnorte tem por objeto social “*exercer as seguintes atividades: a) fornecer aos seus cooperadores totalidade ou parcialmente, as mercadorias, géneros e serviços destinados à distribuição da clientela e do equipamento da sua profissão; b) estabelecer e manter, para este efeito, todos os stocks de mercadorias, possuir todos os estabelecimentos ou armazéns particulares, proceder a todas as operações, transformações, manipulação e transportes necessários; c) facilitar o acesso dos cooperadores e da sua clientela aos vários meios de financiamento e de crédito; d) criar técnicas comerciais e publicitárias próprias no sentido de promover as vendas dos cooperadores; e) prestar uma assistência aos cooperadores em matéria de gestão técnica, financeira e contabilística e, nesse sentido, criar secretarias de estudo ou de serviços comuns de documentação, de organização, de formação e de gestão; f) Criar os meios necessários à promoção das vendas dos cooperadores ou da sua empresa.*”¹⁸⁸
601. Em Portugal, a Cooplecnorte exerce a sua atividade comercial enquanto central de compras das suas associadas, fornecendo igualmente produtos de marcas próprias (“Guia” e “ECO +”).
602. Os Aderentes ao “*Movimento E.Leclerc*” caracterizam-se pela sua autonomia comercial e por deterem a maioria do capital social das sociedades que exploram as respetivas lojas, pelo que a Cooplecnorte não exerce qualquer prerrogativa quanto à gestão que é por estes realizada. Neste sentido, são livres de aceder ou não aos contratos celebrados entre a Cooplecnorte e respetivos fornecedores, podendo, portanto, recorrer a circuitos alternativos quando é essa a sua intenção¹⁸⁹.
603. A relação funcional existente entre a Cooplecnorte e as empresas suas associadas será tida em apreço para efeitos de imputação da infração à Visada, conforme resulta do *infra* exposto em 31.2.3.

¹⁸⁸ Cf. Certidão de registo comercial da Cooplecnorte, a fls. 2122 a 2126 do processo.

¹⁸⁹ Cf. PNI Cooplecnorte parágrafos 4 a 42.

604. O volume de negócios realizado pela Cooplecnorte em 2019 foi de 136.264.399 €¹⁹⁰.
605. O volume de negócios realizado pela Cooplecnorte no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Primedrinks no período entre 2011 e 2017¹⁹¹ consta da Tabela 10 *infra* (cf. página 176).

29.4 ITMP

606. 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%)¹⁹².
607. A ITMP encontra-se integrada num grupo empresarial denominado “*Les Mousquetaires*” (“Os Mosqueteiros”), um dos maiores grupos retalhistas a nível europeu, que atua em Portugal na área da distribuição de retalho alimentar através de um *portfolio* de lojas que operam sob a marca ou insígnia “*Intermarché*”¹⁹³.
608. A 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 todas as demais atividades complementares das atrás 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 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*”

¹⁹⁰ Cf. fls. 7382 a 7293 do processo.

¹⁹¹ A Cooplecnorte não apresenta informação relativa aos anos de 2007 a 2010.

¹⁹² Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com>, consultado em 21.10.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

¹⁹³ Para a área não alimentar, a ITMP exerce a sua atividade comercial na qualidade de entidade franqueadora das insígnias “*Bricomarché*” e “*Roady*”.

*como por conta de terceiros, à comissão; à corretagem, por representação ou por qualquer outra forma*¹⁹⁴.

609. A ITMP tem ainda por objeto social: a *“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; [a] 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] a 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*¹⁹⁵.
610. A 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”)¹⁹⁶.
611. 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”)¹⁹⁷.

¹⁹⁴ Cf. Certidão de registo comercial da ITMP, com código de acesso a fls. 3187 do processo.

¹⁹⁵ Idem.

¹⁹⁶ Cf. Resposta da ITMP a pedido de elementos da AdC (fls. 3187 e 3188 do processo).

¹⁹⁷ Cf. PNI ITMP capítulo III.2.

612. A relação funcional existente entre a ITMP e as franqueadas ou sociedades de exploração será tida em apreço para efeitos de imputação da infração à Visada, conforme resulta do *infra* exposto em 31.2.4.
613. O volume de negócios realizado pela ITMP em 2019 foi de 778.259.880 €¹⁹⁸.
614. O volume de negócios realizado pela ITMP no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Primedrink no período entre 2007 e 2017 consta da Tabela 8 *infra* (cf. página 176).

29.5 Pingo Doce

615. A Pingo Doce é uma sociedade anónima, exclusivamente detida pela JMR – Prestação de Serviços para a Distribuição, S.A.¹⁹⁹, com um capital social de 33.808.115 €, e que tem por objeto social a “*produção e comércio de produtos alimentares e não alimentares, incluindo medicamentos não sujeitos a receita médica e, de um modo geral, de todos os produtos de grande consumo, a exploração de centros comerciais, a prestação de serviços e ainda o de importações e exportações*”²⁰⁰.
616. A Pingo Doce é a sociedade operacional do Grupo Jerónimo Martins que se dedica ao negócio de distribuição alimentar em Portugal através da exploração de um *portfolio* de lojas que operam sob as marcas ou insígnias “*Pingo Doce*” e “*Pingo Doce & Go*”.
617. A Pingo Doce integra um grupo empresarial, doravante denominado por “Grupo Jerónimo Martins”, que se encontra ativo no setor da distribuição alimentar, com presença em Portugal, Polónia e Colômbia.
618. 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 –

¹⁹⁸ Cf. Relatório e Contas da ITMP, fls. 7385 a 7411 do processo.

¹⁹⁹ Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com>, consultado em 17.11.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

²⁰⁰ Cf. Certidão de registo comercial da Pingo Doce, a fls. 505 a 520 do processo.

Aquicultura, S.A., 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%)²⁰¹.

619. O volume de negócios realizado pela Pingo Doce em 2019 foi de 4.282.475.897 €²⁰².

620. O volume de negócios realizado pela Pingo Doce no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Primedrink no período entre 2010 e 2017²⁰³ consta da Tabela 6 *infra* (cf. página 175).

29.6 Lidl

621. A Lidl é uma sociedade em nome coletivo, com um capital social de 498.800 € e é detida pelas sociedades comerciais de direito alemão, a *WE - Beitelligungs, GmbH* (99,875%) e a *EMRS Warenhandel GmbH* (0,1%), bem como pela fundação de direito alemão *Lidl Stiftung & Co. KG* (0,025%).

622. A Lidl é a sociedade operacional em Portugal da cadeia internacional com o mesmo nome, a qual se dedica ao negócio de distribuição alimentar em 30 países através da exploração de um *portfolio* de lojas que operam sob insígnia “Lidl”.

623. A Lidl tem por objeto social “o comércio de produtos alimentares e de consumo, incluindo a venda de produtos e dispositivos médicos e de produtos, materiais e livros didáticos e de educação, restauração e bebidas, bem como a prospeção, compra, venda, arrendamento, gestão de imóveis próprios, construção, remodelação e gestão de propriedades e ainda edição, publicação e distribuição de jornais e outros produtos de imprensa, bem como a prestação de serviços de apoio ao cliente”²⁰⁴.

624. O volume de negócios realizado pela Lidl em 2019 foi de 1.852.696.586 €²⁰⁵.

²⁰¹ Cf. sítio da empresa Sabi na Internet, disponível em <https://sabi.bvdinfo.com>, consultado em 21.01.2020, e cópia junta aos autos a fls. 8167 do processo.

²⁰² Cf. Relatório e Contas da Pingo Doce, fls. 7423 a 7458 do processo.

²⁰³ A Pingo Doce não apresenta informação relativa aos anos de 2007 a 2009.

²⁰⁴ Cf. Resposta ao pedido de elementos da Lidl de 12.11.2018, a fls. 2203 a 2218 do processo.

²⁰⁵ Cf. Relatório e Contas da Lidl, fls. 7296 a 7333 do processo.

625. O volume de negócios realizado pela Lidl no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Primedrink no período entre 2014 e 2017²⁰⁶ consta da Tabela 9 *infra* (cf. página 176).

29.7 MCH

626. 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 alimentar²⁰⁷.

627. A MCH é uma sociedade anónima, com o capital social de 385.827.000 €²⁰⁸, exclusivamente detida pela Sonae MC, SGPS, S.A.²⁰⁹ e que tem por objeto social o *“comércio retalhista e armazenista, nomeadamente a exploração de centros comerciais, grandes armazéns, charcutarias, confeitarias, cafés, restaurantes, padarias, talhos, relojoarias e ourivesarias e, ainda as indústrias de confeitaria, padaria, charcutaria e outras pequenas indústrias e a distribuição em livre serviço, a importação de todos os bens destinados ao comércio retalhista, edição, produção e distribuição de livros e de outras publicações, a indústria de abate, transformação, preparação, processamento, refrigeração, conservação, embalagem, distribuição por grosso ou a retalho, de carnes, produtos à base de carnes, de todos os tipos de peixes e produtos à base de peixes e outros produtos alimentares, e ainda a importação e exportação. A sociedade pode ainda importar e comercializar medicamentos não sujeitos a receita médica, e a título 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*

²⁰⁶ A Lidl não apresenta informação relativa aos anos de 2007 a 2013.

²⁰⁷ 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 27.12.2007, 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.

²⁰⁸ Cf. Relatório e Contas da MCH, fls. 7461 a 7588 do processo.

²⁰⁹ Idem.

adquiridos para esse fim e arrendamento de imóveis e ainda a prestação de serviços na área do bem-estar físico, nomeadamente, higiene e beleza”²¹⁰.

628. A MCH é a sociedade operacional do Grupo Sonae, que se dedica ao negócio de distribuição alimentar em Portugal através da exploração de um *portfolio* de lojas que operam sob as marcas “*Continente*”, “*Modelo Continente*” e “*Continente Bom Dia*”.
629. O volume de negócios realizado pela MCH em 2019 foi de 3.989.023.040 €²¹¹.
630. O volume de negócios realizado pela MCH no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Primedrinks no período entre 2010 e 2017²¹² consta da Tabela 5 *infra* (cf. página 175).

30 Identificação e caracterização dos mercados

631. O preenchimento dos tipos de infração previstos na legislação da concorrência implica, em regra, uma prévia definição do mercado relevante, na sua dupla dimensão, do produto ou serviço e geográfica.
632. Atendendo aos contornos dos comportamentos investigados no PRC/2017/7, está em causa no presente processo um conjunto de mercados nacionais de bebidas para revenda no canal alimentar e o mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar.
633. Os mercados de bebidas para revenda no canal alimentar em causa constituem, em face da natureza dos serviços prestados ser grossista, mercados naturalmente distintos do mercado da distribuição retalhista de base alimentar, como se verá de seguida.

30.1 Mercados de bebidas

634. A Primedrinks comercializa/distribui whisky, gin, brandy/conhaque, vodca, licor, vinhos tranquilos, vinhos espumantes, vinhos fortificados (Porto, Moscatel) e aperitivos, pelo

²¹⁰ Cf. Certidão de registo comercial da MCH, com código de acesso a fls. 3059 do processo.

²¹¹ Cf. Relatório e Contas da MCH, fls. 7461 a 7588 do processo.

²¹² A MCH não apresenta informação relativa aos anos de 2007 a 2009.

que, nos termos que se detalham de seguida, estes são os mercados que estão em causa nos presentes autos.

635. Do ponto de vista da dimensão do produto, estas bebidas integram mercados distintos, na medida em que não são substituíveis na perspetiva da procura.
636. Já do ponto de vista geográfico, os diferentes mercados de produto aparentam ter uma dimensão nacional.
637. No que respeita ao escoamento, considerando que estão em causa comportamentos de alinhamento ao nível dos preços de venda ao público por parte das empresas de distribuição retalhista, identifica-se como relevante para o presente processo contraordenacional o canal alimentar²¹³ (também designado canal *off-trade*) que se distingue do canal Horeca²¹⁴ (também designado canal *on-trade*), dada a diferenciação ao nível das respetivas estruturas da procura, dos níveis de preços praticados no retalho e das variações nas margens, bem como da rede de distribuição utilizada e da existência de dimensões e tipos distintos de algumas embalagens, consoante o canal a que se destinam.
638. Nos parágrafos seguintes proceder-se-á à identificação e caracterização dos mercados associados a essa comercialização, atendendo às dimensões do produto e geográfica.

30.1.1 Dimensão do produto

30.1.1.1 Produção, comercialização e distribuição do(s) produto(s)

639. A Primedrinks comercializa/distribui whisky, gin, brandy/conhaque, vodca, licor, vinhos tranquilos, vinhos espumantes, vinhos fortificados (Porto/Moscatel) e aperitivos.

²¹³ O canal alimentar (também designado canal *off-trade*) corresponde à compra em hipermercados, supermercados e lojas *discount* para consumo em casa, em que a Primedrinks fornece diretamente a um conjunto restrito de clientes, que tendencialmente exigem uma negociação direta com o fornecedor devido ao seu volume de compras.

²¹⁴ O canal Horeca (também designado canal *on-trade*) corresponde à compra em hotéis, restaurantes e cafés para consumo fora de casa, em que a Primedrinks recorre a uma rede de distribuidores independentes, que compra os produtos para revenda na totalidade do território nacional.

640. Atentas as diferentes características e preços, estas bebidas constituem mercados distintos, na medida em que não são substituíveis na perspectiva da procura²¹⁵.
641. Sem prejuízo de constituírem mercados distintos, alguns dos mesmos podem caracterizar-se, genericamente, como integrando os mercados que se referem a vinhos e os que se referem a bebidas espirituosas.
642. Os vinhos são bebidas alcoólicas obtidas exclusivamente por fermentação, total ou parcial, de uvas frescas, esmagadas ou não, ou de mostos de uvas. Integram, nos termos que se detalharão *infra*, os vinhos tranquilos, os vinhos espumantes e os vinhos fortificados (Porto/Moscatel).
643. Já as bebidas espirituosas são definidas como bebidas alcoólicas obtidas a partir do processo de destilação, sendo que a elaboração deste tipo de bebidas baseia-se, em geral, na mistura de água e cereais combinados, associada a um processo de fermentação dos ingredientes e a um posterior processo de destilação.
644. De entre as bebidas espirituosas podem identificar-se os whiskies, gins, brandies/conhaques, vodcas, runs, aguardentes, entre outras.
645. Apesar de a identificação de mercados mais restritos poder ser apropriada para determinados produtos ou regiões geográficas, bem como em função do preço²¹⁶, sabor e qualidade do produto, a prática decisória europeia²¹⁷ tem identificado mercados distintos para cada tipo de bebida espirituosa reconhecida internacionalmente.
646. No caso em análise, não será, no entanto, necessária uma delimitação prévia e exata dos mercados relevantes, nos termos analisados na secção 32.2 *infra*.
647. Para contextualizar a análise dos comportamentos em causa, a Autoridade descreverá os mercados envolvidos pela prática sob investigação.

²¹⁵ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo n.º COMP/M.2268 - *Pernod Ricard/Diageo/Seagram Spirits*; processo n.º COMP/M.3779 - *Pernod Ricard/Allied Domecq* e processo n.º IV/M. 938 - *Guinness/Grand Metropolitan*.

²¹⁶ No mercado de bebidas espirituosas existe uma grande variedade de produtos disponíveis a diferentes preços. Apesar da discussão sobre a existência de mercados separados para determinados níveis de preço e/ou qualidade, verifica-se que, em geral, o mercado apresenta um espectro contínuo de produtos (ou seja, dos mais baratos/qualidade inferior até os mais caros/qualidade superior). Cf. Comissão Europeia, decisão no processo n.º IV/M.938, *Guinness/Grand Metropolitan*.

²¹⁷ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo n.º COMP/M.5114, *Pernod Ricard/V&S*.

Whiskies

648. Os whiskies são bebidas produzidas a partir da destilação de grãos (em geral, incluindo também o malte) e envelhecida em barris, com um teor alcoólico que se situa entre 38% a 54%.
649. De acordo com a prática decisória da Comissão Europeia²¹⁸, o mercado do whisky pode ser ainda segmentado de acordo com a sua origem, uma vez que a indústria comercializa os whiskies escoceses, irlandeses, americanos e canadianos de maneira separada. Particularmente para os whiskies escoceses, a legislação nacional estabelece determinados requisitos - o produto deve ser totalmente destilado na Escócia e envelhecido durante pelo menos três anos - para que o produto possa ser comercializado como escocês²¹⁹.
650. A Comissão Europeia concluiu que uma subsegmentação adicional deveria ser feita no que diz respeito ao whisky escocês²²⁰. O tema foi explorado em outras ocasiões, apesar de a questão ter permanecido em aberto por não ter impacto na análise dos casos em causa²²¹.
651. Identifica-se, pois, como relevante para o presente processo o mercado dos whiskies.

Gins

652. Os gins são bebidas destiladas à base de cereais e que passa posteriormente por um processo de infusão com o zimbro e outras especiarias, tais como canela, casca de frutas cítricas e pimentas, com um teor alcoólico que se situa entre 37% e 50%.
653. As suas características, processos de produção e preferências dos consumidores limitam a sua substituíbilidade face a outras bebidas espirituosas.
654. Identifica-se, assim, como relevante para o presente processo, o mercado dos gins.

Brandies/Conhaques

²¹⁸ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo n.º COMP/M.5114, *Pernod Ricard/V&S*.

²¹⁹ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo n.º IV/M.938, *Guinness/Grand Metropolitan*.

²²⁰ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo n.º COMP/M.2268, *Pernod Ricard/Diageo/Seagram*.

²²¹ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo n.º COMP/M.3779, *Pernod Ricard/Allied Domecq*.

655. O brandy ou conhaque é originário da região de Cognac, em França, no século XVI. São produzidos a partir da destilação do vinho e apresentam um teor alcoólico que se situa entre 40% e 60%.
656. As suas características, processos de produção e preferências dos consumidores limitam a sua substituíbilidade face a outras bebidas espirituosas.
657. Identifica-se, assim, como relevante para o presente processo, o mercado dos brandies/conhaques.

Vodcas

658. As vodcas são bebidas destiladas, incolores, com um teor alcoólico que se situa entre 35% e 60% e que são obtidas a partir da fermentação de diversos produtos, tais como arroz, cevada, milho, trigo, centeio, ervas, figos ou batatas.
659. O seu processo de fabrico é semelhante ao do whisky com a diferença de que a vodca é destilada a altas temperaturas e depois submetida a filtrações químicas para neutralizar os aromas dos cereais.
660. Em processos anteriormente decididos pela Comissão Europeia²²², não houve evidências de que o mercado fosse mais restrito (por exemplo, de acordo com critérios de preço e sabor).
661. Identifica-se, neste contexto, como relevante para o presente processo, o mercado das vodcas.

Licores

662. O licor é uma bebida composta por uma mistura de álcool, frutas, ervas, temperos, flores, sementes, raízes e substâncias doces, tais como sacarose, mel e glicose, com um teor alcoólico que varia entre 20% e 28%.
663. Atentas as suas características, identifica-se, do ponto de vista do produto, em conformidade com a prática decisória referida, o mercado dos licores como mercado autónomo no âmbito do presente processo.

²²² Cf. Comissão Europeia, decisão no processo n.º COMP/M.5114 - *Pernod Ricard/V&S*.

Vinhos tranquilos

664. Os vinhos tranquilos (ou de mesa) são bebidas obtidas exclusivamente por fermentação alcoólica, total ou parcial, de uvas frescas, esmagadas ou não, ou de mostos de uvas, devendo possuir um teor alcoólico igual ou superior a 9%, mas não podendo exceder os 15%²²³.
665. Os vinhos tranquilos são geralmente utilizados para acompanhamento de refeições e distinguem-se de outros tipos de vinhos pela inexistência de gás na sua composição, podendo ser tintos, brancos ou rosé.
666. Em conformidade com a prática decisória nacional²²⁴ e europeia²²⁵, entende-se que os vinhos tranquilos não são substitutos de outros tipos de vinhos (como os espumantes ou fortificados).
667. Identifica-se, assim, como relevante para o presente processo, o mercado dos vinhos tranquilos.

Vinhos espumantes

668. Os vinhos espumantes (ou frisantes) resultam da primeira ou da segunda fermentações alcoólicas de uvas frescas, esmagadas ou não, ou de mostos de uvas, à qual poderá ser ou não adicionado dióxido de carbono em solução, igual ou superior a 3 bar²²⁶.
669. Os vinhos espumantes podem ser tintos, brancos ou rosés e são utilizados em diferentes situações sociais, nomeadamente, festivas.
670. De acordo com a prática decisória nacional e europeia²²⁷, os vinhos espumantes constituem um mercado relevante autónomo, na medida em que não são substitutos de outros tipos de vinhos.

²²³ Em derrogação do referido, o limite máximo do título alcoométrico pode atingir até 20% para vinhos de certas zonas vitícolas.

²²⁴ Cf. Decisão da Autoridade de 11.02.2010, processo n.º Ccent. 3/2010 (*Murganheira / Raposeira*TC*).

²²⁵ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo n.º COMP/M.5114 - *Pernod Ricard/V&S*.

²²⁶ Cf. Regulamento (CE) n.º 479/2008 de 29.04.2008, que estabelece a Organização Comum do mercado vitivinícola, no seu Anexo IV.

²²⁷ Cf. parágrafo 644 *supra*.

671. Identifica-se, neste contexto, como relevante para o presente processo, o mercado dos vinhos espumantes.

Vinhos fortificados (Porto, Moscatel)

672. Os vinhos fortificados são vinhos aos quais são adicionadas bebidas destiladas (conhaque, armanhaque ou aguardente) de forma a interromper o processo de fermentação. Existe uma grande variedade de vinhos classificados como fortificados, como por exemplo, Porto, Xerez, Madeira, Marsala, Moscatel, entre outros.

673. A prática decisória tem considerado os vinhos fortificados provenientes de diferentes regiões como substitutos²²⁸.

674. Identifica-se, neste contexto, como relevante para o presente processo, o mercado dos vinhos fortificados.

Aperitivos

675. Os aperitivos são bebidas alcoólicas que estimulam o apetite em resultado da sua composição química, podendo ser classificados em três categorias distintas: amargos (Campari, Bitter Cinzano, Fernet Branca, Amer Picon, Amaro Cora e Martinazzi), anisados (Pernod, Berger e Absinto) e vnicos (derivados de vinho).

676. Atentas as suas características, identifica-se como mercado autónomo, do ponto de vista do produto, no âmbito do presente processo, em conformidade com a prática decisória referida²²⁹, o mercado dos aperitivos.

30.1.1.2 Escoamento do(s) produto(s)

677. Do ponto de vista do escoamento, os produtos da Primedrinks podem ser comercializados no canal alimentar²³⁰ (também designado canal *off-trade*), em que

²²⁸ Cf. Comissão Europeia, decisão no processo n.º COMP/M.5114, *Pernod Ricard/V&S*.

²²⁹ Cf. parágrafo 623 *supra*.

²³⁰ O canal alimentar (*off-trade*) corresponde à compra em hipermercados, supermercados e lojas *discount* para consumo em casa, em que a Primedrinks fornece diretamente a um conjunto restrito de clientes que tendencialmente exigem uma negociação direta com o fornecedor devido ao seu volume de compras.

operam as cadeias de supermercados e hipermercados na venda dos produtos ao consumidor final, ou no canal Horeca²³¹ (também designado canal *on-trade*), em que operam hotéis, restaurantes e cafés.

678. Dada a diferenciação entre canal alimentar e canal Horeca ao nível das respetivas estruturas da procura, dos níveis de preços praticados no retalho e das variações nas margens, bem como da rede de distribuição utilizada e da existência de dimensões e tipos distintos de algumas embalagens²³², consoante o canal a que se destinam, considera-se que correspondem a mercados distintos do produto.
679. No caso concreto, e na perspetiva do mercado do produto, está em causa o fornecimento dos diferentes produtos da Primedrink (não substituíveis entre si) às cadeias de supermercados e hipermercados (e lojas *discount*²³³) para comercialização no canal alimentar ao consumidor final, o que permitiria identificar diferentes mercados relevantes consoante o tipo de bebida (v.g., mercado da venda de gin no canal alimentar, mercado da venda de whiskey no canal alimentar, etc.).
680. Exclui-se, conseqüentemente, da análise quer a distribuição retalhista em que a componente alimentar não seja a dominante, quer o comércio especializado, ou seja, as lojas cuja oferta apenas engloba uma categoria específica de produtos alimentares (como os talhos, as peixarias e as padarias, entre outros)²³⁴, quer as lojas tradicionais (uma vez que o posicionamento estratégico e a capacidade concorrencial destes estabelecimentos, designadamente ao nível dos preços, gama de produtos e serviços, resulta na fraca substituíbilidade na perspetiva da procura)²³⁵.
681. Excluem-se ainda os *cash and carry*, por se considerar que este tipo de estabelecimentos opera num estágio da cadeia de oferta diferente – distribuição grossista – daquele em que se encontram os formatos de retalho *supra* mencionados,

²³¹ O canal Horeca (*on-trade*) corresponde à compra em hotéis, restaurantes e cafés para consumo fora de casa, em que a Primedrink recorre a uma rede de distribuidores independentes que compra os produtos para revenda na totalidade do território nacional.

²³² Tais oscilações resultam, por exemplo, da menor dimensão das embalagens comercializadas no canal Horeca.

²³³ A AdC tem considerado que tais formatos integram o mesmo mercado do produto relevante, i. e., 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*).

²³⁴ Cf. Decisão da Autoridade de 30.07.2015, processo n.º Ccent. 29/2015 (*Pingo Doce / Amol*).

²³⁵ Cf. Decisão da Autoridade de 27.12.2007, processo n.º Ccent. 51/2007 (*Sonae/Carrefour*).

dirigindo-se a um público-alvo específico, designadamente empresas/comerciantes, e distinto do público-alvo dos formatos retalhistas²³⁶.

30.1.2 Dimensão geográfica

682. Do ponto de vista geográfico, e ao nível grossista da relação entre fornecedor e distribuidor (supermercado e hipermercado), os diferentes mercados de produto acima identificados têm uma dimensão nacional, nomeadamente tendo em conta: (i) as características da procura composta por empresas de distribuição (por vezes também designadas por “insígnias”) que operam a nível nacional; (ii) a necessidade de uma rede de distribuição e de logística que assegure o fornecimento até aos pontos de venda em todo o território nacional; (iii) a tributação e (iv) a legislação aplicável.
683. Poderia, assim, definir-se, no segmento grossista e por referência aos diferentes produtos em causa, v.g., o mercado nacional da venda de gin no canal alimentar; o mercado nacional da venda de whisky no canal alimentar, etc.
684. Ao nível retalhista da relação entre a empresa de distribuição/insígnia e o consumidor final, a AdC tem considerado que os mercados têm uma dimensão local, relevando para esse efeito, em particular que o consumidor final (a procura) tende a fazer as suas compras no supermercado ou hipermercado mais próximo de sua casa ou do seu trabalho²³⁷.
685. Nesse sentido, podia igualmente definir-se, no segmento retalhista e por referência aos diferentes produtos em causa, v.g., o mercado da venda de gin no canal alimentar em Lisboa, o mercado da venda de whisky no canal alimentar no Porto, etc.
686. No caso concreto, como se demonstra *infra*, os comportamentos em investigação traduzem-se numa prática concertada entre as empresas de distribuição visadas e o fornecedor, cujo resultado consiste, na prática, na existência de um alinhamento dos preços de venda ao público dos produtos da Primedrinks.

²³⁶ 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.

²³⁷ Com efeito, a Autoridade tem considerado que o mercado da distribuição retalhista de base alimentar tem uma dimensão local, uma vez que a sua dimensão geográfica é determinada por referência à distância que os consumidores estão dispostos a percorrer para adquirir os produtos/bens pretendidos – cf. Decisão da Autoridade de 27.12.2007, processo n.º Ccent. 51/2007 (*Sonae/Carrefour*).

687. Independentemente das estruturas e condições de concorrência locais (número e dimensão de concorrentes, preços observados, características dos consumidores finais, etc.), e até da existência de preços de venda ao público diferentes consoante a zona do país, verifica-se, nos termos que se detalharão *infra*, uma prática homogénea e transversal de alinhamento do nível de preços de venda ao público em todo o território nacional.
688. O resultado dessa prática é que determinado nível de preço (que pode variar de região para região) se mantenha e que não seja incumprido, de modo a limitar a concorrência entre as empresas de distribuição visadas na venda dos produtos da Primedrinks.
689. Está em causa, portanto, uma prática concertada entre as Visadas de carácter transversal e generalizado para todo o território nacional.

30.1.3 Conclusão quanto aos mercados

690. Em face do exposto, a Autoridade identifica para efeitos do presente processo, os seguintes mercados:
- (i) Mercado nacional dos whiskies para revenda no canal alimentar;
 - (ii) Mercado nacional dos gins para revenda no canal alimentar;
 - (iii) Mercado nacional dos brandies/conhaques para revenda no canal alimentar;
 - (iv) Mercado nacional das vodcas para revenda no canal alimentar;
 - (v) Mercado nacional dos licores para revenda no canal alimentar;
 - (vi) Mercado nacional dos vinhos tranquilos (de mesa) para revenda no canal alimentar;
 - (vii) Mercado nacional dos vinhos espumantes para revenda no canal alimentar;
 - (viii) Mercado nacional dos vinhos fortificados (Porto/Moscatel) para revenda no canal alimentar;
 - (ix) Mercado nacional dos aperitivos para revenda no canal alimentar; e
 - (x) Mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal.

30.1.3.1 *Pronúncia das Visadas*

691. Relativamente aos mercados identificados, em geral, as Visadas não contestam a delimitação dos mesmos realizada pela AdC (exceção feita ao mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, cuja abrangência geográfica algumas Visadas entendem ser mais restrita). No entanto, contestam que no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, com as suas características específicas, possa ocorrer uma prática como aquela que lhes é imputada, ou argumentam que não têm atividade nos mercados identificados ²³⁸.
692. Segundo a MCH, *“um modelo teórico de colusão horizontal de preços exige simplicidade do produto e do processo de decisão do consumidor, estabilidade e ausência de ruído nos mercados no qual o mesmo é transacionado, de modo a que os participantes possam exercer mutuamente uma monitorização efetiva dos comportamentos individuais e reagir com punição aos desvios”*, algo que não se verifica no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, que, ademais, apresenta interesses óbvios e distintos da parte de fornecedores e retalhistas e uma concorrência ao nível de um cabaz alargado de produtos (e não de apenas um produto em concreto), daí a implausibilidade de verificação no mesmo da prática *sub judice*.
693. Ainda assim, analisa o comportamento dos preços praticados no mercado de distribuição retalhista dos produtos do portfólio da Primedrinks, vinho D. Ermelinda Tinto 750ml e whisky Grant’s novo 700ml, com base em informações obtidas pela ACNielsen entre 2012 e 2017, para sustentar as conclusões que avançou.
694. De acordo com a Auchan, os mercados identificados caracterizam-se pela sua transparência, pelo que *“revela-se particularmente fácil para um operador visitar uma loja explorada por uma empresa concorrente na sua área geográfica relevante e verificar os preços praticados através de ações de shopping”*, o que, por si só, não constitui qualquer infração, e torna *“absolutamente natural que possa ocorrer, através do normal funcionamento do mercado, algum paralelismo de preços”*.
695. Ademais, acrescenta a Auchan que *“os mercados relevantes definidos não correspondem aos mercados em que poderia ter ocorrido algum impacto da alegada infração. Efetivamente, a AdC definiu os mercados como tendo de dimensão nacional*

²³⁸ Cf. PNI MCH capítulos I.C, I.D, I.F, I.G, II.B; Cf. PNI Auchan capítulo IV.1; Cf. PNI Pingo Doce páginas 55 e ss.; Cf. PNI ITMP capítulos III.7 e III.8; Cf. PNI Lidl capítulo B.2; Cf. PNI Cooplecnorte parágrafo 66 e ss.

(por referência ao segmento grossista), sendo certo que uma eventual infração na fixação de preços de venda ao público teria então ocorrido no segmento retalhista, tipicamente correspondente a mercados geográficos locais, de acordo com a prática decisória da AdC”.

696. A Pingo Doce junta à sua PNI um estudo²³⁹ que conclui “(...) que economicamente não teria sido possível haver qualquer tipo de colusão, nem muito menos a mesma seria sustentável ou efetiva, nos termos em que a AdC caracteriza essa alegada infração e a respetiva duração”.
697. Entende a Pingo Doce, corroborada pelo referido estudo, que “*não estão preenchidas as três condições cumulativas de que depende a criação e sustentabilidade da coordenação: (i) as empresas que coordenam têm de conseguir articular-se entre si e de monitorizar essa coordenação; (ii) a coordenação tem de ser internamente estável, estando os “coordenadores” alinhados quanto ao objetivo comum; (iii) a coordenação tem de ser externamente estável, não podendo ser minada por fatores externos que a coloquem em crise*”.
698. 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*”²⁴⁰.
699. No que respeita à ITMP, esta refere que não exerce “*a atividade de comércio a retalho, entendida como a atividade de revenda ao consumidor final. Antes desenvolve a visada ITMP a sua atividade de comércio por grosso, porquanto realiza a revenda de produtos em quantidade às sociedades suas clientes, essa sim, retalhistas*”, pelo que “*porque também a visada ITMP opera “num estágio da cadeia de oferta diferente - distribuição grossista” (...), teria de merecer, terá de ter, a visada ITMP o mesmo tratamento que a AdC concedeu aos cash and carry (...)*”. Finalmente, quanto à dimensão geográfica da atividade da ITMP, esta entende que a análise da AdC demonstra “*uma patente*

²³⁹ Cf. Estudo “*Portugal’s Grocery Retailing Market*”, concluído em janeiro de 2020, pela NERA Economic Consulting, que, segundo sustenta, analisa aprofundadamente o mercado do retalho alimentar em Portugal e tem o propósito de dar a conhecer à AdC que “*the various pieces of empirical evidence available to NERA set out in this report, together with economic theory about coordination, do not suggest that coordination across grocery retailers – of the form and period alleged by the AdC – would have been likely, sustainable or effective*” (cf. fls. 4 do Estudo).

²⁴⁰ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 186.

confusão entre a execução da atividade de grossista da visada ITMP, e a atividade de retalhista de cada uma das sociedades suas clientes”.

700. De acordo com a Lidl, “*os principais retalhistas em Portugal seguem uma abordagem consistente caracterizada pelos seguintes principais vetores: (i) Áreas de venda grandes; (ii) Número elevado de produtos no seu sortido; (iii) O foco do sortido é em produtos de marca; (iv) Número significativo de promoções (...)*”. Entende a Lidl que tem uma abordagem de mercado diferente das restantes empresas de distribuição visadas, pelo que não se pode comparar com as mesmas no seu conceito de negócio.
701. Para a Cooplecnorte, esta não participa no mercado relevante, tal como definido pela AdC. Com efeito, entende que apenas poderiam praticar a infração as empresas “*que tenham de fato atividade no retalho alimentar (à exceção da visada Primedrinks)*”, o que não é o caso da Cooplecnorte, já que se trata de uma central de aprovisionamento que opera no mercado grossista e que a prática *sub judice* teria forçosamente de contar com a intervenção das lojas aderentes ao movimento E.Leclerc, essas sim com atividade no mercado de distribuição retalhista de base alimentar.
702. Por último, nas PNI de todas as Visadas, bem como nas audições orais e inquirições de testemunhas realizadas, foram suscitados argumentos relativos à atividade promocional no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal.
703. Com efeito, é unânime que existe, para as empresas de distribuição visadas, uma predominância da estratégia comercial chamada de “*everyday promo*”, instalada em 2012 em resposta à crise económica que afetou o nível de confiança e a disponibilidade de compra dos consumidores e que tem proliferado desde então.
704. Assim, todas as Visadas reconhecem que o mercado retalhista nacional se caracteriza em geral pela dependência das suas vendas em promoções, com exceção da Lidl, que alega que, face à sua estratégia comercial já referida, recorre muito menos a atividades promocionais do que os demais retalhistas portugueses.
705. Deste modo, entendem as Visadas que esta intensa atividade promocional:
- Resulta numa volatilidade dos preços, que, aliada à complexidade resultante da miríade de bens em causa, tem o efeito de tornar significativamente difícil a possibilidade de conseguir e de monitorizar um entendimento entre concorrentes quanto aos preços a praticar;

- Promove uma intensificação das comunicações entre fornecedores e retalhistas relativas ao impacto das promoções no volume de vendas e no posicionamento de mercado dos produtos;
- “Oculta” o verdadeiro PVP a praticar, pois pode revestir a forma de descontos temporários, cartões de fidelização e descontos transversais a múltiplas categorias; e
- Promove a concorrência, na tentativa de todos de cativar a procura dos consumidores pelo preço mais baixo.

706. Defendem ainda as empresas de distribuição visadas que, apesar de a AdC construir a sua argumentação com base num alinhamento de mercado exclusivamente baseado na definição dos PVP, a escolha dos consumidores não se verifica só através dos preços, uma vez que para tal influem outros fatores, como a variedade da gama, a qualidade dos produtos, em particular dos mais suscetíveis de diferenciação como os frescos ou perecíveis, o ambiente de loja e a proximidade da mesma.

707. Finalmente, todas as empresas de distribuição visadas ressalvam que são livres e autónomas na determinação das ações promocionais em que participam e na fixação dos preços no âmbito das mesmas.

30.1.3.2 Apreciação da Autoridade

708. Primeiramente, cabe reiterar que a definição exata e detalhada dos mercados não é indispensável em processos por práticas restritivas da concorrência no âmbito de acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas a que seja atribuído um objeto restritivo da concorrência, conforme será melhor detalhado *infra* na secção 32.2.

709. Não obstante, analisada a Pronúncia das Visadas sobre os mercados identificados, em particular sobre as características do mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, a AdC conclui pela improcedência das alegações, quer as relativas à abrangência geográfica do mesmo, quer aquelas que procuram sustentar que a prática *sub judice* não poderia ter ocorrido em tal contexto.

710. Em primeiro lugar, no que respeita à dimensão geográfica do mercado retalhista de base alimentar em Portugal, basta atentar-se para o que se refere nos parágrafos 683 a 690

supra para se perceber a razão de tal delimitação que, aliás, é corroborada pela natureza e dispersão das condutas investigadas, nos termos que melhor se analisam *infra*.

711. A este propósito reitera-se que, independentemente das estruturas e condições de concorrência locais típicas do segmento retalhista, verifica-se, no presente caso, uma prática concertada entre as empresas de distribuição visadas e o fornecedor de carácter transversal e generalizado para estabelecimentos retalhistas presentes em todo o território nacional.
712. A existência de comunicações de PVP recomendados e/ou indicativos únicos por parte do fornecedor, ou seja, não segregados por regiões geográficas, constitui uma das evidências da aplicação uniforme da prática (e, consequentemente, dos seus resultados) em todo o território nacional. É possível afirmar, portanto, que os mercados identificados *supra* (cf. parágrafo 691) a nível nacional foram aqueles efetivamente impactados pela prática *sub judice*.
713. Já no que concerne à alegação de que a prática *sub judice* não poderia ter ocorrido num mercado com as características do mercado retalhista de base alimentar em Portugal, a realidade comprovada nos autos demonstra que tal não é assim. Conforme se demonstrará *infra* na secção 31, existem elementos probatórios em grande número que permitem concluir que esta prática existiu efetivamente e foi implementada nos termos descritos pela AdC.
714. Contrariamente ao alegado pelas Visadas, as características do mercado em causa estão de acordo e permitiram a prática *sub judice*, uma vez que o procedimento de implementação da mesma é complexo, envolveu meios e organização das Visadas ao nível institucional, implicou uma duração alargada, envolveu formas de comunicação variadas e tentativas de ocultação das mesmas e, finalmente, provou-se pontualmente falível, com a ocorrência de desvios.
715. Assim, ainda que se possa classificar esta prática de “*complexa*” e “*difícil*”, a mesma não é impossível e, conforme se demonstrará, ocorreu com o envolvimento das Visadas nos mercados identificados.
716. Relativamente à atividade promocional, resulta claro para a Autoridade que a mesma tem um papel preponderante no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal e, conforme se demonstrará *infra* na secção 31, a prática *sub judice* versou

na maioria das vezes e em vários momentos sobre o alinhamento de preços de produtos incluídos no âmbito de campanhas promocionais.

717. Sendo que os desvios detetados a esse alinhamento eram de empresas que estavam a praticar um PVP mais baixo do que o concertado (cf. parágrafos 1063 a 1105 e 1420 a 1421, *infra*), pelo que improcede a alegação de que estas campanhas promocionais visam sempre a prática do preço mais baixo de mercado.
718. Aliás, uma vez que a prática *sub judice* era implementada através de campanhas promocionais, não se lhes pode chamar verdadeiras “campanhas” ou “promoções”, pois tratavam-se de formas artificiais e fictícias de criar a ideia de que estava a ser concedido um desconto ao consumidor, quando esse “desconto” estava previamente concertado pelos intervenientes do mercado e boicotava, assim, a tendencial concorrência pela prática do preço mais baixo (cf. parágrafos 1416 a 1421, *infra*).
719. Assim, a caracterização do mercado de retalho alimentar, mesmo aquela que é apresentada pelas Visadas na sua defesa, permite concluir 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 dos preços baixos, da venda promocional, da transparência e da disseminação dos meios de comunicação.
720. Consequentemente é possível (e razoável) concluir que as Visadas, sem exceção, têm a necessidade de definir e implementar uma estratégia que resulte na melhoria dos seus níveis de rentabilidade.
721. Também é possível (e razoável) concluir que essa estratégia passou pela subida dos PVP de mercado e que, face à transparência e ao comportamento dos consumidores neste mercado, ela é tanto mais viável quanto mais transversal for a todas as Visadas.
722. Por último, no que respeita ao foco dado aos PVP em detrimento de outros fatores concorrenciais nestes mercados, as Visadas entram em contradição na sua argumentação: por um lado, referem que o preço dos produtos não é decisivo na opção por um ou outro retalhista, que existem outros fatores concorrenciais igualmente importantes; mas, por outro lado, identificam os preços como sendo uma das características principais da procura e o fator decisivo na captação de consumidores, daí alegarem existir uma concorrência forte pela prática do preço mais baixo.

723. Independentemente da existência de outros fatores, o que não se contesta, o foco dado aos PVP resulta dos elementos probatórios constantes dos autos e é reconhecido pelas próprias Visadas.
724. Importa destacar que este não se trata de um caso isolado, porventura motivado pelo facto de envolver um fornecedor com grande poder de mercado. Com efeito, a AdC tem pendentes outras investigações com contornos semelhantes de colusão horizontal que envolvem empresas de distribuição e um fornecedor comum, em mercados relativos a categorias diversificadas de bens de grande consumo, sendo o papel de pivot exercido pelos diferentes produtores envolvidos.
725. Assim se percebe que o foco no PVP dos produtos – não só dentro de uma categoria mas ao nível de um cabaz de produtos considerados decisivos na captação da fatia de consumo das famílias portuguesas²⁴¹ – é uma característica do funcionamento do mercado retalhista alimentar e mimetizou-se para a infração ora em análise, sendo o cerne da mesma.
726. Ainda, no que se refere às conclusões da Pingo Doce de que os preços praticados pelas empresas de distribuição visadas são efetivamente mais baixos do que pelas empresas remanescentes ou “*não cartelistas*”, é importante esclarecer alguns pontos.
727. Primeiramente, que estando em causa uma infração pelo objeto (nos termos que se detalham *infra* na secção 32.3.5), a análise dos respetivos efeitos não releva para a qualificação da infração.
728. Sem prejuízo disso, deve também clarificar-se que o facto de determinadas empresas de distribuição não serem visadas no presente processo não exclui o seu possível envolvimento nas referidas práticas, mas apenas permite constatar que, com base na prova recolhida, não foi possível demonstrar suficientemente esse envolvimento em termos que permitissem imputar-lhes tais práticas.
729. Desta forma, não é possível classificá-las como “*não cartelistas*” e, tão-pouco, utilizar tais preços como referência de comparação com aqueles que resultam da participação na prática de “*hub and spoke*” no mercado de distribuição retalhista.

²⁴¹ Conforme admitido pelas próprias Visadas nas suas defesas, ao destacar a importância que conferem à sua alegada competitividade na pesquisa do cabaz DECO, por exemplo.

730. Aliás, o que está em causa no presente processo tem que ver com o alinhamento concertado de PVP no mercado retalhista de base alimentar em Portugal e não, necessariamente, com o nível desses PVP, sendo certo que, na maioria das situações, o alinhamento se verificou para garantir subidas de PVP, conforme se demonstrará *infra*.
731. Outra característica que se deve levar em consideração na afirmação da Pingo Doce de que os preços praticados pelas empresas de distribuição visadas são mais baixos de que dos denominados “*não cartelistas*” é que, para chegar a esta conclusão, a Visada utilizou um cabaz com aproximadamente 1.600 SKUs (*Stock Keeping Unit*) que representava mais de 50% das vendas.
732. No entanto, as empresas de distribuição visadas comercializam um universo de produtos muito diversificado e, desta forma, seria difícil identificar se a mesma conclusão a que chega a Pingo Doce no que respeita ao vasto cabaz de produtos mencionada, pode aplicar-se ao restrito portfólio de produtos em causa no presente processo.
733. 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: estes resultados são calculados incluindo a totalidade dos produtos comercializados por estas empresas e não especificamente sobre os mercados definidos no presente processo.
734. Ainda que esta análise não seja relevante, é importante notar que a rentabilidade obtida pelas empresas de distribuição visadas especificamente nos mercados em causa pode ser distinta da rentabilidade global da empresa. Assim, margens mais baixas ou mais elevadas em determinados mercados nos quais estas empresas atuam, não teriam impacto decisivo na avaliação geral da variável rentabilidade.
735. Quanto à análise apresentada pela MCH sobre a evolução de preços dos produtos vinho D. Ermelinda Tinto 750ml e whisky Grant’s novo 700ml com base em informações obtidas pela ACNielsen entre 2012 e 2017, algumas observações gerais podem ser feitas:
- i) Valem a este propósito, *mutatis mutandis*, as considerações tecidas no parágrafo 688 *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 2007 e 2017), não permite que haja comparação do comportamento da variável em questão - preços dos

produtos Primedrinks no mercado de distribuição retalhista - entre o período da infração e períodos anteriores ou posteriores a essa, ou seja, antes de 2007 ou após 2017. Assim, a inexistência de contrafactual temporal invalida qualquer conclusão sobre o comportamento dos preços para os produtos vinho D. Ermelinda e whisky Grant's. Não se pode descartar, assim, a hipótese de o nível de preços praticados entre 2012 e 2017 ser resultado da própria prática anticoncorrencial entre empresas. Por outras palavras, não é possível garantir que o nível de preços praticados neste período não fosse mais favorável aos consumidores caso não existisse a prática *sub judice*;

- iii) A MCH afirma que a grande volatilidade dos "*Preços de unidades com Promoção*", apresentados nas Figuras 8 e 9²⁴², é sinal de "*intensa atividade promocional*" e evidencia que tal atividade não "*assenta numa alternância - entre os diferentes operadores retalhistas - de campanhas de cariz idêntico*". Não pode proceder esta interpretação feita pela MCH, uma vez que o comportamento apresentado nas Figuras 8 e 9 corrobora precisamente os comportamentos de correção de desvios apresentados na secção II.3.1 (*Alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor*) da Decisão de Inquérito. Os desvios em relação ao PVP concertado – denominados de "*ruídos*" no parágrafo 118 da PNI MCH – eram recorrentes e corrigidos através dos já referidos mecanismos de correção. Nunca se afirmou que os PVP praticados no mercado pelas empresas de distribuição visadas tivessem como resultado incontornável serem sempre idênticos, mas sim que o alinhamento destes constituía o objetivo comum entre as Visadas (com mais ou menos desvios na prática).

736. Tendo em consideração a fragilidade das informações utilizadas para realizar a análise do comportamento de preços e a desconsideração de outras hipóteses para os factos apresentados (por exemplo, a grande volatilidade de preços causada pela correção de desvios), não é possível considerar as conclusões apresentadas na defesa da MCH como interpretações válidas do que efetivamente ocorreu em relação aos preços dos produtos D. Ermelinda Tinto 750ml e whisky Grant's novo 700ml no mercado português entre 2012 e 2017.

²⁴² Cf. PNI MCH página 35.

737. Finalmente, no que respeita (i) à afirmação da Auchan sobre uma eventual participação na infração e os preços praticados; (ii) à afirmação da ITMP sobre a não participação no mercado relevante; (iii) à afirmação da Lidl sobre o seu modelo de negócio; e (iv) à afirmação da Cooplecnorte sobre a não participação no mercado relevante, as mesmas serão apreciadas e respondidas *infra* na secção 31.2.

30.2 Posição das empresas Visadas nos mercados identificados

30.2.1 Primedrinks

738. O volume de negócios realizado pela Primedrinks nos mercados identificados relevantes para efeitos na presente Decisão nos anos de 2007 a 2017 é o seguinte²⁴³:

Tabela 1: Volume de negócios da Primedrinks nos mercados identificados (em euros) – 2007 a 2017²⁴⁴

Ano	Volume de Negócios
2007	[40 000 000 – 50 000 000]
2008	[30 000 000 – 40 000 000]
2009	[30 000 000 – 40 000 000]
2010	[30 000 000 – 40 000 000]
2011	[20 000 000 – 30 000 000]
2012	[20 000 000 – 30 000 000]
2013	[20 000 000 – 30 000 000]
2014	[20 000 000 – 30 000 000]
2015	[20 000 000 – 30 000 000]
2016	[20 000 000 – 30 000 000]
2017	[20 000 000 – 30 000 000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Primedrinks, a fls. 1342 do processo; valores aproximados.

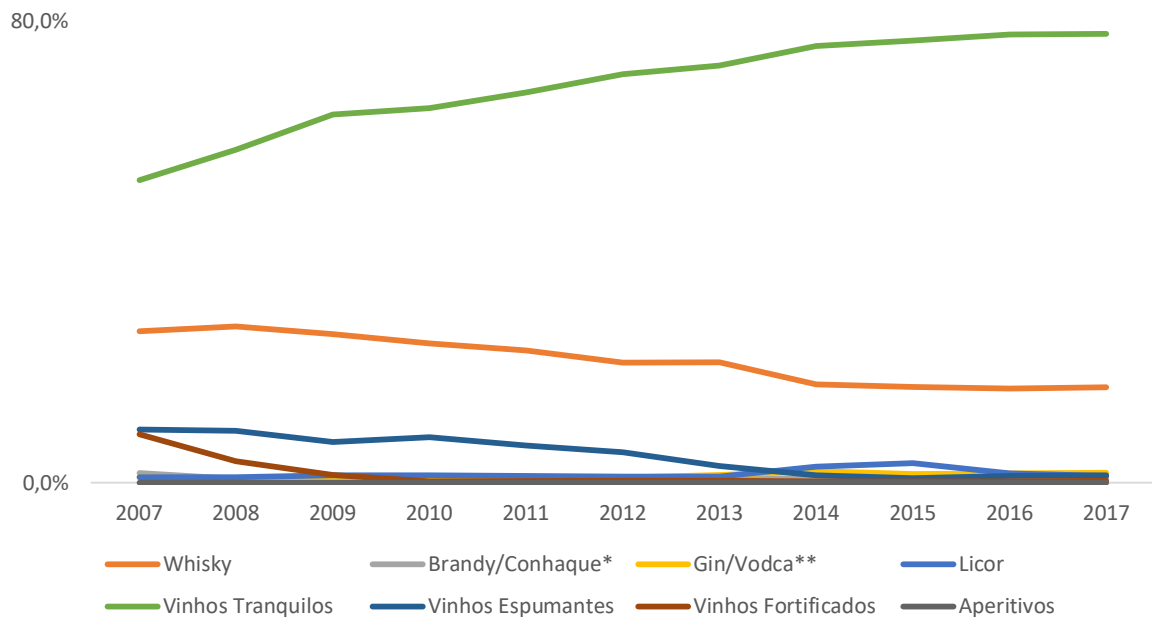
739. O volume de negócios realizado pela Primedrinks no mercado nacional de vinhos tranquilos no canal alimentar (*off-trade*) é, de longe, o mais expressivo, representando entre 50% a 80% do volume de negócios total realizado pela empresa nos mercados identificados entre os anos de 2007 e 2017 (cf. Figura 1 *infra*).

²⁴³ Cf. Resposta da Primedrinks ao pedido de elementos que ocorreu na fase de inquérito, constante de fls. 1341 e 1342, do processo, que deu entrada nos serviços da Autoridade em 30.10.2018.

²⁴⁴ Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 1 da Decisão de Inquérito.

740. Nos mercados nacionais de whisky e vinhos espumantes no canal alimentar (*off-trade*), este representou, respetivamente, entre 15% e 30% e entre 1% e 10% do volume de negócios total realizado pela Primedrinks no conjunto dos mercados identificados, entre os anos de 2007 e 2017 (cf. Figura 1 *infra*).

Figura 1: Representatividade do volume de negócios da Primedrinks em cada um dos mercados identificados (em %) – 2007 a 2017²⁴⁵



Fonte: Resposta a pedido de elementos da Primedrinks, a fls. 1342 do processo; valores aproximados.

741. De acordo com as melhores estimativas da Primedrinks, as suas quotas de mercado nos anos de 2007 a 2017 foram as seguintes²⁴⁶:

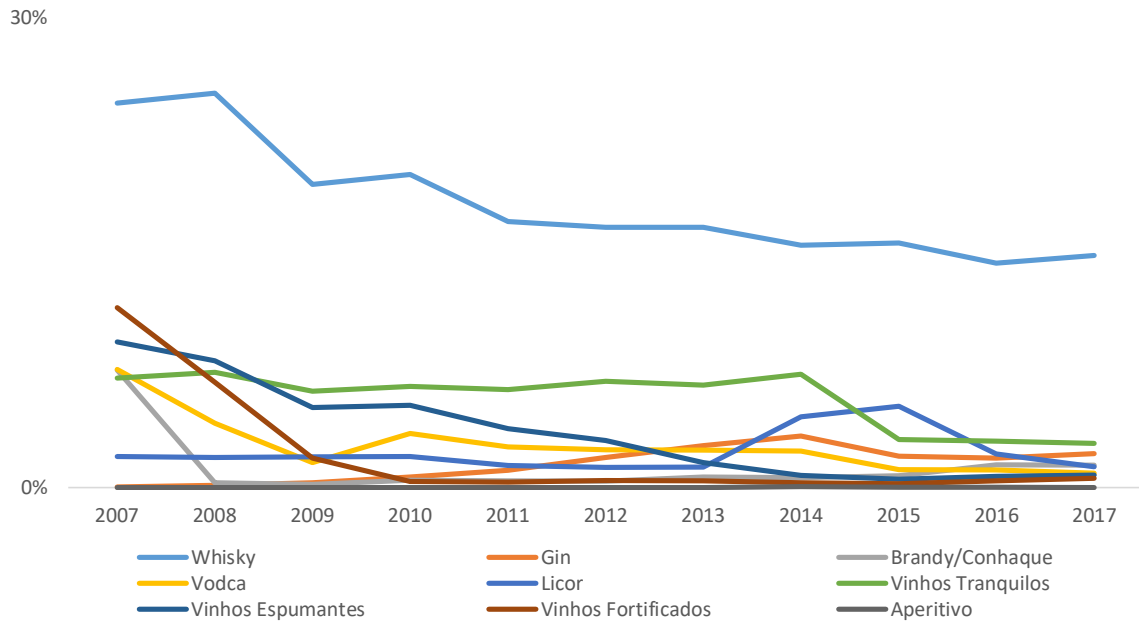
Figura 2: Quotas de mercado da Primedrinks em cada um dos mercados identificados – 2007²⁴⁷ a 2017²⁴⁸

²⁴⁵ Corresponde à representação gráfica da informação apresentada na Tabela 2 da Decisão de Inquérito.

²⁴⁶ A Primedrinks refere que a quota de mercado do canal *off-trade* disponibilizada pela Nielsen é calculada através das vendas da Primedrinks em volume neste canal sobre o volume de mercado anuário Nielsen.

²⁴⁷ A Primedrinks refere que a informação disponibilizada pela Nielsen sobre os anos 2007 e 2009 foram calculadas aplicando a taxa de crescimento (sem casas decimais) dos anos seguintes.

²⁴⁸ A Primedrinks refere que a informação disponibilizada pela Nielsen anterior ao ano de 2009 inclui somente dados INA (Supermercados, Livre Serviços, Mercearias; Puros Alimentares). A partir de 2009 (inclusive), a tabulação das informações inclui INA e Lidl. Corresponde à representação gráfica da informação apresentada na Tabela 3 da Decisão de Inquérito.



Fonte: Resposta a pedido de elementos da Primedrinks, a fls. 737 do processo.

742. Em suma, quanto à posição da Primedrinks nos mercados de bebidas no canal alimentar (*off-trade*) em Portugal, conclui-se o seguinte:

- A Primedrinks estima que as vendas por si realizadas nos mercados de bebidas identificados na presente Decisão, nos anos de 2007 a 2017, correspondam entre 10% a 30% das quotas do mercado de whisky e entre 2,5% a 7% do mercado de vinhos tranquilos²⁴⁹;
- A reduzida quota de mercado da Primedrinks no mercado de vinhos tranquilos não tem, todavia, correspondência na representatividade das vendas efetuadas neste mercado;
- Com efeito, o volume de negócios realizado pela Primedrinks no mercado nacional de vinhos tranquilos é, de longe, o mais expressivo, representando entre 50% a 80% do volume de negócios total realizado pela Primedrinks no conjunto dos mercados identificados entre os anos de 2007 e 2017, sendo que a sua quota de mercado se situou sempre abaixo dos 7% ao longo do período considerado;
- Nos mercados nacionais de whisky e de vinhos espumantes, o volume de negócios representou, respetivamente, entre 15% e 30% e entre 1% e 10% do volume de

²⁴⁹ A Primedrinks refere que a quota de mercado do canal *off-trade* disponibilizada pela Nielsen é calculada através das vendas da Primedrinks em volume neste canal sobre o volume de mercado anuário Nielsen.

negócios total realizado pela Primedrinks no conjunto dos mercados identificados, assumindo preponderância o whisky, que é o segmento em que a Primedrinks apresenta a sua quota de mercado mais alta.

30.2.1.1 Pronúncia das Visadas

743. No que respeita à posição da Primedrinks nos mercados identificados, para a Pingo Doce²⁵⁰ *“o que importa é saber qual é a posição relativa da Primedrinks, traduzida na quota de mercado, nos vários mercados (tabela n.º 3 da NI). Na esmagadora maioria dos mercados a quota da Primedrinks foi inferior a 3%, a saber, gin, brandy/conhaque, vodca, licor, vinhos tranquilos, vinhos espumantes, vinhos fortificados, aperitivos”, o que “torna irrelevante a alegada participação quer da Primedrinks quer do Pingo Doce na troca de informações sensíveis, para a concorrência, maxime, para os consumidores, nestes mercados”.*

30.2.1.2 Apreciação da Autoridade

744. Analisada a Pronúncia da Pingo Doce sobre a posição da Primedrinks nos mercados identificados, a AdC remete para a análise desenvolvida na secção 32.3.5, *infra*, uma vez que a questão suscitada tem que ver com o impacto que essa posição tem na qualificação jurídica dos comportamentos objeto da presente Decisão e não com o peso e importância relativos das Visadas nas respetivas relações de distribuição.

30.2.2 Representatividade das empresas de distribuição visadas na faturação da Primedrinks

745. As tabelas *infra* permitem igualmente concluir que as empresas de distribuição visadas têm um peso relevante no volume de negócios total realizado pela Primedrinks.

746. Com efeito, ao longo do período considerado, entre 2007 e 2017, as empresas de distribuição visadas têm vindo a representar entre 30% a 40% das vendas da Primedrinks, com uma faturação nunca inferior a 20 milhões de euros (cf. tabela *infra*).

Tabela 2: Faturação da Primedrinks nas vendas às empresas de distribuição visadas (em €) - 2007 a 2017²⁵¹

Ano	Faturação Primedrinks (€)
2007	20 000 000
2008	25 000 000
2009	30 000 000
2010	35 000 000
2011	40 000 000
2012	45 000 000
2013	50 000 000
2014	55 000 000
2015	60 000 000
2016	65 000 000
2017	70 000 000

²⁵⁰ Cf. PNI Pingo Doce páginas 209 e ss.

²⁵¹ Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 4 da Decisão de Inquérito.

2007	[30 000 000 – 40 000 000]
2008	[30 000 000 – 40 000 000]
2009	[20 000 000 – 30 000 000]
2010	[30 000 000 – 40 000 000]
2011	[20 000 000 – 30 000 000]
2012	[20 000 000 – 30 000 000]
2013	[20 000 000 – 30 000 000]
2014	[10 000 000 – 20 000 000]
2015	[20 000 000 – 30 000 000]
2016	[20 000 000 – 30 000 000]
2017	[20 000 000 – 30 000 000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Primedrinks, a fls. 738 a 739 do processo, tratamento da Autoridade, valores aproximados.

Tabela 3: Representatividade das empresas de distribuição visadas no volume de negócios total da Primedrinks (em % Volume de Negócios total) - 2007 a 2017²⁵²

Ano	Faturação Primedrinks (%)
2007	[30 - 40]
2008	[30 - 40]
2009	[30 - 40]
2010	[40 - 50]
2011	[30 - 40]
2012	[30 - 40]
2013	[30 - 40]
2014	[30 - 40]
2015	[30 - 40]
2016	[30 - 40]
2017	[30 - 40]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Primedrinks, a fls. 738 a 739 do processo, tratamento da Autoridade, valores aproximados.

30.2.2.1 Pronúncia das Visadas

747. Relativamente à posição da Primedrinks nos mercados identificados, bem como à representatividade das empresas de distribuição visadas na sua faturação, a Primedrinks não se pronuncia especificamente sobre os dados apresentados, mas refere que a sua atuação “*junto dos seus clientes e, de um modo geral, perante o mercado, nunca teve outro propósito que não esse: o da sua sobrevivência*” e que “o

²⁵² Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 5 da Decisão de Inquérito.

*poder negocial da Primedrinks ante as insígnias foi sempre, ao longo do hiato temporal contemplado na NI, muito baixo*²⁵³.

748. Com efeito, tenta a Primedrinks justificar que “o contexto de mercado sempre foi pautado pela prática continuada e enraizada da transferência do risco comercial dos grandes distribuidores para os fornecedores (neste caso, a Primedrinks). As insígnias da grande distribuição, fazendo uso do seu poder negocial desproporcionalmente elevado, atuam, de forma continuada, de modo a obterem para si as melhores condições de compra e de preservação de margem”.
749. A Pingo Doce contraria a afirmação de que as empresas de distribuição visadas têm um peso relevante no volume de negócios total realizado pela Primedrinks, afirmando que, “pelo contrário, ao longo do período em questão, entre 2007 e 2017, os números desmentem a referida afirmação da AdC: “as empresas de distribuição visadas têm vindo a representar entre [30-35]% a [35-40]% das vendas da Primedrinks, com uma faturação de cerca de [10-20] milhões de euros” (§§133 e segs. da NI). Daqui resulta que a grande maioria da faturação da Primedrinks é feita fora do suposto “hub&spoke”, ou seja, entre [65%-70%] a [60%-65%]. E concretamente quanto ao Pingo Doce, a faturação realizada pela Primedrinks foi sempre abaixo de um limiar de minimis de 10%”.

30.2.2.2 Apreciação da Autoridade

750. Analisada a Pronúncia das Visadas relativamente à posição da Primedrinks nos mercados identificados, bem como à representatividade das empresas de distribuição visadas na sua faturação, a AdC conclui pela improcedência da maioria das suas alegações.
751. Por um lado, dos dados acima apresentados e na linha do que sustenta a Primedrinks, resulta que as empresas de distribuição visadas assumem uma grande preponderância enquanto clientes daquele fornecedor e são responsáveis por mais de um terço do seu volume de negócios total nos anos a que se refere a prática *sub judice*.
752. No entanto, conforme se demonstrará *infra*, também a Primedrinks assume preponderância enquanto fornecedor de determinados produtos para as empresas de distribuição visadas, detendo uma percentagem relevante do seu volume de negócios

²⁵³ Cf. PNI Primedrinks capítulo III; Cf. PNI Pingo Doce páginas 209 e ss.

nos mercados identificados (é o caso, entre outros, dos mercados de whisky e vinhos tranquilos).

753. O que significa que, não se refutando que exista alguma desproporcionalidade negocial, nos termos invocados pela Primedrinks, esta empresa, não deixa de ser representativa para as empresas de distribuição visadas.
754. Em todo o caso, conforme apreciado *infra* na secção 31, o desequilíbrio negocial entre a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas, alegado pela primeira, não poderia jamais (licitamente) justificar os comportamentos adotados e que se traduzem na prática objeto do presente processo.
755. Quanto à concreta alegação da Pingo Doce acerca da representatividade das empresas de distribuição visadas no volume de negócios total da Primedrinks, cabe primeiramente ressaltar que, por tratar-se do volume de negócios total da empresa, são levadas em consideração tanto as vendas ao canal *off-trade* quanto a comercialização de produtos no canal *on-trade* (Horeca). Caso seja considerado somente o mercado identificado na Decisão de Inquérito e na presente Decisão – o mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal –, a representatividade das empresas de distribuição visadas é consideravelmente mais elevada²⁵⁴.
756. Além disso, tão-pouco se pode afirmar que “entre [65%-70%] a [60%-65%]” estão fora do suposto do “Hub&Spoke”. Com efeito, o cálculo foi feito somente com as empresas de distribuição que são visadas no processo, não se excluindo que outras possam ter participado nas práticas em causa, mas não em termos que permitam a sua responsabilização atenta a prova disponível no processo. Acresce que o objetivo da

²⁵⁴ A representatividade da Pingo Doce sobre o volume de negócios no canal de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal — em comparação com o volume de negócios total que inclui as vendas de produtos ao canal Horeca — da Primedrinks por ano foi:

% Volume Negócios - canal off-trade	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017
PINGO DOCE DIST. ALIMENT AR, S.A.	[10 - 20]	[20 - 30]	[20 - 30]	[20 - 30]	[20 - 30]	[10 - 20]	[10 - 20]	[20 - 30]	[20 - 30]	[20 - 30]	[20 - 30]

informação apresentada (cf. Tabela 5 da Decisão de Inquérito) foi apenas o de aferir a importância que as transações comerciais com as empresas de distribuição visadas assumem para a empresa Primedrinks.

757. Por último, a Pingo Doce afirma que “a faturação realizada pela Primedrinks foi sempre abaixo de um limiar de minimis de 10%”. Poderá a Visada, neste caso, estar a referir-se ao limite de 10% estabelecido na Comunicação de *minimis* da Comissão Europeia²⁵⁵. Este limite, no entanto, é estabelecido para as quotas de mercado agregadas das partes e não pode, portanto, ser utilizado como referencial nos termos sugeridos pela Pingo Doce. Além disso, a Comunicação de *minimis* não se aplica a restrições por objeto, como identificado no presente caso.

758. Acresce que se trata de uma matéria que será objeto de apreciação específica na análise desenvolvida na secção 32.3.5, *infra*, para o qual se remete.

30.2.3 Empresas de distribuição visadas

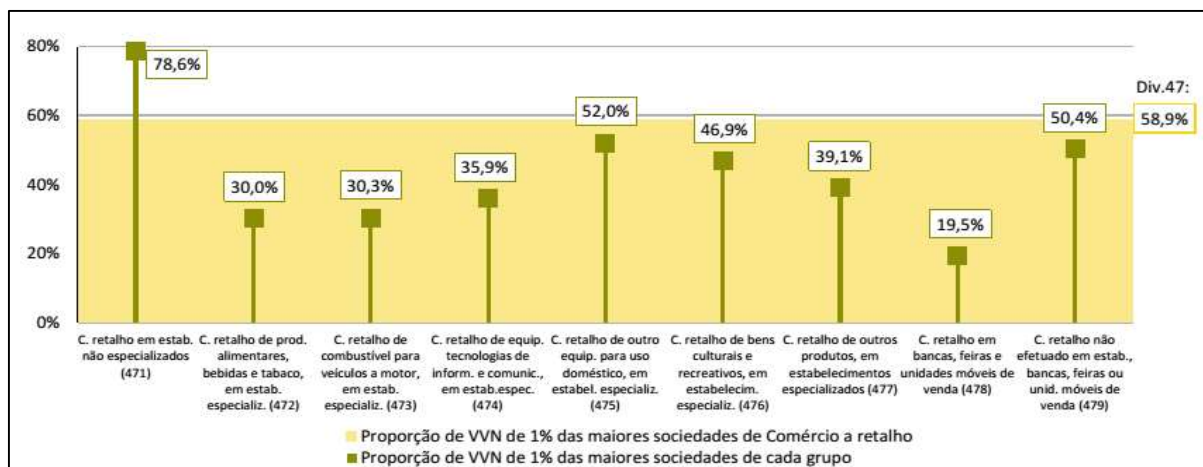
759. Segundo o Instituto Nacional de Estatística (INE), em documento intitulado “Estatísticas do Comércio”²⁵⁶, o volume de negócios gerado por 1% das maiores sociedades dedicadas ao comércio retalhista em Portugal correspondeu a 58,9% do total do mercado em 2016.

760. O designado “grupo 471”, correspondente ao “comércio a retalho não especializado”²⁵⁷, foi o que registou o nível de concentração mais elevada, correspondente a 78,6% em 2016.

²⁵⁵ Cf. “Comunicação da Comissão — Projeto de comunicação relativa aos acordos de pequena importância que não restringem sensivelmente a concorrência nos termos do artigo 101.º, n.º 1, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Comunicação de minimis)”, JO de 30.08.2014, C 291, p. 2, parágrafo 8.

²⁵⁶ 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, consultado em 04.11.2020 e disponível a fls. 8167 do processo.

Figura 3. Indicador de concentração de sociedades de comércio a retalho, por Grupo – 2016

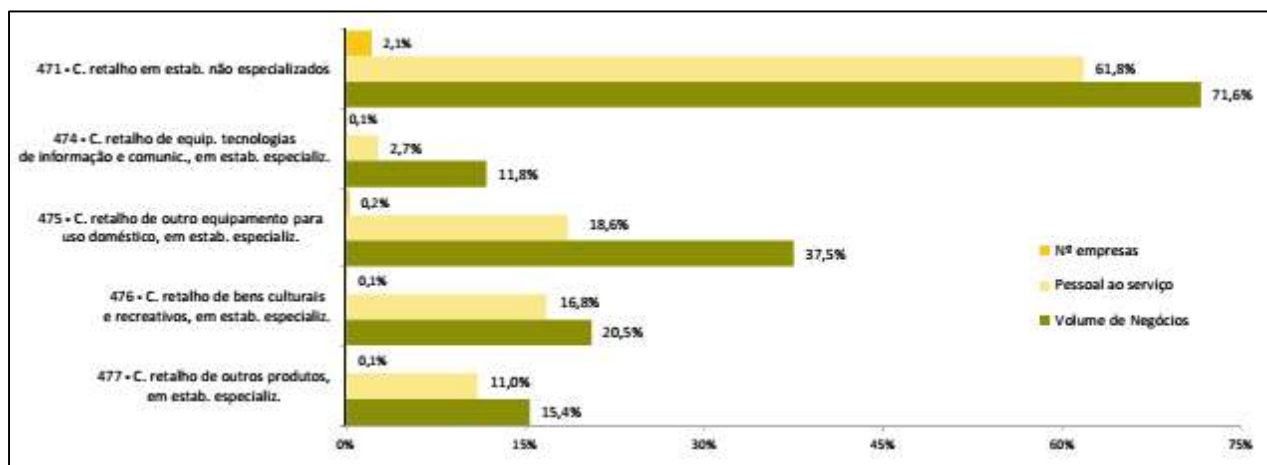


Fonte: INE.

761. Quanto à comparação dos segmentos do comércio de retalho ao nível da margem comercial — diferença entre venda de mercadorias e respetivo custo —, o grupo 471 registou a 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.
762. O referido grupo 471 representou 39,2% do total de 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 que os “*produtos farmacêuticos, médicos, de higiene e cosmética*” representaram 7,3% do segmento.
763. Daqui se conclui que o grupo pertencente ao mercado retalhista de base alimentar, no qual estão inseridas as empresas de distribuição visadas, é caracterizado por um nível de concentração acima da média do comércio retalhista e por ter uma das mais altas margens comerciais, representando quase 40% de todo o comércio a retalho português.
764. Ainda de acordo com os dados do INE, 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, sendo que só as denominadas Unidades Comerciais de Dimensão Relevante (UCDR) “*realizaram 71,6% do VVN [volume de negócios] do setor de comércio onde se inserem (71,5% em 2015)*”, possuindo mais de 1700 estabelecimentos abrangendo a totalidade do território nacional.

765. E isto apesar de as UCDR representarem 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.

766. 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 alimentar ou com predominância alimentar, sendo o remanescente correspondente ao comércio a retalho não alimentar ou sem predominância alimentar.

30.2.3.1 *Pronúncia das Visadas*

767. Relativamente ao posicionamento das empresas de distribuição visadas nos mercados identificados, as Visadas que se pronunciaram negam que as margens praticadas sejam elevadas e tentam desvalorizar a posição que ocupam no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal²⁵⁸.

768. Segundo a MCH, o “*nível de concentração não representa uma atenuação da respetiva intensidade competitiva. Isso é evidenciado, desde logo, pela ausência de lucros significativos ou de rendas excessivas para os distribuidores retalhistas (...)*”.

²⁵⁸ Cf. PNI MCH capítulo II.B; Cf. PNI Pingo Doce páginas 31 e ss.; Cf. PNI ITMP capítulo III.4; Cf. PNI Lidl capítulo B.2.2.

769. De acordo com a Pingo Doce, *“o modelo do retalho alimentar/mass market, como aquele desenvolvido pelas ora Visadas, caracteriza-se por margens de lucro líquidas pequenas e por elevados volumes”*.
770. A ITMP apresenta alguns dados relativos (i) à quota de mercado nacional, geral, no período de 2010 a 2018 da insígnia Intermarché; (ii) à quota do mercado nacional das bebidas no período de 2010 a 2018 da insígnia Intermarché; e (iii) às quotas de mercado em relação aos produtos identificados na Nota de Ilícitude, no período de 2011 a 2017, da insígnia Intermarché. Conclui que essas quotas de mercado *“(…) estão muito abaixo de 30% do respetivo mercado, em qualquer dos produtos e dos anos em causa. E que nada têm a ver com as quotas de mercado de cada uma das sociedades franqueadas da mesma insígnia INTERMARCHÉ”*.
771. A Lidl reitera que tem um *“conceito de negócio diferente, que poderá não conseguir atrair todos os consumidores em Portugal para se tornar um retalhista equivalente aos seus concorrentes”*. Entende que *“a adoção deste conceito pode explicar a quota de mercado do Lidl Portugal”*, que é bastante menor que a das restantes empresas de distribuição visadas e *“(…) é baseada essencialmente na gama e produtos detidos exclusivamente pelo Lidl (“produtos de marca própria”)*. Finalmente, entende que a sua quota de mercado *“só por si contraria a imputação da participação do Lidl na alegada colusão (…)”*, uma vez que não apresenta uma pressão competitiva para as restantes empresas de distribuição visadas que valha a pena restringir.

30.2.3.2 Apreciação da Autoridade

772. Analisada a Pronúncia das Visadas sobre o posicionamento das empresas de distribuição visadas nos mercados identificados, a AdC conclui pela improcedência das suas alegações.
773. Com efeito, a análise dos indicadores apresentados na “Estatística do Comércio” para os diferentes grupos que compõem o setor de retalho nacional deve ser feita sempre em comparação com os outros grupos presentes no estudo²⁵⁹ e não de maneira isolada e/ou absoluta.

²⁵⁹ Os grupos que compõem a análise da “Estatística do Comércio” são:

774. Desta forma, a afirmação de que o grupo 471 (“Comércio a retalho não especializado”) possui margens elevadas e é caracterizado por um elevado nível de concentração é sempre feita em comparação aos outros grupos contemplados pela análise do documento.
775. Esta análise e, mais especificamente, a análise das UCDR demonstra a inegável importância que as empresas de distribuição visadas possuem na geração de riqueza e empregos para o país dada a sua grande representatividade no comércio de retalho nacional²⁶⁰.
776. Quanto as alegações feitas pela Lidl, é importante salientar que, ainda que a empresa tenha como estratégia a comercialização de produtos de marca própria, comercializou produtos da Primedrinks nas suas lojas no período a que se refere o presente processo (quer no seu cabaz fixo de produtos, quer como produtos *In&Out*, conforme a própria Visada alega na sua PNI).
777. Finalmente, quanto argumento da ITMP de que as respetivas quotas de mercado “(...) *estão muito abaixo de 30% do respetivo mercado*”, remete-se para a análise desenvolvida na secção 32.3.5, *infra*, uma vez que a questão suscitada não é factual, mas jurídica.

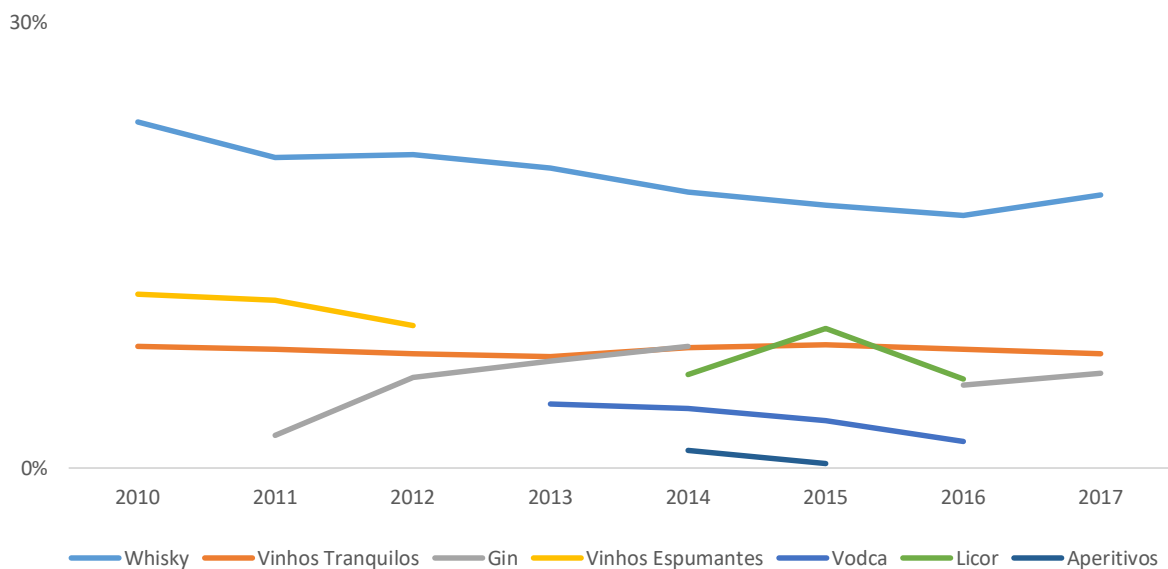
-
- Comércio a retalho em estabelecimentos não especializado (grupo 471);
 - Comércio a retalho de produtos alimentares, bebidas, tabaco, em estabelecimentos especializados (grupo 472);
 - Comércio a retalho de combustível para veículos a motor, em estabelecimentos especializados (grupo 473);
 - Comércio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

²⁶⁰ A importância do grupo 471 e das UCDR para o retalho nacional analisada para o ano de 2016 na Decisão de Inquérito manteve-se em anos posteriores, conforme apresentado pelo INE em publicações de anos posteriores.

30.2.4 Posição relativa da Primedrinks na faturação das empresas de distribuição visadas

778. As figuras e a tabela *infra* indicam a representatividade da Primedrinks na faturação de cada uma das empresas de distribuição retalhista visadas no presente processo^{261 262}.

Figura 5: Representatividade da Primedrinks na faturação da MCH em cada um dos mercados identificados (em %) - 2007 a 2017²⁶³



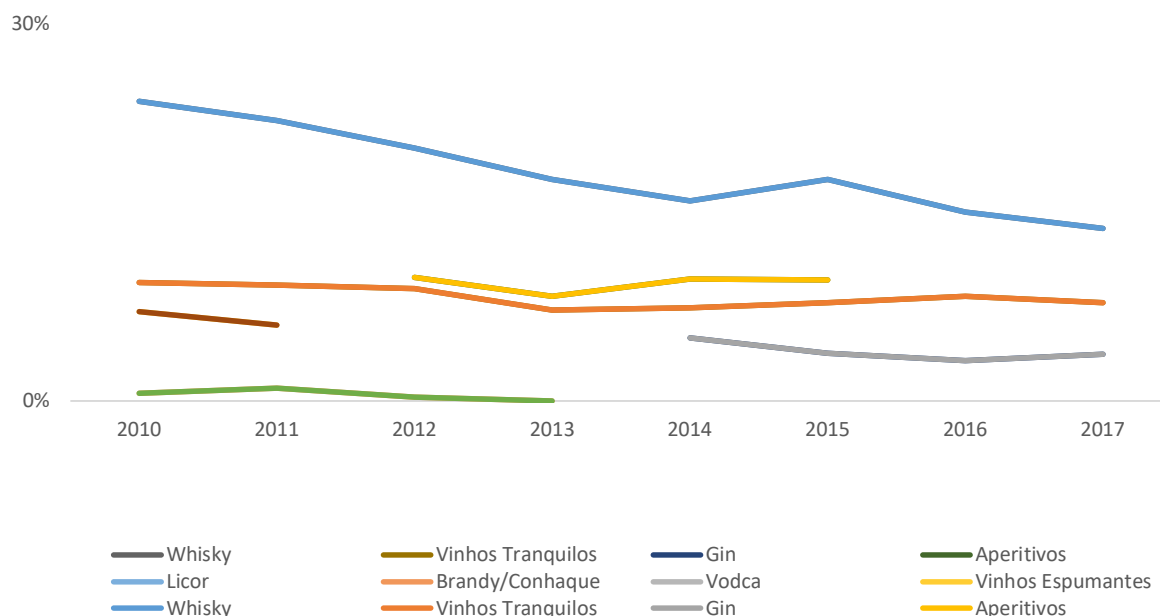
Fonte: Resposta a pedido de elementos da MCH, a fls. 1382 a 1384, 7258 a 7269 do processo.

²⁶¹ A Autoridade solicitou a cada uma das empresas de distribuição retalhista que indicasse os cinco maiores fornecedores em cada um dos mercados relevantes identificados nos anos de 2007 a 2017, pelo que a ausência de percentagem em alguns desses mercados significa que a Primedrinks não se encontra entre os cinco maiores fornecedores naquele determinado mercado relevante.

²⁶² A Primedrinks não foi um dos cinco maiores fornecedores da Lidl nos mercados relevantes identificados entre 2007 a 2017.

²⁶³ Relativamente às informações fornecidas pela MCH nas Tabelas 6 e 11 da Decisão de Inquérito, vem a Visada alegar que a informação por si fornecida à AdC em 02 e 09.11.2018, em resposta aos pedidos de elementos que lhe foram dirigidos na fase de inquérito, se reportava às suas compras e vendas de conhaque e de brandy como subespécies da categoria “aguardente”, pelo que os valores então transmitidos englobam quer aguardentes vínicas nacionais quer aguardentes vínicas estrangeiras (como o cognac e o armagnac), quer ainda brandies. Na sequência de interações posteriores com a AdC a propósito de um outro processo contraordenacional, a MCH apercebeu-se que a AdC trata diferentemente os produtos “aguardente”, por um lado e “brandy/conhaque”, por outro lado, considerando-os em mercados distintos. Ademais, ao proceder a este exercício, a MCH detetou ainda que, aquando da informação transmitida anteriormente, alguns dos valores de vendas estavam sobredimensionados, na medida em que não tinham sido expurgados de descontos concedidos, estando em causa, em concreto, as vendas dos anos 2015, 2016 e 2017, de todos os produtos considerados no processo, com exceção dos vinhos tranquilos. Diante de tais constatações, a MCH reenviou novas informações à AdC (cf.

Figura 6: Representatividade da Primedrinks na faturação da Pingo Doce em cada um dos mercados identificados (em %) - 2007 a 2017²⁶⁴



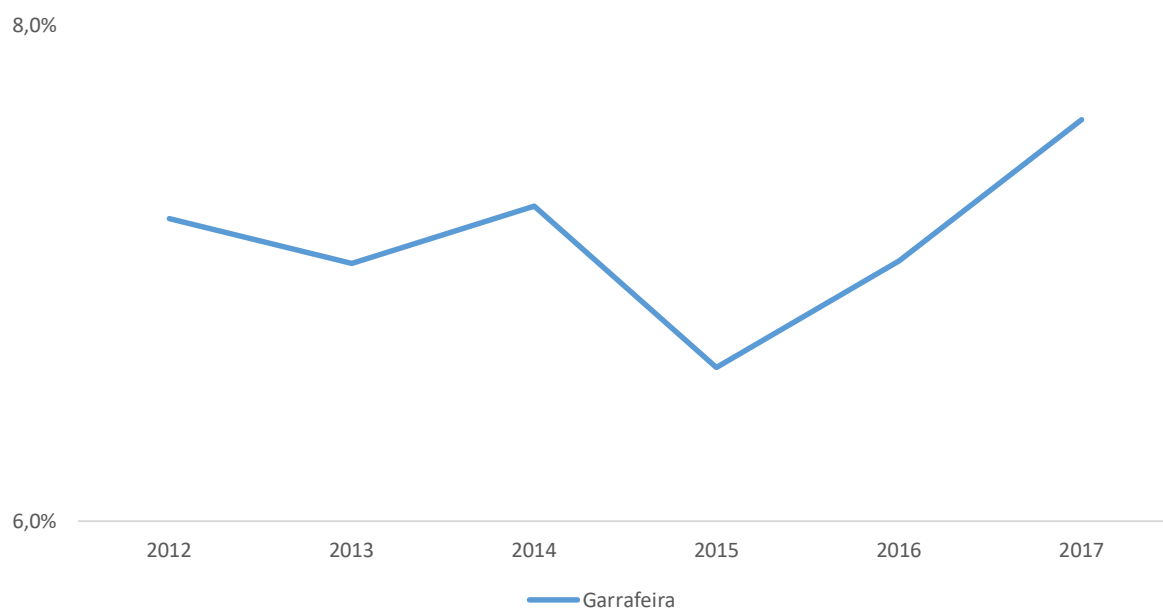
Fonte: Resposta a pedido de elementos da Pingo Doce, a fls. 1361 1367 do processo.

Figura 7: Representatividade da Primedrinks na faturação da Auchan em cada um dos mercados identificados (em %) - 2007 a 2017²⁶⁵

comunicação da MCH com registo de entrada n.º E-AdC/2020/4982, de 30.07.2020) que, por sua vez, substituíram as informações anteriormente apresentadas nas Tabelas 6 e 11 da Decisão de Inquérito.

²⁶⁴ Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 7 da Decisão de Inquérito.

²⁶⁵ A Auchan refere não dispor de informações segregadas pelos mercados relevantes identificados, tendo disponibilizado as informações solicitadas pela Autoridade de acordo com suas categorias internas, a saber “Garrafeira” (em substituição a todos os mercados relevantes definidos neste processo) – cf. Resposta a pedido de elementos da Auchan de 09.11.2018 (cf. fls. 2129 a 2137 do processo). Corresponde à representação gráfica da informação apresentada na Tabela 8 da Decisão de Inquérito.

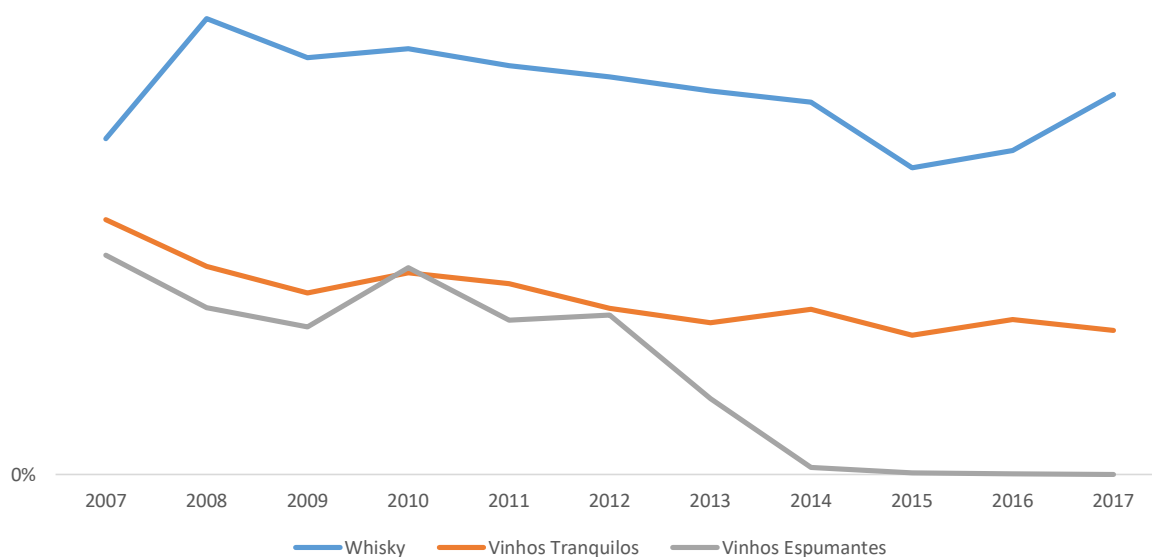


Fonte: Resposta a pedido de elementos da Auchan, a fls. 2134 a 2135 do processo.

Figura 8: Representatividade da Primedrinks na faturação da ITMP em cada um dos mercados identificados (em %) - 2007 a 2017²⁶⁶

²⁶⁶ Corresponde à representação gráfica da informação apresentada na Tabela 9 da Decisão de Inquérito.

25%



Fonte: Resposta a pedido de elementos da ITMP, a fls. 2157 a 2168 do processo.

Tabela 4: Representatividade da Primedrinks na faturação da Cooplecnorte em cada um dos mercados identificados (em %) - 2007 a 2017

Cooplecnorte	2011 a 2017
Whisky	[10 – 20]
Gin	-
Brandy/Conhaque	-
Vodca	-
Licor	-
Vinhos Tranquilos	[5 – 10]
Vinhos Espumantes	-
Vinhos Fortificados	-
Aperitivos	-

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Cooplecnorte, a fls. 2128 e ss. do processo.

779. A Primedrinks apresenta-se como um fornecedor com uma elevada preponderância para as empresas de distribuição visadas²⁶⁷.

²⁶⁷ A Autoridade solicitou informações relativas (i) à representatividade da Primedrinks no volume de negócios de cada uma das empresas de distribuição visadas; (ii) ao volume de negócios de cada uma das empresas de distribuição visadas nos mercados de bebidas identificados no presente processo; (iii) identificação dos cinco maiores fornecedores em cada um dos mercados relevantes identificados, nos anos de 2007 a 2017, de cada empresa de distribuição visada.

780. Com efeito, as vendas da Primedrinks às empresas de distribuição visadas representaram entre 10% a 25% no mercado de whisky e entre 5% a 15% no mercado de vinhos tranquilos, ao longo do período considerado²⁶⁸.
781. A sua importância é particularmente evidente na “*categoria de vinhos engarrafados*”, onde, segundo refere a própria Primedrinks²⁶⁹, esta “manteve a liderança” em 2017.
782. Nesse mesmo ano, “*a marca Casal Garcia conquistou pela primeira vez a liderança do mercado em valor, seguida de Monte Velho na 2.ª posição*”, sendo que estas duas marcas “*totalizaram 6,7 milhões de litros de vendas conjuntas*”.
783. No mesmo período, a Primedrinks refere ainda que “*manteve o 2.º lugar na distribuição de whisky em Portugal, com Grant’s a manter a liderança no segmento standard. A marca cresceu 3% em volume e valor e The Famous Grouse defendeu a 4.ª posição, com uma variação de +7% em volume e valor*”²⁷⁰.
784. Ainda em 2017, o gin “*Hendrick’s cresceu 14% em volume e valor, recuperando a liderança de mercado no segmento super premium*”²⁷¹.
785. Verifica-se que a elevada representatividade deste fornecedor, particularmente evidente no mercado de vinhos tranquilos, é também acompanhada pelo elevado volume de negócios de cada empresa de distribuição retalhista nos mercados identificados no presente processo (cf. Tabela 5 aTabela 10 *infra*).

Tabela 5: Volume de negócios da MCH no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Primedrinks (em euros) - 2010 a 2017^{272 273}

Ano	MCH
2010	[80 000 000 – 90 000 000]
2011	[90 000 000 – 100 000 000]
2012	[90 000 000 – 100 000 000]
2013	[100 000 000 – 200 000 000]
2014	[100 000 000 – 200 000 000]
2015	[100 000 000 – 200 000 000]

²⁶⁸ Não obstante, deve esclarecer-se que, de acordo com cálculos realizados pela Autoridade, a representatividade do volume de negócios atribuído à Primedrinks no volume de negócios total de cada uma das empresas de distribuição visada é, em regra, sempre inferior a 2%, na totalidade do período considerado.

²⁶⁹ Cf. Relatório e Contas da Primedrinks, a fls. 689 a 723 do processo.

²⁷⁰ Cf. Relatório e Contas da Primedrinks, a fls. 689 a 723 do processo.

²⁷¹ Cf. Relatório e Contas da Primedrinks, a fls. 689 a 723 do processo.

²⁷² A MCH não apresenta informação relativa aos anos de 2007 a 2009.

²⁷³ Vide nota de rodapé 254.

2016	[100 000 000 – 200 000 000]
2017	[100 000 000 – 200 000 000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da MCH, a fls. 1382, 7258 a 7269 do processo.

Tabela 6: Volume de negócios da Pingo Doce no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Primedrink (em euros) - 2010 a 2017²⁷⁴

Ano	Pingo Doce
2010	[80 000 000 – 90 000 000]
2011	[80 000 000 – 90 000 000]
2012	[80 000 000 – 90 000 000]
2013	[80 000 000 – 90 000 000]
2014	[90 000 000 – 100 000 000]
2015	[90 000 000 – 100 000 000]
2016	[100 000 000 – 200 000 000]
2017	[100 000 000 – 200 000 000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Pingo Doce, a fls. 1359 a 1360 do processo.

Tabela 7: Volume de negócios da Auchan no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Primedrink (em euros) - 2012 a 2017²⁷⁵

Ano	Auchan
2012	[20 000 000 – 30 000 000]
2013	[20 000 000 – 30 000 000]
2014	[20 000 000 – 30 000 000]
2015	[20 000 000 – 30 000 000]
2016	[20 000 000 – 30 000 000]
2017	[20 000 000 – 30 000 000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Auchan, a fls. 2133 do processo.

Tabela 8: Volume de negócios da ITMP no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Primedrink (em euros) - 2007 a 2017²⁷⁶

Ano	ITMP
2007	[30 000 000 – 40 000 000]
2008	[30 000 000 – 40 000 000]
2009	[30 000 000 – 40 000 000]
2010	[30 000 000 – 40 000 000]
2011	[30 000 000 – 40 000 000]
2012	[30 000 000 – 40 000 000]
2013	[30 000 000 – 40 000 000]

²⁷⁴ A Pingo Doce não apresenta informação relativa aos anos de 2007 a 2009. Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 12 da Decisão de Inquérito.

²⁷⁵ A Auchan não apresenta informação relativa aos anos de 2007 a 2011.

²⁷⁶ Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 14 da Decisão de Inquérito.

2014	[30 000 000 – 40 000 000]
2015	[30 000 000 – 40 000 000]
2016	[30 000 000 – 40 000 000]
2017	[30 000 000 – 40 000 000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da ITMP, a fls. 2153 a 2154 do processo.

Tabela 9: Volume de negócios da Lidl no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Primedrink (em euros) - 2014 a 2017²⁷⁷

Ano	Lidl
2014	[40 000 000 – 50 000 000]
2015	[40 000 000 – 50 000 000]
2016	[40 000 000 – 50 000 000]
2017	[40 000 000 – 50 000 000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Lidl, a fls. 2286 do processo.

Tabela 10: Volume de negócios da Cooplecnorte no mercado da distribuição retalhista de base alimentar relativamente à tipologia de produtos comercializada pela Primedrink (em euros) - 2011 a 2017²⁷⁸

Ano	Cooplecnorte
2011	[5 000 000 – 10 000 000]
2012	[5 000 000 – 10 000 000]
2013	[5 000 000 – 10 000 000]
2014	[5 000 000 – 10 000 000]
2015	[5 000 000 – 10 000 000]
2016	[5 000 000 – 10 000 000]
2017	[5 000 000 – 10 000 000]

Fonte: Resposta a pedido de elementos da Cooplecnorte, a fls. 2128 e ss. do processo.

786. O volume de negócios gerado pelo mercado de vinhos tranquilos representou entre 60% a 70% (MCH), entre 55% e 65% (Pingo Doce), entre 45% a 60% (ITMP), entre 70% a 75% (Lidl), entre 40% a 55% (Cooplecnorte)²⁷⁹, respetivamente, no volume de negócios total das empresas de distribuição visadas nos mercados identificados no presente processo²⁸⁰.

²⁷⁷ A Lidl não apresenta informação relativa aos anos de 2007 a 2013. Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 15 da Decisão de Inquérito.

²⁷⁸ A Cooplecnorte não apresenta informação relativa aos anos de 2007 a 2010. Corresponde à agregação da informação apresentada na Tabela 16 da Decisão de Inquérito.

²⁷⁹ Cálculos da AdC, com base no volume de negócios total das empresas de distribuição visadas nos mercados identificados e no respetivo volume de negócios gerado no referido mercado de produto (cf. Tabelas 11, 12, 14, 15 e 16 da Decisão de Inquérito).

²⁸⁰ Não é possível realizar o cálculo para a Auchan uma vez que os dados fornecidos se encontram agregados sob a categoria “Garrafeiras”.

30.2.4.1 *Pronúncia das Visadas*

787. No que respeita à posição relativa da Primedrinks na faturação das empresas de distribuição visadas, as Visadas que se pronunciaram tentam desvalorizar o peso que este fornecedor tem nos seus volumes de negócio²⁸¹.
788. Sobre a representatividade da Primedrinks enquanto fornecedor da Auchan, esta refere que *“os produtos em causa representaram, para cada um dos anos tidos em conta, uma percentagem diminuta em relação ao volume de negócios realizado pela Auchan nos mercados identificados”*, acrescentando que *“o principal fornecedor da categoria interna “garrafeira” da Auchan, em nenhum destes anos, foi a Primedrinks”*.
789. Para a Pingo Doce, *“a representatividade da Primedrinks na faturação do Pingo Doce nos vários sub-mercados foi nula (ou quase nula): gin, brandy/conhaque, vodca, licor, vinhos espumantes, vinhos fortificados e aperitivos (tabela n.º 7 da NI), ao passo que apenas nos mercados de whisky e vinhos tranquilos foi diminuta aquela representatividade, respectivamente [10%-20%] e [5%-10%] - (tabela n.º 7 da NI)”*.
790. De acordo com a ITMP, este admite que os dados demonstram a importância e preponderância da Primedrinks na compra pela ITMP das bebidas identificadas na Nota de Ilícitude. Mas, *“por outro lado, releva o facto de o mesmo fornecedor unicamente fornecer à visada ITMP 3 dos 9 produtos identificados na NI (!), ou de, no limite, o mesmo fornecedor, Primedrinks, unicamente constar como um dos cinco principais fornecedores em 3 desses 9 produtos”*.
791. Ressalva ainda a ITMP que os dados apresentados pela AdC na Nota de Ilícitude não estão corretos, uma vez que *“os vinhos tranquilos não têm no volume de negócios da visada ITMP a percentagem aí indicada e no mercado das bebidas em causa, como bem o demonstram os doc.s 2 e 4 juntos pela visada ITMP aos autos com o seu requerimento de 12/11/2018”*.
792. A Lidl reitera que baseia o seu modelo de negócio na comercialização de produtos de marca própria e entende que *“ocupa lugar residual na faturação da Primedrinks”*, pelo que *“atenta a ausência de “pressão competitiva” do Lidl, não se afigura verosímil imputar*

²⁸¹ Cf. PNI Auchan capítulo IV.1; Cf. PNI Pingo Doce páginas 209 e ss; Cf. PNI ITMP capítulos III.5. e III.8; Cf. PNI Lidl capítulos B.2.2, C.2 e C.3.

a este qualquer conduta restritiva da concorrência”. Com efeito, a Lidl “decidiu incluir no seu sortido fixo apenas 8 produtos do vasto portfolio de vinhos distribuídos pela PrimeDrinks”, assim como “bastantes campanhas de entrada/saída (“In & Out”) no sortido, bem como diferentes ações com produtos PrimeDrinks”.

30.2.4.2 Apreciação da Autoridade

793. Analisada a Pronúncia das Visadas sobre a posição relativa da Primedrinks na faturação das empresas de distribuição visadas, a AdC conclui pela improcedência da maioria das respetivas alegações, nos termos que se detalham de seguida.
794. No que respeita ao alegado pela Auchan, de facto, em resposta aos pedidos de elementos, esta empresa apresentou informações sobre o volume de negócios e representatividade em termos de faturação agregadas numa categoria interna denominada “Garrafeiras”. A apresentação da informação neste formato não permite identificar se há mercados no qual a representatividade da Primedrinks é mais significativa, por exemplo, nos mercados dos whiskies e vinhos tranquilos, tendo como referência as informações apresentadas pelas outras empresas de distribuição visadas nas respetivas respostas aos pedidos de elementos.
795. Também considera ser possível que a categoria interna “Garrafeiras” contenha outros produtos não distribuídos/comercializados pela Primedrinks e, portanto, não considerados como mercados relevantes para o presente processo, facto esse que, naturalmente, diminui a representatividade deste fornecedor na faturação da Auchan nesta categoria.
796. Quanto as alegações feitas pela Pingo Doce, a representatividade da Primedrinks no mercado dos whiskies não deve ser considerada “*diminuta*”. De acordo com as informações apresentadas pela Visada, entre 2010 e 2017 a representatividade foi, em média, de 18,3%, ou seja, quase 1 a cada 5 euros comercializados pela Pingo Doce em whiskies foram de produtos da Primedrinks neste período. O que não pode ser considerado, de forma alguma, diminuto.
797. No que se refere à representatividade do mercado dos vinhos tranquilos, a aparente reduzida representatividade da Primedrinks nesse mercado deve ter em consideração a estrutura da produção e distribuição do setor vinícola nacional. Segundo um estudo

apresentado pelo Banco de Portugal²⁸², em 2015, as pequenas e médias empresas (PME) correspondem a 24% do número de empresas presentes no setor, mas são responsáveis por 70% do volume de negócios gerado. As grandes e microempresas correspondem a, respetivamente, 0,8% e 75% do número total de empresas e são responsáveis, respetivamente, por 24% e 8% do volume de negócios.

798. Em comparação com outras indústrias no setor de bebidas em Portugal, o volume de negócios detido pelas maiores empresas (*top 10%*) no setor de vinhos tranquilos é de 80%, enquanto no setor de cervejas esta mesma variável representa 99,8% e no setor de refrigerantes e águas, 87%²⁸³.
799. Desta forma, é possível afirmar que o mercado de vinhos tranquilos em Portugal é bastante fragmentado, pelo que, ainda que a representatividade da Primedrinks na faturação das empresas de distribuição visadas neste mercado não seja particularmente elevada, não pode ser interpretada como não significativa, dada a dimensão de outras empresas concorrentes presentes no mesmo setor.
800. Em relação às alegações apresentadas pela ITMP, salienta-se, em primeiro lugar, que as informações apresentadas nas Figura 8 e Tabela 8 foram verificadas e confrontadas com aquelas enviadas pela Visada em resposta ao pedido de elementos de 12.11.2018, que estão na sua base, não se detetando nenhuma incongruência entre elas.
801. Além disso, a ITMP alega que a Primedrinks fornece “*3 dos 9 produtos identificados na NI (!), ou de, no limite, o mesmo fornecedor, Primedrinks, unicamente constar como um dos cinco principais fornecedores em 3 desses 9 produtos*”. Neste caso, deve levar-se em consideração que os 3 mercados mencionados — whisky, vinhos tranquilos e vinhos espumantes — corresponderam, em média, a 74,6% do volume de negócios total comercializado pela ITMP nas suas lojas entre 2007 e 2017. Se for considerado somente o mercado dos vinhos tranquilos, esta participação foi de, em média, 54,7% na mesma base de comparação.

²⁸² Lourenço, M. (2017). “Caracterização do setor de vinho em Portugal”, Banco de Portugal, núcleo de análise setorial, *slide* 6, https://www.bportugal.pt/sites/default/files/caraterizacao_do_setor_do_vinho_em_portugal_final.pdf, consultado em 04.11.2020 e disponível a fls. 8167 do processo.

²⁸³ Análise das empresas da indústria das bebidas. Banco de Portugal, Estudo da Central de Balanços, janeiro de 2017, p. 43, https://www.bportugal.pt/sites/default/files/anexos/pdf-boletim/estudos_da_cb_27_2017.pdf, consultado em 04.11.2020 e disponível a fls. 8167 do processo.

802. Para mensurar a importância da Primedrinks na compra pela ITMP não se deve, portanto, levar em consideração somente o número de mercados no qual este fornecedor está presente — como fez a ITMP —, mas também considerar a representatividade dos mercados em que o fornecedor está presente em termos de volumes de negócios totais. Através desta análise, constata-se que os mercados em que a Primedrinks atua são os dos mais representativos para a ITMP, em especial, o mercado dos vinhos tranquilos.

31 Comportamentos das Visadas

803. Os comportamentos sob investigação no processo ocorrem no contexto da relação comercial estabelecida entre a Primedrinks e algumas das principais empresas ativas no setor da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, tendo em vista a comercialização ao consumidor final de um conjunto de bebidas comercializadas/distribuídas pela Primedrinks, incluindo os produtos referidos no parágrafo 585 *supra* da presente Decisão.

804. As empresas de distribuição visadas adquirem os produtos em causa à Primedrinks para revenda ao consumidor final nos seus estabelecimentos comerciais de venda a retalho abertos ao público, inexistindo entre as referidas empresas de distribuição e a Primedrinks qualquer tipo de relação de grupo ou relação contratual diferente da inerente ao negócio típico de compra para revenda.

805. 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.

806. 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 comercializados/distribuídos pela Primedrinks.

807. Na presente secção analisar-se-á a matéria de facto em causa nos presentes autos e, consequentemente, o conteúdo do acervo probatório constante do processo, constituído maioritariamente por mensagens de correio eletrónico (*emails*).

808. Com efeito, o conteúdo do acervo probatório demonstra a existência de uma prática de fixação dos PVP dos produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks, por via de

uma prática concertada de “*hub and spoke*”, com o intuito de garantir um alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, em que estão envolvidas todas as empresas Visadas, incluindo a Primedrinks enquanto fornecedor, e as empresas de distribuição: Auchan, Cooplecnorte, ITMP, Lidl, MCH e Pingo Doce.

809. Em termos metodológicos, considerando os 928 ficheiros eletrónicos apreendidos nas diligências de busca e apreensão com relevância probatória para os presentes autos e que constituem uma parte significativa do acervo probatório da presente investigação, caracterizar-se-ão as respetivas condutas com a transcrição de mensagens de correio eletrónico identificadas com o código alfanumérico que lhes foi atribuído no contexto do presente processo de contraordenação.
810. Os *emails* que fazem parte da mesma cadeia de conversação, ou que sejam duplicados das mensagens de correio eletrónico transcritas na presente Decisão, encontram-se identificados no Anexo 1 à presente Decisão, de modo a permitir um acesso mais imediato à prova relevante da infração que é imputada às Visadas.

31.1 Alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor

811. Os comportamentos que se analisam de seguida, ocorridos no contexto da relação triangular estabelecida entre a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas, têm uma importância fulcral no mecanismo de formação dos PVP dos produtos comercializados pela Primedrinks, permitindo às empresas de distribuição visadas reduzir o risco inerente a uma atuação concorrencial entre operadores que devem determinar de modo autónomo a sua conduta no mercado.
812. Tais comportamentos envolvem normalmente a comunicação pelo fornecedor às empresas de distribuição de uma recomendação de PVP (PVPR ou PVP recomendado) que, na realidade, corresponde aos PVP que devem ser implementados pelas empresas de distribuição em determinado momento e para um determinado conjunto de produtos, funcionando como ponto de referência para a convergência dos reposicionamentos de PVP no mercado (cf. secção 31.1.1 da presente Decisão).
813. Estes PVP, mesmo que apareçam designados como recomendados e/ou indicativos, funcionam como ponto focal para a convergência dos movimentos comerciais

estratégicos por parte das empresas de distribuição, designadamente para a definição dos PVP que serão efetivamente praticados no mercado de distribuição retalhista.

814. Nesse sentido, tal como se analisará *infra*, apesar do referido procedimento de alinhamento contemplar uma indicação (vertical) de PVP por parte do fornecedor, a verdade é que o âmago dos comportamentos aqui em análise assenta precisamente na vontade das empresas de distribuição visadas, uma vez salvaguardados os seus próprios interesses comerciais, promoverem/concertarem a prossecução de uma estabilização artificial dos PVP, tendo em vista a manutenção de um alinhamento dos PVP no mercado nacional.
815. As empresas de distribuição visadas sabem, portanto, ao receber indicações do fornecedor sobre os PVP a praticar, que idênticas indicações foram transmitidas às suas concorrentes.
816. As empresas de distribuição visadas implementam (i.e., por exemplo, sobem ou não descem) os PVP, tendo conhecimento, de antemão, que os seus concorrentes com toda a probabilidade farão o mesmo.
817. Verifica-se, também, ao longo de todo este processo de alinhamento dos PVP, uma rigorosa monitorização dos PVP que estão a ser efetivamente praticados, que é realizada quer pelas empresas de distribuição visadas, quer diretamente pela própria Primedrinks (cf. secção 31.1.231.1.1 da presente Decisão).
818. É através dessa monitorização que a Primedrinks e/ou as empresas de distribuição visadas procedem à deteção, ao controlo, ao reporte e à correção dos desvios nos PVP praticados face às recomendações ou aos PVP anteriormente fixados ou concertados (cf. secção 31.1.3 da presente Decisão).
819. Verificando-se um desvio, a insígnia que detetou o desvio reporta a situação ao fornecedor, pressionando-o e requerendo a sua intervenção junto da insígnia que se desviou para que esta proceda à correção do preço para o nível combinado.
820. O fornecedor intervém de facto junto da insígnia que se desviou e procede à correção para o nível de preço combinado com as demais empresas de distribuição visadas.
821. Posteriormente, o fornecedor reporta às demais insígnias a data combinada com a empresa desviante para a correção do nível do preço.
822. Finalmente, existem mecanismos de coação para induzir a cumprir os PVP concertados ou de retaliação por incumprimento do nível de preços combinado (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. secção 31.1.4 da presente Decisão).

823. Antes ainda de se proceder à análise concreta dos comportamentos em causa, importa sublinhar o facto de este tipo de conduta ser, por natureza, secreta e consequentemente muito difícil de detetar.
824. Conforme se verá *infra* através da análise do conteúdo das mensagens de correio eletrónico, as empresas Visadas não só recorrem a meios de comunicação que dificilmente deixam registo sobre o seu conteúdo (e.g. telefone), como recorrem a uma linguagem específica, muito sucinta e pouco detalhada, para além de, em algumas situações, eliminarem os meios de prova que possam existir.
825. Neste contexto, é particularmente revelador da dificuldade de deteção destes comportamentos o facto de em alguns *emails* serem dadas instruções concretas para eliminação todos os meios de prova que possam existir (cf. secção 31.1.6 *infra*).
826. Analisar-se-á de seguida, detalhadamente, cada um desses comportamentos que, em conjunto, constituem e dão substrato à prática sob investigação nos presentes autos.

31.1.1 Definição dos PVP

827. Os factos apurados nas secções seguintes revelam que os comportamentos em causa envolvem normalmente o estabelecimento de comunicações bilaterais, feitas essencialmente por *email*, entre o fornecedor e cada uma das empresas de distribuição visadas.
828. É através destas comunicações bilaterais que o fornecedor (Primedrinks) e as empresas de distribuição visadas concertam/fixam um determinado posicionamento de PVP que deverá ser implementando no mercado pela generalidade das empresas de distribuição (cf. secção 31.1.1 da presente Decisão).
829. O posicionamento do PVP é transmitido pelo fornecedor às várias empresas de distribuição por via do envio de tabelas com PVP de referência, recomendados e/ou mínimos, ou através de determinadas condições e/ou descontos comerciais ou ações promocionais, condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado posicionamento de PVP.

830. Em resposta, as empresas de distribuição visadas confirmam a adoção do posicionamento de PVP transmitido pelo fornecedor, informando-o ou, pelo menos, deixando subentendido que a manutenção desse posicionamento se encontra dependente do posicionamento para o mesmo nível de preços por parte das empresas de distribuição concorrentes.
831. Para tal, as empresas de distribuição solicitam ao fornecedor a confirmação do alinhamento pelas suas concorrentes ou procuram renegociar o posicionamento de PVP pretendido e a respetiva calendarização ou, simplesmente, alinham os seus PVP pelo preço (mais baixo) praticado pelos seus concorrentes, impondo ao fornecedor o pagamento dessa diferença até que o referido PVP seja corrigido, sendo esta via usada unicamente como alternativa e pressão sobre o fornecedor por este não conseguir corrigir o desvio detetado.
832. O documento MCH1349, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 3 e 04.01.2011, revela bem o modo como estes comportamentos são efetivamente postos em prática.
833. Neste *email*, cujo assunto é “*Subida de PVP’s*”, uma analista de preço da MCH ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) confirma que, na sequência da “*entrada da nova tabela de preços e do novo ano*”, a Primedrinks veio solicitar “*o alinhamento dos nossos PVP’s para os PVP’s que actualmente recomendam por forma a conseguirem também que o mercado acompanhe a sua subida*”:

From: [REDACTED]
Sent: segunda-feira, 3 de Janeiro de 2011 14:41
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Subida de PVP's

Boa tarde [REDACTED]

Com a entrada da nova tabela de preços e do novo ano, a Primedrinks solicitou-nos o alinhamento dos nossos PVP's para os PVP's que actualmente recomendam por forma a conseguirem também que o mercado acompanhe a sua subida.

Aguardamos a sua validação.

I.A.B.A. EUR	IVA		Artigo	PVP
CHAMPAGNE				
0.000	23%		PIPER HEIDSIECK	35.99 €
ESPUMANTES				
0.000	23%		ASTI GANCIA	5.49 €
0.000	23%		ASTI GANCIA CLUSTER 4x20 CL	9.29 €
0.000	23%		Espumante Herdade Esporão	9.99 €
AGUARDENTES VELHAS				
2.756	23%		ADEGA VELHA	49.99 €
COGNAC				
2.826	23%		RÉMY MARTIN VSOP	37.49 €
SCOTCH WHISKIES				
3.038	23%		BALVENIE DOUBLEWOOD 12 ANOS	43.79 €
2.826	23%		GLENFIDDICH SPECIAL RES. 12 ANOS	25.99 €
2.826	23%		GLENFIDDICH 15 ANOS	38.19 €
2.826	23%		GLENFIDDICH 18 ANOS	51.49 €
2.826	23%		GRANT'S CASK SELECTION PREMIUM 12	18.39 €
2.826	23%		GRANT'S	9.99 €
4.037	23%		GRANT'S LITRO	13.79 €
12.112	23%		GRANT'S 3 LITROS	55.49 €
2.826	23%		THE FAMOUS GROUSE	12.99 €
2.826	23%		THE FAMOUS GROUSE 12 ANOS	24.99 €
2.826	23%		THE FAMOUS GROUSE BLACK	15.99 €
2.826	23%		THE FAMOUS GROUSE PORTWOOD	14.99 €
2.826	23%		CLAN MACGREGOR	8.29 €
LICORES				
1.413	23%		PISANG AMBON	11.19 €
1.413	23%		PISANG AMBON G.LIME	11.19 €
2.826	23%		COINTREAU	17.39 €
2.523	23%		GOLD STRIKE	12.79 €
1.484	23%		BOLS BLUE	11.09 €
1.201	23%		BOLS IOGURTE	9.99 €
BITTERS / OUTROS				
2.685	23%		VODKA MOSKOVSKAYA 38° 700ML/1	9.99 €
2.826	23%		VODKA STOLICHNAYA RED 40° 700ML/1	12.99 €

Analista de Preço
Bebidas Espirituosas e Espumantes
Vinhos de Mesa e Estrangeiros

834. No dia seguinte, reforça-se o *email* anterior, com a analista de preço da MCH ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) a referir “*que a Primedrinks tem o alinhamento combinado para amanhã a nível nacional*”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 4 de janeiro de 2011 11:42
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Subida de PVP's

Bom dia,

Venho reforçar o email da Isabel nomeadamente para o artigo

2.826	23%	GRANTS	9.99 €
-------	-----	--------	--------

Uma vez que a Primedrinks tem o alinhamento combinado para amanhã a nível nacional.

Desta forma agradeço uma resposta para poder subir o PVP.

Desde já agradeço a atenção dispensada.
Aguardo a sua validação.

Obrigada.

Cumprimentos

[REDACTED]
Analista de Preço
Vinhos Sul, Vinhos Norte e Fortificados

[REDACTED]

835. A resposta da Diretora Comercial da MCH, **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**, é a que, desta vez, a subida dos PVP só acontecerá “*depois do PDoce subir*”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 4 de Janeiro de 2011 12:58
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Subida de PVP's

[REDACTED]

Desta vez só depois do PDoce subir.

Atentamente,

[REDACTED]

[REDACTED]

836. Perante a resposta dada, um gestor comercial da MCH sublinha que “o PD apenas terá em consideração o alinhamento de mercado se nós, o maior operador, o fizermos”, para mais quando “*actualmente já detemos AUCHAN a praticar o preço rec.*”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 4 de Janeiro de 2011 15:56
To: [REDACTED]
Subject: FW: Subida de PVP's
Importance: High

Boa tarde [REDACTED]

Como sabe o PD apenas terá em consideração o alinhamento de mercado se nós, o maior operador, o fizermos. Estancando esta possibilidade de subida de PVP, e face às variáveis de IVA e IEC, não me restará nada mais do que fechar o artigo d é o actual líder de vendas nos whiskies novos). Como tem bem presente, a Primedrinks convergiu praticamente sempre no sentido dos valores solicitados e actualmente estamos a fragilizar a nossa posição perante eles. Solicito que nos dê aut semana para manutenção do PVP Recomendado indicado e, no caso deste não estabilizar, efectuaremos um novo alinhamento face ao preço de mercado. Actualmente já detemos AUCHAN a praticar o preço tax.

Aguardo as suas indicações

Obrigado

Melhores cumprimentos / Best Regards

[REDACTED]
Gestor comercial bebidas espirituosas e espumantes
[REDACTED]

837. Este último *email* demonstra ainda, tal como referido anteriormente, que a definição dos PVP não é feita de modo unilateral pela Primedrinks, mas que é concertada/fixada, em conjunto, pelo fornecedor e pelas empresas de distribuição visadas.
838. Neste caso, a MCH reconhece expressamente que “a *PrimeDrinks convergiu praticamente sempre no sentido dos valores solicitados e actualmente estamos a fragilizar a nossa posição perante eles*”.
839. Ora, apesar desta insistência, a Diretora Comercial da MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) recorda a regra que é seguida pela Direção Comercial Alimentar da MCH quando estejam em causa alinhamento de preços:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 4 de Janeiro de 2011 16:07
To: [REDACTED]
Subject: FW: Subida de PVP's

Regra da DCA desde Jan 2010:

-Alinhamentos são feitos por 3 dias, e não uma semana, e têm de me enviar o relatório no final do alinhamento. Dependendo do nº. de lojas a alterarem o preço é avaliado se continuamos ou não.

Atentamente,

[REDACTED]
[REDACTED]

840. O referido gestor comercial ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) conclui então que a MCH poderá “*alinhar por 3 dias*” e que deverá ser passada para a Primedrinks “a *obrigatoriedade de alinhamento, assim como de manutenção de rentabilidade do artigo se este preço não estiver a vigorar no mercado após esse período*”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 4 de Janeiro de 2011 16:23
To: [REDACTED]
Subject: FW: Subida de PVP's

Boa tarde [REDACTED]

Efectivamente tenho consciência de que a publicidade da insígnia tem sido forte relativamente às não subidas de preço, mas também já nos deparámos com subidas, mesmo que ligeiras, dentro das lojas do grupo de que falamos.

Pressuponho então pelas suas palavras que poderemos alinhar por 3 dias. Sendo esta a nossa posição, passarei para a [PrimeDrinks](#) a obrigatoriedade de alinhamento, assim como de manutenção de rentabilidade do artigo se este preço não estiver a vigorar no mercado após esse período.

Podemos avançar?

Obrigado pela sua ajuda e esclarecimento

Melhores cumprimentos / Best Regards

[REDACTED]
Gestor comercial bebidas espirituosas e espumantes

[REDACTED]

841. O *email* é depois reencaminhado internamente com as indicações de alinhamento da MCH:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 4 de Janeiro de 2011 16:53
To: [REDACTED]
Subject: FW: Subida de PVP's

Boa tarde [REDACTED]

Assumiremos 9,99€ para os próximos 3 dias

Precisas pedir um shopping ADHOC para este artigo e assim controlar. Solicito ainda que [efectues](#) um mapa de controlo diário do preço de mercado do mesmo. Ao fim de 3 dias alinharemos o preço ao mercado se este não estiver estável.

Qualquer dúvida estou aqui.

Obrigado

Melhores cumprimentos / Best Regards

[REDACTED]
Gestor comercial bebidas espirituosas e espumantes

[REDACTED]

842. Uma situação semelhante consta do documento MCH1413, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico entre os dias 24 e 29.03.2011, em que uma analista de preço da MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) começa por enviar um *shopping* à Primedrinks com os PVP praticados pelos seus concorrentes em determinados produtos referindo apenas: “*para seu conhecimento e análise*”.
843. O *email* é depois reencaminhado internamente com a referida analista de preço da MCH a solicitar autorização por parte da Direção Comercial para subir o PVP do vinho Monte Velho, referindo que “o PD e o Mini Preço estão a 4,49€” e que “o fornecedor compromete-se a colocar o restante mercado a 4.49€ assim que nós possamos também reposicionar”:

From: [REDACTED]
Sent: segunda-feira, 28 de Março de 2011 16:11
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Shopping

Boa tarde,

Solicitamos o seu aval para o reposicionamento de PVP do Monte Velho 4.49€, baixamos o PVP na feira dos vinhos para 4.29€, mantivemos no âmbito da campanha MUC, o PD e Mini preço estão a 4.49€, o fornecedor compromete-se a colocar o restante mercado a 4.49€ assim que nós possamos também reposicionar.

O artigo está também na campanha 7 (início hoje, não folheto) e posteriormente Páscoa necessitávamos também do aval para o levantamento do teto da campanha visto que se não o fizermos ficaremos até dia 25/04 obrigados a manter o 4.29€.

Aguardo o seu aval.

[REDACTED]
Analista de Preço
DCA - Un. Bebidas

31.1.1.1 Pronúncia das Visadas

844. Relativamente à definição dos PVP com recurso ao fornecedor, as Visadas alegam que a AdC faz uma interpretação errada dos documentos constantes dos autos, desvalorizando o seu real contexto²⁸⁴.
845. No que respeita à indicação de PVP, a Primedrinks sustenta que a sua estratégia comercial inclui a comunicação de preços de venda recomendados (“PVR”), que é uma prática comum e legalmente admissível. Alega que estes preços são decididos por si unilateralmente, sem qualquer intervenção das empresas de distribuição e que não acorda previamente com estas a estratégia de PVP a implementar no mercado, nem age com o intuito de, conjuntamente, alinharem os preços de venda a retalho.
846. A MCH defende que as comunicações trocadas com a Primedrinks, referindo preços de retalho, PVR e PVP, são perfeitamente legítimas e justificadas pela relação comercial existente entre ambas as partes, alegando que *“os preços grossistas de venda (da Primedrinks à MCH) constroem-se pois, frequentemente, num sistema de retail minus, isto é, prefigurando um PVP de venda ao público (o PVPR) e aplicando-lhe sucessivas camadas de descontos percentuais sobre aquele valor”*. Daí ser necessário existirem discussões frequentes sobre recomendações de preço, muitas vezes com a utilização de linguagem agressiva, não filtrada e pouco cuidada, que decorre da relação comercial em causa que acomoda interesses antagónicos – os do fornecedor e os do distribuidor – ambos interessados na *“maior fatia possível do rendimento ou valor daí resultante”*.

²⁸⁴ Cf. PNI Primedrinks capítulo III; Cf. PNI MCH capítulo II.E; Cf. PNI Auchan capítulo 1.1.; Cf. PNI Pingo Doce páginas 186 e ss.; Cf. PNI ITMP capítulo III.9.; Cf. PNI Lidl capítulo D.3.2.; Cf. PNI Cooplecnorte parágrafo 76 e ss.

847. A Auchan defende que a análise da AdC quanto a este ponto apenas demonstra a participação e proeminência da atuação de uma empresa distribuidora (MCH) e que inexistente prova que envolva a participação da Auchan no referido comportamento.
848. Para a Pingo Doce, as recomendações de preço dos fornecedores são meramente indicativas e são apenas um dos muitos aspetos que são valorados na concreta definição do PVP, que incumbe sempre à Pingo Doce.
849. A ITMP alega que, no âmbito da relação bilateral que mantém com a Primedrink, é normal existirem negociações exigentes e constantes, mas *“as sociedades detentoras das unidades comerciais exploradas sob a insígnia a 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”*.
850. A Lidl defende que a imputação que lhe é feita se baseia em comunicações entre a Primedrink e outras empresas de distribuição que não a Lidl, que não participou em nenhuma das supostas condutas referidas e não foi informado acerca de tais alegadas condutas ou comunicações. Também afirma que, à data de certas comunicações em causa, não vendia os produtos da Primedrink mencionados nas mesmas.

31.1.1.2 Apreciação da Autoridade

851. Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos que a AdC descreve em maior detalhe na presente Decisão, a AdC conclui pela improcedência da impugnação quanto à matéria de facto que subjaz à definição dos PVP e que conduz ao alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor.
852. Com efeito, as comunicações ocorridas sobre esta matéria entre a Primedrink e as empresas de distribuição visadas extravasam aquilo que pode ser considerado normal, legítimo e lícito em discussões comerciais, em que um dos aspetos referidos seja os PVP a praticar, e entram no que se configura como uma infração às normas jusconcorrenciais.
853. De facto, não existem apenas *“recomendações”* de PVP por parte da Primedrink, existe sim uma ação coordenada para *“alinhar”* os mesmos com todas as empresas de distribuição visadas, de forma a deliberadamente condicionar o mercado.

854. Da parte das empresas de distribuição visadas, ainda que cada uma seja livre de praticar os PVP que entender, existe a intenção comum de que esse PVP seja definido pela Primedrinks para todos os intervenientes, de forma a “*alinhar*” (expressão repetida inúmeras vezes ao longo dos elementos probatórios) o mercado para o objetivo comum, o da concertação.
855. Vejam-se os documentos referidos nos parágrafos 833 a 844, *supra*.
856. Assim, a liberdade de fixação de preços, cuja existência teórica não se questiona, esvazia-se de conteúdo na prática, quando (i) as empresas de distribuição visadas não só permitem que a Primedrinks lhes solicite ou determine a prática de determinados PVP, (ii) como ainda, enviam esses pedidos para validação interna superior (caso tenham sido recebidos por funcionários das Visadas que não têm esse poder de decisão), (iii) na maioria das vezes acatando-os (e existindo consequências negativas quando tal não ocorre, como veremos *infra*), (iv) sabendo que as mesmas solicitações estão a ser efetuadas pela Primedrinks aos restantes operadores concorrentes e (v) que estes atuarão no mesmo sentido.
857. Veja-se, a este propósito, o conteúdo do documento MCH1349, *supra* citado nos parágrafos 833 a 842.
858. De facto, a linguagem utilizada, ainda que coloquial e informal, não deixa margem para dúvidas sobre a conduta imputada, com diversas referências ao “*alinhamento de PVP*” e à forma como este abrange “*o mercado*” e “*a nível nacional*”, com menções expressas à Primedrinks, MCH, Auchan e Pingo Doce.
859. O documento Primedrinks18 é outro caso em que a Primedrinks circula internamente uma lista de produtos com os seus preços nas lojas da MCH e da Pingo Doce, sinalizando “*os que já estão ok e os que ainda não foram alterados conforme o nosso pvr*”. Vejam-se os parágrafos 1102 a 1105, *infra*, para uma reprodução do documento em causa.
860. Percebe-se de modo extremamente claro que, para os preços ficarem “*ok*” e “*conformes com o PVR*”, não existe uma negociação entre as partes, mas sim uma indicação pela Primedrinks de qual o PVP a praticar e um acatamento das empresas de distribuição visadas quanto ao mesmo, embora sob a condição e com o conhecimento de que comportamento similar estava a ser transmitido e adotado pelas suas concorrentes.

861. O conteúdo destas mensagens – que são apenas algumas das múltiplas que constituem o acervo probatório do processo e que constam da factualidade descrita na presente Decisão –, ainda que as Visadas tentem que seja analisado e compreendido num contexto de negociação entre fornecedor e distribuidor, ultrapassa claramente esse limiar, demonstrando, como se verá, a ilicitude da prática em questão.
862. De facto, resulta claro que não se tratavam de meras recomendações de preço da Primedrinks às empresas de distribuição suas clientes, a seguir facultativamente, mas sim uma verdadeira ação concertada de todos os intervenientes no sentido de alinhar o mercado e definir conjuntamente os PVP a praticar.
863. A mera circunstância de os PVP serem designados por “*PVP recomendados pela Primedrinks*” ou “*PVPR*” não obvia a que os mesmos se assumam como verdadeiros preços fixados, na medida em que se antecipa e se verifica a anuência por parte das empresas de distribuição visadas, que assumem as recomendações como vinculativas e praticam, efetivamente, os PVP transmitidos, de modo a garantir o alinhamento de preços no mercado retalhista (cf., *supra*, parágrafos 828 a 844).
864. As empresas de distribuição visadas sabem, portanto, ao receber indicações do fornecedor sobre os PVP a praticar, que idênticas indicações foram transmitidas às suas concorrentes, implementando assim os PVP mediante a convicção de que os seus concorrentes, com toda a probabilidade, farão o mesmo.
865. Finalmente, no que respeita (i) à afirmação da Auchan de que inexistente prova que envolva a sua participação no referido comportamento e (ii) à afirmação da Lidl sobre a não comercialização de determinados produtos da Primedrinks à data de certas comunicações, a mesma será apreciada e respondida *infra* na secção 31.2.
866. Não procedem, assim, por não corresponderem à verdade nem terem esteio na prova junta aos autos, os argumentos da Visadas de que foi a AdC a fazer uma interpretação errada dos documentos constantes dos autos, desvalorizando o seu real contexto.
867. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto que subjaz à definição dos PVP e que conduz ao alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor.

31.1.1.3 Tabelas de preços

868. Um dos métodos mais frequentemente utilizado pela Primedrinks na definição dos PVP é o envio às diferentes empresas de distribuição de tabelas com indicação expressa dos PVP, ou fórmulas de marcação de preços prefixadas, com menção expressa a um nível de preço fixo ou mínimo.
869. Estas tabelas de preços, ainda que em muitos casos sejam denominados de tabelas de preços de referência e/ou recomendados funcionam na prática, como se verá infra, como verdadeiros PVP obrigatórios ou PVP mínimos que devem ser implementados pelas empresas de distribuição.
870. Assim se verifica no documento Primedrinks25, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico entre os dias 19.12.2012 e 03.01.2013, em que a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) envia à MCH uma tabela com os “*novos PVR’s para 2013, com efeitos a partir de 1 de Janeiro*”:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 19 de Dezembro de 2012 12:26
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: PVR SONAE 2013

Boa tarde,

Junto envio novos PVR’s para 2013, com efeitos a partir de 1 de Janeiro.
Estamos a considerar o significativo aumento do IEC previsto no OE 2013, contudo e caso haja alterações poderemos rever os mesmos.
Obrigada!

MC,
[REDACTED]

871. Em anexo é enviada a tabela *infra*²⁸⁵:

²⁸⁵ Excerto.

Designação	2013
	PVR Máx. (TARGET)
BOLS	
BOLS CREME CASSIS 700ML/1	12,49
BOLS CREME YOGHURT 500ML/1	7,39
BOLS PEPPERMINT GREEN 700ML/1	12,49
BOLS CREME CACAU BROWN 700ML/1	12,49
BOLS STRAWBERRY 700ML/1	12,49
BOLS CHERRY BRANDY 700ML/1	12,49
BOLS ADVOCAT 700ML/1	12,39
BOLS PISANG AMBON 700ML/1	11,99
BOLS GOLDSTRIKE 500ML/1	13,19
BOLS BLUE 500ML/1	8,99
W.G.S.I.	
BALVENIE DOUBLEWOOD 12 ANOS 700ML/1	44,99
CLAN MAGGREGOR 700ML/1	8,99
TULLAMORE DEW 700ML/1	12,99
GLENFIDDICH 12 ANOS 700ML/1	26,99
GLENFIDDICH 12 ANOS 350ML/1	13,99
GLENFIDDICH 15 ANOS 700ML/1	39,49
GLENFIDDICH 18 ANOS 700ML/1	52,99
GLENFIDDICH 21 ANOS 700ML/1	125,00
GRANT'S C/SUPORTE 3000ML/1	58,49
GRANT'S 1000ML/1	15,29
GRANT'S 700ML/1	10,69
GRANT'S 12 ANOS C/TUBO 700ML/1	18,49
GRANT'S 12 ANOS 500ML/1	13,99
HENDRICKS GIN 700ML/1	32,99
VODKA TABOO 700ML/1	8,99
SPI SPIRITS	
VODKA MOSKOVSKAYA 700ML/1	10,79
VODKA STOLICHNAYA RED 700ML/1	13,79
VODKA STOLICHNAYA RED 500ML/1	9,99
VODKA STOLICHNAYA GOLD 700ML/1	20,49
GANCIA	
ASTI GANCIA CLUSTER 200ML/4	11,69
ASTI GANCIA 750ML/1	6,99
GANCIA GRAND REALE 750ml/1	4,49

872. No seguimento do envio destas tabelas, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) vem reforçar que “*está tudo programado para dia 2 de janeiro*” e que tem tudo “*confirmadíssimo com os restantes operadores*”, acrescentando que conta com a ajuda da MCH:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 28 de Dezembro de 2012 18:52

To: [REDACTED]
Subject: FW: PVR SONAE 2013

Boa tarde,

Está tudo programado para dia 2 de Janeiro.
Confirmadíssimo com restantes operadores.
Conto com a V/ ajuda!

Obrigada!

Mc,
[REDACTED]

873. No dia 02.01.2013, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) confirma que a situação se encontra regularizada e que os PVR 2013 já se encontram implementados, em linha com a indicação dada pela Primedrinks no primeiro *email* de 19.12.2012:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 2 de Janeiro de 2013 17:24
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: PVR SONAE 2013

Boa tarde [REDACTED],

Conforme falado, situação regularizada.

Cod Sonae	Descrição	PVR 2013
4017682	VT REG.P.SET CEF TOURIGA NAC.75CL	8.99
4317115	MOSCATEL DE SETUBAL C.E.F 75CL	5.99
4948285	CEF SAUVIGNON BLANC 2011 75CL	7.49
4948286	CEF PETIT VERDOT TINTO 2010 75CL	8.99
4738996	VT REG.P.SET ALICANTE BOUSCHET CEF 75CL	8.99
4739024	VT REG.P.SET TOURIGA FRANCA CEF 75CL	8.99
4375794	VT REG.P.SET CABERNET SAVIGNON CEF 75CL	8.99
4454502	VB P.SETUBAL SAUV.BLANC VERD.CEF 75CL	7.49
2050292	VVB CASAL GARCIA 75CL	3.39
4290329	VVR CASAL GARCIA 75CL	3.39

3027881 VT ALENT HERDADE DOS GROUS 09 75CL
3833331 VB ALENT HERDADE DE GROUS 2010 75CL

2050531 ALANDRA TINTO 75cl 2,19
2050771 ALANDRA BRANCO 75cl 2,19

[REDACTED]
DCA - Bebidas
Analista de Vinhos de Qualidade

874. Esta mensagem é depois reencaminhada internamente pela Primedrinks com a indicação de que os vinhos na MCH estão “ok”, o que demonstra que esta informação poderá ser utilizada pelos restantes colaboradores da Primedrinks para interceder junto das outras empresas de distribuição, e assegurar o alinhamento:

De: [REDACTED]
Enviado: 3 de janeiro de 2013 10:21
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: FW: PVR SONAE 2013
Anexos: PVR SONAE 2013.xlsx

Vinhos na Sonae ok, faltam os destilados!!!

875. Quanto a este aspeto, importa referir que os elementos probatórios juntos aos autos demonstram que, com muita frequência, a Primedrinks partilha internamente pelos vários KAMs²⁸⁶ informação relativa aos (re)posicionamentos dos PVP feitos pelas várias empresas de distribuição, de forma a que estes possam utilizá-la para interceder junto das empresas de distribuição concorrentes no sentido de que estas acompanhem o (re)posicionamento de PVP na data agendada.
876. No documento Primedrink870, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 3 e 04.06.2015, a Primedrink ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) informa a MCH do “*novo PVP rec*”:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 3 de Junho de 2015 17:24
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: MONTE VELHO TINTO

Boa tarde [REDACTED],

Tentei contacta-la para falar-lhe sobre o novo PVP rec de Monte Velho Tº. Desde hoje, a PrimeDrinks recomenda um PVP de 4,99€ (vs um PVP rec de 4,49€). Desta forma, envio em baixo as novas condições para este artigo em vigor a partir do dia 8 de Junho.

Esta condição anula a anteriormente enviada.

SONAE GROSSISTA	2051005	MONTE VELHO TINTO
	EAN	5601989001412
	PTAB	€ 4,60
	DESCONTO CICLO	[20 – 32]%
	PVR	€ 4,99
	IVA	13%

Agradecemos a vossa colaboração no sentido de evitarmos divergências.

Obrigado
[REDACTED]

²⁸⁶ KAM (Key Account Manager): colaborador da empresa com as funções de gestão das contas de clientes e/ou fornecedores. Segundo a Primedrink, “As funções de gestão de conta na Primedrink são exercidas quer por KA (Key Account), quer por KAM (Key Account Manager), sendo que este último tem maior grau de hierarquia, autonomia e de impacto no negócio” – cf. Auto de apreensão de 29.05.2017, a fls. 67 do processo.

877. Em resposta, e com o conhecimento da Primedrinks, a gestora comercial da MCH ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) reencaminha internamente a mensagem de correio eletrónico e solicita a uma colaboradora da MCH para verificar o PVP praticado pela insígnia “Meu Super”, referindo que a insígnia “Continente” já se encontra a praticar o PVP indicado pela Primedrinks no *email* anterior:

From: [REDACTED]
Sent: 4 de junho de 2015 11:57
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: MONTE VELHO TINTO

Bom dia [REDACTED]

Envio informação para conveniência.

Elvira verifica o PVP no Meu Super p.f. Continente já está a 4,99€

Cumprimentos,

[REDACTED]
Gestora Comercial

878. No documento Primedrinks89, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 27.11.2015 e 21.12.2015, a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) envia à Auchan uma nova tabela de preços, referindo depois expressamente que “os PVP’s serão enviados assim que possível, pela minha colega [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]”:

From: [REDACTED]
Sent: 14 de dezembro de 2015 15:37
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Comunicação - Tabela de Preços 2016

Boa tarde [REDACTED]

Envio, em anexo, a matriz preenchida. Os PVP’s serão enviados assim que possível, pela minha colega [REDACTED]

Obrigada,
[REDACTED]

879. Na semana seguinte, a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) procede ao envio da tabela atualizada com os novos PVP²⁸⁷:

²⁸⁷ A tabela é junta em anexo ao *email*.

De: [REDACTED]
Enviado: 21 de dezembro de 2015 18:33
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Comunicação - Tabela de Preços 2016
Anexos: Tabela de Preços_Auchan.xls

Boa tarde [REDACTED]

Junto envio o ficheiro atualizado com os PVR's.

Nota: Só se encontra no ficheiro as alterações nos preços de tabela. Todos os restantes artigos permanecem iguais.

Obrigada,



.....
[REDACTED]
Key Account Assistant

880. Tal como referido *supra*, a análise da globalidade da prova permite concluir que, apesar de as empresas Visadas se referirem muitas vezes a preços de venda recomendados (PVR), preços indicativos ou PVP máximos, a verdade é que, na prática, estão em causa PVP obrigatórios ou mínimos, que devem ser implementados pelas empresas de distribuição.
881. Nesse sentido, veja-se o documento Primedrinks40, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada nos dias 17 e 21.01.2013, em que uma *sales activator* da Primedrinks envia internamente um *shopping* com o comparativo dos PVR com os PVP que se encontram a ser praticados, questionando de seguida se poderá “enviar mail com os dados com o cuidado de fazer referência de recomendados”:

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 17 de Janeiro de 2013 15:09
To: [REDACTED]
Subject: SHOPPING MADEIRA - URG CORRECÇÃO! (17-01-13)
Importance: High

Olá [REDACTED];

Em anexo arquivo com o PVR vs os dados recolhidos hoje... temos muitos skus para corrigir...

Sobre os das lojas Modelo pf informa à central para fazer a correcção.

Sobre os das lojas PD não sei como fazer pois já tentei marcar reunião com a Srª [REDACTED] mas ainda nsem resposta e está sempre ocupada em reuniões. Será que como é início do ano 2013 possas transmitir os dados à central do PD e solicitar correcção ou achas que posso enviar mail com os dados com o cuidado de fazer a referência de "recomendados".

Aguardo teu feedback.

Obrg



882. A KAM **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** responde que a correção dos PVP no “PD terá que ser localmente” e que, após definição de uma data concreta, irá também “pedir à Sonae a alteração para o mm dia”:

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 17 de Janeiro de 2013 15:32
To: [REDACTED]
Subject: FW: SHOPPING MADEIRA - URG CORRECÇÃO! (17-01-13)
Importance: High

[REDACTED]

PD terá que ser localmente, ou seja, directamente no Lidosol.
Para fazermos um trabalho de equipa, diz-me uma data concreta para pedir à Sonae a alteração para o mm dia.

bjo

883. A sales activator²⁸⁸ **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** da Primedrinkings volta então a questionar se o pedido para alteração do PVP da Pingo Doce poderá ser enviado por email, mas obtém uma resposta negativa:

²⁸⁸ Segundo a Primedrinkings, o “Sales Activator na Primedrinkings desempenha essencialmente funções de vendedor; o Senior Sales Activator na Primedrinkings desempenha as mesmas funções de um Sales Activator mas assume já algumas funções de gestão de contas de clientes” – cf. Auto de apreensão de 29.05.2017, a fls. 67 do processo.

De: [REDACTED]
Enviado: 21 de janeiro de 2013 16:45
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: SHOPPING MADEIRA - URG CORRECÇÃO! (17-01-13)

nop

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 17 de Janeiro de 2013 15:33
To: [REDACTED]
Subject: RE: SHOPPING MADEIRA - URG CORRECÇÃO! (17-01-13)

O que achas em enviar por mail a solicitude de alteração de pvp?



884. No documento Primedrinks867, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre 4 e 10.11.2015, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) solicita à MCH a correção do PVP do vinho Alandra (6,99€) para o “*preço recomendado*” (7,49€):

From: [REDACTED]
Sent: 4 de novembro de 2015 14:31
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Alandra BiB - PVP recomendado

Boa tarde [REDACTED],

Aviso que o Alandra está a passar a 6,99€ na Caixa. O preço recomendado é de 7,49€.
Creio que deverá ser corrigido. Agradeço a sua confirmação.

Cumprimentos,
[REDACTED]
Key Account Manager

885. Após insistência, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) finalmente confirma que o PVP será corrigido:

From: [REDACTED]
Sent: 9 de novembro de 2015 18:03
To: [REDACTED]
Subject: RE: Alandra BiB - PVP recomendado

Situação Regularizada para amanhã.

Obrigada,
[REDACTED]

886. O conteúdo desta mensagem de correio eletrónico demonstra facilmente que, na prática, quando a Primedrink indica os preços de referência e/ou recomendados está na verdade a dar indicação dos PVP que as empresas de distribuição deverão implementar efetivamente no mercado.
887. Situação semelhante decorre do documento Primedrink188, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 31.10.2012 e 13.11.2012, em que a Primedrink (**[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**) solicita à MCH a correção dos PVP de alguns produtos que se encontram “*abaixo do recomendado*”, salientando depois que tem urgência na alteração desses preços pois está em causa uma loja que “*está a ser sujeita a shopping por parte dos v/ concorrentes*”.

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 6 de Novembro de 2012 16:33
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Continente Bom Dia Ramalde

Boa tarde [REDACTED],

Preciso mesmo da V/ ajuda, pois esta loja está a ser sujeita a shopping por parte dos V/ concorrentes. Pode alterar os preços, sff?

Obrigada!

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 31 de Outubro de 2012 18:08
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Continente Bom Dia Ramalde

Boa tarde [REDACTED],

Temos vários sku's na loja de Ramalde abaixo do recomendado:

- 2051006 VB ALENT MONTE VELHO 75CL – a 3,81. O PVR é 3,89
- 4941034 VT ALEN VINHA DEFESA HERD ESP 2010 75CL – a 5,49. O PVR é 5,99
- 3027881 VT ALENT HERDADE DOS GROUS 09 75CL – a 8,49. O PVR é 9,99
- 2624134 VT DOC P.SETUBAL D ERMELINDA 75CL – a 3,90. O PVR é 3,99

Pode verificar esta situação, sff.
Obrigada!

MC,
[REDACTED]



.....
[REDACTED]
Senior Key Account Manager

888. A MCH ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) prontifica-se a confirmar que “a situação ficou regularizada”:

De: [REDACTED]
Enviado: 13 de novembro de 2012 10:42
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Continente Bom Dia Ramalde

Já estão ok.
Obrigada!

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 7 de Novembro de 2012 12:46
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Continente Bom Dia Ramalde

[REDACTED]

A minha colega esteve na loja e há 2 sku's que não tiverem qualquer alteração. Pode verificar, sff.
Obrigada!

- 2051006 VB ALENT MONTE VELHO 75CL – a 3,81. O PVR é 3,89
- 4941034 VT ALEN VINHA DEFESA HERD ESP 2010 75CL – a 5,49. O PVR é 5,99

MC,
[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 6 de Novembro de 2012 17:18
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Continente Bom Dia Ramalde

[REDACTED]

Conforme falado a situação ficou regularizada exceto nos artigos

- 3027881 VT ALENT HERDADE DOS GROUS 09 75CL – a 8,49. O PVR é 9,99
- 2624134 VT DOC P.SETUBAL D ERMELINDA 75CL – a 3,90. O PVR é 3,99

[REDACTED]
DCA - Bebidas
Analista de Vinhos de Qualidade e Vinhos de Mesa
Email: [REDACTED]
Ext: [REDACTED]



889. Importa analisar um conjunto extenso de documentos relativos ao modo como a Primedrinks procede à implementação da sua política comercial junto das empresas de distribuição para o ano de 2017²⁸⁹.

²⁸⁹ A análise destes documentos será posteriormente retomada *infra* nas seções correspondentes ao “Controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado” e “Correção de desvios”.

890. Em todos estes *emails* verifica-se que, apesar de a Primedrinks fazer referência a “*alterações de PVR’s*”, o que está verdadeiramente em causa são os novos PVP que a Primedrinks tenta implementar no mercado de distribuição retalhista de base alimentar logo no dia 2 de janeiro.
891. No primeiro *email* desta conversação, a Primedrinks envia uma tabela comparativa dos PVR máximos e mínimos de 2016 e de 2017 para um conjunto de produtos (cf. Primedrinks931, que consiste numa mensagem interna de correio eletr  nico de 27.09.2016, com o assunto “SONAE OK para 5.  feira”)²⁹⁰.
892. Tal informação origina o seguinte comentário interno da Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]):

De: [REDACTED]
Enviado: 27 de setembro de 2016 15:40
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: SONAE OK para 5  feira

Muito bem!
Agora restantes clientes! É

893. Na quinta-feira, a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) informa a sua equipa de *sales activators* que a “*política comercial prevista para 2017 de alguns artigos*” - ou seja, os PVP – “*foi antecipada e já está implementada na SONAE*”.
894. No final do *email*   referido expressamente que “*estes PVP’s passam a ser as novas recomendações que devem passar aos clientes*” (cf. documento Primedrinks220):

De: [REDACTED]
Enviado: 29 de setembro de 2016 13:06
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: SONAE OK para 5  feira

Ol  a todos,
Para vossa informação, a política comercial prevista para 2017 de alguns artigos foi antecipada e já está implementada na SONAE.
Envio em baixo a lista de sku’s e nova recomendação da PrimeDrinks.

NOTAS:

1. HE Espumante e Casal Garcia Sparkling B  e Rosé ainda estão com o PVP antigo. Estes artigos estão na Feira de Vinhos e a Sonae só pode alterar no dia 18/10.
2. No quadro em baixo, falta Famous Grouse que, como sabem, passou para 15.99 .

²⁹⁰ A tabela   junta em anexo ao *email*.

Designação	POLÍTICA COMERCIAL 2016		POLÍTICA COMERCIAL 2017		REBAIXA 2016	REBAIXA 2017
	PVR Máx.	PVR Mín.	PVR Máx.	PVR Mín.		
GRANT'S 1000ML/1	17,59 €	14,49 €	17,99 €	14,39 €	-18%	-20%
TULLAMORE DEW 700ML/1	15,69 €	13,99 €	16,99 €	13,59 €	-11%	-20%
VODKA MOSKOVSKAYA 700ML/1	12,49 €	9,99 €	13,49 €	9,99 €	-20%	-26%
COGNAC REMY MARTIN VSOP 700ML/1 (C/CXA)	39,99 €	0,00 €	42,99 €	38,49 €	-100%	-10%
HE ESPUMANTE BRANCO BRUTO 750ML/1	10,99 €	0,00 €	11,99 €	9,99 €	-100%	-17%
BOLS PISANG AMBON 700ML/1	13,19 €	10,49 €	13,99 €	10,49 €	-20%	-25%
CASAL GARCIA ESPUMANTE MEIO SECO 750ML/1	4,99 €	4,24 €	5,49 €	4,39 €	-15%	-20%
CG SPARKLING MEIO SECO ROSE 2012 75CL/1	4,99 €	4,24 €	5,49 €	4,39 €	-15%	-20%
CEF ESPUMANTE BRUTO 750ML/1	7,99 €	6,39 €	7,99 €	6,39 €	-20%	-20%
CEF ESPUMANTE MEIO SECO 750ML/1	7,99 €	6,39 €	7,99 €	6,39 €	-20%	-20%

Estes PVP's passam a ser as novas recomendações que devem passar aos clientes.
Obrigado,

Cumprimentos,
[Redacted]
Key Account Manager

895. É a partir deste momento que a Primedrink (CONFIDENCIAL – Dados Pessoais) procede ao envio formal das tabelas de preços e de descontos promocionais às várias empresas de distribuição, incluindo sempre a referência de que “as alterações de PVR's entram em vigor a 2 Janeiro”.
896. No dia 21.11.2016, a Primedrink começa por enviar a tabela à MCH (cf. documento Primedrink5):

From: [Redacted]
Sent: segunda-feira, 21 de Novembro de 2016 2:13
Cc: [Redacted]
Subject: Tabela de Preços Primedrink 2017

Estimado Cliente,

Com a proximidade do encerramento de mais um ano fiscal, enviamos a **nova Tabela de Preços a vigorar a partir de 01 de janeiro de 2017**, para que seja de fácil leitura, os produtos com alteração estão evidenciados com #, os restantes mantêm o seu Preço de Tabela inalterado.

Relativamente ao valor dos impostos (IABA e IVA) para 2017, só serão definitivos após formalização em Diário da República. Logo que ocorra a Primedrink comunicará as respetivas taxas.

À vossa inteira disposição.
Melhores cumprimentos,



897. Em resposta, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) solicita à Primedrinks o envio dos “*novos pvps*”:

From: [REDACTED]
Sent: 12 de dezembro de 2016 11:32
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Tabela de Preços Primedrinks 2017 | Sonae

Bom dia [REDACTED]

Solicito o envio da nova grelha promocional de Janeiro / novos pvps para poder analisar este tema .

Os melhores cumprimentos,

[REDACTED]
Analista de Preço
Direcção Comercial Alimentar
UN. Bebidas

 **SONAEMC**

898. O envio ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) é feito no dia seguinte com o alerta de que “*as alterações de PVR’s entram em vigor a 2 Janeiro*” (cf. documento Primedrinks630):

From: [REDACTED]
Sent: 13 de dezembro de 2016 15:53
To: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Subject: Descontos SONAE Primedrinks Janeiro

Boa tarde,
Junto envio descontos promocionais para o próximo mês de Janeiro.
Este ficheiro substitui e/ou anula quaisquer descontos promocionais anteriormente enviados.

Nota: Para facilitar, assinalamos a amarelo todas as alterações relativamente a preços tabela, descontos promocionais, IABA e PVR.
De salientar que o IABA ainda poderá sofrer alterações, pois o mesmo ainda não foi comunicado em DR.
As alterações de PVR's entram em vigor a 2 Janeiro, tal como os descontos promocionais.

Agradeço **resposta formal** a este email com o objetivo de validar do carregamento dos (**descontos promocionais + extra**) e **preços tabela** em sistema de acordo com os ficheiros em anexo.
Esta situação prende-se no sentido de evitarmos divergências em fatura.
Obrigada pela V/ colaboração,



.....
[REDACTED]
Key Account Off Trade

899. Posteriormente, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) reenvia a referida tabela, já com atualizações ao nível dos PVP²⁹¹:

From: [REDACTED]
Sent: 16 de dezembro de 2016 16:31
To: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Subject: RE: Descontos SONAE Primedrinks Janeiro
Importance: High

Boa tarde,

²⁹¹ A tabela é junta em anexo ao *email*.

Reenvio ficheiro de descontos, com atualizações em Vinhos de Mesa e na gama Azeites versus o ficheiro anteriormente enviado.

Esta atualização prende-se com escassez de matéria-prima.

Este mapa anula o anteriormente enviado.

Desde já pedimos as nossas desculpas pelo timing enviado.

Agradecemos a vossa colaboração e aguardamos a vossa validação.

Com a maior compreensão,



.....

Key Account Off Trade

900. A 20.12.2016, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) envia a tabela de preços à Pingo Doce, com o mesmo alerta de que “as alterações de PVR’s entram em vigor a 2 Janeiro” (cf. documento Primedrinks7)²⁹²:

De:

Enviado:

Para:

Cc:

20 de dezembro de 2016 12:56

Assunto:

Anexos:

DESCONTOS PROMOCIONAIS + LISTA DE SKU’S JANEIRO | JMR

Descontos JMR_JANEIRO Azeites.xls; Descontos JMR_JANEIRO.XLS

Bom dia,

Junto envio descontos promocionais para o próximo mês de Janeiro.

Este ficheiro substitui e/ou anula quaisquer descontos promocionais anteriormente enviados e poderá ser alterado pela Primedrinks, desde que previamente comunicado.

De salientar que o IABA ainda poderá sofrer alterações, pois o mesmo ainda não foi comunicado em DR.

As alterações de PVR’s entram em vigor a 2 Janeiro, tal como os descontos promocionais.

Obrigada,



.....

Key Account Off Trade

²⁹² A tabela é junta em anexo ao *email*.

901. A 21.12.2016, é a vez da Auchan ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais] / [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) rececionar a mesma tabela de preços, com o mesmo alerta de que “as alterações de PVR’s entram em vigor a 2 Janeiro” (cf. documento Primedrinks15)²⁹³:

From: [REDACTED]
Sent: 21 de dezembro de 2016 18:38
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: CICLO PROMOCIONAL JANEIRO | AUCHAN

Boa tarde,
Junto envio descontos promocionais para o próximo mês de Janeiro.
Este ficheiro substitui e/ou anula quaisquer descontos promocionais anteriormente enviados e poderá ser alterado pela Primedrinks, desde que previamente comunicado.

As alterações versus ciclo anterior estão assinaladas a amarelo.

De salientar que o IABA ainda poderá sofrer alterações, pois o mesmo ainda não foi comunicado em DR.

As alterações de PVR’s entram em vigor a 2 Janeiro, tal como os descontos promocionais.

Obrigada,



.....

[REDACTED]
Key Account Off Trade

902. Uma semana depois, a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) alerta a MCH para as alterações de PVR, referindo que, apesar de os descontos comerciais (aqui denominados por “ciclo”) apenas serem atualizados em fevereiro, “no entanto, solicitamos que os Pvr’s tenham efeito já a partir de Janeiro”, juntando uma tabela com a descrição dos produtos em causa, as datas em causa e os descontos concedidos (cf. documento Primedrinks630)²⁹⁴:

²⁹³ A tabela é junta em anexo ao email.

²⁹⁴ A tabela é junta em anexo ao email.

De: [Redacted]
Enviado: 27 de dezembro de 2016 12:07
Para: [Redacted]
Cc: [Redacted]
Assunto: RE: Descontos SONAE Primedrinks Janeiro
Anexos: Descontos SONAE_JANEIRO.XLSX
Importância: Alta

Bom dia,
Envio o seguinte mapa com as seguintes alterações:

<i>Cód Interno Sonae</i>	<i>Descrição</i>	<i>PVR</i>
2589837	VT MONTE VELHO REG ALENT 1,5L	10,49 €
2231313	VT MONTE VELHO REG ALENT 37,5CL	2,89 €
2231314	VB MONTE VELHO REG ALENT 37,5CL	2,89 €

O ciclo irá ser atualizado para fevereiro, no entanto, solicitamos que os Pvr's tenham efeito já a partir de Janeiro.

Obrigada!



.....
[Redacted]
Key Account Off Trade

31.1.1.3.1 Pronúncia das Visadas

903. Relativamente à utilização de tabelas de preços enviadas pelo fornecedor na definição dos PVP, as Visadas alegam que esta é uma prática lícita, habitual na relação comercial entre fornecedor e distribuidor e que decorre até de uma obrigação legal^{295 296}.
904. De acordo com a Primedrinks, esta *“procede periodicamente a normais modificações dos preços de tabela e, conseqüente e naturalmente, do PVR de alguns (ou de todos*

²⁹⁵ Cf. PNI Primedrinks capítulo III; Cf. PNI MCH capítulo II.E; Cf. PNI Auchan capítulo 1.1.; Cf. PNI Pingo Doce páginas 70 e ss.; Cf. PNI ITMP capítulo III.9.; Cf. PNI Lidl capítulo D.3.2.1.

²⁹⁶ A Auchan refere, na página 17 da PNI, que as tabelas de preços recomendados e descontos são obrigatórias nos termos do regime das Práticas Individuais Restritivas do Comércio (“PIRC”), ao abrigo do Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro, na redação atual dada pelo Decreto-Lei n.º 128/2019 de 29 de agosto, comunicando-se assim as alterações para o ano civil seguinte.

os) *produtos do portefólio de marcas dos produtores cuja distribuição representa no mercado nacional*”, resultantes de um conjunto isolado ou conjugado de fatores, que motivam as alterações às tabelas de preços²⁹⁷.

905. Segundo a MCH, a utilização de uma tabela é apenas um meio através do qual *“um fornecedor remet[e] ao seu distribuidor e discut[e] com ele, sempre que necessário, as novas recomendações de preço, a sua relação com as recomendações anteriores, o seu impacto em termos de valores de desconto e quaisquer outros elementos que sejam relevantes para as partes avaliarem o impacto de modificação efectuada no custo efectivo de aquisição do distribuidor e, por conseguinte, na sua margem”*. Afigura-se irrelevante para a MCH se essa discussão é suportada numa tabela, ou se ocorre através de outro meio, pois a mesma serve apenas a negociação do preço de compra entre fornecedor e distribuidor.
906. Para a Auchan, não há qualquer ilicitude no envio unilateral de tabelas de preços recomendados por parte de um fornecedor, sendo esse envio atualmente obrigatório ao abrigo do regime das Práticas Individuais Restritivas do Comércio (“PIRC”)²⁹⁸. Entende a Auchan que não existe qualquer prova de que a Primedrinks lhe tenha indicado os PVP dos seus produtos, bem como não existe prova que revele uma convergência de vontades da Auchan com a Primedrinks relativamente a uma eventual fixação de PVP.
907. A ITMP afirma que *“a negociação dos preços dos produtos em causa, entre a Primedrink e a visada ITMP, é realizada sob tabela de preços e para um determinado período de tempo”*. E que existem casos em que a Primedrink *“em determinadas ações comerciais, pretendeu que os seus produtos fossem comercializados sob um PVP máximo determinado, por si recomendado”*, o que não significa que tal fosse aceite ou posto em prática pela ITMP.
908. A Lidl defende que o uso de preços de venda recomendados não é proibido e nem sequer indicia uma potencial violação das regras da concorrência. Neste contexto, *“o Lidl interpretou sempre os preços de venda recomendados como meras*

²⁹⁷ Dos quais a Primedrink destaca na PNI: *“(i) alterações fiscais, nomeadamente, variações de IABA e/ou de IVA; (ii) aumento do preço de custo dos produtos que representa; (iii) variação significativa nas quantidades das campanhas anuais (no vinho e no azeite) ou dotações internacionais (nos whiskies); ou (iv) aumento de custo nos serviços de logística, de marketing e/ou de ativação prestados”*.

²⁹⁸ Aprovado pelo Decreto-Lei n.º 166/2013, de 27 de dezembro, na sua redação atual.

recomendações. Estas recomendações não têm (e nunca tiveram) uma influência nas decisões comerciais do Lidl".

31.1.1.3.2 Apreciação da Autoridade

909. Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos que a AdC descreve em maior detalhe na presente Decisão, a AdC conclui pela improcedência da impugnação quanto à matéria de facto traduzida na utilização de tabelas de preços enviadas pelo fornecedor e que conduz ao alinhamento horizontal dos PVP com recurso àquele fornecedor.
910. Mais uma vez, está-se perante uma prática que, individualmente considerada – o envio de tabelas com PVP recomendados de um fornecedor para um seu cliente distribuidor –, não contempla em si mesma, necessariamente, um ato ilícito, mas que, quando analisada em conjunto com a totalidade dos elementos probatórios constantes dos presentes autos e no contexto dos mesmos, se percebe que constituía um dos meios utilizados pela Primedrink para transmitir às empresas de distribuição visadas os preços que estas deveriam implementar no mercado retalhista.
911. Com efeito, as “atualizações” de “recomendações” transmitidas pela Primedrink através das tabelas, tinham um fito determinado: o de informar sobre os PVP obrigatórios ou mínimos, que devem ser implementados pelas empresas de distribuição visadas.
912. O envio de tabelas de PVP com este propósito era tão frequente, rotineiro e comumente aceite entre todos os intervenientes, que já era visto como uma simples comunicação de “alterações” que “*entram em vigor*” a partir de determinada data.
913. Veja-se o documento Primedrink25, melhor descrito nos parágrafos 871 a 875 *supra*, do qual se destacam as seguintes mensagens:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 19 de Dezembro de 2012 12:26
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: PVR SONAE 2013

Boa tarde,

Junto envio novos PVR´s para 2013, com efeitos a partir de 1 de Janeiro.
Estamos a considerar o significativo aumento do IEC previsto no OE 2013, contudo e caso haja alterações poderemos rever os mesmos.
Obrigada!

MC,
[REDACTED]

914. Com efeito, a alteração que motiva o envio da tabela de preços por parte da Primedrinks, que segue em anexo, é, alegadamente, o aumento do IEC (Imposto Especial sobre o Consumo), pelo que estariam em causa alterações fiscais e uma consequente obrigação legal de comunicação desse aumento através da tabela de preços, segundo alegam as Visadas.
915. No entanto, como resulta da mensagem que se segue, não se tratou de uma mera comunicação de uma alteração fiscal a repercutir em preços de venda recomendados²⁹⁹, uma vez que a Primedrinks assegurou que todas as empresas de distribuição visadas iriam implementar essas “*recomendações*” a partir de determinada data, bem como deu nota desse facto à MCH, solicitando a sua “*ajuda*”:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 28 de Dezembro de 2012 18:52

To: [REDACTED]
Subject: FW: PVR SONAE 2013

Boa tarde,

Está tudo programado para dia 2 de Janeiro.
Confirmadíssimo com restantes operadores.
Conto com a V/ ajuda!

Obrigada!

Mc,
[REDACTED]

916. A MCH vem posteriormente confirmar a “*regularização*”:

²⁹⁹ O que por si só já seria inverosímil, pois se se trata de uma alteração fiscal com cariz mandatário, esta teria de ser efetivada através de alterações aos preços de aquisição grossistas ou aos preços de venda ao público e não através de uma “recomendação” de preço que é, por definição, indicativa e facultativa.

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 2 de Janeiro de 2013 17:24
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: PVR SONAE 2013

Boa tarde [REDACTED],

Conforme falado, situação regularizada.

Cod Sonae	Descrição	PVR 2013
4017682	VT REG.P.SET CEF TOURIGA NAC.75CL	8.99
4317115	MOSCATEL DE SETUBAL C.E.F 75CL	5.99
4948285	CEF SAUVIGNON BLANC 2011 75CL	7.49
4948286	CEF PETIT VERDOT TINTO 2010 75CL	8.99
4738996	VT REG.P.SET ALICANTE BOUSCHET CEF 75CL	8.99
4739024	VT REG.P.SET TOURIGA FRANCA CEF 75CL	8.99
4375794	VT REG.P.SET CABERNET SAVIGNON CEF 75CL	8.99
4454502	VB P.SETUBAL SAUV.BLANC VERD.CEF 75CL	7.49
2050292	VVB CASAL GARCIA 75CL	3.39
4290329	VVR CASAL GARCIA 75CL	3.39

3027881 VT ALENT HERDADE DOS GROUS 09 75CL

3833331 VB ALENT HERDADE DE GROUS 2010 75CL

2050531 ALANDRA TINTO 75cl 2,19

2050771 ALANDRA BRANCO 75cl 2,19

[REDACTED]
DCA - Bebidas
Analista de Vinhos de Qualidade

917. Ademais, refere-se novamente o documento Primedrinks89, melhor descrito nos parágrafos 879 e 880 *supra*, do qual se destaca o seguinte envio da Primedrinks para a Auchan:

From: [REDACTED]
Sent: 14 de dezembro de 2015 15:37
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Comunicação - Tabela de Preços 2016

Boa tarde [REDACTED]

Envio, em anexo, a matriz preenchida. Os PVP's serão enviados assim que possível, pela minha colega [REDACTED]

Obrigada,
[REDACTED]

918. Na semana seguinte, a Primedrinks procede ao envio da tabela atualizada com os novos PVP – assim explicitamente referidos na primeira mensagem –, mas desta vez já lhes chama PVR, o que é exemplo da forma como estas tabelas de preços “*recomendados*”

eram vistas por todos os intervenientes e que era a de serem verdadeiros PVP a implementar no mercado de forma alinhada:

De: [REDACTED]
Enviado: 21 de dezembro de 2015 18:33
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Comunicação - Tabela de Preços 2016
Anexos: Tabela de Preços_Auchan.xls

Boa tarde [REDACTED]

Junto envio o ficheiro atualizado com os PVR's.

Nota: Só se encontra no ficheiro as alterações nos preços de tabela. Todos os restantes artigos permanecem iguais.

Obrigada,



[REDACTED]
Key Account Assistant

919. Bem como o seguimento interno dado às mesmas tabelas pelas empresas de distribuição visadas, através da implementação no mercado dos PVP indicados a partir da data comunicada, era já um procedimento habitual, não questionado, cujas únicas dúvidas que levantava eram apenas sobre se as indicações da Primedrinks estavam também a ser comunicadas às restantes empresas concorrentes, para garantir o total “*alinhamento*” do mercado, conforme melhor detalhado *supra* nos parágrafos 869 a 903.
920. Nesta medida, os PVP definidos pelo fornecedor (inicialmente ou ajustados ao longo do tempo) são transmitidos por este às várias empresas de distribuição visadas, sendo implementados³⁰⁰ pelas mesmas mediante a convicção de que estes valores serão transversalmente praticados no mercado.

³⁰⁰ O facto de se verificarem, ao longo do período temporal considerado, desvios face ao nível de PVP pretendido e concertado para o posicionamento dos PVP em determinada data, em nada contraria a conclusão sobre a existência de um objetivo comum entre as empresas Visadas (*in casu*, e tal como referido, o de fixação e alinhamento de preços). Com efeito, é natural que a estratégia conjunta funcionasse nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores, tais como a necessidade de escoar determinados produtos, de cumprir objetivos de vendas, da realização de determinadas ações promocionais ou da impossibilidade de alguma empresa de distribuição visada poder aguardar que o fornecedor corrija o desvio numa empresa de distribuição concorrente

921. Este nivelamento transversal dos preços no mercado é agilizado através de diversos mecanismos, como a concertação prévia com vários distribuidores, o envio de preços simultaneamente para as várias empresas de distribuição visadas com a indicação expressa de que se tratam de valores para “*alinhamento do mercado*” (cf. parágrafos 812 a 844, *supra*), o envio de tabelas com indicação dos PVP recomendados e/ou mínimos (cf. parágrafos 869 a 903, *supra*), a atribuição de determinados descontos comerciais e/ou ações promocionais condicionados à implementação e/ou manutenção de determinado posicionamento de PVP (cf. parágrafos 934 a 940, *infra*, situação melhor analisada na secção subsequente).
922. Consubstanciava-se, assim, o modo conjunto de o mercado definir os PVP a praticar, sem que se envolvesse, ao contrário do alegado pelas Visadas, qualquer negociação acesa ou reveladora dos interesses antagónicos dos envolvidos, antes sendo tal informação transmitida e aceite sem oposição, não como uma verdadeira recomendação, mas como uma definição, havendo uma anuição conjunta de que tais PVP eram para adotar.
923. Note-se o “*cuidado*” da Primedrinks [**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**] no documento Primedrinks40, ao querer enviar um *email* onde se acautele que a referência expressa aos preços seja de “*recomendados*”:

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 17 de Janeiro de 2013 15:09
To: [REDACTED]
Subject: SHOPPING MADEIRA - URG CORRECÇÃO! (17-01-13)
Importance: High

Olá [REDACTED];

Em anexo arquivo com o PVR vs os dados recolhidos hoje... temos muitos skus para corrigir...

Sobre os das lojas Modelo pf informa à central para fazer a correcção.

Sobre os das lojas PD não sei como fazer pois já tentei marcar reunião com a Srª [REDACTED] mas ainda nsem resposta e está sempre ocupada em reuniões. Será que como é início do ano 2013 possas transmitir os dados à central do PD e solicitar correcção ou achas que posso enviar mail com os dados com o cuidado de fazer a referência de "recomendados".

Aguardo teu feedback.

Obrg



924. Palavra essa colocada entre aspas pela própria funcionária da Primedrinks, pois sabe que não se tratam de recomendações de preços, mas sim de verdadeiros PVP, cuja definição se pretendia ocultar.
925. Outra situação consta do documento Primedrinks633, no qual está em causa uma tabela com uma lista de artigos, bem como o seu preço, sinalizando-se internamente os que sofrem atualizações. De seguida, os funcionários da Primedrinks questionam quando é que estão previstas essas alterações em algumas das empresas de distribuição visadas, informando-se, em resposta, que em algumas esta estava "*já implementada*" e noutras "*a confirmar*" (cf. imagem do documento em causa nos parágrafos 996 e 997, *infra*).
926. Ora, se estas tabelas tivessem apenas o propósito de informar os clientes da Primedrinks de alterações efetuadas aos preços recomendados, decorrentes de alterações à política comercial, ou de alterações fiscais, por exemplo, seria expectável que as mesmas seguissem na mesma data para todos os clientes, a título informativo, já que os mesmos são alegadamente livres de fazerem o que quiserem com essa informação, não se gerando mais discussão sobre o assunto.
927. Conforme provado, tal não é o caso, já que se questiona "*quando é que estão previstas as alterações*" em determinadas empresas, havendo uma confirmação sobre a implementação, ou ainda não, das mesmas.

928. De onde decorre que as “*alterações*” enviadas são um meio de comunicação ao mercado dos novos PVP a praticar, posteriormente controlados para verificar a respetiva adoção, e não a mera transmissão de mudanças que ocorreram em recomendações a seguir facultativamente.
929. O que demonstra mais uma vez que, contrariamente ao alegado pelas Visadas, os “*preços de venda recomendados*” não eram vistos como meras recomendações e tinham uma influência efetiva nas suas decisões comerciais, a partir do momento em que os mesmos eram recebidos e/ou era dado conhecimento pela Primedrinks às empresas de distribuição visadas de que as suas concorrentes tinham implementado os mesmos.
930. Desta forma, analisando este envio de tabelas de PVP no contexto da infração em causa, do seguimento dado pelas empresas de distribuição visadas à informação recebida e da globalidade do acervo probatório, só se pode concluir pelo propósito ilícito do mesmo e pela verificação da conduta imputada.
931. Não procedem, assim, por não corresponderem à verdade nem terem esteio na prova junta aos autos, os argumentos da Visadas de que esta era uma prática lícita, habitual na relação comercial entre fornecedor e distribuidor, que tinha o mero propósito de transmissão de recomendações de preço, atualizadas face a alterações impostas por lei ou resultantes de alterações da política comercial da Primedrinks.
932. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto que subjaz à utilização de tabelas de preços enviadas pelo fornecedor como meio de garantir ou, pelo menos, de promover o alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor.

31.1.1.4 Realização de ações promocionais condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado PVP

933. Como referido anteriormente, os elementos probatórios revelam também que a Primedrinks condiciona a realização e/ou participação de determinadas ações promocionais à implementação e/ou manutenção de determinado PVP no mercado por parte das empresas de distribuição visadas.
934. No documento Primedrinks251 ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]), que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 4 e 08.11.2011,

a Primedrink alerta internamente que se está na “*iminência de conseguir subir alguns artigos no Pingo Doce*”. Nesse sentido, refere-se que “*é mandatório garantir que os restantes operadores não vão comprometer este movimento*”:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 4 de Novembro de 2011 10:58
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: urgente - preços Pingo Doce

Caros,

Como já é do vosso conhecimento estamos na iminência de conseguir subir alguns artigos no Pingo Doce:

- TFG 13,49
- TFG Black 15,99
- Grant's 12A 17,99
- Ermelinda Reserva 6,99
- Glenfiddich 12 Anos 25,99
- Pisang Ambon 11,49
- Bols Blue 11,99
- Bols Advocat 11,99

É **mandatório** garantir que os restantes operadores não vão comprometer este movimento e por isso **NÃO** colocar estes artigos em folheto e assegurar que os preços não são trancados para as feiras (Sonae/ Auchan). Qualquer questão feedback imediato!

[REDACTED]



.....
[REDACTED]
National Account Manager

935. No documento Primedrink338, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico entre os dias 17 e 19.12.2013, está em causa a implementação de uma ação promocional na MCH, em que esta ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) questiona o desconto que será dado pela Primedrink:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 17 de Dezembro de 2013 10:47
To: [REDACTED]
Subject: Ação em generico

Bom dia [REDACTED]

Vamos ter no genérico a decorrer de 21 a 27 de Janeiro o artigo

2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL
---------	---------------------------

Qual o desconto para esta campanha?

Obg
[REDACTED]

Cumprimentos,

[REDACTED]
Direção Comercial Alimentar - UN Bebidas
Gestora de Categoria
Vinhos de Mesa e Estrangeiros / Bebidas Espirituosas e Espumantes



936. Em resposta, a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) solicita à MCH que retire o produto da ação promocional uma vez que está prevista “a subida de PVR a partir de 2 de Janeiro para 14,49”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 17 de Dezembro de 2013 12:52
To: [REDACTED]
Subject: RE: Ação em generico

[REDACTED],

Prefiro retirar o sku, pois está prevista a subida de PVR a partir de 2 de Janeiro para 14,49. Ou consegue assegurar o novo pvr em folheto?

Ainda hoje vou enviar o quadro dos descontos para Janeiro.

Mc,
[REDACTED]

937. Perante a insistência da MCH em colocar o referido produto na ação promocional, a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) refere que prefere abdicar de ter o artigo em campanha caso a MCH não consiga praticar o novo PVP, uma vez que “*não podemos correr o risco de falhar no início do ano*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 19 de dezembro de 2013 16:57
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: Ação em generico

[REDACTED]

Não podemos correr o risco de falhar no inicio do ano, impactando o 1º semestre.
Caso não consiga comprometer-se com o novo pvr, prefiro abdicar do sku em folheto.
Fico a aguardar, sff.

MC,
[REDACTED]

938. No documento MCH2274, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 05.02.2015, a Primedrinks apenas aceita comparticipar a ação promocional da MCH caso se confirme que as empresas de distribuição concorrentes deixem de praticar o PVP:

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 5 de Fevereiro de 2015 19:10
To: [REDACTED]
Subject: RE: Primedrinks - ações

[REDACTED]

Em relação a Monte Velho Tº não lhe posso garantir que avançamos com qualquer ação, sem ter a certeza que a sua concorrência vai realmente sair do PVPR.

Podem contar connosco caso se concretize o cenário acima.

Obg,



[REDACTED]
Key Account Manager
[REDACTED]

939. O conteúdo deste *email* demonstra que o PVP do vinho Monte Velho tinto encontra-se alinhado no mercado de distribuição retalhista (em concreto, ao PVP indicado pelo fornecedor) e que a Primedrinks só aceitará comparticipar uma ação promocional da MCH caso as concorrentes desta deixem de praticar o referido PVP.

31.1.1.4.1 Pronúncia das Visadas

940. Relativamente à realização de ações promocionais condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado PVP, as Visadas negam que esse condicionamento

ocorra, bem como alegam que a negociação de campanhas promocionais decorre da normal relação comercial entre fornecedor e distribuidor, sendo natural que, no âmbito das mesmas, sejam referidos PVP³⁰¹.

941. A Primedrinks esclarece que as campanhas de desconto são, a maioria das vezes, unilateralmente decididas pelas distribuidoras e conduzem a inoportáveis exigências de compensações financeiras à Primedrinks, quer de penalidades logísticas, quer de custo pelo valor de descontos de magnitude significativamente superior ao negociado com a Primedrinks. Afirmar ainda que *“em vez de, para isso, utilizarem a sua própria margem, fazem uso de todo o seu poder negocial para exigir ao fornecedor grossista, a Primedrinks, reduções adicionais ao preço de venda grossista ou, alternativamente e mais uma vez, compensações financeiras adicionais por desvios de rentabilidade”*.
942. A MCH entende que a atribuição de descontos pelo fornecedor não está condicionada ao respeito, pelo distribuidor, de determinado nível de PVP. O que acontece é que *“se o distribuidor não praticar o PVPR, não deixa de usufruir do desconto, mas auferirá de uma margem menor ou maior conforme se desvie dele em baixa ou em alta”*.
943. Segundo a Auchan, sobre este ponto não há qualquer indicação de prova que se refira à Auchan, bem como entende que o documento Primedrinks²⁵¹, aí mencionado, tem, na verdade, carácter exculpatório.
944. Para a Pingo Doce, *“fruto da intensidade promocional, em que cerca de metade dos produtos apresentam preços em desconto e em que semanalmente são alterados os preços em muitos produtos, é natural que exista um fluxo constante, corrente e regular de trocas de e-mails entre Pingo Doce e o fornecedor”*. Neste ponto também a Pingo Doce faz referência ao regime das PIRC, alegando que *“o PVPR se mantém como um dos parâmetros relevantes na negociação vertical, pelo seu impacto na capacidade promocional de Pingo Doce: a aplicação da promoção (custeada pelo fornecedor) ao PVP constitui uma referência para a definição do preço de aquisição de um dado produto pelo Pingo Doce ao fornecedor”*.
945. A ITMP alega que negocia algumas ações promocionais a desenvolver em conjunto com os seus fornecedores e que aí *“procura a visada ITMP garantir o preço mais baixo*

³⁰¹ Cf. PNI Primedrinks capítulo III; Cf. PNI MCH capítulo II.E; Cf. PNI Auchan capítulo 1.1.; Cf. PNI Pingo Doce páginas 70 e ss.; Cf. PNI ITMP capítulo III.10.; Cf. PNI Lidl capítulo D.3.2.2.; Cf. PNI CoopLeonor parágrafo 39 e ss.

de compra dos produtos por esta fornecidos que permita à visada ITMP proceder à sua respetiva venda às sociedades suas clientes com um preço que, por sua vez, lhes permitam realizar a ação comercial e em obediência ao regime jurídico das práticas individuais restritivas do comércio”.

946. A Cooplecnorte informa que, para cada ação promocional – folheto -, “*ocorre uma negociação com os fornecedores em que é proposta uma redução temporária dos preços de fornecimento, para que essa redução se reflita no preço de venda ao público*”.

31.1.1.4.2 Apreciação da Autoridade

947. Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos que a AdC descreve em maior detalhe na presente Decisão, a AdC conclui pela improcedência da impugnação quanto à matéria de facto que subjaz à realização de ações promocionais condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado PVP e que conduz ao alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor.
948. Com efeito, conforme resulta claro da prova, nomeadamente do documento Primedrinks251 (melhor descrito no parágrafo 935, *supra*), a Primedrinks influencia diretamente as ações promocionais das empresas de distribuição visadas, através de, por um lado, concertar com as mesmas (no caso, com a Pingo Doce) a subida do PVP de diversos produtos e, por outro, garantir que os “*restantes operadores*” não vão “*comprometer este movimento*”, colocando esses produtos em promoção e, assim, vendê-los a um PVP mais baixo que o pretendido pela Primedrinks.
949. Desta forma, resulta dos elementos de prova que as discussões sobre ações promocionais entre a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas não se centram apenas na negociação de descontos e determinação da comparticipação de ambas as partes em campanhas promocionais, são antes sim (mais um) meio através do qual eram definidos os PVP a praticar por todos os intervenientes e em determinado período (bastante frequentes).
950. Tal resulta claro do documento MCH2274 *supra*, em que a Primedrinks expressamente afirma que não avança na comparticipação de uma ação promocional da MCH “*sem ter a certeza*” que a concorrência deixa de praticar determinado PVP. Como pode a

Primedrinks ter essa “*certeza*”, se não estiver a coordenar de igual forma a definição de PVP com as restantes empresas de distribuição visadas?

951. E, ao informar a MCH desse facto, resulta provado que também esta sabia que essa coordenação com os seus concorrentes estava a acontecer.
952. Ou seja, não se ignora que a realização de ações promocionais seja negociada, no entanto, tal negociação é feita com base em premissas que visam a fixação e o alinhamento, pelas empresas de distribuição, dos PVP no mercado retalhista.
953. E, por vezes, tal negociação nem existe. O documento Primedrinks338 demonstra a inexistência de uma verdadeira negociação entre a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas e da ausência de liberdade na determinação das ações promocionais, ao contrário do que as Visadas alegam.
954. Com efeito, em resposta à questão da MCH sobre o desconto que será dado na implementação de uma ação promocional, a Primedrinks afirma “*preferir*” abdicar da mesma, uma vez que está “*prevista*” (que será o mesmo que dizer concertada) uma subida de PVP para breve e a ação promocional em causa poria em risco o alinhamento de mercado “*previsto*”.
955. Conforme já referido, perante a insistência da MCH em colocar o referido produto na ação promocional, a Primedrinks refere que prefere abdicar de ter o artigo em campanha, caso a MCH não consiga praticar o novo PVP, o que demonstra a influência direta do fornecedor no estabelecimento destas campanhas (podendo até decidir a não realização das mesmas) e o acatamento que as empresas de distribuição visadas fazem das suas “preferências”.
956. Falece, pois, o argumento acima citado da Primedrinks de que as empresas de distribuição visadas usam sempre “*todo o seu poder negocial para exigir ao fornecedor grossista, a Primedrinks, reduções adicionais ao preço de venda grossista ou, alternativamente e mais uma vez, compensações financeiras adicionais por desvios de rentabilidade*”.
957. Nalguns casos, efetivamente, será assim. Noutros será o fornecedor a determinar a ação promocional. Mas da prova constante dos autos resulta que, em qualquer das circunstâncias, o objetivo da implementação da ação promocional é o de alinhar os PVP no mercado retalhista.

958. A liberdade contratual de que as Visadas fazem bandeira nas suas pronúncias é, na verdade, usada para escolherem aderir à prática *sub judice*, em vez de atuarem autonomamente no mercado, fazendo as suas próprias escolhas relativamente a campanhas promocionais.
959. Relembra-se, por ser particularmente impressionante, o documento MCH2274, melhor descrito *supra* nos parágrafos 939 e 940:

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 5 de Fevereiro de 2015 19:10
To: [REDACTED]
Subject: RE: Primedrinks - ações

[REDACTED]

Em relação a Monte Velho Tº não lhe posso garantir que avançamos com qualquer acção, sem ter a certeza que a sua concorrência vai realmente sair do PVPR.

Podem contar connosco caso se concretize o cenário acima.

Obg,



[REDACTED]
Key Account Manager
[REDACTED]

960. São estas situações claras que demonstram que não se trata de uma verdadeira negociação no âmbito de uma relação comercial, mas sim de um entendimento comum sobre as decisões comerciais a adotar, com base em entendimentos semelhantes que a Primedrinks estabelece com as outras empresas de distribuição visadas e assim definem em conjunto os PVP a praticar.
961. Adicionalmente, no que respeita aos argumentos relativos ao regime das PIRC (também já referidos *supra* na secção 31.1.1.3), as obrigações legais resultantes desse regime não excluem a margem de liberdade – e a própria obrigatoriedade, ao abrigo do regime jurídico da concorrência – das empresas de distribuição visadas de determinarem autonomamente os seus próprios PVP, sem nesse ato estarem condicionadas pelo alinhamento das suas demais concorrentes e sem terem de todas se alinharem pelo preço definido pelo fornecedor.
962. Finalmente, no que respeita à afirmação da Auchan sobre o carácter exculpatório de alguns elementos de prova, a mesma será apreciada e respondida *infra* na secção 31.2.

963. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto que subjaz à realização de ações promocionais condicionadas à implementação e/ou manutenção de determinado PVP e que conduz ao alinhamento horizontal dos PVP com recurso ao fornecedor.
964. Não procedem, pois, os argumentos das Visadas a propósito da factualidade em causa, os quais resultam invalidados pela prova constante dos autos nos termos referidos.

31.1.2 Controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado

965. Os elementos de prova constantes dos autos demonstram que o procedimento de fixação e alinhamento de PVP envolve mecanismos de controlo, monitorização e reporte dos PVP que são efetivamente implementados no mercado retalhista.
966. A monitorização é realizada numa base semanal e, por vezes, quotidiana, quer diretamente pelo próprio fornecedor, quer pelas empresas de distribuição visadas, que reportam à Primedrinks eventuais desvios aos PVP praticados por empresas de distribuição concorrentes para que esta possa depois atuar junto dessas empresas desviantes, pressionando-as a corrigir o desvio, com o objetivo comum de garantir por essa via um realinhamento horizontal dos PVP no mercado retalhista.

31.1.2.1 Controlo e monitorização dos PVP realizado pelo fornecedor

967. O controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado pelas empresas de distribuição realizado pela Primedrinks resulta claro do documento Primedrinks247, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 4 e 05.08.2010, em que a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) faz o ponto de situação dos novos PVP que pretende implementar no mercado num conjunto de produtos, em todas as empresas de distribuição visadas:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 4 de Agosto de 2010 11:59
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Ponto de situação PVP's novo IVA

Bom dia [REDACTED],

Envio resumo de situação geral dos PVP's de mercado / novo IVA.

Destilados – estão em todas as insígnias aplicados os novos PVP's, com excepção de poucas lojas não centralizadas Leclerc e ITM, no entanto contamos ter estes casos resolvidos até ao fim da semana.
A saber Grant's a 9,69€, TFG 12,69€, G12 17,69€, TFG 12 24,49€, Asti Gancia 5,29€.

Vinhos

- JMR - Confirmada hoje em loja a subida da JMR de MV Tinto para 4,49 e MV Branco para 3,89.
- LIDL – MV Tinto a 4,49 desde a passada semana.
- Sonae – MV Tinto a 4,49 e MV Branco a 3,89 desde há duas semanas e mantém.
- Auchan – Sobe para amanhã as lojas que ainda não estão a 4,49 e 3,89, a nível nacional. Já confirmado pela central.
- Leclerc – os que faltam vão subir até ao final da semana, uma vez que aqui a abordagem é mesmo loja a loja.
- ITM – Estou a tentar confirmar a subida de MV Tinto para 4,49 no cardex que entra este Sábado dia 7. O MV Branco foi carregado no início do mês.

Qualquer dúvida, estamos disponíveis.

Cumps,

[REDACTED]
Senior Key Account Manager

968. Verifica-se depois, para além de uma preocupação específica da Primedrink (CONFIDENCIAL – Dados Pessoais) no sentido de implementar os novos PVP dos vinhos Monte Velho numa outra empresa de distribuição, uma referência a um acordo de implementação de PVP com a Pingo Doce, o que demonstra que se trata de uma tentativa de alinhamento generalizado dos PVP no mercado:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 4 de Agosto de 2010 12:05
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Ponto de situação PVP's novo IVA

Um dado importante que faltou no e-mail anterior, estou em contacto com a DIA% para que Sexta-feira sejam carregados os novos PVP's de MV Tinto e BR. Estava acordado confirmar primeiro JMR, o que aconteceu hoje de manhã.

Cumps,

[REDACTED]

969. A Diretora Geral da Primedrink, CONFIDENCIAL – Dados Pessoais, vem exigir que seja feito um *follow up* diário desta situação:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 4 de Agosto de 2010 12:21
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Ponto de situação PVP's novo IVA

Bom dia
Façam follow up diário,pf
Incluam referencia ao balanço da situação em CGarcia.
Obrigada
[REDACTED]

970. Em novo ponto de situação, confirma-se já a implementação dos novos PVP do vinho Monte Velho na Auchan, Dia e ITMP. Porém, relativamente ao vinho Casal Garcia, refere-se que *“estava marcada uma subida generalizada na Terça, mas a pessoa responsável da Sonae está de férias o que complicou um pouco. Entretanto alguns Auchans que tinham subido já reagiram. É voltar à carga e resolver. Por mim, marco para Segunda”*:

De: [REDACTED]
Enviado: 5 de agosto de 2010 17:26
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Ponto de situação PVP's novo IVA

Boa tarde,

Alterações em relação à situação actual:

- Auchan subiu já MV Tinto para 4,49 (confirmado no online). MV Branco sobe no fds.
- DIA% garantiu-me ontem, por mail em código, que amanhã abre a 4,49 e 3,89 os MV's.
- ITM já carregou todos os PVP's em cardex, incluindo Grant's a 9,69, com excepção de MV Tinto pois ainda tem o seu shopping todo a 4,39. Conto para a semana subir este PVP e já ficaram definidos os PVP's para o folheto da F Vinhos de início de Set.
- Casal Garcia, estamos a tentar perceber o que se passou. Estava marcada uma subida generalizada na Terça passada, mas a pessoa responsável da Sonae está de férias o que complicou um pouco. Entretanto alguns Auchans que tinham subido já reagiram. É voltar à carga e resolver. Por mim, marco para Segunda. Atenção que isto são excepções e não a regra, felizmente na esmagadora maioria das lojas impera o 3,29!

E já que falamos de PVP's, há muito que não acontecia, mas o ITM está com sérios problemas de colocar o stock da base nas lojas. Está atulhado de Monte Velho Tinto, não o consegue vender a 3,09€ pois na rua andam preços de Garcias e afins a 2,85, 2,89. As vendas base de Alcanena para as 150 lojas que tem estão nas 200 cxs por semana há 2 meses. É muito pouco.

Casal Garcia, a mesmíssima coisa, mas mais recente. Cotações de 2,09, 2,15, 2,19 têm sido mato. Tem sido um trabalho árduo fidelizar estes senhores, não me passa pela cabeça voltarmos ao passado.

Cumps,
[REDACTED]

971. No dia seguinte, concretamente no que diz respeito à implementação do novo PVP do vinho Casal Garcia, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) vem referir que “na

pior das hipóteses só dia 23/08/2010 é que conseguiremos colocar todas as nossas lojas a 3.29€" (cf. documento Primedrinks156):

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 6 de Agosto de 2010 10:55
To: [REDACTED]
Subject: PVP VVB CASAL GARCIA

[REDACTED]

Estes são os PVP's nas nossas lojas. Não é possível fazer alteração dos mesmos neste momento.

Na pior das hipóteses só dia 23/08/2010 é que conseguiremos colocar todas as nossas lojas a 3.29€.

Obrigada e peço desculpa pelo incomodo que esta situação poderá causar.

Como sabe costumamos ser dos primeiros a ajudar nestas situações mas desta vez as limitações do sistema não permitem mesmo.

[REDACTED]
Analista de Preço
DCA - Un. Bebidas



972. O *email* é reencaminhado internamente pela Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) com o alerta de que “os preços de CG não estarão alinhados no âmbito nacional antes de dia 23/08”, pelo que “até lá (...) tentaremos amenizar o mais possível a situação na medida do possível nas lojas na envolvência tentando manter o nível de preços”:

De: [REDACTED]
Enviado: 6 de agosto de 2010 18:30
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: FW: PVP VVB CASAL GARCIA
Anexos: VVB CASAL GARCIA.xlsx

Boa Tarde,

Para que seja do conhecimento geral, os preços de CG não estarão alinhados no âmbito nacional antes de dia 23/08, uma vez que iremos ter uma pequena franja de lojas a norte com preços abaixo do recomendado (em anexo painel de lojas e respectivos preços)

Até lá, juntamente com JB tentaremos amenizar o mais possível a situação actuando na medida do possível nas lojas na envolvente tentando manter o nível de preços,

Mais, estava previsto um talão de 10% com o cliente, no entanto este vigorará apenas nas lojas aonde o preço seja o correcto,

Ao dispor para qualquer questão adicional,

Abraço

973. Em anexo a este *email*, a Primedrinkings junta ainda uma extensa lista com os PVP praticados por lojas MCH em que se pode verificar que a maioria dessas lojas se encontram com os PVP alinhados (concretamente, a 3,29€):

Lojas	PVP		
L0001 - CNT Matosinhos	2,89		
L0002 - CNT Amadora	3,29		
L0003 - CNT Cascais	3,29		
L0004 - CNT Galashopping	2,89		
L0005 - CNT Leiria	3,29		
L0006 - CNT CoimbraShopping	3,29		
L0007 - CNT Seixal	3,29		
L0008 - CNT Guimaraes	2,89		
L0009 - CNT Colombo	3,29		
L0010 - CNT Maia	3,17		
L0011 - CNT LouresShopping	3,29		
L0012 - CNT Vasco Gama	3,29		
L0013 - CNT Guia	3,29		
L0014 - CNT Antas	2,89		
L0016 - CNT Ovar	3,29		
L0201 - MDL Albufeira	3,29		
L0202 - CNT Portimao	3,29		
L0203 - CNT Viseu	3,29		
L0204 - CNT Vila Real	3,29		
L0205 - MDL Caldas	3,29		
L0206 - MDL Montijo	3,29		
L0207 - CNT Beja	3,29		
L0208 - MDL Loule	3,29		
L0209 - CNT Viana	3,29		
L0210 - CNT S.J. Madeira	3,29		
L0211 - MDL Felgueiras	3,17		
L0212 - CNT Covilha	3,29		
L0213 - MDL T. Novas	3,29		
L0214 - MDL Tomar	3,29		
L0215 - CNT Santarem	2,99		
L0216 - MDL Marco	3,17		
L0217 - MDL Evora	3,29		
L0218 - MDL Portalegre	3,29		
L0219 - MDL Sto. Tirso	3,29		
L0220 - MDL Abrantes	3,29		
L0221 - MDL Alcobaca	3,29		
L0222 - MDL Amarante	3,17		
L0223 - MDL T. Vedras	2,99		
L0224 - MDL Chaves	3,29		
L0226 - MDL Gaia	2,89		
L0228 - MDL Maia	3,17		
L0229 - MDL Elvas	3,29		
L0230 - MDL Guarda	3,29		
L0231 - MDL V. Cambra	3,29		
L0232 - MDL T. Mercedes	3,29		
L0233 - MDL Silves	3,29		
L0234 - MDL Mafra	2,99		
L0235 - MDL Rio Tinto	2,89		
L0236 - MDL Agueda	3,20		
L0237 - MDL Porto Alto	3,29		
L0238 - MDL Cartaxo	2,99		
L0239 - MDL Braganca	3,29		
L0240 - MDL V.F. Xira	3,29		
L0241 - MDL C. Branco	3,29		
L0242 - MDL P. Ferreira	3,17		
L0244 - MDL V. Conde	3,17		
L0245 - MDL Braga	2,89		
L0245 - MDL Braga	2,89		
L0246 - MDL Sintra	3,29		
L0247 - MDL Paredes	3,17		
L0248 - MDL Rebordosa	3,17		
L0249 - MDL Fanzeres	2,89		
L0250 - MDL S. Cosme	2,89		
L0251 - MDL Faro II	3,29		
L0252 - MDL Olhao	3,29		
L0253 - MDL Barreiro	3,29		
L0255 - MDL Pinhal Novo	3,29		
L0256 - MDL Qta. Conde	3,29		
L0257 - MDL MadeiraShop.	3,29		
L0258 - MDL Lagos	3,29		
L0259 - MDL Moita	3,29		
L0260 - MDL Ponte de Sor	3,29		
L0261 - MDL O. Azemeis	3,29		
L0262 - MDL P. Varzim	3,17		
L0263 - MDL Monção	3,29		
L0265 - MDL Ermesinde	3,17		
L0266 - MDL S. Magos	2,99		
L0267 - MDL Anadia	3,20		
L0268 - MDL Vagos	3,20		
L0269 - MDL Marinha Grande	3,29		
L0270 - MDL Almeirim	2,99		
L0271 - MDL Arroja	3,29		
L0272 - MDL Gulpihares	2,89		
L0273 - MDL Lousada	3,17		
L0275 - MDL Cantanhede	3,29		
L0277 - MDL Trofa	3,29		
L0278 - MDL Alhos Vedros	3,29		
L0279 - MDL Fundão	3,29		
L0280 - MDL Fafe	2,89		
L0281 - MDL Esposende	2,89		
L0282 - MDL Sº João de Ver	3,29		
L0283 - MDL Grandola	3,29		
L0284 - MDL Reguengos	3,29		
L0288 - MDL S.Felix Marinha	2,89		
L0289 - MDL Alverca	3,29		
L0290 - MDL Machico	3,29		
L0291 - MDL Estremoz	3,29		
L0293 - MDL Lousã	3,29		
L0294 - MDL Setubal	3,29		
L0295 - MDL Mangualde	3,29		
L0296 - MDL Palmela	3,29		
L0297 - MDL Ourém	3,29		
L0298 - MDL Nazaré	3,29		
L0299 - MDL Ponte Lima	3,29		
L0303 - BNI Campo Grande	3,29		
L0304 - BNI Vale Formoso	2,89		
L0305 - BNI Qta. Lambert	3,29		
L0307 - BNI NorteShopping	2,89		
L0309 - BNI Oeiras	3,29		
L0312 - BNI Sta. Quiteria	3,29		
L0313 - BNI Sacavem	3,29		
L0314 - BNI Leca	2,89		
L0315 - BNI Maia	3,17		
L0317 - BNI Barreiro	3,29		
L0318 - BNI Prelada	2,89		
L0319 - BNI S. Joao Foz	2,89		
L0320 - BNI Queluz	3,29		
L0321 - BNI Alm. Barroso	3,29		
L0322 - BNI Amadora	3,29		
L0323 - BNI Massama Nrt	3,29		
L0324 - BNI Av. Republica	2,89		
L0325 - BNI Boucinhas	2,89		
L0326 - BNI Areosa	2,89		
L0327 - BNI Benfica	3,29		
L0328 - BNI Pragal	3,29		
L0329 - BNI Viana Estação	3,29		
L0330 - BNI Parede	3,29		
L0331 - BNI Algés	3,29		
L0333 - CNT Maia Jardim	3,17		
L0334 - MDL Famalicão	3,29		
L0335 - BNI Laranjeiro	3,29		
L0340 - BNI Massarelos	2,89		
L0375 - MDL Bombarral	2,99		
L0379 - MDL Mem Martins	3,29		
L0389 - MDL S.João Talha	3,29		
L0439 - CNT Mafra	2,99		
L0446 - CNT Loulé	3,29		
L0458 - CNT Aveiro	3,20		
L0459 - CNT Braga	2,89		
L0460 - CNT Arrabida	2,89		
L0461 - CNT S.Atº Cavaleiros	3,29		
L0462 - CNT Montijo	3,29		
L0463 - CNT Oeiras	3,29		
L0464 - CNT Telheiras	3,29		
L0465 - CNT Fórum Coimbra	3,29		
L0466 - CNT Vale do Sousa	3,17		
L0467 - CNT Retail Portimao	3,29		
L0468 - CNT Torres Novas	3,29		
L0471 - MDL Retail Viseu	3,29		
L0494 - MDL Pombal	3,29		
L0841 - MDL Centromar	3,29		
L0842 - MDL Cancela	3,29		
L0843 - MDL Rib. Brava	3,29		
L0845 - MDL Viveiros	3,29		
L0847 - MDL Caniço	3,29		
L0867 - MDL Câmara de Lobos	3,29		
L0940 - CNT Valongo	2,89		
L1000 - MDL Mozelos	2,89		
L1004 - MDL Leca Balio	2,89		
L1008 - MDL Avintes	2,89		
L1051 - CNT Tavira G Plaza	3,29		
L1053 - MDL Maia Vivaci	3,17		
L1054 - MDL Sesimbra	3,29		
L1055 - MDL Regua	3,29		
L1056 - MDL Lixa	3,17		
L1057 - MDL Montelavar	3,29		
L1169 - MDL Ovar	3,29		

974. Também o documento Primedrinks492, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada entre 13 e 18.05.2011, revela a monitorização feita pela Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) dos PVP praticados no mercado retalhista na semana 19 do ano de 2011:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 13 de Maio de 2011 17:08
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Shopping S19

Boa tarde,

Em anexo shopping OFF referente à S19. Seguem abaixo os comentários mais relevantes:

Shopping Portugal Continental

Alandra Tinto 75 – mercado entre os 1,93 actuais do Leclerc e os 1,98€. Aguardamos data certa de interrupção de campanha da Sonae para poder agir.

Asti Gancia – mercado todo a 5,29, com excepção de Leclerc a 5,19.

Casal Garcia – mercado em peso a 3,29, com excepção de Leclerc e Jumbo de Famalicão em resposta a Leclerc de Famalicão. É impossível impedir a resposta, pois ficam um de cada lado da rua.

Grant's – Marcaremos subidas de tempos a tempos por forma a ir aguentando o mercado o maior tempo possível a 9,69€, sempre que os patamares de preço se forem afastando dos 9,69 na generalidade do mercado.

MV Branco – mercado a 3,89 com excepção de Leclerc a 3,77

MV Tinto – mercado a 4,49, com excepção de Leclerc a 4,49.

TFG – mercado a 12,69, com excepção de Leclerc a 12,32.

Tullamore – mercado já está a 12,99.

Vinha da Defesa – situações de respostas a stocks antigos já resolvidas com o PVP do PD a 6,99 a partir de hoje.

975. Já no documento Primedrinks270, que consiste numa mensagem de correio eletrónico de 13.02.2012, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) confirma internamente a subida do PVP no whisky Cutty Sark no canal retalhista (*off-trade*), salientando que “a subida foi feita no dia 1 de fevereiro” na Pingo Doce e na MCH, e que o “Auchan subiu a dia 10 de Fevereiro”:

De: [REDACTED]
Enviado: 13 de fevereiro de 2012 18:00
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: PVP Cutty sark

Caros,

Confirmando subida de preço de Cutty Sark para 11,49 no OFF.

A subida foi feita no dia 1 Fevereiro em JMR e Sonae. Auchan subiu a dia 10 Fevereiro.

[REDACTED]



.....
[REDACTED]
National Account Manager

976. No documento Primedrinks192, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 15 e 18.05.2012, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) analisa internamente os PVP praticados por lojas Auchan e Cooplecnorte, no whisky Grant's:

De: [REDACTED]
Enviada: terça-feira, 15 de Maio de 2012 11:57
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: Grant's 0,70

Bom dia!

Situações a aguardar feedback vosso:

WHISKY GRANT'S 70CL	LECLERC FAMALIÇÃO	14-05-2012	9,25 €
WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO GUIMARAES	14-05-2012	9,25 €
WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO-FARO	14-05-2012	9,49 €
WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO PORTIMÃO	14-05-2012	9,49 €
WHISKY GRANT'S 70CL	LECLERC-BOADELA	14-05-2012	9,49 €
WHISKY GRANT'S 70CL	LECLERC SANTARÉM	14-05-2012	9,78 €
WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO-ARRÁBIDA SHOP	14-05-2012	9,98 €
WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO MATOSINHOS	14-05-2012	9,99 €
WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO VILA REAL	14-05-2012	9,99 €
WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO-MAIA	14-05-2012	9,99 €
WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO-ALMADA	14-05-2012	10,11 €
WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO GONDOMAR	14-05-2012	10,29 €
WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO COIMBRA	14-05-2012	10,29 €
WHISKY GRANT'S 70CL	LECLERC- CALDAS	14-05-2012	10,39 €



[REDACTED]

977. Um *sales activator* da Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) refere que as diferenças entre os PVP praticados por essas lojas “fica acertada quando existir data por parte da Sonae para subir pvp”, uma vez que “este preço é resposta a shopping realizado pelo Auchan no dia 11 Maio à sonae”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 15 de Maio de 2012 21:58
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Grant's 0,70

Bom Dia [REDACTED],

Na passada segunda tive conhecimento desta situação e tenho por parte da loja que esta situação fica acertada quando existir data por parte da Sonae para subir pvp, este preço é resposta a shopping

realizado pelo Auchan no dia 11 Maio á sonae (verifiquei no sistema da Loja na passada segunda).

Aguardo instruções,

Cumps,



.....
[REDACTED]
Sales Activator

978. A Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) conclui da seguinte forma:

De: [REDACTED]
Enviada: quarta-feira, 16 de Maio de 2012 11:32
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Grant's 0,70

Caros,

Temos de combinar um dia para a alteração.
Atenção que a Sonae reage a mais cadeias, nomeadamente ITMI e Leclerc.
Normalmente qd Sonae reage, posteriormente Auchan tb reage!

Fico a aguardar!
Bjos,
[REDACTED]

979. Mais tarde, é ainda referido ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) que a ITMP já “*tem os preços corretos*” e que a Auchan vai “*alterar via central*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 18 de maio de 2012 10:23
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: Grant's 0,70

[REDACTED]

Vão alterar via central. No stress!!!

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 17 de Maio de 2012 23:27
To: [REDACTED]
Subject: RE: Grant's 0,70

[REDACTED]

Eu para a semana estou de férias, ITMI tem os preços corretos.
Auchan é mais complicado, eles só mudam os PVP depois de shopping feito á concorrência e verificarem que os PVP estão corretos.

Bjs

980. No documento Primedrinks415, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 02.07.2012, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) confirma internamente a subida de PVP no whisky William Lawson's no canal retalhista, referindo expressamente que *"Pingo Doce, Sonae, Auchan e ITM já têm este preço"*:

From: [REDACTED]
Sent: segunda-feira, 2 de Julho de 2012 14:48
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: William Lawsons

Caros,

Esta confirmada a subida de WLawsons em OFF para 9,49 euros.
Pingo Doce, Sonae, Auchan e ITM já têm este preço.

[REDACTED]



.....

[REDACTED]
National Account Manager

981. No documento Primedrinks189, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 23.11.2012, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) questiona diretamente a Pingo Doce relativamente um PVP inferior ao PVR:

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Date: 23-11-2012 10:56
Subject: FW: Esporão Reserva Tº 2010

Olá [REDACTED],

Pode verificar o que se passa, sff.
O PVR é 15,99.
Obrigada!

MC,
[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 23 de Novembro de 2012 07:38
To: [REDACTED]
Subject: Esporão Reserva Tº 2010

Olá [REDACTED],

À data de ontem MH Rio Maior continua:
- 4975329 Esporão Reserva Tº 2010 - 12,99€.

Bjs,
[REDACTED]

982. Em resposta, a Pingo Doce ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) refere que tal se deve a um “*problema de etiqueta*”, uma vez que “*PVP está correcto em sistema. 15,98€ para todas as lojas sem excepção*”:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 23 de Novembro de 2012 11:02
To: [REDACTED]
Subject: Re: FW: Esporão Reserva Tº 2010

Bom dia [REDACTED],

O PVP está correcto em sistema. 15,98€ para todas as lojas sem excepção.

Só pode ser problema de etiqueta. A sua colega falou com a loja?

983. Para comprovar essa informação, a Pingo Doce junta em anexo uma imagem do sistema informático interno da empresa:

Modificar cálculo do preço

Material: 900000000000062434 V.ALENTEJO ESPORÃO RESERVA TTD 75CL Tela 1 / 1
 ZAB/UPC: 5601989991478
 Válido desde: 03.11.2012
 Válido até: 31.12.9999

CanVend	UN	Fornecedor	SSF	PC liq/liq	PV ilquido	PV bruto	Preço fin.	Moed.	Marg.(liq.)	Mg Plan	Major.(%)	PVPromoção	E	Preço fin. (ant)	Marg (nv/a)	Shipping
RD01 01	UN			[9-13]€	[9-13]€	[10-14]€	[10-14]€	EUR	0,000	0,000	0,000	0,00		15,98	15-35%	0,00
432	UN							EUR	0,000	0,000	0,000	0,00		15,98		0,00
720	UN							EUR	0,000	0,000	0,000	0,00		15,98		0,00

O log para o cálculo PV contém entradas; verificar

SAP

Cliente - ... Cedencias New Mess... Cardex 09... Contactos... FDS_ZSem... Subidas P... cedencias ... SAP Logo... Modificar ... 11:01

984. Veja-se igualmente o documento Primedrinks56, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 01.02.2013, em que a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) confirma internamente que, na Pingo Doce, os vinhos Monte Velho e Casa Ermelinda Freitas estarão “ok na próxima quarta”:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 1 de Fevereiro de 2013 10:49
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: MVT e CEF JMR

Tudo OK na próxima quarta-feira.

[REDACTED]



.....
 [REDACTED]
 National Account Manager

985. Essa informação é transmitida aos *sales activators* da Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) com o alerta expresso de que “os restantes clientes é para se portarem bem”:

De: [REDACTED]
Enviado: 1 de fevereiro de 2013 12:16
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: FW: MVT e CEF JMR

Boa tarde a todos,

Atenção a MVTº e CEF que estará ok a partir da próxima 4ª na JMR.

Os restantes clientes é para se portarem bem.

Abraço,



.....
[REDACTED]
Key Account Manager

986. No documento Primedrinks334, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre 5 e 08.07.2013, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) chama a atenção da MCH que tem “*alguns skus com PVP dif do nosso PVR*”, pedindo que tais diferenças sejam corrigidas centralmente:

De: [REDACTED]
Enviado: 8 de julho de 2013 10:30
Para: [REDACTED]
Assunto: FW: lojas MODELO MADEIRA=> PVP dif PVR

Bom dia [REDACTED],

Podem verificar as lojas da Madeira, sff.
Obrigada!

MC,
[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 5 de Julho de 2013 23:33
To: [REDACTED]
Subject: lojas MODELO MADEIRA=> PVP dif PVR

Olá [REDACTED],

Nas lojas Sonae temos alguns skus com PVP dif do nosso PVR, podes pf pedir à Central a correcção.

4903547-Esporão reserva br.75.0cl deveria estar a 9.99 € está a 10.25
4903506-Vinha da defesa rosé 75.0cl deveria estar a 4.99€ está a 5.13
2231313-MVT.37.5cl deveria estar a 2.79 está a 2.24
2589837-MVT 150.0cl deveria estar a 8.79 está a 8.98
2421094-Alandra br. 37.5 deveria estar a 1.36 está a 1.49
2624134-Dnª Ermelinda T. 75.0cl deveria estar 3.99 está a 4.09
4375786-Dnª Ermelinda BR. deveria estar a 3.99 está a 4.10
2050130-Grant's 12 anos 70.0cl deveria estar a 18.59 está a 18.49
2200601-TFG 12 ANOS 70.0cl deveria estar a 25.09 está a 24.99

Obrigada



987. No documento Primedrinks439, que constitui uma troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 12 e 14.10.2013, a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) agrega um conjunto de informações relativas aos PVP praticados pela Pingo Doce e pela MCH num conjunto de produtos por si comercializados:

De: [REDACTED]
Enviado: 14 de outubro de 2013 10:33
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: pdoce vários lagos/portimão + continente portimão

Bom dia [REDACTED]

Envio comentários a amarelo.
Obrigada!

Bjos,
[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: sábado, 12 de Outubro de 2013 19:33
To: [REDACTED]
Subject: pdoce vários lagos/portimão + continente portimão

Olá

1. Pd reposicionou cef reserva a 6,99. Sonae não a 4,99 super preço!! Atenção [REDACTED] para pdoce não tornar a descer. Amanhã estará ok na Sonae.
2. Grous continua por corrigir nas 2 insignias. No PD está ok, deverá ter sido esquecimento de etiqueta. Sonae altera amanhã.
3. Carolans ininteligível: uns pdoces a 9,55 outros a 10,49!!! Sonae a 10,49. Baileys e frangelico a 12,99 e 13,99 nas 2 insignias. Martini 75 a 6,99 a oferecer 7up de 1litro e 25.
4. P314 mtvelho implementado em pdoces e com espaços extra. Acção acordada de 8 a 14 de Outubro
5. Alandra 2,09 nas 2 insignias! Confirmo! Ainda sem datas para alteração, pois foi uma decisão da Direcção Geral do PD
6. Várias rupturas nos pdoces! Com pdoce lagos marina a calamidade total (loja como um todo!). Já continente apenas grous T, cef bib e av.verde em ruptura.
7. Cartuxa e EA também não se entende. Pdoces a 14,59 e 4,48 e 4,38 ea t e b; sonae com preço directo cartuxa t 11,49 e 35% DESCONTO EA! Idem JP, sonae a preço promo e pdoce a 2,19!
8. Sonae mtvelho branco super preço 2,98 !! e assobio 5,24! = foi acordado [REDACTED] MVB está a 3,89 c/ 15% em cartão e já confirmado esta manhã. Vou questionar e verificar com a [REDACTED] o que se passa nessa loja. Assobio está a 6,99, mas este último fds foi os 25% em todos os vinhos do Douro (em Super Preço). Esta acção não é suportada pela Primedrink.
9. Continente Portimão parabéns à nossa menina do algarve: só expositores prime tínhamos 4! Para além d vários topos e exposição extra. TD ao lado d bushmils e azeites muito bem.

Façam follow up qdo aplicável.
Bfs
[REDACTED]



General Manager

988. Este documento demonstra que a Primedrink monitoriza os PVP praticados pelas empresas de distribuição e que posteriormente atua no sentido de proceder à correção dos desvios aos PVP que são pretendidos.
989. No documento Primedrink1008, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 14.01.2014, a Primedrink ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) vem confirmar internamente que a ITMP “já tem os novos preços recomendados implementados”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 14 de Janeiro de 2014 11:44
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: PVR's ITMP

Bom dia [REDACTED]

Tive hoje a confirmação da equipa que o ITMP já tem os novos preços recomendados implementados.

Obg,



.....
[REDACTED]
Key Account Manager

990. Em resposta, questiona-se pelas restantes empresas de distribuição:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 14 de Janeiro de 2014 12:24
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: PVR's ITMP

Excelente!
Restantes clientes

991. Nesta fase, importa recuperar os documentos relativos ao modo como a Primedrinkings procede à implementação da política comercial junto das empresas de distribuição para o ano de 2017, referidos e analisados nos parágrafos 890 a 903, *supra*.
992. Após a Primedrinkings enviar as tabelas de preços e de descontos promocionais às várias empresas de distribuição (incluindo sempre, como se viu, a referência de que “as alterações de PVR’s entram em vigor a 2 Janeiro”), verifica-se que procede à monitorização dos PVP praticados pelas diferentes empresas de distribuição.
993. No documento Primedrinkings592, a Primedrinkings ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) envia internamente as “Guidelines PVR 2017” com informação relativa aos produtos comercializados e respetivo PVR para o ano de 2017 e com a nota de que, se no caso da Pingo Doce as alterações deverão ocorrer na quarta-feira (dia 04.01.2018), já no caso da Auchan, ITMP e Leclerc, deverão os *sales activators* da Primedrinkings “trabalhar loja a loja”:

From: [REDACTED]
Sent: 2 de janeiro de 2017 11:38
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: PVR 2017
Importance: High

Bom dia equipa,
 Conforme prometido, envio em anexo a lista de artigos assim como PVR.

Os que estão assinalados a "X" são os que sofrem atualizações.
 No entanto, agradeço que confirmem o cardex todo.

Nota:

JMR – QUARTA
 AUCHAN/ITMP/LECLERC – trabalhar loja a loja

Fico a aguardar feedback.
 Obrigada!

994. Em anexo ao *email*, é enviada a seguinte tabela com indicação dos PVR já implementados e os que faltam implementar³⁰²:

GUIDELINES PVR 2017										
Designação	PVR Máx.	JMR	Lidl	Dia	Sonae	ITMI	Auchan	L'eclerc	ALDI	ECI
BOLS CREME CASSIS 700ML/1	13,79 €	OK								
BOLS "OTHER FLAVOURS" 700ML/1	- €	X								
BOLS GINGER 700ML/1	13,79 €	X								
BOLS MELON 700ML/1	13,79 €	X								
BOLS PEPPERMINT GREEN 700ML/1	13,79 €	X								
BOLS CREME CACAU BROWN 700ML/1	13,79 €	X								
BOLS STRAWBERRY 700ML/1	13,79 €	X								
BOLS CHERRY BRANDY 700ML/1	13,79 €	X								
BOLS CREME BANANES 700ML/1	13,79 €	X								
BOLS WATERMELON 700ML/1	13,79 €	X								
BOLS HONEY	13,79 €	X								
BOLS ADVOCAT 700ML/1	13,79 €	X								
BOLS PISANG AMBON 700ML/1	13,99 €	OK								
BOLS GOLDSTRIKE 500ML/1	14,99 €	X								
BOLS BLUE 700ML/1	13,99 €	X								
BOLS	- €									
		X								
BALVENIE DOUBLEWOOD 12 ANOS 700ML/1	49,99 €	X								
BALVENIE PORTWOOD 21 ANOS 700ML/1	200,00 €	X								
BALVENIE 30 ANOS 700ML/1	950,00 €	X								
BALVENIE DOUBLEWOOD 17 ANOS 700ML/1	120,00 €	X								
BALVENIE 14 ANOS CARIBBEAN CASK 700ML/1	64,00 €	X								
CLAN MACGREGOR 700ML/1	10,49 €	OK								
TULLAMORE DEW 700ML/1	16,99 €	OK								
GLENFIDDICH 26 ANOS	415,00 €	X								
GLENFIDDICH 12 ANOS 700ML/1	30,99 €	X								
GLENFIDDICH 15 ANOS 700ML/1	42,99 €	X								

³⁰² Excerto.

995. Mais tarde, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) questiona internamente qual a data que está prevista para as empresas de distribuição procederem às alterações de PVP (cf. documento Primedrinks633):

From: [REDACTED]
Sent: 2 de janeiro de 2017 12:03

To: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Subject: RE: PVR 2017

Ola [REDACTED]

Quando é que estão previstas as alterações:

- Sonae
- Lidl
- Dia
- Aldi

Obrigado,
[REDACTED]

996. A resposta permite confirmar que a política comercial definida pela Primedrinks para o ano de 2017 se encontra já implementada em algumas empresas de distribuição:

De: [REDACTED]
Enviado: 3 de janeiro de 2017 13:33
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: PVR 2017

Ola [REDACTED],

Sonae na Madeira ainda não houve nenhuma alteração.

Aguardo comentarios

Enviado do meu telemóvel com Windows 10

De: [REDACTED]
Enviado: 2 de janeiro de 2017 12:22
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: PVR 2017

Ola [REDACTED],

- Sonae – já implementada
- Lidl – a confirmar
- Dia – a confirmar (agradeço que verifiques se esta ok já para depois poder intervir ainda esta semana)
- Aldi – já implementada
- ECI – a confirmar

Obg!



.....
[REDACTED]
Key Account Off Trade

31.1.2.1.1 *Pronúncia das Visadas*

997. Relativamente aos mecanismos de controlo, monitorização e reporte dos PVP que são implementados no mercado retalhista, quando realizados pelo fornecedor, as Visadas que se pronunciam³⁰³ não identificam qualquer ilegalidade nessa conduta, ou defendem serem alheias à mesma³⁰⁴.

³⁰³ Primedrinks, MCH, Auchan, Pingo Doce e Lidl.

³⁰⁴ Cf. PNI Primedrinks capítulo III; Cf. PNI MCH capítulo II.E; Cf. PNI Auchan capítulo 1.2.1.; Cf. PNI Pingo Doce páginas 196 e ss.; Cf. PNI Lidl capítulo D.3.3.1.;

998. Quanto à Primedrinks, esta não se pronuncia especificamente sobre estes mecanismos. Apenas, em termos gerais, refere que a sua estratégia e práticas comerciais (nas quais se inclui o controlo e monitorização dos PVP) tiveram sempre como único desiderato a sua viabilidade económico-financeira, uma vez que *“o contexto de mercado sempre foi pautado pela prática continuada e enraizada da transferência do risco comercial dos grandes distribuidores para os fornecedores”* e pelo *“gritante desequilíbrio negocial existente entre a Primedrinks, de um lado, e as insígnias, de outro”*.
999. De acordo com a MCH, os PVP constituem informação pública e existe *“um interesse estratégico do fornecedor em coligir e verificar essa informação para a poder usar como contra-argumento na negociação de alterações aos preços grossistas”*, sendo também *“natural, legítimo e expectável que o distribuidor forneça essas informações ao seu fornecedor”* e que *“esta monitorização pode ser completamente desligada de intenções de subida de preços”*.
1000. A Auchan alega que a prova apresentada não permite concluir por um seu envolvimento na infração, pelo contrário, que a mesma tem carácter exculpatório e que nos elementos probatórios apresentados são referidas outras empresas de distribuição que não foram constituídas visadas no processo.
1001. De acordo com a Pingo Doce, *“os fornecedores têm o incentivo de maximizar os seus próprios lucros, podendo legitimamente recolher as informações sobre o desempenho das vendas dos seus produtos e preços praticados”*.
1002. Segundo a Lidl, *“a PrimeDrinks não enviou informação de preços de outras empresas de distribuição ao Lidl”*. Afirma ainda que os elementos probatórios denotam um padrão de comportamento autónomo da Lidl e que, à data de certas comunicações em causa, não vendia os produtos da Primedrinks mencionados nas mesmas.

31.1.2.1.2 Apreciação da Autoridade

1003. Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos que a AdC descreve em maior detalhe na presente Decisão, a AdC conclui pela improcedência da impugnação quanto à matéria de facto que subjaz aos mecanismos de controlo, monitorização e reporte dos PVP que são efetivamente implementados no mercado retalhista, quando realizados pelo fornecedor.

1004. De facto, decorre dos elementos probatórios que a Primedrinks monitoriza os PVP praticados pelas empresas de distribuição e que posteriormente atua no sentido de proceder à correção dos desvios aos PVP que são pretendidos.
1005. Veja-se a este propósito o referido supra nos parágrafos 966 a 997.
1006. Ou seja, a Primedrinks não nega que procede a este controlo e monitorização de PVP, nem que o utiliza para identificar e, posteriormente, proceder à correção dos desvios aos PVP que pretendia ver implementados. Apenas avança a razão pela qual adota tais comportamentos: a sua viabilidade económico-financeira em face do desequilíbrio contratual perante as demais empresas Visadas.
1007. Ora, a conduta da Primedrinks não pode ser legitimamente justificada por uma necessidade de manutenção da sua viabilidade económico-financeira, ainda que essa seja a principal razão pelo que o faz.
1008. Com efeito, não pode a Primedrinks incorrer numa prática ilícita e vir justificar-se alegando inferioridade negocial ou transferência para si do risco comercial associado a ações promocionais das empresas de distribuição. A necessidade de sobrevivência comercial não justifica, nem legitima, a adoção de comportamentos ilegais.
1009. Estão em causa matérias que envolvem a relação contratual estabelecida entre a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas, que caem no âmbito da liberdade contratual das partes e que nesse âmbito deverão ser dirimidas, ao invés de serem “resolvidas” através de práticas que constituem uma violação do direito da concorrência.
1010. Práticas essas que, segundo a própria Primedrinks alega, têm como efeito a manutenção da sua viabilidade económico-financeira, mas resultam num claro prejuízo dos restantes agentes económicos e dos consumidores.
1011. Ademais, sabendo a Primedrinks desse facto e participando da conduta restritiva da concorrência de forma contrariada e sujeita a pressão das empresas de distribuição visadas, conforme alega, poderia ter apresentado uma denúncia à Autoridade, nos termos do artigo 8.º da Lei da Concorrência, ou até beneficiar do comumente designado Programa de Clemência, previsto nos artigos 75.º a 82.º da Lei da Concorrência, que estabelece o regime jurídico da dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência.
1012. O que não podia era ter mantido a sua participação – e não só, tê-la também alimentado e dinamizado – na prática *sub judice*.

1013. Mais uma vez se reitera: a prática de controlo e monitorização dos PVP (o chamado *shopping*) por parte do fornecedor (e, bem assim, também a praticada pelas empresas de distribuição) não é, por si só, ilícita.

1014. No entanto, enquadrada nos restantes comportamentos que constituem as condutas imputadas à Primedrinks e às empresas de distribuição visadas, percebe-se que a mesma tinha o propósito de identificar e, posteriormente, proceder à correção dos desvios aos PVP que a Primedrinks pretendia implementar, pelo que era um passo essencial para o alinhamento generalizado dos PVP no mercado do retalho alimentar em Portugal.

1015. Veja-se, designadamente, o documento Primedrinks247, melhor descrito *supra* nos parágrafos 968 a 971 e revelador deste desiderato:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 4 de Agosto de 2010 11:59
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Ponto de situação PVP's novo IVA

Bom dia [REDACTED],

Envio resumo de situação geral dos PVP's de mercado / novo IVA.

Destilados – estão em todas as insígnias aplicados os novos PVP's, com excepção de poucas lojas não centralizadas Leclerc e ITM, no entanto contamos ter estes casos resolvidos até ao fim da semana.
A saber Grant's a 9,69€, TFG 12,69€, G12 17,69€, TFG 12 24,49€, Asti Gancia 5,29€.

Vinhos

- JMR - Confirmada hoje em loja a subida da JMR de MV Tinto para 4,49 e MV Branco para 3,89.
- LIDL – MV Tinto a 4,49 desde a passada semana.
- Sonae – MV Tinto a 4,49 e MV Branco a 3,89 desde há duas semanas e mantém.
- Auchan – Sobe para amanhã as lojas que ainda não estão a 4,49 e 3,89, a nível nacional. Já confirmado pela central.
- Leclerc – os que faltam vão subir até ao final da semana, uma vez que aqui a abordagem é mesmo loja a loja.
- ITM – Estou a tentar confirmar a subida de MV Tinto para 4,49 no cardex que entra este Sábado dia 7. O MV Branco foi carregado no início do mês.

Qualquer dúvida, estamos disponíveis.

Cumps,

.....
[REDACTED]
Senior Key Account Manager
.....

1016. Finalmente, no que respeita (i) à afirmação da Auchan sobre o carácter exculpatório de alguns elementos de prova e (ii) à afirmação da Lidl sobre a não comercialização de determinados produtos da Primedrinks à data de certas comunicações, as mesmas serão apreciadas e respondidas *infra* na secção 31.2.

1017. Ficou, pois demonstrado que o procedimento de fixação e alinhamento de PVP envolve mecanismos de controlo, monitorização e reporte dos PVP que são efetivamente implementados no mercado retalhista, realizados pela Primedrinks e pelas empresas de distribuição visadas, conforme se demonstrará *infra*, não procedendo os argumentos das Visadas nos termos acima analisados.
1018. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto que subjaz aos mecanismos de controlo, monitorização e reporte dos PVP que são efetivamente implementados no mercado retalhista, quando realizados pelo fornecedor.

31.1.2.2 Controlo e monitorização dos PVP realizado pelas empresas de distribuição visadas

1019. Conforme referido anteriormente, o controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado é muitas vezes realizado pelas próprias empresas de distribuição visadas, que enviam ao fornecedor os resultados da monitorização do mercado e identificação de desvios face ao posicionamento de PVP concertado numa base constante e regular, em alguns casos semanal, noutros diária, para que a Primedrinks interceda junto das empresas de distribuição concorrentes desviantes, solicitando a correção dos desvios e garantindo o alinhamento de PVP no mercado.
1020. Tal acontece no documento MCH1480, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 07.08.2012, em que a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) envia à Primedrinks um extenso *shopping* com as lojas de empresas concorrentes em que o mesmo produto aparece com PVP diferentes do PVP por si praticado³⁰⁵:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 7 de Agosto de 2012 10:51
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Shopping

Bom dia,

Anexo shopping para conhecimento e análise.

³⁰⁵ Excerto.

#Artigo	Descrição Artigo	#Conc	Concorrente	Cluster	Data Recolha	Preço
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	12509	SUP.BOLAMA-GUIMARÃES	Portugal Continental	06-08-2012	3.89
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	11070	LECLERC-VALONGO	Portugal Continental	06-08-2012	3.99
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	11070	LECLERC-VALONGO	Portugal Continental	06-08-2012	3.99
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	12131	LECLERC FAMALIÇÃO	Portugal Continental	06-08-2012	5.66
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	12131	LECLERC FAMALIÇÃO	Portugal Continental	06-08-2012	5.66
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	13053	LECLERC SANTARÉM	Portugal Continental	06-08-2012	5.66
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	13053	LECLERC SANTARÉM	Portugal Continental	06-08-2012	5.66
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	13103	SOLMAR CALHETA	AÇORES	06-08-2012	5.77
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	12272	LECLERC AMORA	Portugal Continental	06-08-2012	5.97
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	12491	LECLERC LOUSADA	Portugal Continental	06-08-2012	5.97
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	11077	LECLERC ENTRONCAMENT	Portugal Continental	06-08-2012	5.97
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	11074	LECLERC-FEIRA	Portugal Continental	06-08-2012	5.97
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	12639	LECLERC-BOBADELA	Portugal Continental	06-08-2012	5.97
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	12491	LECLERC LOUSADA	Portugal Continental	06-08-2012	5.97
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	12272	LECLERC AMORA	Portugal Continental	06-08-2012	5.97
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	12639	LECLERC-BOBADELA	Portugal Continental	06-08-2012	5.97
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	11074	LECLERC-FEIRA	Portugal Continental	06-08-2012	5.97
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	11077	LECLERC ENTRONCAMENT	Portugal Continental	06-08-2012	5.97
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	11071	LECLERC-CHAVES	Portugal Continental	06-08-2012	5.98
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	11071	LECLERC-CHAVES	Portugal Continental	06-08-2012	5.98
2050443	ESP.ASTI GANCIA CUVÉE PLATINUM 75CL	11208	PD-CASTELO BRANCO 1	Portugal Continental	06-08-2012	5.99

Analista de Preço
DCA - Un. Bebidas

1021.A resposta da Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) demonstra que o mercado já se encontra praticamente todo alinhado e que os desvios residuais serão prontamente corrigidos:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 7 de agosto de 2012 10:56
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping

Bom dia [REDACTED]

Pingo Doce já só aparece 1.
MP aparecem muitos repetidos, mas está fora.
Leclerc vamos resolver de seguida.

Assumo que podemos avançar para 6,99 e desbloquear o produto (que se encontra suspenso para compras).

Aguardo o seu feedback.

Obrigado

[REDACTED]



.....
[REDACTED]
National Account Manager

1022.Nesse sentido, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) aceita alterar o PVP “com efeitos a partir de amanhã” (cf. documento Primedrinks269):

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 7 de Agosto de 2012 11:08
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping

Bom dia,

A alteração de PVP será efetuada com efeitos a partir de amanhã.

[REDACTED]
Analista de Preço
DCA - Un. Bebidas



1023.No documento Primedrinks893, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 9 e 10.07.2015, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) deteta o vinho branco Esporão Reserva com um PVP numa loja Auchan inferior ao por si praticado, e

imediatamente reporta essa situação à Primedrinks sublinhando que “aumentamos recentemente o pvp de acordo com vossa solicitação”:

From: [REDACTED]

Sent: 10 de julho de 2015 12:07

To: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Subject: RE: VB Esporão Reserva - Jumbo Portimão

Bom dia [REDACTED],

Preciso de dar seguimento ao tema. Relembro que aumentamos recentemente o pvp de acordo com vossa solicitação.

Melhores cumprimentos,

[REDACTED]

Analista de Preço Vinhos
Direcção Comercial Alimentar – Bebidas



From: [REDACTED]

Sent: quinta-feira, 9 de Julho de 2015 17:00

To: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

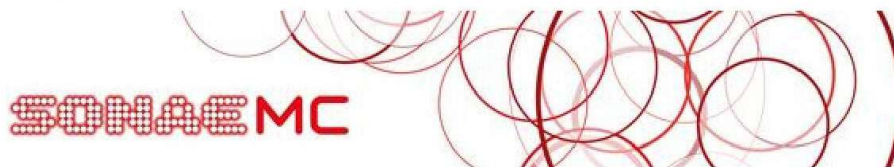
Subject: FW: VB Esporão Reserva - Jumbo Portimão



Comentários?

Melhores cumprimentos,


Analista de Preço Vinhos
Direcção Comercial Alimentar – Bebidas



1024.Em resposta, a Primedrink (b) ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) refere que se já encontra “a analisar a questão” e que necessita de mais tempo para “dar feedback”:

De: (b)
Enviado: 10 de julho de 2015 18:46
Para: (b)
Cc: (b)
Assunto: RE: VB Esporão Reserva - Jumbo Portimão

Boa tarde (b)

Estamos a analisar a questão. Agradeço mais tempo para lhe dar feedback.

Cumprimentos,

Key Account Manager

1025. O documento Primedrinks849, que consiste numa mensagem de correio eletrónico de 01.06.2016, demonstra a monitorização feita pela MCH dos PVP praticados no mercado pelos diferentes concorrentes e, perante uma alegada situação em que a MCH ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) fica “em situação de descompetitividade”, solicita prontamente à Primedrinks a “regularização desta situação no mercado”:

De: [REDACTED]
Enviado: 1 de junho de 2016 11:14
Para: [REDACTED]
Assunto: Recolhas Shopping 25-05 (307)
Anexos: Shopping Primedrinks.xlsx

Bom dia [REDACTED],

Envio em anexo recolhas de artigos da vossa gama, da categoria 307.

Face aos preços praticados por algumas insígnias, verificamos que as nossas lojas ficam em situação de descompetitividade. Agradecemos a vossa atenção para regularização desta situação no mercado.

Alternativamente, e em último caso, solicitamos propostas de ações promocionais que beneficiem os clientes Sonae com os melhores preços.

Aguardo feedback

Obrigada

Melhores cumprimentos,

[REDACTED]
Analista de Preço
Direcção Comercial Alimentar – Wines&Spirits
E-mail: [REDACTED]
Tel: [REDACTED]



1026. Em anexo ao email, a MCH junta a seguinte tabela com o shopping efetuado (veja-se um excerto)³⁰⁶:

³⁰⁶ Excerto.

SKU	ARTIGO	CONCORRENTE	DATA	PVP	Nosso PVP	OBS	IP	Fornecedor	Marca	Cat
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO GONDOMAR	25/05/2016	10,79 €	15,49	4,70 €	0,70	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		LECLERC ENTRONCAMENT	25/05/2016	13,64 €	15,49	1,85 €	0,88	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		LECLERC- CALDAS	25/05/2016	13,98 €	15,49	1,51 €	0,90	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO-AVEIRO	25/05/2016	13,99 €	15,49	1,50 €	0,90	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		LECLERC-LORDELO	25/05/2016	13,99 €	15,49	1,50 €	0,90	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO GUIMARAES	25/05/2016	13,99 €	15,49	1,50 €	0,90	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO AMADORA	25/05/2016	14,49 €	15,49	1,00 €	0,94	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO-FARO	25/05/2016	14,49 €	15,49	1,00 €	0,94	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		PÃO AÇUCAR EIRAS	25/05/2016	14,49 €	15,49	1,00 €	0,94	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO PORTIMÃO	25/05/2016	14,49 €	15,49	1,00 €	0,94	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO MATOSINHOS	25/05/2016	14,87 €	15,49	0,62 €	0,96	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO TORRES VEDRAS	25/05/2016	14,89 €	15,49	0,60 €	0,96	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO-SETUBAL	25/05/2016	14,95 €	15,49	0,54 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		PÃO AÇUCAR ST.TIRSO	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO-SINTRA	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO-ALMADA	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		LECLERC SANTARÉM	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO-ALVERCA	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		LECLERC-VALONGO	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO-ALFRAGIDE	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO-ARRÁBIDA SHOP	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO COIMBRA	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		LECLERC FAMALIÇÃO	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO-MAIA	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO VISEU	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		LECLERC-BOBADELA	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO-CASTELO BRANCO	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		JUMBO VILA REAL	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		PÃO AÇUCAR CARREGADO	25/05/2016	14,99 €	15,49	0,50 €	0,97	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		PÃO AÇUCAR GUARDA	25/05/2016	15,48 €	15,49	0,01 €	1,00	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307
		LECLERC VIANA CASTEL	25/05/2016	15,48 €	15,49	0,01 €	1,00	PRIMEDRINKS	FAMOUS GROUSE	307

1027.No documento Primedrinks219, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 27.03.2017, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) começa por enviar o seguinte *shopping* à Primedrinks³⁰⁷:

From: [REDACTED]
Sent: 27 de março de 2017 17:06
To: [REDACTED]
Subject: SHOPPING FAMOUS GROUSE

Boa tarde [REDACTED]

Para informação:

³⁰⁷ Excerto.


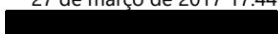
# Artigo	Artigo	Insignia Concorrente	Concorrente	PVP Concorrência	PVP Convertido
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO GUIMARAES	14.99	14.99
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO GONDOMAR	15.49	15.49
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	LECLERC	LECLERC-VALONGO	14.9	14.9
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO-MAIA	15.49	15.49
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO-ARRÁBIDA SHOP	15.49	15.49
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO-AVEIRO	15.49	15.49
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	LECLERC	LECLERC BRAGA	15.49	15.49
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO-ALFRAGIDE	15.5	15.5
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO-ALMADA	14.49	14.49
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	INTERMARCHÉ	INTER-BRAGANÇA	15.49	15.49
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO VILA REAL	15.49	15.49
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	LECLERC	LECLERC VIANA CASTEL	15.48	15.48
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	PÃO DE AÇÚCAR	PÃO AÇUCAR ST.TIRSO	15.35	15.35
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	LECLERC	LECLERC LOUSADA	15.97	15.97
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO VISEU	15.39	15.39
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	PÃO DE AÇÚCAR	PÃO AÇUCAR GUARDA	15.48	15.48
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO-CASTELO BRANCO	14.99	14.99
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO-SETUBAL	15.49	15.49
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO-ALVERCA	15.49	15.49
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	LECLERC	LECLERC- CALDAS	14.99	14.99
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO TORRES VEDRAS	14.99	14.99
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO-SINTRA	14.99	14.99
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO-FARO	15.49	15.49
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO PORTIMÃO	12.34	12.34
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO	JUMBO COIMBRA	15.09	15.09
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	PÃO DE AÇÚCAR	PÃO AÇUCAR EIRAS	15.79	15.79

Ao dispor para qualquer esclarecimento adicional
Cumprimentos,


 Direcção Comercial Alimentar
 Analista de Vinhos Correntes / Espirituosas / Espumantes / Fortificados



1028.Em resposta, a Primedrink (CONFIDENCIAL – Dados Pessoais) assegura que irá “intervir”:

De: 
Enviado: 27 de março de 2017 17:44
Para: 
Assunto: RE: SHOPPING FAMOUS GROUSE

Olá ,

Obrigada pela informação. Vamos intervir.



31.1.2.2.1 *Pronúncia das Visadas*

1029. Relativamente ao controlo e monitorização dos PVP realizado pelas empresas de distribuição visadas, estas entendem que constitui uma prática lícita, utilizada por todos os intervenientes no mercado e que o contacto posterior com a Primedrinks se deve à negociação de condições tão vantajosas como as detetadas³⁰⁸.

1030. De acordo com a Primedrinks, *“nos casos em que um distribuidor retalhista recolhia informação (publicamente disponível), evidenciando diferenças do PVP de retalhistas concorrentes relativamente ao PVR sugerido, e quando enviava essa informação à Primedrinks, fazia-o reclamando: (i) descontos adicionais (presentes ou futuros); ou (ii) compensações monetárias”*. Entende que, nesses casos, as empresas de distribuição reagem *“acompanhando a descida de preços no mercado de retalho, ou até indo abaixo desse nível de preços, sem, no entanto, sacrificar a sua margem, antes pretendendo mantê-la à custa do fornecedor, i.e., da Primedrinks”*.

1031. A MCH defende que a prática em causa – denominada de *shopping* na gíria do setor – se trata de *“um mecanismo de market expertise levado a cabo pelos retalhistas em relação a uma larguíssima gama de produtos”* e que é legítima, comum e generalizada no setor do retalho alimentar, usada pela maioria das empresas (fornecedores e distribuidores) e relativa a uma multiplicidade de produtos. Também afirma que *“é perfeitamente possível que, em certos casos, a MCH se “queixe” a um fornecedor, por exemplo à Primedrinks, usando como argumento, os preços praticados pela concorrência”*, com o objetivo de aceder igualmente a tais condições grossistas mais favoráveis. Acrescenta que, nesse contexto, a linguagem utilizada é intencional, para que o distribuidor se evidencie, criando empatia com o fornecedor.

1032. A Auchan alega que a prova apresentada não permite concluir por um envolvimento da Auchan na conduta em causa, pelo contrário, que a mesma tem carácter exculpatório.

1033. A Pingo Doce afirma que *“necessita de, em permanência, fazer o benchmarking da concorrência, única forma de poder oferecer constantemente os melhores preços (no que não se confunde com uma monitorização que tem em vista alinhamentos de PVP) (...)”*. Entende que esta monitorização é normal e lícita, já que *“num mercado*

³⁰⁸ Cf. PNI Primedrinks capítulo III; Cf. PNI MCH capítulo II.E; Cf. PNI Auchan capítulo 1.2.2.; Cf. PNI Pingo Doce páginas 75 e ss., 112 e ss. e 196 e ss.; Cf. PNI ITMP capítulo III.11.; Cf. PNI Lidl capítulo D.3.3.2.; Cf. PNI Cooplenorte parágrafo 81.

concorrencial, qualquer empresa atua tendo sempre presente o comportamento dos seus fornecedores, concorrentes e clientes”. Quanto ao envio de shoppings para o fornecedor, defende que este “tem que ver, muitas vezes, com a sinalização de que existem preços de concorrentes mais baixos, pelo que será necessário o fornecedor compartilhar campanhas promocionais, conceder melhores condições comerciais (por exemplo, desconto em fatura), ou baixar o seu preço de venda a Pingo Doce, etc”.

1034. Segundo a ITMP, “é procedimento comum, e de saudável concorrência, que os operadores do mercado da distribuição realizem ações de shopping”, o que não significa que exista qualquer procedimento de fixação e alinhamento de PVP. Afirma ainda que a prova apresentada se refere às lojas que operam sobre a insígnia Intermarché, que são sociedades comerciais autónomas, independentes e distintas da Visada ITMP.

1035. A Lidl defende que não é parte dos elementos probatórios apresentados, nem é nestes referido e que, à data de certas comunicações em causa, não vendia os produtos da Primedrinks mencionados nas mesmas.

1036. A Cooplecnorte refere que não há elementos probatórios que comprovem que esta “tenha sequer monitorizado os preços em prática no mercado”.

31.1.2.2.2 Apreciação da Autoridade

1037. Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos que a AdC descreve em maior detalhe na presente Decisão, a AdC conclui pela improcedência da impugnação quanto à matéria de facto que subjaz ao controlo e monitorização dos PVP realizado pelas empresas de distribuição visadas.

1038. Com efeito, não se exclui a licitude da realização de ações de *shopping*. Isto é, aceita-se que é normal as empresas procedam a ações *benchmarking* no sentido de perceberem qual o seu posicionamento relativo no mercado, face aos concorrentes.

1039. Mas o que a prova recolhida no presente processo contraordenacional demonstra não é apenas a realização de ações de *shopping* por parte das empresas de distribuição visadas.

1040. Nem é apenas, como alegam, a transmissão dos resultados dessas iniciativas ao fornecedor no sentido de obterem para si mesmas melhores condições comerciais que lhes permitam competir no retalho.

1041. É manifesto, aliás, que o intuito principal não é, nunca, o de competir no mercado retalhista, mas antes o de assegurar que o alinhamento de preços seja feito, preferencialmente, pelos PVP de nível mais elevado, ou, na impossibilidade de garantir o alinhamento desses, o de promover o alinhamento dos PVP (desviados) mais baixos.
1042. Ou seja, o que resulta do conjunto de documentos analisados *supra* a propósito deste tipo de comportamentos é que as empresas de distribuição visadas adotam ações de controlo e monitorização de PVP, primeiramente, para detetar desvios aos PVP definidos pelo fornecedor e para promover a correção desses desvios.
1043. É particularmente impressionante e revelador desta conduta o documento MCH1480, melhor descrito *supra* nos parágrafos 1021 a 1022, em que, perante um envio de *shopping* de diversos seus concorrentes por parte da MCH, “*para conhecimento e análise*” da Primedrinks, esta ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) responde da seguinte forma:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 7 de agosto de 2012 10:56
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping

Bom dia [REDACTED].

Pingo Doce já só aparece 1.
MP aparecem muitos repetidos, mas está fora.
Leclerc vamos resolver de seguida.

Assumo que podemos avançar para 6,99 e desbloquear o produto (que se encontra suspenso para compras).

|
Aguardo o seu feedback.

Obrigado

[REDACTED]



.....
[REDACTED]
National Account Manager

1044. Só após essa indicação da Primedrinks de que o mercado já se encontra praticamente todo alinhado e que os desvios residuais serão prontamente corrigidos é que a MCH aceita alterar o PVP “*com efeitos a partir de amanhã*” (cf. documento Primedrinks269).

1045. De facto, apenas perante o insucesso dessa correção é que, num plano de contingência, é interpelado o fornecedor para que, pelo menos, garanta condições (grossistas) comerciais que permitam à empresa de distribuição igualar o preço desviado³⁰⁹, mantendo o mercado alinhado, embora num nível de PVP inferior.

1046. A própria Primedrinks confirma a existência dessa conduta, ao referir, na sua PNI³¹⁰, que *“em caso de desvio do PVP relativamente ao PVR por parte de algum distribuidor, os distribuidores concorrentes alinhavam os seus PVP pelo preço (mais baixo) praticado pelos seus concorrentes, sem, contudo, deixarem de impor ao fornecedor, à Primedrinks, o pagamento dessa diferença”*.

1047. Note-se que os pedidos ao fornecedor são explícitos a esse título. Veja-se o documento Primedrinks849, melhor descrito *supra* nos parágrafos 1026 e 1027:

De: [REDACTED]
Enviado: 1 de junho de 2016 11:14
Para: [REDACTED]
Assunto: Recolhas Shopping 25-05 (307)
Anexos: Shopping Primedrinks.xlsx

Bom dia [REDACTED],

Envio em anexo recolhas de artigos da vossa gama, da categoria 307.

Face aos preços praticados por algumas insígnias, verificamos que as nossas lojas ficam em situação de descompetitividade. Agradecemos a vossa atenção para regularização desta situação no mercado.

Alternativamente, e em último caso, solicitamos propostas de ações promocionais que beneficiem os clientes Sonae com os melhores preços.

Aguardo feedback

Obrigada

Melhores cumprimentos,

[REDACTED]
Analista de Preço
Direcção Comercial Alimentar – Wines&Spirits
E-mail: [REDACTED]
Tel: [REDACTED]

SONAE MC



³⁰⁹ E não competir com aquele preço, praticando um outro ainda mais baixo.

³¹⁰ Cf. PNI Primedrinks capítulo III.

1048. Ou seja, relativamente à prática de *shopping*, reitera-se que esta não é ilícita em si mesma. Mas passa a sê-lo quando se torna num meio de as Visadas identificarem desvios face ao posicionamento de PVP concertado e para que a Primedrinks interceda junto das empresas de distribuição concorrentes desviantes, solicitando a correção dos desvios e garantindo o alinhamento de PVP no mercado.
1049. Com efeito, a linguagem utilizada é clara e inequívoca, não deixando margem para uma eventual confundibilidade com negociações de condições comerciais mais favoráveis.
1050. De facto, de que maneira é que a resposta da Primedrinks no documento MCH1480, face ao envio da MCH de *shopping* com as lojas de empresas concorrentes, ao assegurar que “*Pingo Doce já só aparece 1*” e que “*Leclerc vamos resolver de seguida*”, se pode interpretar como sendo uma negociação de condições comerciais idênticas para a MCH?
1051. Pelo contrário, demonstra que a MCH estava a sinalizar à Primedrinks desvios face ao PVP concertado para aquele produto nas empresas concorrentes e que a Primedrinks lhe responde a assegurar que vai “*resolver*” essa situação nas lojas da Cooplecnorte e que na Pingo Doce “*já*” está resolvido, exceto um caso.
1052. Ademais, em resposta a essa alegada negociação – que, como se demonstra, nada tem de negociação, sendo, sim, um reporte de desvio e uma anuência quanto à sua correção – a MCH aceita alterar o PVP “*com efeitos a partir de amanhã*”, uma vez que percebeu que a Primedrinks tinha feito o seu papel de correção dos desvios identificados.
1053. Outra situação consta do documento MCH1385 descrito *infra*, em que a MCH, ao detetar que o PVP praticado pela ITMP no vinho Monte Velho é inferior ao por si praticado, dirige-se imediatamente à Primedrinks afirmando que tem de ter uma “*solução*”, pois não pode estar a vender esse produto mais caro.
1054. Da resposta da Primedrinks percebe-se que essa “*solução*” não passa pela negociação de condições mais favoráveis com a MCH para que esta possa baixar o PVP do artigo em causa.
1055. Pelo contrário: é feito um contacto com a loja onde foi detetado o PVP mais baixo e “*a loja [no caso, a ITMP] comprometeu-se a mudar para amanhã*”.
1056. O teor dos documentos mencionados, bem como dos restantes que constituem o acervo probatório do processo, é inequívoco ao demonstrar que a prática de *shopping* pela

Primedrinks e pelas empresas de distribuição visadas tinha um propósito ilícito, o de detetar desvios e solicitar o alinhamento dos preços.

1057. Concluindo, o teor das comunicações *supra* referidas 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.
1058. Só perante o insucesso da correção de desvios é que existe a tentativa de (re)negociação de condições comerciais grossistas e sempre no sentido de permitir à empresa de distribuição que reporta o desvio alinhar pelo preço desviado.
1059. No que respeita às demais afirmações da Primedrinks, relacionadas com o racional para o seu envolvimento neste tipo de comportamentos, reitera-se que se tratam de matérias que envolvem a relação contratual estabelecida entre a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas, que caem no âmbito da liberdade contratual das partes e que nesse âmbito deverão ser dirimidas, que não pode justificar uma infração às normas jusconcorrenciais, pelo que se remete para o que já foi referido no ponto anterior a este propósito.
1060. Finalmente, no que respeita (i) à afirmação da Auchan sobre o carácter exculpatório de alguns elementos de prova, (ii) à relação entre as lojas Intermarché e a Visada ITMP e (iii) à afirmação da Lidl sobre a não comercialização de determinados produtos da Primedrinks à data de certas comunicações, as mesmas serão apreciadas e respondidas *infra* na secção 31.2.
1061. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto que subjaz ao controlo e monitorização dos PVP realizado pelas empresas de distribuição visadas (cf., *supra*, secção 31.1.2.2), não podendo proceder, porque não suportados pela prova, os argumentos apresentados a este respeito pelas Visadas.

31.1.3 Correção de desvios

1062. Os elementos probatórios demonstram igualmente que, sendo detetado algum desvio face aos PVP pretendidos e concertados com todas as empresas de distribuição visadas, a empresa de distribuição desviante é pressionada para proceder, com a maior brevidade possível, à correção/reposicionamento do PVP e ao alinhamento horizontal com o resto do mercado.

1063. No documento Primedrinks91, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 25.02.2015 e 02.03.2015 entre uma KAM e uma *sales activator* da Primedrinks, e que integra uma cadeia de *emails* que será analisada com maior detalhe *infra* na presente secção, demonstra com clareza qual o procedimento que deve ser seguida “quando temos pvr’s abaixo da nossa política comercial”, ou seja, quando a Primedrinks toma conhecimento da existência de um desvio por parte de uma empresa de distribuição face às recomendações ou PVP concertados:

From: [REDACTED]
Sent: 27 de fevereiro de 2015 10:31
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: recolhas Hendrick's

Bom dia [REDACTED],

Quando temos pvr’s abaixo da nossa politica comercial, a 1ª coisa a fazer é tentar saber se estão a responder a algum concorrente?
Reúnes toda a informação e após este trabalho deverás falar com o cliente.
Se a área de influência da loja inclui lojas do routing de um colega, debes tb falar com ele e perceber se terão que trabalhar em conjunto para alterar a situação anómala.
Em anexo, exemplo do feedback de um colega de equipa.
Se precisares de ajuda, apita!
Bjos,
[REDACTED]

1064. Os elementos probatórios constantes dos autos demonstram que a confirmação do reposicionamento de PVP por empresas de distribuição concorrentes é essencial para que a empresa de distribuição recetora proceda, também ela, ao reposicionamento do PVP, em conformidade com o concertado.

1065. Uma situação prática de verificação destas condutas consta do documento MCH1385, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 19 e 23.05.2011, com o assunto “Preços concorrência”, em que a MCH ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) ao detetar que o PVP praticado pela ITMP no vinho Monte Velho é inferior ao por si praticado, dirige-se imediatamente à Primedrinks nos seguintes termos:

From: [REDACTED]
Sent: domingo, 22 de Maio de 2011 11:38
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Preços concorrência

Boa tarde,
Esta 2ª feira temos que ter uma solução, pois não podemos ter mais caro.

Cumprimentos,
[REDACTED]
Direcção Comercial Alimentar

[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 20 de Maio de 2011 12:50
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Preços concorrência

Aguardo os seus comentários.

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 19 de Maio de 2011 16:25
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Preços concorrência

Boa tarde.

Informo que a concorrência tem os artigos em anexo com um PVP inferior à nossa loja.
Solicito alinhamento para acompanharmos os mesmos.
Obrigado

COD	ARTIGO	COD	CONCORRENTE	PVPConc	MD Pombal
2051005	VT ALENT MONTE VELHO 2009 75CL	11292	INTER-POMBAL	3,99	4,49

1066.A Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) apresenta então a solução para que a MCH não tenha, nas suas lojas, o mesmo produto com um PVP mais caro: “a loja [no caso, a ITMP] *comprometeu-se a mudar para amanhã*”:

From: [REDACTED]
Sent: segunda-feira, 23 de maio de 2011 15:42
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Preços concorrência

Bom dia,

Só vi o mail hoje. O vendedor foi à loja há pouco e ligou-me agora. A loja comprometeu-se a mudar para amanhã. Quando voltam a fazer shopping?

[REDACTED]

1067.No documento Primedrinks327, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 17.04.2012, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) confirma à MCH que o vinho Monte Velho “*no Pingo Doce, amanhã já está alterado*”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 17 de Abril de 2012 17:35
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: MVT

Boa tarde [REDACTED]

MVT no Pingo Doce, amanhã já está alterado.

MC,



[REDACTED]
Senior Key Account Manager

1068.Em resposta, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) questiona se também a Auchan reposicionou o PVP, referindo que, apesar de não conseguir fazer alterações de PVP nesse próprio dia, irá no entanto proceder à alteração “*para quinta-feira em função do shopping*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 17 de abril de 2012 17:38
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: FW: MVT

Boa tarde [REDACTED]

E Jumbo?

A esta hora Já não consigo efetuar alterações de PVP para amanhã, mas quando chegar amanhã vou pedir confirmações à nossa equipa de shopping e altero para quinta-feira em função do shopping.

[REDACTED]
Analista de Preço
DCA - Un. Bebidas



1069.No documento Primedrinks336, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónica realizada entre 25 e 26.07.2013, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) solicita à Primedrinks “uma solução” para o facto de a ITMP se encontrar a praticar um PVP inferior ao praticado por uma loja MCH no vinho Casal Garcia:

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 25 de Julho de 2013 22:00
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: 4718975 - Vvb Casal Garcia 1lt

Boa tarde,
Necessitamos de uma solução. Obrigada.

Cumprimentos,

[REDACTED]
Direção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
tel: [REDACTED]
Mail: [REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 25 de Julho de 2013 7:09
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: 4718975 - Vvb Casal Garcia 1lt

Bom dia.

O Inter está a comercializar também a garrafa de 1 Litro, embora na visita do dia de ontem o PVP já se encontrava a 3,19€.

Solicito alinhamento do PVP para esse valor.

Obrigado

1070. Em resposta, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) assegura que vai intervir na ITMP:

De: [REDACTED]
Enviado: 26 de julho de 2013 14:55
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: 4718975 - Vvb Casal Garcia 1lt

Boa tarde,

Vou pedir ao meu colega que intervenha no itmi.
Obrigada!

1071. No documento Primedrinks80, que consiste numa mensagem de correio eletrónico de 14.01.2014, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) transmite internamente que a Pingo Doce “*amanhã vai subir o que tem de subir*” e que “*fica só a faltar alinhar os Auchan*”, pelo que “*é meter os meninos na ordem*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 14 de janeiro de 2014 18:43
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: Auchan - prioridade máxima

Caríssimos,

É hora do tudo ou nada. A JMR amanhã vai subir o que tem de subir, por isso só nos fica a faltar alinhar os Auchan.

Por isso já sabem, é meter os meninos na ordem.

Bom trabalho!



.....
[REDACTED]
Key Account Manager

1072. No documento Primedrinks1003, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizadas entre 21 e 24.03.2014, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) envia “*as recolhas desta semana*” à Primedrinks:

From: [REDACTED]
Sent: segunda-feira, 24 de Março de 2014 09:49
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Book3.xlsx
Importance: High

FYI

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 21 de Março de 2014 15:40
To: [REDACTED]
Subject: Book3.xlsx
Importance: High

Olá [REDACTED],

Junto envio as recolhas desta semana.

Obrigado.

Melhores Cumprimentos,

[REDACTED]
Analista de Preço

Direcção Comercial Alimentar
Un. Lactínios & Bebidas



1073. Um KAM da Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) reencaminha internamente o shopping³¹¹ aos sales activators para que estes “actuem nas lojas abaixo rapidamente para evitarmos problema de maior”:

From: [REDACTED]
Sent: segunda-feira, 24 de Março de 2014 10:45
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Recolhas - TFG, Grant's e Moscatel CEF
Importance: High

Bom dia,

Preciso que actuem nas lojas abaixo rapidamente para evitarmos problema de maior.

³¹¹ Excerto.

#Artigo	Artigo	Concorrente	Data Envio SPVP	PVPConc
2050129	WHISKY GRANT'S 70CL	INTER. SETUBAL	19-03-2014	10,99 €
2050129	WHISKY GRANT'S 70CL	INTER-BRAGANÇA	19-03-2014	10,99 €
2050129	WHISKY GRANT'S 70CL	INTER-GUARDA	19-03-2014	10,99 €
2050129	WHISKY GRANT'S 70CL	INTER-MAFRA	19-03-2014	9,75 €
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	INTER-MAFRA	19-03-2014	13,99 €
4317115	MOSCATEL CASA E.FREITAS DO SET C CX 75CL	INTER-MAFRA	19-03-2014	4,89 €
2050129	WHISKY GRANT'S 70CL	INTER-MASSAMÁ	19-03-2014	10,99 €
2050129	WHISKY GRANT'S 70CL	INTER-PORTALEGRE	19-03-2014	8,98 €
2050129	WHISKY GRANT'S 70CL	INTER-V FRANCA XIRA	19-03-2014	10,99 €
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO AMADORA	19-03-2014	13,99 €
4317115	MOSCATEL CASA E.FREITAS DO SET C CX 75CL	JUMBO AMADORA	19-03-2014	5,79 €
2050129	WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO COIMBRA	19-03-2014	11,09 €
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO COIMBRA	19-03-2014	13,99 €
2050129	WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO GONDOMAR	19-03-2014	10,99 €
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO GONDOMAR	19-03-2014	13,49 €
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO GUIMARAES	19-03-2014	13,57 €
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO MATOSINHOS	19-03-2014	13,99 €
2050129	WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO PORTIMÃO	19-03-2014	10,99 €
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO PORTIMÃO	19-03-2014	13,95 €
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO TORRES VEDRAS	19-03-2014	13,99 €
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO VILA REAL	19-03-2014	13,99 €
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO VISEU	19-03-2014	10,79 €
2050129	WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO-ALFRAGIDE	19-03-2014	11,09 €
2050270	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	JUMBO-ALFRAGIDE	19-03-2014	14,05 €
4317115	MOSCATEL CASA E.FREITAS DO SET C CX 75CL	JUMBO-ALFRAGIDE	19-03-2014	5,99 €
2050129	WHISKY GRANT'S 70CL	JUMBO-ALMADA	19-03-2014	11,15 €

Obg,



1074. Posteriormente, o referido KAM ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) questiona internamente à Diretora do canal alimentar da Primedrinks, [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais], se há possibilidade de a Lidl subir o preço de um determinado produto:

De: [REDACTED]
Enviado: 24 de março de 2014 10:46
Para: [REDACTED]
Assunto: FW: Recolhas - TFG, Grant's e Moscatel CEF

Importância: Alta

[REDACTED]

Vê se consegues que os gajos do LIDL subam o preço de Famous sff.

Obg,



.....
[REDACTED]
Key Account Manager

1075. Os documentos Primedrinks569, Primedrinks 575, Primedrinks617, Primedrinks624, Primedrinks623, Primedrinks622, Primedrinks621, Primedrinks620, Primedrinks91, Primedrinks619 e Primedrinks147, constituem mensagens de correio eletrónico trocadas entre os dias 09.02.2015 e 03.03.2015, e que demonstram qual é o *modus operandi* utilizado pelas empresas Visadas na deteção e correção dos PVP de empresas de distribuição desviantes.

1076. Neste caso concreto, o processo de correção de desvios aos PVP que se encontram alinhados no mercado no gin Hendricks, tem início no envio de *shopping* da MCH ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) à Primedrinks – cf. documento Primedrinks569³¹²:

³¹² A tabela é junta em anexo ao *email*.

De: [REDACTED]
Enviado: 9 de fevereiro de 2015 15:45
Para: [REDACTED]
Assunto: recolhas Hendrick's
Anexos: Book7.xlsx

Boa tarde

Conforme acordado envio recolhas de Hendrick's

Os melhores cumprimentos,

[REDACTED]

Analista de Preço
Direção Comercial Alimentar
UN. DPH & HARD DRINKS


SONAEMC

1077.A tabela é reencaminhada internamente por uma KAM da Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) que solicita aos “*sales activators Off*” da empresa uma “*intervenção urgente*” nas lojas Auchan - cf. documento Primedrinks575:

From: [REDACTED]
Sent: 18 de fevereiro de 2015 14:59
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: recolhas Hendrick's

Boa tarde,

Solicito a V/ intervenção urgente nas lojas em anexo, sff.
Fico a aguardar feedback até final da próxima semana.
Obrigada!

Bjos,
[REDACTED]

1078.A verdade é que, neste caso, por razões diversas, os *sales activators* enfrentam algumas dificuldades em proceder à correção desses desvios. O primeiro *feedback* é relativo à loja Auchan de Castelo Branco – cf. documento Primedrinks617:

De: [REDACTED]
Enviado: 25 de fevereiro de 2015 20:56
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: FW: recolhas Hendrick's
Anexos: Book7.xlsx

Olá [REDACTED]

Jumbo Castelo Branco

Estive hoje na loja, a responsável [REDACTED] tem instruções rigorosas da central para praticar 3% abaixo do mercado.

Pvp 32.96 -3% que o Continente 33.98.

Bjs,
[REDACTED]

1079. Também nas lojas Auchan de Gondomar, Matosinhos, Maia e Sto. Tirso, os *sales activators* sentem dificuldades semelhantes – cf. documento Primedrinks624 e Primedrinks623:

From: [REDACTED]
Sent: 26 de fevereiro de 2015 10:30
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: recolhas Hendrick's

[REDACTED]
Respostas a amarelo no teu e-mail

From: [REDACTED]
Sent: 25 de fevereiro de 2015 22:07
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: recolhas Hendrick's

Bom dia [REDACTED],

Nas lojas de Gondomar e Matosinhos, nada feito. Os Chefes estão de férias. Não há ninguém a substituir que possa resolver a situação?

Na Maia falei com o Sr. [REDACTED] e disse que ia verificar se estava a responder a shopping. Tens de ter essa informação. Não visitas as lojas concorrentes?

Em Sto Tirso, tenho Hendrick's em ruptura há duas semanas e apesar das inúmeras vezes que alertei o Sr. [REDACTED], a situação mantém-se.

Obrigada!

1080. Já nas lojas Auchan de Coimbra, Viseu e Aveiro, o cenário afigura-se bem diferente, com a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) a confirmar internamente que conseguiu a alteração dos PVP – cf. documento Primedrinks622:

De: [REDACTED]
Enviado: 26 de fevereiro de 2015 23:33
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: recolhas Hendrick's

Bom dia [REDACTED]

Relativamente as minhas lojas Jumbo Coimbra, Viseu e Aveiro esta semana passei em todas e o Pvp de Hendricks foi alterado para hoje sexta dia 27 Fevereiro.

Hoje irei confirmar pessoalmente se é verdade ou nao (Eu acredito que sim)sendo assim o cenario será :

- Jumbo Coimbra – 33.98
- Jumbo Aveiro – 33.98
- Jumbo Viseu – 33.89

No que diz respeito aos PA's =

- PA Coimbra – Eiras esta correcto, so falta PA da Guarda que so vou la na proxima semana.

NOTA : Informo tambem o seguinte :

- As Lojas Auchan / PA tem indicações especificas e directas da central para dentro do seu Portofolio de artigos variados (cerca de 40 a 75%), para no shooing desse mesmo gupo de artigos fazer uma rebaixa de pvp de cerca de 3%, isto em Varias zonas do Pais .
- Por isso estes pvp's do Hendricks foram abrangidos pelos tais (3%), porque esta incluido no grupo de artigos de shooing (40 a 75%).
- Estarei atento na proxima semana se vai haver de novo alteraçao de pvp's (de Hendrick's e nao só)a partir de 4ª Feira (dia que é incerido o shooing recolhido em outras cadeias e é lançada a rebaixa de 3%).

Alguma Duvida Digam,

Cumps,



.....
[REDACTED]
Sales Activator

1081.Já o *feedback* dos *sales activators* da Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) nas lojas Auchan de Vila Real e de Guimarães é negativo, sendo que apenas na loja de Gaia o PVP foi corrigido - cf. documento Primedrinks621:

De: [REDACTED]
Enviado: 27 de fevereiro de 2015 18:23
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: recolhas Hendrick's

Boa tarde,

Aqui vai o ponto de situação:
JUMBO GAIA – Corrigui para 33,98€
JUMBO V. REAL – KO (32,94€)
JUMBO GUIMARÃES – KO (32,98€)
Estes alegam ter indicações superiores para estar cerca de 3% abaixo do preço de mercado.

Cumps

[REDACTED]

1082.O mesmo cenário negativo no que diz respeito à alteração de PVP verifica-se nas lojas de Almada, Alfragide e Amadora - cf. documento Primedrinks620:

De: [REDACTED]
Enviado: 2 de março de 2015 00:09
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: recolhas Hendrick's

[REDACTED]

Falei com Almada, Alfragide e Amadora , todos disseram que iriam mudar mas depois fui a loja e nada feito.

Vou enviar email hoje de novo e para a semana passo feedback.

Bjs,



[REDACTED]

Sales Activator

1083.No que concerne às lojas Auchan de Gondomar, Matosinhos, Maia e Sto. Tirso, a *sales activator* esclarece quais as especificidades destas lojas que estão na origem das dificuldades que tem em proceder à correção e alteração de PVP - cf. documento Primedrinks91:

From: [REDACTED]
Sent: 26 de fevereiro de 2015 23:06
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: recolhas Hendrick's

Olá [REDACTED],

Como sabes, as pessoas autorizadas nas lojas para mexer em preços serão os chefes de Secção e/ou o Director de Loja. Liguei para as lojas e foi-me dito que teria de aguardar pelo fim das férias dos responsáveis.

Quanto ao Jumbo da Maia, as lojas concorrentes que eu visito são Sonae e essas têm o preço alinhado. Além disso e segundo me informaram, esta loja responde ao shopping de Leclerc de Valongo, loja que não é visitada por mim. Ontem enviei um email ao Sr. [REDACTED] mas ele ainda não respondeu. Liguei para a loja e foi-me dito que não estava. Amanhã tentarei novamente.

Obrigada!

1084. Neste caso, a KAM da Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) explica sinteticamente qual o procedimento que deve ser seguido “*quando temos pvr’s abaixo da nossa politica comercial*”:

From: [REDACTED]
Sent: 27 de fevereiro de 2015 10:31
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: recolhas Hendrick's

Bom dia [REDACTED],

Quando temos pvr’s abaixo da nossa politica comercial, a 1ª coisa a fazer é tentar saber se estão a responder a algum concorrente?
Reúnes toda a informação e após este trabalho deverás falar com o cliente.
Se a área de influência da loja inclui lojas do routing de um colega, debes tb falar com ele e perceber se terão que trabalhar em conjunto para alterar a situação anómala.
Em anexo, exemplo do feedback de um colega de equipa.
Se precisares de ajuda, apita!
Bjos,
[REDACTED]

1085. A sales activator da Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) garante que irá “*recolher essas informações nas lojas*” e que “*amanhã dou-te updates*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 2 de março de 2015 00:37
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: recolhas Hendrick's

Olá [REDACTED],

Amanhã vou recolher essas informações nas lojas, uma vez que amanhã os que estão de férias regressam. Quanto a algumas informações que estão no email, eu fiquei a par delas mas como não foi nenhum clinete que me disse, queria confirmar antes de te passar.

Amanhã dou-te updates.

Obrigada!

1086.No dia seguinte, a *sales activator* ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) transmite a justificação dada pelo Chefe de Secção do Jumbo de Gondomar para o PVP praticado pela Auchan mas que este garante que “na 4ª feira será dia de ver o shopping e que vai ver o que pode fazer” - cf. documento Primedrinks147:

From: [REDACTED]
Sent: 2 de março de 2015 22:00
To: [REDACTED]
Subject: RE: recolhas Hendrick's

Olá [REDACTED],

Hoje no Jumbo de Gondomar foi-me referido pelo Chefe de Secção aquela situação do pvp do Hendricks ser abrangido pelos 3% que está incluído no grupo de artigos de shopping (40 a 75%).
Disse-me que na 4ª feira será dia de ver o shopping e que vai ver o que pode fazer.

Há agora a situação de na Sonae estar a 31.50.

No Jumbo de Matosinhos, havia Reunião de Direcção e não fui atendida.

Amanhã passo na loja da Maia.

Obrigada!

1087.A KAM da Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**])a) refere que a loja pode, neste caso concreto, proceder à alteração do PVP, e solicita à *sales activator* o seguinte:

De: [REDACTED]
Enviado: 3 de março de 2015 10:13
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: recolhas Hendrick's

Olá [REDACTED],

O “cabaz dos 3%” pode ser alterado pela loja, pois não é fixo pela central.
Tenta retirar o Hendrick 's dessa situação, sff.
Obrigada!

Mc,
[REDACTED]

1088.Por fim, esclarece-se a situação nas lojas Auchan de Torres Novas e Alverca - cf. documento Primedrinks619:

De: [REDACTED]
Enviado: 2 de março de 2015 00:51
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: recolhas Hendrick's

Olá [REDACTED]

Jumbo de Torres Vedras – já falei com a loja e ela disse que ia mudar mas ainda não voltei à loja para poder confirmar.

Jumbo de Alverca – o [REDACTED] diz que é o posicionamento de shopping nacional e portanto só mudará quando este posicionamento se alterar, por este motivo, não consegui alterar ainda.

Algums questão, diz-me.

Bjs,



.....
[REDACTED]
Sales Activator

1089.No documento Primedrinks137, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 21.01.2016, a Pingo Doce ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) alerta a Primedrinks para os PVP praticados por algumas lojas Auchan e ITMP no vinho Casal Garcia:

From: [REDACTED]
Sent: 21 de janeiro de 2016 14:06
To: [REDACTED]
Subject: CG

Intermarché Famões - 2,99€ - Preço recolhido ontem, confirmado também no site do Intermarché ao dia de hoje.
Jumbo Alverca - 3,38€ - Preço da semana passada. Vamos confirmar este preço ao dia de hoje.
Junto envio o preço do Jumbo de Sintra ao dia de hoje - 3,49€

Cumprimentos,
[REDACTED]

1090.Em resposta, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) assegura que vai “*intervir loja a loja*”, aproveitando para pedir a “*colaboração*” da Pingo Doce, atendendo a que a loja de “*Mem Martins está com pvp’s mais baixos que o Jumbo de Sintra*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 21 de janeiro de 2016 14:42
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: CG

[REDACTED]

Vamos intervir loja a loja.
Como sabe estas insígnias são descentralizadas.
Hoje à tarde vou reunir com Auchan.
Atenção que a V/ loja de Mem Martins está com pvp´s mais baixos que o Jumbo de Sintra (ex. CEF T e B a 2,22)
Peço a V/ colaboração, sff.
Obrigada!
MC,
[REDACTED]

1091. Veja-se também o documento Primedrinks199, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 11 e 12.09.2016, em que a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) após recebe um *shopping* da MCH, refere internamente que a Cooplecnorte tinha “*garantido alteração no início de Setembro*”, pelo que “*amanhã vou tentar resolver com a central*”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 11 de Setembro de 2012 21:35
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping - Asti Gancia

[REDACTED]

No caso do Leclerc tem de ser alterado o pvp incontornável.
A central tinha-me *garantido alteração no início de Setembro...*

Amanhã vou tentar resolver com a central.

Bjs.



.....
[REDACTED]

1092. No documento Primedrinks968, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 16 e 20.03.2017, a KAM da Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) envia internamente um *shopping*³¹³ com os PVP

³¹³ Excerto.

desalinhados em lojas Auchan e Cooplecnorte, solicitando a intervenção dos *sales activators* nas lojas Auchan e Cooplecnorte:

From: [REDACTED]
Sent: 16 de março de 2017 15:12
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]

Subject: Hendrick's

Boa tarde,

Solicito a V/ intervenção nas lojas, sff.
Aguardo feedback até final da próxima semana,
Obrigada!

#Artigo	Descrição Artigo	Concorrente	Data Recolha	Preço
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO AMADORA	26-02-2017	33.45
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO GONDOMAR	26-02-2017	33.45
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO GUIMARAES	26-02-2017	33.45
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO MATOSINHOS	26-02-2017	33.45
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO PORTIMÃO	26-02-2017	29.99
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO TORRES VEDRAS	26-02-2017	33.45
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO VILA REAL	26-02-2017	33.45
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO VISEU	26-02-2017	33.45
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO-ALFRAGIDE	26-02-2017	33.59
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO-ALMADA	26-02-2017	33.45
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO-ARRÁBIDA SHOP	26-02-2017	33.45
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO-CASTELO BRANCO	26-02-2017	33.45
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO-FARO	26-02-2017	33.89
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO-MAIA	26-02-2017	33.89
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO-SETUBAL	26-02-2017	33.75
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	JUMBO-SINTRA	26-02-2017	33.45
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	LECLERC AMORA	23-02-2017	33.99
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	LECLERC BRAGA	26-02-2017	34.49
4645909	GIN HENDRICK'S 70CL	LECLERC FAMALIÇÃO	23-02-2017	31.99

1093. Mais tarde, é confirmado internamente “os *pvps* já estão ok 34,99€” em duas lojas Auchan:

De: [REDACTED]
Enviado: 20 de março de 2017 14:32
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Hendrick's

Boas [REDACTED]
JB almada e Setubal os *pvps* já estão ok 34,99€

Obg
[REDACTED]

1094. Uma vez mais, importa recuperar os documentos relativos ao modo como a Primedrinks procede à comunicação da nova política comercial para o ano de 2017, referidos e analisados nos parágrafos 890 a 903 e 992 a 997, *supra*.
1095. Com efeito, no seguimento da monitorização dos PVP praticados pelas diferentes empresas de distribuição, a Primedrinks inicia o processo de correção dos desvios que ainda se verificam nalgumas dessas empresas de distribuição, com vista ao rápido reposicionamento dos PVP ainda por alterar, de forma a garantir que o mercado fique alinhado o mais rapidamente possível.
1096. No documento Primedrinks1021, a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) reenvia à Pingo Doce a tabela que havia *sido* enviada anteriormente, no dia 20.12.2016 (e que consta do documento Primedrinks7, referido no parágrafo 901 *supra*), assinalando a amarelo quais as alterações de PVR, solicitando que as mesmas sejam confirmadas pela Pingo Doce no dia seguinte (*i.e.*, na quarta-feira, dia 04.01.2017, dia que é referido no documento Primedrinks592 *supra* como sendo o dia em que se prevê que esta empresa altere os seus preços):

From: [REDACTED]
Sent: 3 de janeiro de 2017 16:28
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Descontos JMR_JANEIRO.XLS

Boa tarde [REDACTED] e [REDACTED],

Reenvio mapa de descontos, enviado no passado dia 20/12, onde consta a nova política comercial.
Para facilitar o trabalho, todas as alterações de PVR estão assinaladas a amarelo.
Solicitamos que confirmem as alterações para amanhã, sff.
Obrigada!
MC,
[REDACTED]

1097. Perante a não atualização dos PVP, a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) solicita novamente a “colaboração” da Pingo Doce para alterar os PVP no dia seguinte:

From:	
To:	
Cc:	
Date:	04-01-2017 17:04
Subject:	FW: Descontos JMR_JANEIRO.XLS

Boa tarde,

Envio a rosa os mais urgentes para amanhã, conforme combinado.
É mesmo critico!
Solicitamos a V/ colaboração.

728587	GIN HENDRICKS 70CL	34,99 €
799663	TERRAS PÓ ROSÉ 750ML	3,99 €
695839	V. ALANDRA BAG IN BOX BCO 3LT	8,49 €
695840	V. ALANDRA BAG IN BOX TTO 3LT	8,49 €
30873	V. ALANDRA TTO 75CL	2,49 €
460209	V. PEN. SETÚBAL TERRAS DE PÓ BCO 75CL	3,99 €
306305	V. PEN. SETÚBAL TERRAS DE PÓ TTO 75CL	3,99 €
30872	V. ALANDRA BCO 75CL	2,49 €
700585	V. ALENTEJO HERDADE DOS GROUS BCO 75CL	13,49 €
753554	V. P. SETÚBAL D. ERMELINDA FREIT BIB TTO 3LT	8,99 €
563088	V. REG. ALENT. HERDADE DOS GROUS TTO 75CL	13,49 €

Restantes sku´s (idealmente também amanhã):

100282	DRAMBUIE 700ML/1 [0.7L] 40%	23,49 €
221724	GLENFIDDICH 15 ANOS	42,99 €
769586	GRANT'S FLASK 200ML	5,59 €
100288	LICOR BOL'S GOLD STRIKE 50CL	14,99 €
710547	LICOR BOLS STRAWBERRY 50CL	13,79 €
68611	LICOR COINTREAU 70CL	22,49 €
62548	LUIS PATO BAGA TOURIGA NAC	7,99 €
4737	LUIS PATO MARIA GOMES BRANCO	7,99 €
769587	THE FAMOUS GROUSE FLASK 200ML	6,49 €
100121	V. ALENTEJO MONTE VELHO TTO 37,5CL re	2,89 €
107885	WHISKY BALVENIE S MALTE D. WOOD 12A 70CL	49,99 €
NOVO	WHISKY BALVENIE S MALTE D. WOOD 17A 70CL	120,00 €
100337	WHISKY FAMOUS GROUSE 12ANOS 70CL	27,99 €
501051	WHISKY FAMOUS GROUSE PORT WOOD 70CL	18,99 €
68201	WHISKY MALTE GLENFIDDICH 12ANOS 70CL	30,99 €

Obrigada!
MC,



1098.No referido dia, a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) alerta a Pingo Doce que o PVP do gin Hendricks não foi alterado, pelo que solicita a “*intervenção*”:

From:	[REDACTED]
To:	[REDACTED]
Cc:	[REDACTED]
Date:	05-01-2017 10:26
Subject:	RE: FW: Descontos JMR_JANEIRO.XLS

Bom dia,

Hendricks não foi alterado.
Solicitamos a V/ intervenção, sff.
Obrigada!
MC,
[REDACTED]

1099.A Pingo Doce ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) confirma entretanto a correção:

From: [REDACTED]
Sent: 5 de janeiro de 2017 12:13
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: FW: Descontos JMR_JANEIRO.XLS

Estava com data de inicio amanhã foi corrigido

[REDACTED]
Departamento Comercial - Garrafeira

1100.Mais tarde, a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) vem novamente chamar a atenção da Pingo Doce para um conjunto de novas alterações de PVP “*combinadas para amanhã*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 10 de janeiro de 2017 09:47
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: FW: Descontos JMR_JANEIRO.XLS
Anexos: Descontos JMR_JANEIRO1.xls

Bom dia,

Relembro alterações pendentes, combinadas para amanhã.
 Aguardo o V/ feedback, sff.
 Obrigada!
 MC,
 [REDACTED]

100282	DRAMBUIE 700ML/1 [0.7L] 40%	23,49 €
221724	GLENFIDDICH 15 ANOS	42,99 €
769586	GRANT'S FLASK 200ML	5,59 €
100288	LICOR BOL'S GOLD STRIKE 50CL	14,99 €
710547	LICOR BOLS STRAWBERRY 50CL	13,79 €
68611	LICOR COINTREAU 70CL	22,49 €
62548	LUIS PATO BAGA TOURIGA NAC	7,99 €
4737	LUIS PATO MARIA GOMES BRANCO	7,99 €
769587	THE FAMOUS GROUSE FLASK 200ML	6,49 €
100121	V. ALENTEJO MONTE VELHO TTO 37,5CL re	2,89 €
107885	WHISKY BALVENIE S MALTE D.WOOD 12A 70CL	49,99 €
NOVO	WHISKY BALVENIE S MALTE D.WOOD 17A 70CL	120,00 €
100337	WHISKY FAMOUS GROUSE 12ANOS 70CL	27,99 €
501051	WHISKY FAMOUS GROUSE PORT WOOD 70CL	18,99 €
68201	WHISKY MALTE GLENFIDDICH 12ANOS 70CL	30,99 €

1101.No documento Primedrinks18, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) reencaminha internamente a tabela enviada à Pingo Doce (cf. documento Primedrinks1021, referido *supra*), com o pedido expresso para que os *sales activators* confirmem que os PVP foram efetivamente alterados na Pingo Doce, de acordo com as referidas solicitações:

From: [REDACTED]
Sent: 11 de janeiro de 2017 09:11
To: [REDACTED]

Subject: JMR

Bom dia,

Alterações JMR a confirmar hoje, sff (conforme mensagem no whatsapp).
[REDACTED], terás que verificar na loja de telheiras, pois muitos destes sku's só estão nessa loja.
Obrigada!
Bjos,
[REDACTED]

100282	DRAMBUIE 700ML/1 [0.7L] 40%	23,49 €
221724	GLENFIDDICH 15 ANOS	42,99 €
769586	GRANT'S FLASK 200ML	5,59 €
100288	LICOR BOL'S GOLD STRIKE 50CL	14,99 €
710547	LICOR BOLS STRAWBERRY 50CL	13,79 €
68611	LICOR COINTREAU 70CL	22,49 €
62548	LUIS PATO BAGA TOURIGA NAC	7,99 €
4737	LUIS PATO MARIA GOMES BRANCO	7,99 €
769587	THE FAMOUS GROUSE FLASK 200ML	6,49 €
100121	V. ALENTEJO MONTE VELHO TTO 37,5CL re	2,89 €
107885	WHISKY BALVENIE S MALTE D.WOOD 12A 70CL	49,99 €
NOVO	WHISKY BALVENIE S MALTE D.WOOD 17A 70CL	120,00 €
100337	WHISKY FAMOUS GROUSE 12ANOS 70CL	27,99 €
501051	WHISKY FAMOUS GROUSE PORT WOOD 70CL	18,99 €
68201	WHISKY MALTE GLENFIDDICH 12ANOS 70CL	30,99 €



.....
[REDACTED]
Senior Key Account Manager

1102. Em resposta, após ter sido enviada uma listagem com os PVP praticados pela MCH e pela Pingo Doce, a KAM ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) vem solicitar o envio de talões dos produtos assinalados como “not ok” na MCH:

From: [REDACTED]
Sent: 13 de janeiro de 2017 11:36
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: JMR

[REDACTED]

Obrigada pelo envio da informação!
Relativamente à sonae podes enviar-me consulta de talão dos sku's que assinalas como not ok, sff.
Obrigada!
Bios,
[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: 12 de janeiro de 2017 20:21
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: JMR

Boa tarde,

Junto envio listagem pvr lojas Sonae e JMR.
Os que já estão ok e os que ainda não foram alterados conforme o nosso pvr

Atenciosamente;



[REDACTED]
Sales Activator – OFF TRADE MADEIRA

1103. Após enviar os referidos talões, a *sales activator* da Primedrinks esclarece que “*hoje já está praticamente tudo conforme os nossos pvrs com 3 exceções que sublinhem*”:

From: [REDACTED]
Sent: 13 de janeiro de 2017 20:03
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE SONAE

[REDACTED]

Como podes verificar pelos talões que te envio das lojas Sonae , hoje já está praticamente tudo conforme os nossos pvr's com 3 exceções que sublinhem.
Alguma duvida dispõe.

BJS
BOM FIM DE SEMANA

Atenciosamente;



1104. Ora, segundo transmite a KAM da Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]), uma dessas exceções, correspondente ao vinho Monte Velho, já deve “*estar alterado hoje*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 16 de janeiro de 2017 10:16
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: RE SONAE

[REDACTED],

MV 37,5 já deverá estar alterado hoje.
Verifica, sff.

A [REDACTED] vai tratar do azeite.

Obrigada

31.1.3.1 *Pronúncia das Visadas*

1105. Relativamente à correção de desvios, as Visadas entendem que a AdC fez uma interpretação errada daquilo que é uma prática habitual na relação comercial entre fornecedor e distribuidor. Com efeito, para aquelas, não se trata de uma “correção de desvios”, mas sim da pressão estabelecida pela Primedrinks no sentido de ver os PVP praticados no mercado serem mais aproximados dos seus PVR e das empresas de

distribuição visadas de sinalizarem PVP da concorrência para obterem condições comerciais mais vantajosas junto da Primedrinks³¹⁴.

1106.Quanto à Primedrinks, esta refere que *“em caso de desvio do PVP relativamente ao PVR por parte de algum distribuidor, os distribuidores concorrentes alinhavam os seus PVP pelo preço (mais baixo) praticado pelos seus concorrentes, sem, contudo, deixarem de impor ao fornecedor, à Primedrinks, o pagamento dessa diferença”*.

1107.A MCH *“refuta que tais comunicações possam ser vistas como um mecanismo multilateral de correção de desvios no contexto de um alinhamento horizontal dos preços”*. Reitera que são mais um exemplo dos interesses por vezes contraditórios que opõem fornecedor e distribuidor na sua relação comercial e que a linguagem utilizada é demonstrativa dessa tensão. Entende a MCH que, por um lado, o fornecedor procura *“manter-se informado sobre os PVPs a que os seus produtos são vendidos no mercado e persuadir os seus distribuidores/retalhistas a praticarem preços em linha com o que entende ser o posicionamento ideal de preço para os mesmos - o PVPR”* e, por outro, o distribuidor *“usa em regra os preços dos concorrentes como argumento negocial perante o fornecedor”*.

1108.Para a Auchan, existe uma *“contradição entre um acordo para fixação de PVP entre fornecedor e insígnias e a aparente verificação permanente de desvios, conjugada com a necessidade de pressão sobre a insígnia desviante para que proceda à correção do PVP”*. Defende que *“é efetivamente assediada pela Primedrinks para subir preços”*, mas que tal não acontece, pois tem uma política de preços autónoma e pratica preços normalmente mais baixos que a concorrência. A Auchan alega ainda que a prova apresentada não permite concluir por um envolvimento da Auchan na infração, pelo contrário, que a mesma tem carácter exculpatório.

1109.De acordo com a Pingo Doce, a análise da AdC revela *“incompreensão sobre o mercado retalhista moderno e as relações com os fornecedores”*, já que, *“de todas as componentes do alegado comportamento anti-concorrencial de Pingo Doce o que resulta é uma total e irremissível incompreensão da dinâmica de mercados extremamente agressivos, em que todas as empresas dispõem de pessoal altamente*

³¹⁴ Cf. PNI Primedrinks capítulo III; Cf. PNI MCH capítulo II.E; Cf. PNI Auchan capítulo 1.3; Cf. PNI Pingo Doce páginas 111 e ss.; Cf. PNI ITMP capítulo III.12.; Cf. PNI Lidl capítulo D.3.4; Cf. PNI Cooplecnorte parágrafo 81.

especializado cujo objetivo é obter mais valor (seja PVP, volume, quota, promoções, etc) para a SUA empresa”.

1110. Para a ITMP, o que a AdC entende por correção de desvios são “*formas legítimas de verificação dos preços que muitas vezes são igualmente utilizadas pelo próprio fornecedor, desde logo, para confirmar se as condições que negociou com o seu comprador estão ou não adequadas aos interesses que persegue*”. Entende a ITMP que não “*é de estranhar que, num mercado tão concorrencial como o da distribuição, seja o próprio fornecedor, não raras vezes, a facultar o seu shopping aos seus compradores, ou a receber o que estes realizaram, como método de confirmação dos valores de mercado dos seus produtos, e de influenciar novas negociações*”, não implicando qualquer alinhamento de PVP.

1111. Segundo a Lidl, os elementos probatórios “*demonstram que o Lidl repetidamente não marcava os seus preços de revenda de acordo com as recomendações de preço da PrimeDrinks, e que a PrimeDrinks sabia e aceitava esse facto. O Lidl prosseguia a sua política de preços independentemente das interações com a PrimeDrinks, qualquer que fosse o seu âmbito*”. Afirma ainda que os elementos probatórios denotam um padrão de comportamento autónomo da Lidl e que, à data de certas comunicações em causa, não vendia os produtos da Primedrink mencionados nas mesmas.

1112. A Cooplecnorte refere que não há elementos probatórios que comprovem que esta “*tenha apresentado uma queixa por desvio de preço*”.

31.1.3.2 Apreciação da Autoridade

1113. Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos que a AdC descreve em maior detalhe na presente Decisão, a AdC conclui pela improcedência da linha de impugnação quanto à matéria de facto que subjaz à correção de desvios.

1114. De facto, decorre dos elementos probatórios, designadamente dos documentos Primedrink91, Primedrink336 e MCH1385 (já analisados nos parágrafos 1064 a 1067 e 1070 a 1071, *supra*), que, ao contrário do que a Primedrink alega, existia um procedimento interno a ser seguido “*quando temos pvr’s abaixo da nossa política comercial*”, ou seja, quando a Primedrink toma conhecimento da existência de um

desvio (para baixo) por parte de uma empresa de distribuição face às recomendações ou PVP concertados.

1115. Nessas situações, há que “*trabalhar em conjunto para alterar a situação anómala*”. Repare-se que o “desvio” e a “correção”, que ocorrem quando as empresas de distribuição praticam um PVP abaixo do PVR da Primedrink, são qualificados como situações anómalas, não havendo intenção de deixar as empresas de distribuição competir entre si se tal resultar na prática de um PVP mais baixo.
1116. Ou seja, o “*anómalo*” é haver um desvio (para baixo) do concertado, pelo que a Primedrink se apressa, em conjunto com as empresas de distribuição visadas, em corrigir esse desalinhamento.
1117. As comunicações enunciadas também não demonstram apenas a tensão da relação comercial entre fornecedor e distribuidor, conforme sustentado por algumas Visadas.
1118. Com efeito, resulta dos elementos probatórios que as trocas de mensagens têm um carácter informativo, sucinto, breve, em que cada parte já sabe exatamente o procedimento a seguir com a informação que lhe está a ser transmitida: (i) a empresa de distribuição sinaliza à Primedrink um desvio detetado na sua concorrência e solicita uma “*solução*”, (ii) a Primedrink responde, comprometendo-se a “*intervir*” ou “*atuar*” e (iii) posteriormente informa que já conseguiram a alteração nas lojas desviantes.
1119. Situações em que estas condutas se verificam constam, nomeadamente, dos documentos MCH1385 e Primedrink327, melhor descritos *supra* nos parágrafos 1066 a 1069.
1120. Assim, encontra-se demonstrado que a “*solução*” pedida e a “*intervenção*” efetuada não passa pela negociação de melhores condições comerciais para o distribuidor ou por uma tentativa lícita de o fornecedor o convencer a praticar o seu PVR.
1121. Não há argumentos trocados nesse sentido, não há propostas comerciais apresentadas, não há margens ou descontos analisados e não há ações promocionais discutidas.
1122. Há apenas o procedimento descrito *supra*, em que cada interveniente já sabe exatamente como proceder quando recebe comunicações com este teor, todos tendo em vista o “*alinhamento*” dos PVP no mercado.
1123. Aliás, as comunicações analisadas, em vez de demonstrarem a tensão negocial e os interesses antagónicos que as Visadas pretendem alegar que existem, revelam precisamente o contrário: uma transmissão de instruções/ordens e uma aceitação e não

oposição ao teor do que lhes era transmitido (por exemplo, a Primedrinks poderia negar realizar qualquer ação quando lhe são sinalizados desvios por parte das empresas de distribuição, ou estas poderiam recusar-se a implementar as “soluções” propostas).

1124. Ao invés, verifica-se um comportamento padrão por parte de todos os intervenientes, demonstrando que cada um já sabia como atuar na situação que lhe era sinalizada, porque esse era o *modus operandi* já aceite por todos.
1125. Atuação essa que não visava a relação comercial bilateral que detinham (fornecedor-distribuidor), mas sim as restantes relações bilaterais que as suas empresas concorrentes tinham com aquele fornecedor, realizando, por via deste, o alinhamento (horizontal) de mercado pretendido.
1126. Apenas nos casos em que esta estratégia conjunta não funcionava é que a via alternativa – de solicitar ao fornecedor condições comerciais não para competir, mas para alinhar pelo preço desviado (ou seja, colocando o fornecedor a custear a diferença entre o alinhamento pelo PVPR e o alinhamento pelo preço desviado, conforme a Primedrinks evidencia na sua PNI) – era explorada pelas empresas de distribuição visadas (cf. a este propósito os parágrafos 1063 a 1105, *supra*), sendo esta via usada unicamente como meio de pressão sobre o fornecedor por este não conseguir corrigir o desvio detetado.
1127. Ademais e como tem vindo a sustentar-se, o facto de se verificarem, ao longo do período temporal considerado, desvios face ao nível de PVP pretendido e concertado para o posicionamento dos PVP em determinada data, em nada contraria a conclusão sobre a existência de um objetivo comum entre as empresas Visadas (*in casu*, e tal como referido, o de fixação e alinhamento de preços).
1128. Com efeito, é natural que a estratégia conjunta funcionasse nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores, tais como a necessidade de escoar determinados produtos, de cumprir objetivos de vendas, da realização de determinadas ações promocionais ou da impossibilidade de alguma empresa de distribuição visada poder aguardar que o fornecedor corrija o desvio numa empresa de distribuição concorrente.
1129. Como as próprias Visadas referem, o mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal envolve muitos intervenientes com diferentes características e posições na cadeia de produção, nele se transacionam muitos produtos, existem várias

lojas espalhadas por todo o território nacional, diversos funcionários que assumem várias responsabilidades e no qual uma prática desta natureza, que decorreu ao longo de um período de tempo bastante alargado, teve as suas “falhas”.

1130. Falhas essas cujas Visadas responsáveis, em regra e conforme já se demonstrou, se apressaram a corrigir, transmitindo com clareza de que esse não era o procedimento que todos visavam adotar (cf. os parágrafos 1063 a 1105, *supra*).
1131. Bem como já exposto em secções precedentes e alegado pelas próprias Visadas, os *players* neste mercado vêem-se na circunstância de terem que defender interesses próprios, por vezes conflitantes com os interesses dos demais, ao mesmo tempo que precisam de defender um interesse comum a todos: o de derrubar o império dos preços baixos, da venda promocional e da transparência (embora essas sejam perceções erróneas que pretendem manter junto do consumidor final), o que só será possível mediante a implementação conjunta de uma estratégia de subida dos PVP de mercado.
1132. Assim, resulta demonstrado 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.
1133. A prática existe. E os interesses próprios das Visadas não foram suficientemente persistentes para que estas não adotassem as práticas em causa. Pelo contrário, a prova demonstra que privilegiaram o interesse comum em detrimento de quaisquer interesses próprios antagónicos dos interesses dos demais.
1134. “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...”, refere a Auchan (cf. parágrafo 697 da PNI Auchan).
1135. Em suma, as comunicações referidas são explícitas em demonstrar que, caso se verifique algum desvio ao PVP concertado entre a Primedrinks e uma empresa de distribuição, há uma correção ou tentativa de correção desse desvio, sempre com intervenção do fornecedor, de modo a manter o mercado retalhista estabilizado ao nível dos preços de venda praticados.
1136. Bem como, nesta medida, se verifica que a confirmação da “regularização” dos preços nas empresas de distribuição concorrentes é importante para que a empresa de

distribuição mantenha os PVP em conformidade com o previamente fixado para o alinhamento.

1137.Finalmente, no que respeita (i) à afirmação da Auchan sobre o carácter exculpatório de alguns elementos de prova e (ii) à afirmação da Lidl sobre a não comercialização de determinados produtos da Primedrink a data de certas comunicações, as mesmas serão apreciadas e respondidas *infra* na secção 31.2.

1138.A AdC considera, assim, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto que subjaz à correção de desvios, constante dos parágrafos 1063 a 1105, *supra*, improcedendo a linha argumentativa das Visadas a este propósito.

31.1.3.3 Utilização de talões de compra como comprovativo do (re)posicionamento dos PVP nas empresas de distribuição visadas

1139.Conforme referido anteriormente e como demonstram os factos que têm vindo a ser descritos, um dos métodos mais simples, rápido, eficaz e, por essas razões, mais vezes utilizado para solicitar ou confirmar a correção de desvios face aos PVP concertados passa pelo envio, sempre através do fornecedor, de talões de compra das várias empresas de distribuição.

1140.Estes talões de compra servem como comprovativo de que determinado PVP está efetivamente a ser praticado (i.e., já foi corrigido), num determinado produto e num determinado momento, por determinada empresa de distribuição concorrente.

1141.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 dos comportamentos analisados, existindo inúmeros documentos que comprovam a verificação desta situação.

1142.No documento JM703, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 18 e 19.05.2009, a Pingo Doce envia um *shopping* à Primedrink ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) que, no dia seguinte, responde da seguinte forma:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 19 de Maio de 2009 12:50
To: [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
Cc: [REDACTED]
[REDACTED]
Subject: FW: Shopping semana 20

Bom Dia,

No decorrer do dia de hoje enviarei mais comprovativos que refutam os preços à data,

Ao dispor,

[REDACTED]

1143. Posteriormente, a Primedrink (b) (5) vem enviar um novo talão comprovativo do PVP praticado por uma empresa de distribuição concorrente da Pingo Doce (no caso, a ITMP):

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 19 de Maio de 2009 15:55
To: [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Shopping semana 20

Boa Tarde,

Anexo novo talão da loja MP Poveiros,

As minhas desculpas pela definição da imagem, contudo e se necessário poderei reenviar,

1144. Por fim, ainda no mesmo dia, a Primedrink (b) (5) esclarece que apenas conseguirá enviar à Pingo Doce talões comprovativos do

reposicionamento de PVP da Auchan no dia seguinte mas que “*pode avançar que à data os preços estão correctos*”:

Subject: FW: Shopping semana 20

Attachments: C.DTF

From: [REDACTED]

Sent: terça-feira, 19 de maio de 2009 17:04

To: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Subject: RE: Shopping semana 20

Boa Tarde,

Relativamente às lojas Auchan apenas conseguirei enviar talões amanhã, contudo por avançar que á data os preços estão correctos

As minhas desculpas,

1145.No mesmo sentido, veja-se o documento MCH1500, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada no dia 12.02.2010, em que a MCH começa por enviar um extenso *shopping* à Primedrinks para “*conhecimento e análise*”³¹⁵.

1146.Em reposta, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) refere que a indicação que tem é que o Minipreço tem o mesmo PVP a nível nacional mas que “*de qualquer modo, iremos solicitar talões para que possamos enviar*”:

³¹⁵ A tabela é junta em anexo ao *email*.

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 12 de fevereiro de 2010 16:02
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: SHOPPING GRANT 'S

[REDACTED],

A indicação que temos relativa a MP, e que temos o PVP 9,49 a nível nacional,

Pelo que entendo que os valores que apresentam possa ser um erro de recolha,

De qualquer modo iremos solicitar talões para que possamos enviar,

Obrigado

1147.No documento Primedrinks185, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 17 e 18.04.2012, a Pingo Doce (**[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]**) envia à Primedrinks uma tabela com o comparativo de PVP praticados pelos seus concorrentes num conjunto de produtos comercializados pela Primedrinks concluindo que “*vamos responder*”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 17 de Abril de 2012 17:15
To: [REDACTED]
Subject: Fw: Shopping

Vamos responder.

[REDACTED]

Tel. 21 753 2379

----- Forwarded by [REDACTED] on 17-04-2012 17:12 -----

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Date: 17-04-2012 17:04
Subject: Shopping

Código Artigo	Descrição Artigo	ITM Mafra		JMB Alfragide		JMB Guimarães	MOD Ramalde	PD Olivais 1	
		14	15	14	15	15	15	14	15
2594	ESPUMANTE ASTI GANCIA 75CL	5,99	4,99	5,99	5,99	5,99	5,99	5,99	5,99
14765	V.ALENTEJO MONTE VELHO TTO 75CL	3,99	3,99	4,49	4,49	4,49	3,99	3,99	3,99
27730	V.ALENTEJO MONTE VELHO BCO 75 CL	3,59	3,59	3,88	3,88	3,88	3,81	3,89	3,89
30873	V.ALANDRA TTO 75CL		1,89	1,96	1,96	1,98	1,98	1,99	1,99
62434	V.ALENTEJO ESPORÃO RES.TTO 75CL	12,99	12,99	15,95	15,95	15,98	15,98	15,98	15,98
64103	V.VERDE CASAL GARCIA BCO 75CL	2,99	2,99	3,29	3,29	3,29	3,29	3,29	3,29
64105	V.VERDE QTA AVELEDA SECO BCO 75CL	3,99	3,99	3,98	3,98	3,99	3,99	3,99	3,99
67806	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	12,45	12,45	13,49	13,49	13,49	13,22	13,49	13,49
68202	WHISKY GRANT'S 70CL	9,75	9,75	10,49	10,49	10,49	10,49	10,49	10,49
222865	V.ALENTEJO VINHA DA DEFESA TTO 75CL	5,79	5,79	5,94	5,94	5,83	5,87	5,99	5,99
382541	V.P.SETUBAL D.ERMELINDA PALMELA TTO 75CL	3,99		3,95	3,95	3,58	3,98	3,98	3,98
563088	V.AL HERDADE DOS GROUS TT 75CL	7,99	7,99			8,97	9,95	9,95	9,95
619715	V.CASAL GARCIA ROSÉ 75CL	3,15	3,15	3,28	3,28	3,29	3,22	3,29	3,29
642778	V.P.SETUBAL D.ERMELINDA RES.TTO 75CL	5,99	5,99			6,99		6,99	6,99

Cumprimentos,

[REDACTED]

1148. Para evitar a resposta da Pingo Doce, e a consequente descida do PVP, a Primedrink (CONFIDENCIAL – Dados Pessoais) responde minutos depois referindo que, “tal como lhe disse ao telefone, ITMI Mafra já está ok” e que, no que concerne às “restantes lojas são situações pontuais que estamos atentos e empenhados em resolver”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 17 de Abril de 2012 17:26
To: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping

[REDACTED]

Tal como lhe disse ao telefone, ITMI Mafra já está ok.
 Restantes lojas são situações pontuais que estamos atentos e empenhados em resolver.
 Obrigada!

MC,

[REDACTED]

1149. No mesmo dia, a Primedrink procede ao envio de um talão comprovativo dos PVP praticados pela ITMP:

MAFRA	
SODIMAFRA SUPERMERCADOS LDA	
R. Alm. Gago Coutinho N. 7 2640-487 MAFRA	
Telefone: 261816130 Fax: 261812637	
Nif-504.077.740 Reg. Cons. n. 1987	
	Preço IVA
WHISKY GRANT'S NOVO	Eur10,49 8
VMT ALANDRA 0.75L	Eur1,99 0
ASTI GARCIA 0.75L	Eur5,99 8
VMT D.ERMELENDIA RES.	Eur6,99 0
VVR CASAL GARCIA 0.7	Eur3,29 0
VMT VOPRO ALENT. ESPO	Eur15,99 0
VMT VINHA DA DEFESA	Eur5,99 0
WHISKY FAMOUS GROUSE	Eur13,49 8
VMT HERDADE GROSS 0.	Eur9,99 0
VMT MONTE VELHO 0.75	Eur4,49 0
VMB MONTE VELHO 0.75	Eur3,89 0
VVB CASAL GARCIA 0.7	Eur3,29 0
12 Art., COM TOTAL DE	Eur85,88
NUMERARIO	Eur84,24
MULTIBANCO	Eur1,64
TROCO	Eur0,00
NUMERARIO	Eur0,00
RECAPITULANDO DUN	
COD. TAXA	IIINUI. DIA. Liquido

1150.No documento Primedrinks283, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 30.10.2012, com o assunto “*Situações a corrigir ASAP ****URGENTE*****”, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) elabora e partilha internamente, com os *sales activators* da empresa, uma tabela³¹⁶ com os PVP das diversas empresas de distribuição que têm de ser corrigidos urgentemente, sob pena de “*ter um problema sério de mercado*”:

³¹⁶ A tabela é junta em anexo ao *email*.

From: [REDACTED]
Date: Tue, 30 Oct 2012 11:39:24 +0000
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Situações a corrigir ASAP ****URGENTE****

Caros,

A Feira de Vinhos do Auchan já finalizou dia 10, a da Sonae dia 14 e ainda continuamos com situações muito problemáticas por resolver.
Solicito o V/ maior empenho na resolução de todas estas situações ASAP, caso contrário iremos ter um problema sério de mercado, sff.
Obrigada!

Nota: Continuo a aguardar feedback de algumas lojas.

[REDACTED] Preciso do talão de Almada, sff.

MC,
[REDACTED]

1151.O *feedback* revela que os *sales activators* da Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) deslocam-se às lojas para “reverter esta situação”:

De: [REDACTED]
Enviado: 30-10-2012 12:10
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Situações a corrigir ASAP ****URGENTE****

[REDACTED]

A loja de Almada reflecte-se no Jumbo On Line.
Temos de ter a situação de MVB corrigida, sff.
Obrigada!

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 30 de Outubro de 2012 12:08
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Re: Situações a corrigir ASAP ****URGENTE****

■■■■,

O jumbo de almada so tem o mt velho br errado mas estou ou a tentar que me consigam mudar o preco ainda hoje.

Quanto ao jumbo de alverca temos errado:

- bib tt e br a 6.39
- esporao tt a 15.74
- defesa tt a 5.74
- ermelinda tt a 3.59
- mt velho br a 3.27

O ■■■■ sabe que tenho feito o que esta ao meu alcance para reverter esta situacao mas ta complicado. Neste preciso momento estou na loja para tentar conseguir o talao de mt velho br.

Cumpts,

■■■■

1152. Mais tarde, é confirmada a correção dos PVP (cf. documento Primedrinks284):

From: ■■■■
Sent: terça-feira, 13 de Novembro de 2012 11:32
To: ■■■■
Cc: ■■■■
Subject: Status Monte Velho

■■■■,

Envio status de Monte Velho, tanto Bº como Tº:

Jumbo Alfragide

- MV Branco – ok (já foi enviado talão na semana passada)
- MV Tinto – 6ª feira reagiu após shopping ao Pingo Doce. Hoje ok!

Online Auchan

- MV Branco – ok
- MV Tinto – ok

ITMI Mafra

- MV Branco – ok (enviei talão a semana passada)
- MV Tinto – continua ok

Cont. Bom dia Ramalde

- MV Branco – já está ok, anexo talão de ontem
- MV Tinto – continua ok

Online Continente

MV Branco – ok
MV Tinto – ok

DIA

O [REDACTED] de confirmar se reagiram, se sim só alteram de 5ª para 6ª. À hora de almoço confirma.



1153. Em anexo, é enviado o seguinte talão comprovativo do reposicionamento do PVP da Auchan:

De: [REDACTED]
Enviado: 13 de novembro de 2012 14:59
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Status Monte Velho
Anexos: DOC016.PDF

Agora com talão!





www.jumbo.pt

JUMBO ALFRAGIDE
TEL: 217109300 / FAX: 217108300
COMP. PORTUGUESA HIPERMERCADOS, S.A.
SIRPEE:PT000019
Contribuinte Nr 502.607.920
Valores com IVA incluído

IVA	ARTIGO/QTD	PREÇO	VALOR
Liquida Alcoolica			
13%	MONTE VELHO TTO 0.75		4,49
Artigos : 1			
TOTAL A PAGAR			4,49
VISA			4,49
TROCO			0,00
RESUMO DE IVA			
TAXA	BASE	VALOR	
IVA LIQUIDADO			
13%	3,97	0,52	
TOTAL	3,97	0,52	

Atendida(o) por :QUIO
Talão de venda nº
00250271103280010/119514
I.99-Processado por programa
certificado n369/DGCI
Este talão não serve de factura.



127592201211131234060000270025
127592 2012-11-13 12:34 0600 0027 0025
Terminal Pagamento Automático: 00392177
2012/11/13 12:34:34 Per019 Tr028 Mag540
Número Comerciante: 0000251298

* * *
COMPRA-CHIP 00/00
RUI MIGUEL TUBAL
Cartão:00 *****5415/63 Op.:00034

A000000032010
VISA ELEC C8D
Conta/Autorização: AUT:160277
CK GERAL DEPOSITOS
EUR: * 4,49
VISA DB N

EM CASO DE DEVOLUÇÃO
GUARDE O SEU TALÃO
PROCESSADO POR SIBS
127592 2012-11-13 12:34 0600 0027 0025

INDISPENSÁVEL PARA TROCA E DEVOLUÇÕES
ATÉ 30 DIAS CONSULTE AS EXCEPÇÕES
REGIME DE IVA 2ª MÃO ARTIGOS 0%

1154.Veja-se igualmente o documento Primedrinks170, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 6 e 08.11.2012, em que a Pingo Doce reporta à Primedrinks alguns desvios aos PVP concertados por parte de lojas concorrentes (no caso, lojas da MCH, ITMP e Auchan), solicitando expressamente que a Primedrinks lhe envie os talões:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 6 de Novembro de 2012 16:29
To: [REDACTED]
Subject: Shopping sem 44

Segue, conforme falámos.

Aguardo talões.

SAP	Descrição do Artigo	CNT BOMDIA Ramalde		ITM Mafra		Jumbo Alfragide		PYPPD (Mínimo Ult.Semana)
		2012 43	2012 44	2012 43	2012 44	2012 43	2012 44	
30873	V. ALANDRA TTO 75CL	1,98	1,98		1,89	1,88	1,97	1,98
704330	ESPUMANTE GANCIA GRAND REALE 75CL	4,49	4,49					4,49
14765	V.ALENTEJO MONTE VELHO TTO 75CL	4,49	4,49	4,49		3,89	4,49	3,89
27730	V.ALENTEJO MONTE VELHO BCO 75 CL	3,81	3,81	3,39	3,39	3,29	3,78	3,89
222865	V.ALENTEJO VINHA DA DEFESA TTO 75CL	5,49	5,49	5,99	5,99	5,49	5,98	5,99
563088	V. ALENTEJO HERDADE DOS GROUS TTO 75CL	8,49	8,49	9,99		9,74	9,94	9,95
362541	V.P.SETÚBAL D.ERMELINDA PALMELA TTO 75CL	3,90	3,90	3,99	3,99	3,58	3,97	3,98
64103	V.VERDE CASAL GARCIA BCO 75CL	3,29	3,29	3,29	3,29	3,28	3,28	3,29
64105	V.VERDE QUINTA AVELEDA BCO 75CL	3,99	3,99	3,99	3,99	3,58	3,98	3,99
67806	WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL		13,49	13,49	13,49	13,49	13,49	13,49
68202	WHISKY GRANT'S 70CL	10,49	10,49	9,55	9,55	10,49	10,49	9,49

1155. Nos dias seguintes, verifica-se que a Primedrinkes empreende todos os esforços para enviar os referidos talões o mais rapidamente possível, o que acontece no espaço de dois dias:

De: [REDACTED]
Enviado: 8 de novembro de 2012 11:56
Para: [REDACTED]
Assunto: FW: Shopping sem 44
Anexos: Imagem0016.jpg; Imagem0136.jpg; DOC007.PDF

Bom dia [REDACTED]

Envio talão de Alfragide.
Ficamos a aguardar a V/ resposta, sff.
Obrigada!

MC,
[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 7 de Novembro de 2012 18:18
To: [REDACTED]
Subject: FW: Shopping sem 44

Boa tarde [REDACTED],

Anexo talão de Ramalde.
Estou a aguardar o talão de Alfragide. Espero enviar até amanhã!

Entretanto, reforço que desde hoje o pvp de Monte Velho Tº no Intermarché está a 4,49, assim como nas restantes cadeias.

Para quando está prevista a alteração nas V/ lojas?

Ficamos a aguardar, sff.
Obrigada!

MC,
[REDACTED]

1156.Em anexo aos dois *emails*, são juntos os seguintes talões:



1157.O mesmo procedimento de correção ou reposicionamento dos PVP em empresas de distribuição desviantes consta dos documentos Primedrinks41, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29 e Primedrinks970, que consistem numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre 11 e de 15.01.2013.

1158.Neste caso, a Primedrinks começa por confirmar junto da Pingo Doce uma alteração de preços, enviando como comprovativo do novo posicionamento de PVP os talões de lojas da MCH e da Auchan:

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Date: 09-01-2013 11:06
Subject: Talões

Olá [REDACTED],

Tal como falámos ontem, confirmo a alteração de preços desde a semana passada.
Em anexo, envio talões de 3 lojas.
Modelo Ramalde
Continente Colombo
Jumbo Alfragide

Esta semana temos toda a equipa operacional em Lisboa, mas durante a hora de almoço vou tentar ir à loja Bom Dia Defensores Chaves que também já tenho a confirmação que está tudo ok.

MC,
[REDACTED]



.....
[REDACTED]
Senior Key Account Manager

1159.A Pingo Doce questiona se a referida alteração de preços ocorreu igualmente em lojas do MCH e da Auchan de outras localizações e se ocorreu também na Lidl:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 9 de Janeiro de 2013 16:12
To: [REDACTED]
Subject: RE: Talões

Olá [REDACTED],

Alandra no Lidl está ok na 6ª feira.

Até 6ª feira, não tenho ninguém para ir à loja de Ramalde pois tenho toda a equipa deslocada em Lisboa.

Ainda hoje irei à Defensores de Chaves.

Obrigada!

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 9 de Janeiro de 2013 11:22
To: [REDACTED]
Subject: Re: Talões

E Ermelinda e Grous em Ramalde?

E Alandra no Lidl?

Aguardo Defensores de Chaves.

[REDACTED]

1160.A Primedrinks confirma o reposicionamento nessas lojas e procede ao envio de talões comprovativos dessas alterações:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 15 de Janeiro de 2013 11:01
To: [REDACTED]
Subject: FW: Talões

[REDACTED]

Envio talão de Ramalde que estava em falta.
Obrigada!

MC,

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 11 de Janeiro de 2013 17:16
To: [REDACTED]
Subject: RE: Talões

[REDACTED]

Envio talão do Lidl.
Obrigada!

MC,

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 10 de Janeiro de 2013 10:32
To: [REDACTED]
Subject: RE: Talões

ok

[REDACTED]

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Date: 10-01-2013 09:44
Subject: RE: Talões

Olá [REDACTED],

Conforme falado ontem ao telefone, envio talão da Defensores de Chaves.

Amanhã enviarei Lidl e na 2ª feira os 2 sku's em falta de Ramalde.

MC,
[REDACTED]

1161. Em anexo a estes *emails*, a Primedrinks junta os referidos talões:



1162. No fim, a Primedrinks concluiu internamente da seguinte forma:

De: [REDACTED]
Enviado: 15 de janeiro de 2013 11:02
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: FW: Talões
Anexos: Imagem0162.jpg.jpg

Fyi

Todos os talões enviados.
Tudo ok!

1163. No documento Primedrinks37, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 17.01.2013, face ao PVP praticado pela Pingo Doce, a MCH solicita expressamente à Primedrinks para “regularizar esta situação”:

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 17 de Janeiro de 2013 13:23
To: [REDACTED]
Subject: RECOLHAS MADEIRA

Boa tarde [REDACTED]

Este artigo continua com pvp PD 9.95€, pode regularizar esta situação p,f,

3027881 — VT REG ALENT HERDADE DOS GROUS 75CL

[REDACTED]
DCA - Bebidas
Analista de Vinhos de Qualidade

1164.No mesmo dia, a Primedrinks confirma à MCH que “*está tudo ok*” e junta uma fotografia com a indicação do PVP praticado pela Pingo Doce, não deixando contudo de referir que “*se precisar de talão podemos comprar*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 17 de janeiro de 2013 21:14
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: RECOLHAS MADEIRA
Anexos: IMG_3643.jpg.jpg

[REDACTED],
Tenho a informação da minha colega que está tudo ok.
Envio foto, mas se precisar de talão podemos comprar!

Obrigada!

MC,
[REDACTED]

1165.Em anexo ao *email*, junta-se então a seguinte imagem:



1166.No documento Primedrinks81, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 09.12.2014, a MCH reporta à Primedrinks um extenso *shopping* com desvios aos PVP em várias lojas das diferentes empresas de distribuição visadas, tendo a Primedrinks concluído que se tratava de um erro na monitorização feita pela MCH, enviando uma imagem do *Jumbo Online* com indicação do PVP praticado:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 9 de Dezembro de 2014 18:28
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: VT MONTE VELHO REG ALENT 37,5CL

Boa tarde [REDACTED]

Deve haver um erro de shopping, esta referência nunca esteve em lojas MiniPreço nem LIDL, para além disso por exemplo o preço no Jumbo da Amadora aparece como estando a 2,20€ quando está a 2,79€.

jumbo
ONLINE

OPORTUNIDADES FOLHETOS AS NOSSAS MARCAS BOX ONLINE

MERCADO DE FRESCOS BEBÉ E CRIANÇA MERCEARIA SALGADA MERCEARIA DOCE BEBIDAS CONGELADOS LACTICÍNIOS LIMPEZA ROUPA E CASA BELEZA E HIGIENE PESSOAL

Jumbo Online > Bebidas > Vinhos > Meias Garrafas

Vinho Tinto Monte Velho 0.375 Lt
MONTE VELHO
0.375 LT

2,79€
7,44€/l

- 1 +

← VOLTAR

PARTILHAR @ t f

ADICIONAR À LISTA > ADICIONAR NOTA >

ADICIONAR >

Pode verificar se se trata realmente do sku mencionado. Eventualmente outros produtos poderíamos ter restos de stocks em lojas LIDL e Minipreço, mas neste caso nunca vendemos por isso essa hipótese não se coloca.

Obg,



.....

Key Account Manager

1167.Em resposta, a MCH solicita o envio de talão da Pingo Doce que comprove o PVP que é praticado nesse seu concorrente:

From: [REDACTED]
Sent: 9 de dezembro de 2014 19:00
To: [REDACTED]
Subject: RE: VT MONTE VELHO REG ALENT 37,5CL

Boa tarde,

Pode enviar p.f. um talão do PD.

Obrigada

[REDACTED]
DCA - Bebidas
Analista de Vinhos de Qualidade
Email: [REDACTED]
Ext: [REDACTED]



1168. Veja-se ainda o documento Primedrinks580, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 6 e 12.12.2016, em que um *sales activator* da Primedrinks pretende confirmar o reposicionamento de preços na Auchan com o envio de uma fotografia mas a KAM sublinha que “é *necessário talão*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 12 de setembro de 2016 22:35
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: MUITO URGENTE!

[REDACTED]

É necessário talão, sff.
obrigada

From: [REDACTED]
Sent: 12 de setembro de 2016 00:37
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: MUITO URGENTE!

Boas [REDACTED],
Jb Almada o sr [REDACTED] vai alterar para 14,99, 2f confirmo preço com foto
Jb setubal estou aguardar resposta, 2f confirmo se alterou preço!

Obg
[REDACTED]

Enviado do meu Windows Phone

De: [REDACTED]
Enviado: 08/09/2016 18:22
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: MUITO URGENTE!

Boa tarde equipa,
Aguardo feedback até amanhã relativamente a este assunto.
É de extrema importância!
Obrigada,
[REDACTED]

31.1.3.3.1 Pronúncia das Visadas

1169. Relativamente à utilização de talões de compra como comprovativo do (re)posicionamento dos PVP nas empresas de distribuição visadas, estas entendem que o comportamento em causa constitui uma prática lícita e justificada no âmbito da relação comercial entre fornecedor e distribuidor³¹⁷.

1170. A MCH defende que a prática em causa é normal e lícita, pois trata-se da “*comprovação, através de talões de compras realmente efetuadas, de que uma dada situação de facto*

³¹⁷ Cf. PNI MCH capítulo II.E; Cf. PNI Auchan capítulo 1.3.1.; Cf. PNI Pingo Doce páginas 198 e ss.; Cf. PNI ITMP capítulo III.12.

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”. Entende que esta prática é reveladora do “carácter tenso e antagónico deste tipo de interações”.

1171.A Auchan alega que *“os documentos transcritos nos pontos seguintes da NI [referentes à utilização de talões nos termos indicados] não demonstram a existência de qualquer acordo, antes revelando reações dos concorrentes a ações de shopping e evidenciando a pressão da Primedrinks sobre os distribuidores”*. Conclui que a prova apresentada não permite concluir por um envolvimento da Auchan na infração.

1172.A Pingo Doce recorre à doutrina para justificar que, *“relativamente ao caso em que um determinado fornecedor pretende implementar um aumento de preço grossista relativamente a produtos que são vendidos de forma transversal a vários retalhistas e em que o retalhista exige prova (por exemplo, um talão de compra) do fornecedor que efetivamente o seu concorrente aumentou os PVP (...), a doutrina considera que, em si mesmo e na ausência de prova adicional, tal comportamento não é ilícito”*.

1173.Segundo a ITMP, a prova apresentada e que refere as sociedades de exploração de unidades comerciais sob a insígnia ITMP, *“demonstra um PVP variável para o mesmo produto, de localidade para localidade”*. Afirma ainda que os elementos probatórios se referem às lojas que operam sobre a insígnia Intermarché, que são sociedades comerciais autónomas, independentes e distintas da Visada ITMP.

31.1.3.3.2 Avaliação da Autoridade

1174.Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos que a AdC descreve em maior detalhe na presente Decisão, tem de concluir-se pela improcedência da impugnação daquelas quanto à matéria de facto que subjaz à utilização de talões de compra como comprovativo do (re)posicionamento dos PVP nas empresas de distribuição visadas.

1175.De facto, esta prática do envio de talões de compra não surge isolada ou independente das demais condutas objeto de análise e, bem assim, de qualquer propósito ilícito, antes sim surge no contexto e na sequência da correção de desvios supra referida.

1176.Com efeito, tanto a Primedrinks envia talões de compra às empresas de distribuição visadas, para lhes comprovar que conseguiu o (re)alinhamento das suas concorrentes,

como estas também lhe enviam os referidos talões, para comprovar que alteraram os PVP no sentido indicado.

1177. Assim, este comportamento não surge “*na ausência de prova adicional*”, como tenta alegar a Pingo Doce para sustentar uma (ainda que marginal, segundo se percebe) licitude. Bem pelo contrário: surge perfeitamente enquadrado e de forma sequencial em todos os comportamentos demonstrados pelos elementos probatórios apresentados pela AdC até agora.
1178. Reitera-se o que já se disse acima (cf. parágrafos 1038 a 1059) sobre a forma como esta prática surge dissociada de qualquer negociação de condições comerciais, nem é usada para esse fim.
1179. Bem como também não se tratam de reações isoladas das empresas de distribuição visadas aos PVP praticados na concorrência.
1180. Veja-se designadamente o documento Primedrinks170: a Pingo Doce envia à Primedrinks uma tabela com alguns produtos seus e os PVP praticados por algumas lojas da MCH, ITMP e Auchan, sinalizando, a vermelho, aquelas que estão a praticar um abaixo do concertado e que a Pingo Doce já implementou.
1181. O único comentário que apraz à Pingo Doce fazer à Primedrinks, aquando do envio dessa tabela, é “*aguardo talões*”.
1182. Não há qualquer referência às condições comerciais acordadas, a uma (re)negociação das mesmas, a pretender obter um desconto adicional, uma comparticipação numa ação promocional, nada.
1183. O que a Pingo Doce pretende é, apenas e só, que a Primedrinks lhe envie talões de compra dos referidos produtos nas referidas lojas, para comprovar que estas corrigiram os PVP desviados e, assim, que o fornecedor está a cumprir devidamente a sua função de “*hub*” no alinhamento do mercado.
1184. Algo que a Primedrinks, neste caso concreto, se apressa a fazer, dois dias depois, comprovando que já tinha conseguido fazer a alteração do PVP dos produtos em causa nas lojas da MCH, ITMP e Auchan e informando ainda que o PVP do vinho Monte Velho Tinto já se encontra alinhado na ITMP, “*assim como nas restantes cadeias*”, por isso pretendendo saber quando iria a Pingo Doce fazer o mesmo.

1185. Note-se que este produto é o único, na tabela enviada pela Pingo Doce, em que esta praticava um PVP abaixo dos seus concorrentes, daí ter sido chamada à atenção pela Primedrinks sobre a necessidade de se efetuar a respetiva “*alteração*”.
1186. Aí reside a única “negociação” que ocorre entre as Visadas: saber quem já (re)posicionou os PVP ou quando o irá fazer.
1187. O mesmo procedimento é replicado inúmeras vezes, da mesma forma, com os mesmos intervenientes, com bastante frequência, ao longo dos anos que constituem a infração, conforme resulta dos elementos probatórios, não havendo dúvidas de que o mesmo era fundamental na construção da fixação conjunta de preços que constitui a prática ilícita *sub judice*.
1188. Recorde-se o documento Primedrinks284, melhor descrito *supra* nos parágrafos 1153 e 1154:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 13 de Novembro de 2012 11:32
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Status Monte Velho

[REDACTED],

Envio status de Monte Velho, tanto Bº como Tº:

Jumbo Alfragide

MV Branco – ok (já foi enviado talão na semana passada)
MV Tinto – 6ª feira reagiu após shopping ao Pingo Doce. Hoje ok!

Online Auchan

MV Branco – ok
MV Tinto – ok

ITMI Mafra

MV Branco – ok (enviei talão a semana passada)
MV Tinto – continua ok

Cont. Bom dia Ramalde

MV Branco – já está ok, anexo talão de ontem
MV Tinto – continua ok

Online Continente

MV Branco – ok
MV Tinto – ok

DIA

O [REDACTED] de confirmar se reagiram, se sim só alteram de 5ª para 6ª. À hora de almoço confirma.



[REDACTED]
Key Account Manager

1189. Bem como os documentos Primedrinks41, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29 e Primedrinks970, melhor descritos *supra* nos parágrafos 1158 a 1163:

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Date: 09-01-2013 11:06
Subject: Talões

Olá [REDACTED],

Tal como falámos ontem, confirmo a alteração de preços desde a semana passada.
Em anexo, envio talões de 3 lojas.
Modelo Ramalde
Continente Colombo
Jumbo Alfragide

Esta semana temos toda a equipa operacional em Lisboa, mas durante a hora de almoço vou tentar ir à loja Bom Dia Defensores Chaves que também já tenho a confirmação que está tudo ok.

MC,
[REDACTED]



[REDACTED]
Senior Key Account Manager

1190. Refira-se, ainda, que os elementos probatórios constantes do processo revelam que, uma vez recebido (ou recolhido) pelo fornecedor o talão comprovativo do reposicionamento de PVP pelas insígnias concorrentes, e veiculado (por *email*) por aquele, a empresa de distribuição recetora procede, também ela, ao reposicionamento

do PVP, em conformidade com o fixado (nos casos em que ainda não tinha o PVP alinhado), fechando-se assim o ciclo de (re)alinhamento horizontal de PVP no mercado.

1191. Face aos documentos descritos, cumpre destacar que estes mecanismos revelam o papel de interdependência entre as empresas de distribuição visadas e entre estas e o fornecedor na promoção da fixação dos PVP, assim como espelham de forma paradigmática a triangulação inerente ao tipo de comportamentos objeto de análise no presente processo contraordenacional.

1192. Finalmente, no que respeita à relação entre as lojas Intermarché e a Visada ITMP, a mesma será apreciada e respondida *infra* na secção 31.2.

1193. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto que subjaz à utilização de talões de compra como comprovativo do (re)posicionamento dos PVP nas empresas de distribuição visadas, conforme descrita na secção 31.1.3.3, *supra*.

31.1.4 Formas de pressão, coação ou retaliação

1194. 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 reposicionarem os PVP de acordo com o nível pretendido.

1195. Com efeito, as empresas de distribuição pressionam a Primedrink a atuar junto de insígnias desviantes no sentido de corrigem os eventuais desvios face aos PVP pretendidos e exercem ações de retaliação contra o fornecedor, pelo seu insucesso na correção dos PVP pelas insígnias desviantes.

1196. Essas ações consistem, como será detalhado *infra*, na suspensão de compras de produtos do seu *portfolio*, na compra de menores quantidades de produto, na imposição de notas de crédito sobre o fornecedor e/ou no não cumprimento do nível de preço indicado pelo fornecedor.

1197. Noutros casos, é a própria Primedrink a executar tais ações de pressão, coação ou retaliação, ameaçando a empresa de distribuição desviante com o corte de fornecimentos e/ou de reposições, com o corte de condições comerciais e/ou com o

corte de incentivos financeiros (e.g., a não contribuição ou não implementação de ações promocionais).

31.1.4.1 Ações de retaliação exercidas pelas empresas de distribuição contra o fornecedor

1198. Os elementos de prova constantes dos autos demonstram a existência de ações de retaliação exercidas pelas empresas de distribuição visadas contra a Primedrinks pelo seu insucesso na tentativa de garantir um alinhamento horizontal de PVP no mercado e, ainda que indiretamente, as próprias empresas de distribuição concorrentes desviantes.
1199. Tais ações de retaliação consistem, regra geral, na suspensão de compras de produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks, na compra de menores quantidades de determinados produtos, no bloqueio de ações promocionais, na imposição de notas de crédito sobre o fornecedor e/ou no não cumprimento do nível de preço pretendido pelo fornecedor.
1200. Veja-se, nesse sentido, o documento Primedrinks333, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizadas nos dias 10 e 11.09.2012, em que está em causa uma ação promocional da Lidl que *“não tem qualquer colaboração por parte da Primedrinks”* e que, segundo esta, trata-se de *“represálias visto não terem sido contemplados com a promoção de CG 1 L c/ 33% desconto grátis nos meses de Verão”*.
1201. Neste *email*, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) apela à MCH para que colabore com a *“nãoreação deste folheto”* visto já estar *“a garantir que nenhum operador de mercado reaja”*:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 10 de Setembro de 2013 16:27
To: [REDACTED]
Subject: Folheto Casal Garcia LIDL

Boa tarde [REDACTED],

Tal como já falámos ao telefone, fomos hoje surpreendidos com um folheto LIDL em Casal Garcia c/ 30% de desconto, de 12 a 18 Setembro.
Este folheto não tem qualquer colaboração por parte da Primedrinks.
Trata-se de "represálias" visto não terem sido contemplados com a promoção de CG 1L c/ 33% desconto grátis no meses de Verão.
Relembro que a Sonae teve esta promoção durante quase 3 meses, garantindo uma boa performance da marca.
Esperamos a V/ colaboração na não reacção deste folheto.
Estamos a garantir que nenhum operador de mercado reaja.

Obrigada!

MC,
[REDACTED]

1202. Perante uma nova reclamação por parte da MCH pelo facto do PVP da Lidl não ter sido corrigido, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) volta a sublinhar que *"estamos a "segurar" todos os operadores de mercado" e que "neste momento ninguém reagiu e temos feedback que se vai manter assim"*:

De: [REDACTED]
Enviado: 11 de setembro de 2013 17:12
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: FW: Folheto Casal Garcia LIDL - 12 a 18 SETEMBRO
Anexos: SGERAL13091016180.pdf; SGERAL13091016181.pdf

[REDACTED],

Tal como falamos e voltei a reforçar por e-mail, estamos a "segurar" todos os operadores de mercado. Neste momento ninguém reagiu e temos feedback que se vai manter assim!
Relembro que tiveram durante 2,5 meses uma promoção c/ 33% desconto.
Contamos também com a V/ colaboração, sff.
Obrigada!

MC,
[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 11 de Setembro de 2013 17:04
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Folheto Casal Garcia LIDL - 12 a 18 SETEMBRO

Boa tarde [REDACTED],

Solicitamos a vossa colaboração e reanalise.

2050292	VVB CASAL GARCIA 0,75LT	3.39 €
---------	-------------------------	--------

1203. Internamente, porém, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) clarifica que havendo “*qualquer reacção e actuaremos de imediato*”, sendo que “*os fornecedores terão que assumir o custo de uma reacção*” (cf. documento MCH2836):

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 12 de setembro de 2013 11:31
To: [REDACTED]
CC: [REDACTED]
Subject: RE: Folheto Casal Garcia LIDL - 12 a 18 SETEMBRO

Vamos esperar por amanhã, a [REDACTED] irá informar os fornecedores que qualquer reacção e actuaremos de imediato, até final da nossa feira. Os fornecedores terão que assumir o custo de uma reacção e estar avisados para os próximos folhetos.

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 11 de Setembro de 2013 18:10
To: [REDACTED]
CC: [REDACTED]
Subject: FW: Folheto Casal Garcia LIDL - 12 a 18 SETEMBRO

Boa tarde,

Acetamos?

Cumprimentos,

[REDACTED]
Direção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhas de Qualidade

1204. Como referido anteriormente, em certos casos, as ações de retaliação executadas pelas empresas de distribuição visadas consistem 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 fornecedor para que este atue no sentido de nivelar o mercado.
1205. No documento Primedrinks329, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 22.03.2012, a MCH questiona a Primedrinks sobre o facto de a Pingo Doce praticar um PVP de 3,99€ no vinho Monte Velho.
1206. A Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) responde que a Pingo Doce se encontra a reagir à MCH:

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 22 de Março de 2012 15:12
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Monte Velho a 3.99€ no PD

Reacção à Sonae



.....
[REDACTED]
Senior Key Account Manager

1207.No entanto, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) sublinha que já reposicionou o preço e ameaça que, se a Pingo Doce não fizer o mesmo, irá baixar o PVP:

De: [REDACTED]
Enviado: 22 de março de 2012 15:25
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Monte Velho a 3.99€ no PD

Boa tarde,
Nós reposicionámos.
Eles também vão fazer?
Caso contrário teremos que baixar.

Cumprimentos,
[REDACTED]
Direção Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade

1208.No documento Primedrinks273, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 09.07.2017 e 06.08.2012, a Primedrinks solicita que a MCH considere *“as novas condições do sku Asti Gancia 75cl a partir de 1 de Agosto e reposicionem o PVR para 6,99”*.

1209.A Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) alerta ainda a MCH que o *“Grand Reale está com um pvp acima do nosso PVR (4,99 vs 4,49)”*:

From: [REDACTED]
Sent: segunda-feira, 30 de Julho de 2012 16:39
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Ciclo Promocional SONAE AGOSTO SETEMBRO

Boa tarde [REDACTED],

A maioria das lojas Pingo Doce já não tem stock de Asti Gancia e estão a receber o sku substituto – Grand Reale Gancia.
Necessitamos que considerem as novas condições do sku Asti Gancia 75cl a partir de 1 de Agosto e reposicionem o PVR para 6,99.

Alerto ainda que Grand Reale está com um pvp acima do nosso PVR (4,99 vs 4,49)

2050443 ASTI GANCIA
4942193 GRAN REAL GANCIA

Ficamos a aguardar feedback, sff.
Obrigada!

MC,
[REDACTED]

1210. Por seu turno, a MCH ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) recusa o reposicionamento em função do *shopping* que apresenta, solicitando que a Primedrinks mantenha o “*desconto enquanto o mercado se mantiver neste patamar*”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 31 de Julho de 2012 10:27
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Shopping Asti Gancia

Bom dia [REDACTED],

Anexo shopping do Asti Gancia Cuvee, é de todo impossível um novo posicionamento face ao shopping abaixo apresentado, agradecemos a permanência do desconto enquanto o mercado se mantiver neste patamar.

1211. A Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) insiste em solicitar à MCH “*ajuda nesta movimentação de Asti Gancia*”, sublinhando que os *stocks* da Pingo Doce são “*muito diminutos e pontuais*” e que se encontra a aguardar “*feedback do Auchan e DIA*”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 31 de Julho de 2012 18:44
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping Asti Gancia

[REDACTED],

Conforme nossa conversa, solicitamos a V/ ajuda nesta movimentação de Asti Gancia. Neste momento, a JMR já está a comprar Grand Reale e os *stocks* de Asti Gancia são muito diminutos e pontuais em algumas lojas. Tal como combinado, peço-lhe que amanhã entre em contacto com [REDACTED] pois também aguardamos *feedback do Auchan e DIA*.

Relativamente ao desconto promocional, não podemos continuar a manter o mesmo.

Obrigada!
MC,
[REDACTED]

1212. A MCH ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) opta, contudo, pela suspensão da compra desse produto à Primedrinks, “*até que o mercado esteja estabilizado*”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 31 de Julho de 2012 18:46
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping Asti Gancia
Importance: High

Boa tarde [REDACTED]

Até que o mercado esteja estabilizado , vamos suspender a compra da referência em questão .

Obrigado

Melhores cumprimentos / Best Regards

[REDACTED]
Gestor comercial bebidas Espirituosas e Espumantes
Vinhos Mesa e Estrangeiros

*Hard Drinks Category manager
Sparkling , International Wines and Spirits*

 SONAE MC

1213. Perante a ameaça de suspensão de compras, a Primedrink (CONFIDENCIAL – Dados Pessoais) refere ser “fundamental que consigamos resolver a questão de Gancia sem entrarmos neste tipo de conflitos, que representam vendas perdidas para ambas as partes”, e insiste em pedir à MCH “a colaboração do maior operador do mercado”:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 1 de Agosto de 2012 15:16
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping Asti Gancia

Boa tarde [REDACTED],

É fundamental que consigamos resolver a questão de Gancia sem entrar-mos neste tipo de conflitos, que representam vendas perdidas para ambas as partes.
Aquilo que vos solicitamos é a colaboração do maior operador do mercado, sendo claro que este artigo deixou de ser comercializado tanto por Pingo doce como Dia%.
Neste momento apenas Sonae, Auchan e ITM têm Asti Gancia em linha.
Não vos pedimos que abdicuem da vossa competitividade.
O que precisamos fazer para resolver a questão?

Gostava de poder falar consigo sobre este assunto.

[REDACTED]



.....
[REDACTED]
National Account Manager

1214.A MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) mantém-se irredutível mas assegura que “se o mercado reagir, garantiremos essa uniformização”:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 1 de Agosto de 2012 16:09
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping Asti Gancia
Importance: High

Boa tarde [REDACTED],

A decisão indicada apenas visa manter os índices de retorno comercial à SONAE no artigo . Como é do seu conhecimento , as diretrizes referentes a índices de competitividade tendem a enrijecer quando passamos por momentos conturbados na economia e nos negócios . À data qualquer movimento de preço é automaticamente comparado pelo consumidor podendo este alterar a sua decisão de compra entre operadores após esta análise. Deste modo não nos será possível aceder à solicitação de alavancar o preço de mercado para os índices que esperam sem que a visibilidade de preço nos seja afetada . Se o mercado reagir , garantiremos essa uniformização .

Obrigado pela atenção dispensada

Melhores cumprimentos / Best Regards

[REDACTED]
Gestor comercial bebidas Espirituosas e Espumantes
Vinhos Mesa e Estrangeiros

Hard Drinks Category manager
Sparkling , International Wines and Spirits

 SONAE MC

1215.A Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) tenta ultrapassar esta situação através do reporte à MCH da correção do PVP na Auchan:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 3 de Agosto de 2012 15:33
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping Asti Gancia

Boa tarde [REDACTED]

Tentei entrar em contacto consigo mas sem sucesso.
Jumbo OK na segunda-feira. Agradeço que efectuem shopping neste dia para podermos desbloquear este tema.

Obrigado

[REDACTED]



.....
[REDACTED]
National Account Manager

1216.A MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) avisa que apenas efetuará *shopping* depois do fim-de-semana, sublinhando ser “*importante ter da vossa parte também, feedback relativamente às movimentações de mercado*”:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 3 de Agosto de 2012 17:30
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping Asti Gancia

Boa tarde,

O shopping será realizado na segunda feira, vou tentar junto na nossa equipa de shopping que me seja enviado ao longo do dia, no entanto devo alertar que normalmente é descarregado no sistema ao final do dia e fica visível para nós no dia a seguir ou seja 3ª feira.

Seria importante ter da vossa parte também, feedback relativamente às movimentações de mercado.

Relativamente a MP qual é a estratégia?

[REDACTED]
Analista de Preço
DCA - Un. Bebidas



1217.Na segunda-feira seguinte, a Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) confirma finalmente a alteração do PVP na Auchan:

De: [REDACTED]
Enviado: 6 de agosto de 2012 10:50
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Shopping Asti Gancia

Bom dia [REDACTED],

Acabei de confirmar alteração de Gancia para 6,99 nos Jumbos.

Obrigado

[REDACTED]



.....
[REDACTED]
National Account Manager

1218.No documento MCH943, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico de 20.01.2015, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) analisa exaustivamente as margens de comercialização de diversos produtos, entre os quais, produtos comercializados pela Primedrink, e verifica a existência de alguns desvios aos PVP por parte da Lidl:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 20 de Janeiro de 2015 15:54
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: [DDC][Preço] - IP Semanal - Semana 03_2015

Boa tarde

Envio resumo dos artigos descompetitivos com LIDL são 29 na UN. Em anexo ficheiro com mais detalhe.

Gama comum com Lidl	Nº artigos descompetitivos com Lidl	Nº artigos PVP SONAE= PVP PD	Nº artigos descompetitivos com Lidl
[70-80]	[40-50]	[40-50]	[20-30]

- Primedrink - reposicionamento de pvps no PD a 7/01, shopping não actualizado em sistema ou lidl

1219.A MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) informa quais as medidas que já foram ou que irão ser tomadas para ultrapassar esta situação:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 20 de Janeiro de 2015 5:58
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: [DDC][Preço] - IP Semanal - Semana 03_2015

[REDACTED]

Temos [40-50] artigos descompetitivos com Lidl, mas [10-20] estão ok com PD.

1. Já alertamos todos os fornecedores por email tipo (anexo email)

Boa tarde

Verificamos que nas recolhas de shopping o operador LIDL, mantém as suas promocionais de Natal de 2014.

Esta situação está a gerar muito desconforto nas nossas lojas e somos fortemente pressionados a reagir.

Mantendo-se este posicionamento teremos de acompanhar o mercado.

Face a esta questão solicitamos envio de desconto em instância, até alteração das condições de mercado, ou sell out / ou vendida (abaixo proposta de diferença de preço).

Sem estas condições extra, não teremos possibilidades de continuar a vender os vossos produtos, pelo que sua comercialização na SONAE, está a ser revista, até resolução da questão.

Aguardamos a vossa melhor sugestão de resolução, sem afetar a nossa competitividade.

2. Vamos solicitar acompanhamentos de shopping amanhã.
3. Vamos efetuar contacto telefónico, amanhã de manhã.
4. Ponderação com os gestores de outras medidas a tomar.

Os melhores cumprimentos,

[REDACTED]

Analista de Preço
Direcção Comercial Alimentar
UN. DPH & HARD DRINKS

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 20 de Janeiro de 2015 5:09
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: [DDC][Preço] - IP Semanal - Semana 03_2015
Importance: [REDACTED]

Boa Tarde [REDACTED] e [REDACTED]

Obrigado pelo ponto de situação. Temos [40-50] artigos (presumo que KVI e KCI) descompetitivos vs Lidl. Como vamos deixar de ter essas situações de descompetitividade?

Aguardo feedback. Obrigado.

[REDACTED]

1220. Em anexo a este documento, são juntos vários *emails* de contudo idêntico para diversos fornecedores, entre os quais a Primedrink.

1221. Neste *email*, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) solicita à Primedrink “condições extra”, referindo que, sem estas, “*não teremos possibilidades de continuar a vender os vossos produtos, pelo que sua comercialização na SONAE, está a ser revista, até resolução da questão*”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 20 de janeiro de 2015 17:25
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Artigos Primedrinks - Lidl

Boa tarde [REDACTED]

Verificamos que nas recolhas de shopping o operador LIDL, mantém os pvs promocionais de Natal de 2014.

Esta situação está a gerar muito desconforto nas nossas lojas e somos fortemente pressionados a reagir.

Mantendo-se este posicionamento teremos de acompanhar o mercado.

Face a esta questão solicitamos envio de desconto em factura, até alteração das condições de mercado, ou sell out / un vendida (abaixo proposta de diferença de preço).

Sem estas condições extra, não teremos possibilidades de continuar a vender os vossos produtos, pelo que sua comercialização na SONAE, está a ser revista, até resolução da questão.

Aguardamos a vossa melhor sugestão de resolução, sem afetar a nossa competitividade.

Cat	Fornecedor	Artigo	PVP 2015 SONAE	PVP Conc.
305	07111 - PRIMEDRINKS	4232391 - VT D. ERMELINDA RES DOC PAL 75CL	7.99 €	6.79 €
305	07111 - PRIMEDRINKS	2760932 - VT FIUZA 3 CASTAS REG TEJO 75CL	3.59 €	2.69 €
305	07111 - PRIMEDRINKS	2193384 - VB FIUZA CHARDONNAY REG TEJO 75CL	5.09 €	3.79 €
305	07111 - PRIMEDRINKS	4788370 - CJ VT HERD DOS GROUS REG ALENT 2*75CL	22.49 €	21.49 €
305	07111 - PRIMEDRINKS	5344623 - VT CARM DOC DOU 12 75CL	8.99 €	6.99 €
305	07111 - PRIMEDRINKS	3027881 - VT HERD DOS GROUS REG ALENT 75CL	11.99 €	10.23 €
305	07111 - PRIMEDRINKS	4319983 - VB FIUZA 3 CASTAS REG TEJO 75CL	3.59 €	2.69 €
305	07111 - PRIMEDRINKS	5308347 - VVB QTA AVELEDA CS LOU/ALV DOC 13 75CL	4.49 €	2.99 €
305	07111 - PRIMEDRINKS	2624134 - VT D. ERMELINDA DOC PAL 75CL	4.29 €	4.13 €
306	07111 - PRIMEDRINKS	3012520 - VT ALANDRA 3 LT	6.99 €	5.59 €
307	07111 - PRIMEDRINKS	2050134 - LICOR WHISKY CAROLANS 70CL	11.99 €	10.49 €
307	07111 - PRIMEDRINKS	3605242 - WHISKY GRANT'S 1 L	16.99 €	13.39 €
307	07111 - PRIMEDRINKS	4756407 - ESP CASA ERMELINDA FREITAS BRUTO 75CL	6.99 €	6.49 €
307	07111 - PRIMEDRINKS	4810589 - ESP.CASAL GARCIA SPARKLING M SECO 75CL	4.99 €	3.79 €
307	07111 - PRIMEDRINKS	2050270 - WHISKY FAMOUS GROUSE 70CL	14.99 €	12.49 €

Os melhores cumprimentos,



Analista de Preço
 Direcção Comercial Alimentar
 UN. DPH & HARD DRINKS



1222.O *feedback* interno da Direcção Comercial da MCH ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) é positivo (cf. documento MCH2929, de 20.01.2015):

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 20 de janeiro de 2015 21:59
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: [DDC][Preço] - IP Semanal - Semana 03_2015

Boa noite [REDACTED] e [REDACTED]

Excelente trabalho. Reanalizamos resultados no início da próxima semana.

[REDACTED]
Soniae MC | DC DPH + HD
UN ~~Wines & Spirits~~ | Director

1223. Veja-se, por fim, o documento Primedrinks948, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 29.01.2016 a 03.02.2016, em que a MCH ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) envia um *shopping* à Primedrinks solicitando apoio na realização de uma ação promocional:

From: [REDACTED]
Sent: 29 de janeiro de 2016 11:52
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: QEV 2016 - HERDADE DOS GROUS

Bom dia [REDACTED]

Envio o shopping recebido para feira, uma vez que os artigos vão estar em folheto temos de garantir ao nosso cliente que não compra mais caro nas nossas loja, pelo solicitamos o vosso apoio durante a feira com sell out de 2€, ou desconto em fatura de 16.5% nas seguintes referências de 30/01 a 29/02

3833331 VB HERD DOS GROUS REG ALENT 75CL
3027881 VT HERD DOS GROUS REG ALENT 75CL

Aguardamos confirmação

1224. Apesar de recusar o apoio na referida ação promocional, a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) envia à MCH um talão comprovativo do PVP praticado pela Lidl e refere que, no caso da Auchan, irá “*actuar loja a loja*”:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 29 de Janeiro de 2016 12:07
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: QEV 2016 - HERDADE DOS GROUS

[REDACTED]

Envio talão da Lidl onde os pvp's são centralizados.
Relativamente ao Auchan, iremos actuar loja a loja. Durante os próximos dias, irei dando feedback.
A estratégia para este sku não tem qualquer acção associada, pelo que não podemos aceitar a V/
proposta.
Obrigada!
MC,
[REDACTED]

1225. Perante a insistência da MCH, a Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) reafirma que irá “actuar loja a loja” e que “no caso do Lidl já vos enviei talão e por exemplo no Jumbo de Guimarães, ontem estava a 11,99€”:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 29 de Janeiro de 2016 1:12
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: QEV 2016 - HERDADE DOS GROUS

Boa tarde,

O valor das marcas é o maior activo da nossa companhia, não podendo de todo convergir para situações que colocam em causa o valor das mesmas.
A estratégia para Herdade dos Grous não é de todo a rebaixa de preço.
Estamos dispostos a colaborar e em conjunto certamente faremos tudo para fazer crescer a categoria, mas não a qualquer custo.
Tal como disse anteriormente, iremos actuar loja a loja.
Não sei de quando é o V/ shopping, mas neste momento já começo a ter feedback da minha equipa.
No caso do Lidl já vos enviei talão e por exemplo no Jumbo de Guimarães, ontem estava a 11,99€.
Assim que receber mais notícias informarei.

1226. Ainda assim, a MCH acaba mesmo por efetuar uma descida do PVP, o que gera o descontentamento da Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]), considerando ser incompreensível, em especial porque, segundo refere, “num total de 661 lojas, apenas em 13 lojas (2% do total de lojas onde temos o produto distribuído, excluindo Sonae) estamos com um shopping abaixo da política comercial”:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 3 de Fevereiro de 2016 12:28
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: QEV 2016 - HERDADE DOS GROUS

Olá [REDACTED],

Desde 2ª feira que detectamos a rebaixa de Herdade dos Grous nas V/ lojas para 9,99.

Num total de 661 lojas, apenas em 13 lojas (2% do total de lojas onde temos o produto distribuído, excluindo Sonae) estamos com shopping abaixo da politica comercial.

PD (380 lojas) a 11,99

LIDL (239 lojas) a 11,99

Jumbo (34 lojas) – 13 lojas estão a 9,99

ECI (8 lojas) a 11,99

A Sonae decidiu fazer folheto de 4 semanas com base neste shopping.

Reforço mais uma vez, que a politica comercial da PrimeDrinks não prevê qualquer rebaixa neste artigo pelo que a vossa politica comercial para este folheto não pode ser comparticipada por nós.

Próximas feiras teremos em atenção estas situações e certamente não iremos propor artigos premium que não têm qualquer rebaixa prevista

Esperamos que entendam a nossa posição.

Obrigada!

MC,
[REDACTED]

1227. Em resposta, a MCH ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) refere não entender como pode a Primedrinkings propor “*artigos Premium, e não tem o cuidado de ter o mercado alinhado com o preço Premium do artigo*”:

From: [REDACTED]
Sent: 3 de fevereiro de 2016 12:44
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: QEV 2016 - HERDADE DOS GROUS

Bom dia [REDACTED]

Não entendemos como propõem artigos Premium, e não tem o cuidado de ter o mercado alinhado com o preço Premium do artigo.

Esse conceito de Premium é só valido para a MCH? Os restantes operadores já podem ter preços de 9.99€, é com base no nº de lojas?. Não faz sentido nenhum, que não possamos ter o mesmo preço.

E a postura que estão a ter connosco que sempre praticamos o pvpr, não é correta, e devia ser sim dirigida a outros que são a origem desta questão. Sendo que não deviam ter tratamento diferenciado pelo nº de lojas, insígnia, sendo que nesse cado até deveria abonar a nosso favor, onde fazem a maior parte das vendas.

Sempre o shopping justificar a descida, tentaremos com fizemos agora com a Pascoa , aprofundar a verdade junto do fornecedor.

Mantemos a solicitação do sell out para esta rebaixa, que relembro que não foi por nossa iniciativa.

Os melhores cumprimentos,

1228.A Primedrinks ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) considera injusta a afirmação da MCH e volta a sublinhar o facto de o número de lojas que se encontra a praticar um PVP inferior ao concertado ser meramente residual:

De: [REDACTED]
Enviado: 3 de fevereiro de 2016 13:33
Para: [REDACTED]
Assunto: FW: QEV 2016 - HERDADE DOS GROUS

fyi

From: [REDACTED]
Sent: 3 de fevereiro de 2016 12:56
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: QEV 2016 - HERDADE DOS GROUS

[REDACTED],

Não temos cuidado, quando num total tão grande de lojas, apenas temos 13 lojas abaixo da nossa política comercial? Sinceramente, acho que até temos muito cuidado. Infelizmente não conseguimos estar é em todo o lado ao mesmo tempo em tão curto espaço de tempo.

Já estamos a intervir nas lojas para a Feira da Páscoa, que foi enviado com mais tempo. Desde já o nosso obrigada!

De qualquer forma, não temos flexibilidade promocional, nem tão pouco é nossa estratégia, e como tal não podemos compartilhar com qualquer reforço de verba para a FQVE.

Obrigada!

MC,

[REDACTED]

31.1.4.1.1 Pronúncia das Visadas

1229.Relativamente às ações exercidas pelas empresas de distribuição contra o fornecedor como formas de pressão, coação ou retaliação, as empresas de distribuição visadas entendem, novamente, que a AdC fez uma interpretação errada daquilo que são práticas lícitas que, ao invés do alegado, denotam a grande competitividade existente no mercado retalhista de base alimentar em Portugal³¹⁸.

1230.A MCH reitera a ideia de que as comunicações em causa revelam o antagonismo da relação comercial entre fornecedor e distribuidor, mas constituem práticas lícitas e enquadráveis nas negociações que ocorrem entre ambos. Defende que as ações da MCH se tratam de “reações competitivas” e não de retaliações, uma vez que “responder

³¹⁸ Cf. PNI MCH capítulo II.E; Cf. PNI Auchan capítulo 1.4.1; Cf. PNI Pingo Doce páginas 114 e ss., 160 e ss. e 194; Cf. PNI Lidl capítulo D.3.5; Cf. PNI Cooplecnorte parágrafo 82.

a um PVP mais baixo de um concorrente não é cartelização, é o mercado competitivo a funcionar, tal como a suspensão de compras de produtos sem margens ou rentabilidades interessantes não comporta qualquer sanção sobre os demais distribuidores”.

1231. Para a Auchan, os elementos probatórios demonstram uma “manifesta pressão competitiva” dos intervenientes do mercado e que “*de acordo com a tese da AdC, a empresa é sempre culpada: se reagir para o mesmo nível de preços é culpada porque estaria alinhada com outras empresas; se reagir para um nível de preços diferente é culpada porque estaria a retaliar contra o fornecedor*”. A Auchan alega ainda que a prova apresentada não permite concluir por um envolvimento da Auchan na infração, pelo contrário, que a mesma tem carácter exculpatório.

1232. De acordo com a Pingo Doce, a prova apresentada “*consiste no mero envio de shoppings (que mostram uma grande diversidade de preços entre os vários retalhistas)*” Entende ainda que “*o facto de um retalhista pedir informação sobre o seu concorrente ao fornecedor comum para poder competir mais agressivamente, é uma matéria do domínio das práticas comerciais desleais, não configurando uma conduta anti-concorrencial*”.

1233. Segundo a Lidl, esta “*nunca discutiu preços de concorrentes seus com a PrimeDrinks (...) nunca pressionou, ameaçou ou coagiu a PrimeDrinks com sanções ou retaliações (...) nunca foi sujeito a sanções por parte da PrimeDrinks, apesar de repetidamente marcar preços de revenda abaixo ou muito abaixo dos limiares de preços recomendados por esta*”. Afirma ainda que dos elementos probatórios não resulta o envolvimento da Lidl na infração, antes sim denotam um padrão de comportamento autónomo da Lidl.

1234. A Cooplecnorte refere que não há elementos probatórios que comprovem que “*tenha havido qualquer ação retaliatória, fosse da Cooplecnorte contra a Primedrinks, fosse ao contrário*”.

31.1.4.1.2 Apreciação da Autoridade

1235. Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos que a AdC descreve em maior detalhe na presente Decisão, a AdC conclui pela improcedência integral da impugnação por aquelas apresentada

quanto à matéria de facto que subjaz às ações exercidas pelas empresas de distribuição contra o fornecedor como formas de pressão, coação ou retaliação.

- 1236.Com efeito, as comunicações apresentadas, a eventualmente revelarem algum “antagonismo”, apenas o fazem quanto à ação da Primedrinks e das empresas de distribuição visadas sempre que detetam algum desvio aos PVP concertados.
- 1237.De facto, nessas situações, há pressão das empresas de distribuição visadas sobre a Primedrinks no sentido de corrigir os desvios detetados e pressão da Primedrinks sobre as empresas de distribuição “desviantes” no sentido de estas praticarem o PVP concertado. O “antagonismo” é, pois, quanto ao desvio ao concertado e nada mais.
- 1238.Caso a situação não seja corrigida num curto espaço de tempo – tudo comprovado pelo envio de talões de compra, como já demonstrado acima – é que a “tensão negocial” vem ao de cima: através de ameaças de ações de retaliação de ambas as partes, de novo, apenas, no sentido de garantir o alinhamento.
- 1239.Assim, estas ações, que isoladamente e nalgumas circunstâncias poderiam ser justificadas e, por isso, consideradas lícitas, como já se admitiu previamente (suspensão de compras de produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks, compra de menores quantidades de determinados produtos, bloqueio de ações promocionais, etc., sempre por razões estratégicas do posicionamento autónomo do próprio distribuidor no mercado), no contexto em causa e na sequência dos restantes comportamentos que já foram profusamente descritos, assumem um propósito diverso, o qual se revela ilícito e anticoncorrencial, nos termos que se descreveram *supra* (cf. parágrafos 1199 a 1229) e a que se volta *infra*.
- 1240.De facto, não se está a imputar às empresas de distribuição visadas a prática de uma ação retaliatória porque estas reagiram para um nível de preços diferente do dos seus concorrentes ou do recomendado pelo fornecedor, ou porque decidiram deixar de comercializar os seus produtos.
- 1241.O que se demonstrou e resulta claro dos elementos probatórios é que essa reação vem na sequência de deteção de desvios a PVP concertados e, em particular, de um descontentamento com o fornecedor por este não estar a cumprir bem as suas funções de “hub”, não tendo conseguido, em tempo útil, que as empresas de distribuição desviantes cumprissem com os PVP concertados.

1242. Não é porque as empresas de distribuição visadas estão insatisfeitas com as condições comerciais apresentadas, ou porque não conseguiram chegar a acordo com o fornecedor sobre a negociação das mesmas, ou porque determinada ação promocional não está a ter a *performance* esperada, entre outros motivos e válidos e admissíveis que se poderiam enumerar. É porque um seu concorrente está a desviar-se do PVP definido e o fornecedor não está a conseguir corrigi-lo.

1243. Veja-se o documento Primedrinks333, já acima apresentado nos parágrafos 1201 a 1204:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 10 de Setembro de 2013 16:27
To: [REDACTED]
Subject: Folheto Casal Garcia LIDL

Boa tarde [REDACTED]

Tal como já falámos ao telefone, fomos hoje surpreendidos com um folheto LIDL em Casal Garcia c/ 30% de desconto, de 12 a 18 Setembro.
Este folheto não tem qualquer colaboração por parte da Primedrinks.
Trata-se de "represálias" visto não terem sido contemplados com a promoção de CG 1L c/ 33% desconto grátis no meses de Verão.
Relembro que a Sonae teve esta promoção durante quase 3 meses, garantindo uma boa performance da marca.
Esperamos a V/ colaboração na não reacção deste folheto.
Estamos a garantir que nenhum operador de mercado reaja.

Obrigada!

MC,
[REDACTED]

1244. E o documento MCH2836, melhor descrito *supra* no parágrafo 1204:

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 12 de setembro de 2013 11:31
To: [REDACTED]
CC: [REDACTED]
Subject: RE: Folheto Casal Garcia LIDL - 12 a 18 SETEMBRO

Vamos esperar por amanhã, a [REDACTED] irá informar os fornecedores que qualquer reacção e actuaremos de imediato, até final da nossa feira. Os fornecedores terão que assumir o custo de uma reacção e estar avisados para os próximos folhetos.

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 11 de Setembro de 2013 18:10
To: [REDACTED]
CC: [REDACTED]
Subject: FW: Folheto Casal Garcia LIDL - 12 a 18 SETEMBRO

Boa tarde,

Aceitamos?

Cumprimentos,
[REDACTED]

União Comercial Alimentar
Gestora de Categoria de Vinhos de Qualidade
[REDACTED]

1245. E ainda o documento Primedrinks273, melhor descrito *supra* nos parágrafos 1209 a 1218, em que a MCH ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) conclui:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 31 de Julho de 2012 18:46
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping Asti Gancia
Importance: High

Boa tarde [REDACTED]

Até que o mercado esteja estabilizado , vamos suspender a compra da referência em questão .

Obrigado

Melhores cumprimentos / Best Regards

[REDACTED]
Gestor comercial bebidas Espirituosas e Espumantes
Vinhos Mesa e Estrangeiros

*Hard Drinks Category manager
Sparkling , International Wines and Spirits*

 SONAE MC

1246. Daí a consequência das ações das empresas de distribuição visadas assumir o cariz de retaliação, através de uma das práticas já enumeradas.
1247. Ademais, a linguagem utilizada nos elementos probatórios, bem como o contexto em que esta surge, não deixa margem para dúvidas: a intenção das empresas de distribuição visadas era pressionar a Primedrinks no sentido de a coagir a atuar junto das empresas desviantes.
1248. Assim, im procedem os argumentos de defesa das Visadas, pois resulta claro que estas, (i) ao responder a um PVP mais baixo, procurando subi-lo, ou, (ii) caso tal não resulte, alinhando com este mediante exigências de comparticipação dessa ação junto do fornecedor, tratam-se, em ambos os casos, de condutas que conduzem ao alinhamento horizontal do mercado e de pressão/coação sobre fornecedor (sobre quem recai a obrigação de custear a baixa de PVP).
1249. Deste modo, a sanção que tal conduta comporta/implica não recai sobre as demais empresas de distribuição visadas, mas sobre o próprio fornecedor, sendo que este, posteriormente, pode também – e resulta demonstrado que a Primedrinks o fazia – sancionar/pressionar as empresas de distribuição visadas concorrentes da primeira.
1250. Bem como resulta provado, conforme já demonstrado *supra* nos parágrafos 1038 a 1059, que as trocas de informação entre as empresas de distribuição visadas e a Primedrinks não tinham o propósito de estas competirem mais agressivamente entre si, mas sim de alinhar conjuntamente o mercado para a prática de PVP idênticos.

1251.Finalmente, no que respeita à afirmação da Auchan sobre o carácter exculpatório de alguns elementos de prova, a mesma será apreciada e respondida *infra* na secção 31.2.

1252.A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto que subjaz às ações e comportamentos exercidos pelas empresas de distribuição contra o fornecedor como formas de pressão, coação ou retaliação (cf. secção 31.1.4.1 *supra*).

31.1.4.2 Ações de retaliação exercidas pelo fornecedor contra as empresas de distribuição

1253.Quando as ações de retaliação são exercidas pelo fornecedor contra as empresas de distribuição, estas têm como propósito garantir, ou pelo menos pressionar, as empresas de distribuição que se desviam dos preços que se encontram alinhados no mercado a corrigir tais desvios e a implementar efetivamente os PVP pretendidos, garantindo um alinhamento horizontal no mercado.

1254.O que acontece no documento Primedrink157, que constitui uma mensagem de correio eletrónico do dia 11.06.2010, em que a Primedrink refere que uma das formas de evitar o problema originado por uma ação promocional não combinada por parte de uma loja Cooplecnorte passaria por “*tentar bloquear o fornecimento do artigo a esta loja da parte do On Trade de modo a evitar complicações*”.

1255.Tal como a Primedrink ([**CONFIDENCIAL – Dados Pessoais**]) reconhece, “*esta tem sido uma das lojas complicadas e que nos ainda não conseguimos “vergar”, se conseguíssemos o não fornecimento seria uma grande ajuda*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 11 de junho de 2010 18:11
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: Leclerc S.M.Feira

Boa Tarde,

Recusei um negocio de 15 Paletes Casal Garcia para Loja Leclerc SM Feira, que estava a pedir cotação para 2,26€ de modo a suportar uma acção de Folheto de Aniversario (AGOSTO) com o PVP de 2,69€ (a exemplo de anos anteriores).

Do meu lado ficou a proposta à loja, no sentido de desenvolver mecânicas promocionais que não em preço, contudo a loja não me pareceu muito "inclinada" em optar pelas alternativas sugeridas,

Seria interessante, e antevendo o problema que irá ser um folheto com PVP de 2,69€, tentar bloquear o fornecimento do artigo a esta loja da parte do On Trade de modo a evitar complicações.

Esta tem sido uma das lojas complicadas e que nos ainda não conseguimos "vergar", se conseguíssemos o não fornecimento seria uma grande ajuda.

Obrigado desde já,

Com os melhores cumprimentos,

.....
[REDACTED]
Key Account Management

1256.No documento Auchan368, que constitui uma troca interna de mensagens de correio eletrónico do dia 18.05.2012, com o assunto "*Lista Vermelha*", a Auchan assume que existem artigos que os fornecedores poderão cortar o fornecimento em caso de não cumprimento dos PVP de mercado:

De: [REDACTED]
Enviada: sexta-feira, 18 de Maio de 2012 13:01
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: Lista Vermelha

Bom dia [REDACTED]

Seguem os artigos sobre os quais existem sérios riscos de corte de fornecimento caso não respeitemos os pvp's de mercado.

[REDACTED]

1257.A tabela que é junta ao *email* inclui um conjunto de produtos que são comercializados/distribuídos pela Primedrink:

C770 Primedrinks		
22093	VINHO BRANCO ALANDRA:0.75 LT	1,99
889421	VINHO BRANCO ALANDRA:BAG IN BOX 3 LT	6,99
22095	VINHO BRANCO MONTE VELHO:ALENTEJO 0.75 LT	3,89
22086	VINHO TINTO ALANDRA:0.75 LT	1,99
889417	VINHO TINTO ALANDRA:BAG IN BOX 3 LT	6,99
733502	VINHO TINTO HERDADE GROUS:ALENTEJO 0.75 LT	9,79
22096	VINHO TINTO MONTE VELHO:ALENTEJO 0.75 LT	4,49
22049	VINHO VERDE CASAL GARCIA:BRANCO 0.75 LT	3,29
16302	WHISKY NOVO GRANTS:FAMILY RESERVE 0.70 LT	10,49

1258.No documento Primedrinks979, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 15.09.2014 entre a Primedrinks e empresas suas acionistas, estas são informadas que a Lidl está “*com um nível promocional não recomendado de todo pela Primedrinks (neste em concreto só respeitaram o PVR de Grous)*” o que “*obriga a uma tomada de posição dura, que terei eu com a direcção da Lidl*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 15 de setembro de 2014 18:03
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: FW: Folheto LIDL - 18 a 24 Setembro
Importância: Alta

Boa tarde [REDACTED] e [REDACTED]
 Junto reencaminho folheto da LIDL, com varias marcas nossas com um nível promocional não recomendado de todo pela Primedrinks (neste em concreto só respeitaram o PVR de Grous).
 Lamentavelmente a situação está a evoluir p/ uma estratégia Lidl que não se enquadra com a nossa, o que nos obriga a uma tomada de posição dura, que terei eu com a direcção da Lidl depois da [REDACTED] já os ter contactado.
 A equipa está a fazer tudo o que tem ao seu alcance p/ que os restantes clientes não acompanhem este nível promocional.
 Cptos.
 Cportugal



[REDACTED]
 General Manager

Acções Primedrinks:

Assobio T 75cl – 5.24€ vs 6.99€ (25%) – não acordado
H. Grous T 75cl – 10.99€
Aveleda Vinho Verde 75cl – 2.69€ vs 3.69€ (27%) não acordado
Quinta da Aveleda 75cl – 3.19€ vs 3.99€ (20%) não acordado
Fiuza Alvarinho 75cl – 3.99€ vs 5.99€ (33%) não acordado

Acções Concorrência:

EA Brc 75cl – 2.84€ vs 4.38€ (35%)
EA T Reserva 75cl – 5.59€ vs 7.99€ (30%)

1259. Neste *email* a Primedrinks não deixa, contudo, de sublinhar que “a *equipa está a fazer tudo o que tem ao seu alcance p/ que os restantes clientes não acompanhem este nível promocional*”.

1260. No documento Primedrinks435, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico de 05.04.2016, a Primedrinks envia internamente um *shopping* com os PVP praticados por algumas empresas de distribuição visadas, com a indicação dos limites máximo e mínimo de PVP concertados:

From: [REDACTED]
Sent: 5 de abril de 2016 12:11
To: [REDACTED]

Cc: [REDACTED]

Subject: FOLHETOS WK 13 + 14 Primedrinks

Caros,

Junto enviamos folhetos semana 13+14:

Semana 13 (29 a 4 Abr)

JMR

CASAL GARCIA B - PV Folheto **2.99€** // PVR 4.99 – 3.74

AUCHAN

GRANTS LT - PV Folheto **15.59€** // PVR 17.59 – 15.59

ITMP

HE AZEITE DOP - PV Folheto **5.49€** // PVR 6.99 – 5.94
FAMOUS 70CL - PV Folheto **12.99€** // PVR 15.49 – 12.99

DIA

DONA ERMELINDA T B - PV Folheto **2.89€** // PVR 4.49 – 2.89
TERRAS PO T - PV Folheto **2.84€** // PVR 3.79 – 2.84
AVELEDA VERDE - PV Folheto **2.99€** // PVR 3.99 – 2.99

LECLERC FDS

GRANTS 70CL - PV Folheto **9.89€** // PVR 12.99 – 10.39

Semana 13 (5 a 11 Abr)

DIA

FIUZA 3 CASTAS T B - PV Folheto **2.79€** // PVR 3.79 – 2.79
CEF BIB - PV Folheto **7.47€** // PVR 8.79 – 7.49

ITMP

ESPORÃO RESERVA TINTO - PV Folheto **16.99€** // PVR 17.99 – NA
HERDADE GROUS T B - PV Folheto **9.48€** // PVR 11.99 – NA
GRANTS 70CL - PV Folheto **9.99€** // PVR 12.99 – 10.39

SONAE

FAMOUS 70CL - PV Folheto **12.99€** // PVR 15.49 – 12.99

LECLERC

FAMOUS 70CL - PV Folheto **11.89€** // PVR 15.49 – 12.99

JMR

DEFESA T - PV Folheto **4.79€** // PVR 5.99 – 4.79

1261. Verificando, entre outros, que o PVP praticado pela ITMP no vinho Esporão Reserva Tinto se encontra 1€ abaixo do PVP concertado, a Primedrinks refere que irá proceder ao corte de fornecimento – “*não se abastece mais nem 1 garrafa. Colheita esgotada para eles*”:

From: [REDACTED]
Sent: 5 de abril de 2016 12:43
To: [REDACTED]
Subject: RE: FOLHETOS WK 13 + 14 Primedrinks

Cá vão os meus comentários

From: [REDACTED]
Sent: 5 de abril de 2016 12:25
To: [REDACTED]
Subject: RE: FOLHETOS WK 13 + 14 Primedrinks

- [REDACTED]
- 1) a quem está o leclerc a comprar grants e famous? Algum cliente de on, as nossas vendas YTD são zero
 - 2) Itm Esporão reserva = não se abastece mais nem 1 garrafa. Colheita esgotada para eles. Fornecemos 97cxs9L => este folheto foi uma tentativa de reposicionarmos os preços a nível nacional, com subida p/ 17.99 no final do folheto. Foi a ameira que encontramos de subir o preço, sabendo que as lojas compram no on e o preço de loja ronda os 14-15€.... Falamos melhor de tarde.
 - 3) Itm hgroux = que condições de compra estão a ter? Fornecemos 46cxs9L | preço custo [3 a 7€] | o folheto é reação de Feiras de Queijos e Enchidos Sonae e JMR a 9.49...

1262.No documento Primedrinks929, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 30.09.2016 e 09.10.2016, a Primedrinks suspende os fornecimentos à MCH dos vinhos Grous e Assobio referindo que o motivo que deve ser indicado à MCH é o de “*procura acima do volume médio planeado resultante de implementação de política comercial divergente*”:

From: [REDACTED]
Sent: 12 de outubro de 2016 11:37
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: GROUS e ASSOBIO

[REDACTED]

Continuamos a manter esta suspensão de fornecimentos nestes dois artigos?

Tenho para ambas as bases pedidos de
HGT – 6 cxs
Assobio T – 5 cxs

Obrigada,
[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: 30 de setembro de 2016 18:45
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: GROUS e ASSOBIO

Boa tarde,
Por questões de divergências comerciais os fornecimentos de Assobio T e Herdade dos Grous Tinto para a Sonae estão suspensos até indicações em contrário.
Motivo a enviar ao cliente – Procura acima do volume médio planeado resultante de implementação de política comercial divergente.
Obrigada
[REDACTED]



.....
[REDACTED]
Sales Director OFF Trade

1263.A mesma situação ocorre no documento Primedrinks926, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico de 12.12.2016, em que a Primedrinks começa por analisar o seguinte *shopping* com os PVP promocionais praticados pelas várias empresas de distribuição visadas³¹⁹:

³¹⁹ Excerto.

From: [REDACTED]
Sent: 12 de dezembro de 2016 10:47
To: [REDACTED];
Rita [REDACTED]

Cc: [REDACTED]
Subject: FOLHETOS WK 48- 49 Primedrinks

LIDL FOLHETO NATAL

GROUS T Bipack - PV Folheto **19.98€** // PVR 23.98
MT T Bipack - PV Folheto **9.98€** // PVR 9.98

1264. Ao verificar que a Lidl não se encontra a praticar o PVR definido pela Primedrinks, a Primedrinks conclui pelo corte de fornecimento:

From: [REDACTED]
Sent: 12 de dezembro de 2016 11:22
To: [REDACTED]
Subject: RE: FOLHETOS WK 48- 49 Primedrinks

[REDACTED]
Lidl Corta-lhes os bipacks pf
GROUS T Bipack - PV Folheto **19.98€** // PVR 23.98
Obrigada
[REDACTED]

31.1.4.2.1 Pronúncia das Visadas

1265. Relativamente às ações exercidas pelo fornecedor contra as empresas de distribuição como formas de pressão, coação ou retaliação, as Visadas entendem que estas são apenas práticas habituais nas negociações entre fornecedor e distribuidor, que são marcadas por alguma tensão, embora admitam haver alguma pressão por parte da Primedrinks contra as empresas de distribuição visadas³²⁰.

1266. Quanto à Primedrinks, esta refere que *“cortes parciais ou totais de fornecimento por parte da Primedrinks não foram motivados por retaliação, como parece pretender a AdC, mas sim resultado de constrangimentos determinados por reduções de preços temporárias envolvendo descontos bastante mais significativos (em profundidade e/ou*

³²⁰ Cf. PNI Primedrinks capítulo III; Cf. PNI MCH capítulo II.E; Cf. PNI Auchan capítulo 1.4.2.; Cf. PNI ITMP capítulo III.13.

duração) do que os que haviam sido negociados contratualmente com a Primedrinks enquanto fornecedor grossista”.

1267.A MCH defende que *“a verificação episódica de comunicações entre um fornecedor e um distribuidor em que o primeiro procura persuadir o segundo a não prosseguir com uma determinada promoção (e/ou, associada a esta, a não insistir num abaixamento do preço de aquisição), utilizando para o efeito argumentos de índole variada alusivos à oferta comercial do concorrente em causa (duração da campanha, disponibilidades de stock, etc.), mas relativos a informação a que o fornecedor poderia legitimamente ter acesso no contexto da relação de fornecimento ou relativamente aos quais poderia facilmente estar a fazer bluff, não serve para sustentar uma qualquer teoria de pressão ilícita entre retalhistas, por via do seu fornecedor comum”.*

1268.A Auchan alega que *“nos raros casos constantes da NI em que se verifica algum tipo de convergência, a mesma resulta de coação”* da Primedrinks. Conclui que a prova apresentada não permite concluir por um envolvimento da Auchan na infração, pelo contrário, que a mesma tem carácter exculpatório.

1269.Segundo a ITMP, esta *“não exerceu qualquer ação de pressão, coação ou retaliação respeitante aos PVP”*, mas *“não pode impedir que o fornecedor Primedrinks sobre si exerça pressão, até pela importante posição que detém no mercado das bebidas. Mas essa pressão é exercida ao nível do preço dos produtos que o fornecedor Primedrinks vende à visada ITMP. E não sobre os PVP dos mesmos produtos, que, por sua vez, são pela visada ITMP fornecidos às sociedades suas clientes e a quem cabe a responsabilidade de fixar os PVP”*. Afirma ainda que os elementos probatórios não referem a ITMP.

31.1.4.2.2 Apreciação da Autoridade

1270.Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos que a AdC descreve em maior detalhe na presente Decisão, a AdC conclui pela improcedência da impugnação quanto à matéria de facto que subjaz às ações exercidas pelo fornecedor contra as empresas de distribuição como formas de pressão, coação ou retaliação.

1271.Com efeito, a justificação da Primedrinks para a adoção de medidas retaliatórias contra as empresas de distribuição visadas (cortes de fornecimento) é, no fundo, que estas já

tinham adotado medidas de cariz semelhante contra si (reduções de preços temporárias envolvendo descontos bastante mais significativos o que os que haviam sido negociados).

1272. Ora, isso constitui uma constatação de um facto, que não explica (ou não explica totalmente) a motivação subjacente à adoção das referidas ações de pressão, coação ou retaliação por parte da Primedrink.

1273. A única conclusão que daí se pode retirar é aquela que a AdC imputa às Visadas: todas as Visadas adotavam medidas retaliatórias quando os desvios de PVP concertados não eram atempadamente corrigidos, cada uma à sua maneira e servindo-se da posição que ocupam na cadeia de produção.

1274. Mas todas o faziam, sempre e essencialmente, na sequência da deteção de desvios ao PVP concertado por parte da empresa objeto de pressão, coação ou retaliação.

1275. Recorde-se o documento Primedrink157, melhor descrito *supra* nos parágrafos 1255 e 1256:

De: [REDACTED]
Enviado: 11 de junho de 2010 18:11
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: Leclerc S.M. Feira

Boa Tarde,

Recusei um negocio de 15 Paletes Casal Garcia para Loja Leclerc SM Feira, que estava a pedir cotação para 2,26€ de modo a suportar uma acção de Folheto de Aniversario (AGOSTO) com o PVP de 2,69€ (a exemplo de anos anteriores).

Do meu lado ficou a proposta à loja, no sentido de desenvolver mecânicas promocionais que não em preço, contudo a loja não me pareceu muito "inclinada" em optar pelas alternativas sugeridas,

Seria interessante, e antevendo o problema que irá ser um folheto com PVP de 2,69€, tentar bloquear o fornecimento do artigo a esta loja da parte do On Trade de modo a evitar complicações.

Esta tem sido uma das lojas complicadas e que nos ainda não conseguimos "vergar", se conseguíssemos o não fornecimento seria uma grande ajuda.

Obrigado desde já,

Com os melhores cumprimentos,

[REDACTED]
Key Account Management

1276. Bem como o documento Auchan368, melhor descrito *supra* nos parágrafos 1257 e 1258:

De: [REDACTED]
Enviada: sexta-feira, 18 de Maio de 2012 13:01
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: Lista Vermelha

Bom dia [REDACTED]

Seguem os artigos sobre os quais existem sérios riscos de corte de fornecimento caso não respeitemos os pvp's de mercado.

[REDACTED]

1277.E ainda o documento Primedrinks929, melhor descrito *supra* no parágrafo 1263:

From: [REDACTED]
Sent: 12 de outubro de 2016 11:37
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: GROUS e ASSO BIO

[REDACTED]

Continuamos a manter esta suspensão de fornecimentos nestes dois artigos?

Tenho para ambas as bases pedidos de
HGT – 6 cxs
Assobio T – 5 cxs

Obrigada,
[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: 30 de setembro de 2016 18:45
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: GROUS e ASSO BIO

Boa tarde,
Por questões de divergências comerciais os fornecimentos de Assobio T e Herdade dos Grous Tinto para a Sonae estão suspensos até indicações em contrário.
Motivo a enviar ao cliente – Procura acima do volume médio planeado resultante de implementação de política comercial divergente.
Obrigada
[REDACTED]



.....
[REDACTED]
Sales Director OFF Trade

1278. Ademais, a informação que o fornecedor utiliza para pressionar os distribuidores desviantes, até poderá ter sido obtida legitimamente no contexto da relação de fornecimento que detém com estes, ou com a sua concorrência.
1279. Mas não pode ser transmitida fora desse contexto bilateral, *inter partes*, e ser partilhada com a respetiva concorrência, no sentido de a forçar ou convencer a alinhar e/ou de a pressionar a adotar condutas semelhantes às dos concorrentes.
1280. Com efeito, se o fornecedor sabe que determinado distribuidor irá seguir o seu PVR e aplicar-lhe um determinado desconto, numa determinada ação promocional, que irá ocorrer em determinadas datas futuras, não pode partilhar essa informação com os restantes distribuidores com quem trabalha, coagindo-os a atuar no mesmo sentido.
1281. Nem os distribuidores devem partilhar esse tipo de informação com o seu fornecedor com a intenção de que este a transmita à concorrência, tendo em vista um alinhamento do mercado.
1282. Que é exatamente o que se passou no caso da prática *sub judice*. As comunicações entre a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas não visam uma simples pressão negocial, usando para tal informação pública, ou obtida licitamente, que pudesse ser partilhada à vontade por todos os intervenientes do mercado.
1283. Antes sim foi partilhada informação sensível, relativa a posicionamento de concorrentes no mercado retalhista, intencionalmente para coagir esses mesmos intervenientes a cessarem o incumprimento do entendimento que existia entre todos, com o conhecimento de que estava a ser transmitida (mais ainda, a pedido) das empresas de distribuição visadas.
1284. Informação essa que, num normal funcionamento do mercado, em concorrência não falseada entre as empresas, estas nem quereriam que fosse partilhada com as restantes e envidariam os melhores esforços para que não saísse da esfera negocial entre fornecedor e distribuidor, dado o carácter revelador da sua estratégia comercial.
1285. Recorde-se o teor dos documentos Primedrinks867, Primedrinks251, MCH2274, Primedrinks247, Primedrinks156, Primedrinks492, Primedrinks439 e Primedrinks327, melhor descritos *supra* nos parágrafos 885 a 887, 935, 939, 940, 968 a 971, 972 a 974, 975, 988 a 989 e 1068 a 1069, para dissipação de quaisquer dúvidas quanto ao carácter sensível da informação em causa e quanto ao escopo da respetiva partilha.

1286. Conforme resulta dos elementos probatórios e do já rebatido acima, essa pressão era mútua e não exclusiva da Primedrinks. Revestia diferentes consequências para as Visadas, mas partia de todos os intervenientes nesta infração.
1287. Finalmente, no que respeita à afirmação da Auchan sobre o carácter exculpatório de alguns elementos de prova, a mesma será apreciada e respondida *infra* na secção 31.2.
1288. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto, melhor descrita na secção 31.1.4.2 *supra*, que subjaz às ações e comportamentos exercidos pelo fornecedor contra as empresas de distribuição como formas de pressão, coação ou retaliação.

31.1.5 Meios, forma e organização

1289. Da análise dos elementos probatórios juntos aos autos e conforme detalhado *supra*, verifica-se que a fixação dos PVP dos produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks, implementada para garantir um alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar (naquilo que *infra* se qualificará como prática concertada, comumente designada por “*hub and spoke*”), é realizada mediante a interação bilateral entre cada uma das empresas de distribuição visadas e o fornecedor, através de mensagens de correio eletrónico (ou, conforme resulta provado pelos *emails*, também através de contactos telefónicos e/ou presenciais).
1290. Estas mensagens de correio eletrónico são enviadas por uma rede de contactos tendencialmente estável e institucionalizada, de modo multilateral, ainda que sempre por intermédio de feixes bilaterais com o fornecedor, tendo carácter de reciprocidade e, em geral, com conhecimento das hierarquias.
1291. Concretamente, verifica-se que as mensagens de correio eletrónico são trocadas por colaboradores da Primedrinks que desempenham funções nos departamentos comerciais ou de *marketing* – geralmente, por gestores de conta (*KAMs*)³²¹, gestores comerciais, ou de analistas de preços (*sales activators*)³²², por vezes com a anuência de diretores e administradores das respetivas empresas – com colaboradores das

³²¹ *KAMs (Key Account Managers)*, i.e. colaboradores com funções de gestão das contas das diferentes empresas de distribuição.

³²² Por vezes com a anuência de diretores e administradores das respetivas empresas.

empresas de distribuição visadas que exercem o mesmo tipo de funções (ou que têm cargos homólogos), que garantem a implementação e continuidade destes comportamentos.

1292. Os colaboradores das empresas de distribuição visadas têm contacto direto com os interlocutores da Primedrinks os quais passam a informação em causa aos colaboradores das empresas de distribuição concorrentes, fechando o “triângulo” comunicacional.
1293. Conforme referido, em alguns casos, as próprias mensagens de correio eletrónico revelam que a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas procedem também a contactos telefónicos (neste sentido, veja-se os documentos Primedrinks870, Primedrinks91, Primedrinks185, Primedrinks273 e Primedrinks333)³²³ e/ou contactos presenciais (neste sentido, veja-se *infra* os documentos Primedrinks194, Primedrinks153, Primedrinks622 e Primedrinks137) para ajustar os seus comportamentos no mercado, desde logo, através da comunicação de informações relativa aos PVP praticados e a praticar e a praticar, condições comerciais, envio de talões comprovativos de determinado PVP em determinada empresa de distribuição, etc..
1294. 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.
1295. Em particular no que diz respeito à Primedrinks, 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.
1296. A análise da prova permite igualmente identificar a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas como organizações sólidas, com um conjunto de colaboradores tendencialmente constante, ainda que o processo conducente ao alinhamento dos preços exista independentemente da mudança de colaboradores dentro dos departamentos responsáveis pela política comercial das diferentes empresas Visadas.

³²³ Importa, contudo, sublinhar que não constam registos destes contactos nos autos, para além de referências expressas à existência dos mesmos.

1297. Nesse sentido, na substituição de um ponto de contacto ou interlocutor por um novo colaborador é mantida a continuidade e a estabilidade do processo de controlo e de correção dos desvios de PVP.
1298. Os contactos reiterados e frequentes entre a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas encontram-se, nessa medida, institucionalizados, fazendo parte das funções dos colaboradores das diversas empresas.
1299. Com efeito, resulta das mensagens de correio eletrónico constantes dos autos que as tarefas dos colaboradores das empresas de distribuição visadas compreendem necessariamente a intervenção em casos de desvios dos PVP implementados e 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 (neste sentido, veja-se *supra* os documentos Primedrinks89, MCH1480, Primedrinks188, Primedrinks575, Primedrinks91 e Primedrinks37).
1300. 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 pelas empresas de distribuição visadas (neste sentido, veja-se *supra* os documentos Primedrinks592 e Primedrinks633, Primedrinks18, Primedrinks247, Primedrinks439, Primedrinks849, Primedrinks219, Primedrinks569, Primedrinks283, Primedrinks435 e Primedrinks926).
1301. Da prova coligida parece resultar igualmente 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.
1302. Com efeito, a informação é geralmente transmitida pelos colaboradores de determinada empresa de distribuição ao interlocutor do fornecedor (e vice-versa), sendo que cabe posteriormente a este último proceder à transmissão dessa mesma informação aos colaboradores das empresas de distribuição concorrentes.
1303. Da prova recolhida resulta que o fornecedor é assim 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.

1304. No presente caso, constam dos autos múltiplas situações em que se verifica que o fornecedor recolhe talões comprovativos da implementação de um determinado PVP numa determinada empresa de distribuição, enviando regularmente esses comprovativos às empresas de distribuição concorrentes (neste sentido, veja-se *supra* os documentos MCH1500 e Primedrinks170).
1305. A troca desta informação entre fornecedor e empresas de distribuição – troca bilateral e, por via do fornecedor, multilateral – visa, como se viu *supra*, garantir a implementação e continuidade do sistema de monitorização tendo em vista proceder à correção de eventuais desvios que se verifiquem em determinado momento numa certa empresa de distribuição.
1306. Os elementos probatórios revelam ainda que o intercâmbio de informação é executado pelos pontos de contacto de cada empresa visada com o conhecimento da hierarquia, ou seja, com a aceitação dos respetivos diretores e administradores.
1307. Designadamente, os documentos MCH1349, MCH1413, Primedrinks247, Primedrinks156, Primedrinks492, Primedrinks439, Primedrinks926, Primedrinks435, MCH2836, Primedrinks333, Primedrinks979, MCH943 e MCH2929 citados *supra*, correspondem a mensagens de correio eletrónico com intervenção direta ou com o conhecimento de diretores de ambas as empresas Visadas.
1308. 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 à Primedrinks informação na expectativa, senão mesmo no pressuposto, de que não só receberá, também através desta última, informação idêntica dos seus concorrentes, mas também e principalmente, que todas as empresas de distribuição concorrentes irão ajustar o seu comportamento (designadamente, os seus PVP) em função da informação transmitida.
1309. Situações em que se verifica esta expectativa podem ser encontradas designadamente nos documentos Primedrinks25, Primedrinks893, Primedrinks849, Primedrinks137, Primedrinks170, Primedrinks329 e Primedrinks273.
1310. 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 (Primedrinks), informação por mensagem de correio eletrónico (*email*), através de uma rede de contactos estável e de forma

institucionalizada, com carácter de reciprocidade e com pleno conhecimento das hierarquias.

1311.No presente caso, a troca de informação é caracterizada simultaneamente como bilateral e multilateral na medida em que, apesar de ser a Primedrinks quem contacta de forma direta (bilateralmente) cada uma das empresas de distribuição visadas, tais contactos são transmitidos (multilateralmente) pela Primedrinks às diversas empresas de distribuição concorrentes, de modo a estabelecer, facilitar, promover e garantir um alinhamento horizontal dos preços de venda no mercado.

31.1.5.1 Pronúncia das Visadas

1312.Relativamente aos meios, forma e organização do conjunto de condutas que consubstanciam a prática que lhes é imputada, as Visadas alegam que a AdC não faz uma interpretação correta do que são os habituais contactos lícitos entre fornecedor e distribuidores, bem como, em alguns casos, salientam que inexistem comunicações diretas entre as empresas de distribuição visadas e entre estas e a Primedrinks³²⁴.

1313.A Primedrinks afirma que a AdC não levou em linha de conta “o contexto, o funcionamento do mercado e suas características e, em especial, a relação entre a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas”.

1314.Segundo a MCH, “um distribuidor tem interesse (próprio e relevante) e tem necessidade de discutir e partilhar com o seu fornecedor informação sobre uma multiplicidade de aspetos do dia-a-dia da sua atividade comercial (...)”, bem como esta negociação “é caracterizada pela seguinte ambivalência genética, inerente a qualquer processo negociai - cada parte precisa da contraparte para atingir um objetivo comum (no caso realizar um número máximo de transações com os produtos do fornecedor) mas, ao mesmo tempo, os interesses de uma e outra são, em muitos aspetos, conflitantes”, fazendo-se uso de expressões exageradas, formas de pressão e ameaças, mas que nada disto é ilegal ou tem um propósito anticoncorrencial, bem pelo contrário, é revelador da competitividade associada a este setor.

³²⁴ Cf. PNI Primedrinks capítulo I; Cf. PNI MCH capítulos I.E e II.E; Cf. PNI Auchan capítulo I.; Cf. PNI Pingo Doce páginas 79 e ss.; Cf. PNI ITMP capítulo III.14.; Cf. PNI Lidl capítulo D.1.; Cf. PNI Cooplenorte parágrafo 80.

1315. De acordo com a Auchan, *“decorre expressamente da NI que a Auchan nunca teve contactos bilaterais ou multilaterais com as co-visadas no processo (nenhum dos documentos referidos na Nota de Ilícitude se reporta a contactos diretos da Auchan)”*.
1316. Alega a Pingo Doce que *“o que estes e-mails mostram é uma relação comercial intensa entre a PMD, normalmente através da key account manager (KAM) da Primedrinks responsável pela conta de Pingo Doce (em geral, Ana Lisboa), e os colaboradores da equipa comercial de Pingo Doce que com esta interação”*.
1317. Para a ITMP, não decorre dos elementos probatórios qualquer *“troca de qualquer informação do fornecedor Primedrinks com a visada ITMP, ou desta com o mesmo fornecedor”*, afirmando que não se encontram elementos de prova de que a ITMP tenha participado nas condutas que lhe são imputadas.
1318. Na perspetiva da Lidl *“a NI não apresenta qualquer ação ou comunicação que pudesse sugerir uma participação do Lidl na alegada colusão. Em contraste, as imputações dirigidas a outras visadas são claramente baseadas em contactos e conversações diretas entre a PrimeDrinks e as outras empresas de distribuição e vice-versa”*.
1319. Refere a Cooplecnorte que nos elementos probatórios *“não há um e-mail que tenha sido enviado por um funcionário ou elemento da Cooplecnorte”*.

31.1.5.2 Apreciação da Autoridade

1320. Analisada a Pronúncia das Visadas em confronto com a globalidade da prova, em particular os documentos que a AdC descreve em maior detalhe na presente Decisão, a AdC conclui pela improcedência da maioria da impugnação quanto à matéria de facto que subjaz aos meios, forma e organização.
1321. Com efeito, não se ignora que uma relação comercial entre fornecedor e distribuidor, que dura ao longo de um período alargado de tempo (vários anos), tenha necessariamente de implicar uma troca de comunicações frequente entre responsáveis dos respetivos departamentos comerciais, abordando-se temas sensíveis de negociação e discutindo-se preços (embora essencialmente na perspetiva grossista).
1322. No entanto, o que resulta dos elementos probatórios é que essas trocas de comunicações iam muito para além desse tipo de mensagens, servindo como meio de pôr em prática a infração que se imputa às Visadas, nos termos acima evidenciados.

1323. De facto, eram assumidas como funções dos colaboradores da Primedrinks e das empresas de distribuição visadas a definição conjunta de PVP (cf. secção 31.1.1 *supra*), o controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado (cf. secção 31.1.2 *supra*), a correção de desvios (cf. secção 31.1.3 *supra*) e a adoção de formas de pressão, coação e retaliação (cf. secção 31.1.4 *supra*), com o objetivo de alinhar os PVP.
1324. E essas funções eram desempenhadas através dos contactos regulares e institucionais que estabeleciam.
1325. Daí que a ilicitude dos comportamentos não decorra da existência de contactos em si, mas sim no conteúdo dos mesmos no contexto da prática *sub judice*, conforme resulta dos elementos probatórios já elencados.
1326. Relativamente às comunicações não serem efetuadas diretamente entre as empresas de distribuição visadas, tal é enquadrável na tipologia da infração que se lhes imputa. Com efeito, na prática de “*hub and spoke*” as comunicações são feitas indiretamente, por via do fornecedor (com o qual cada empresa de distribuição visada contacta bilateralmente), que passa a mensagem aos distribuidores de forma a manter o alinhamento dos mesmos.
1327. A existir comunicação direta, de conteúdo equivalente à que resulta dos autos, estar-se-ia perante um tradicional *cartel* e não uma prática de “*hub and spoke*”.
1328. Assim, é normal e expectável que inexistam elementos probatórios com tais comunicações diretas, até porque, como já se referiu, as Visadas aproveitavam as relações comerciais que licitamente tinham para prosseguir esta prática ilícita, pelo que o recurso utilizado para passagem de informação era a Primedrinks.
1329. Com efeito, a informação é geralmente transmitida pelos colaboradores de determinada empresa de distribuição ao interlocutor do fornecedor (e vice-versa), sendo que é este último que posteriormente procede à transmissão dessa mesma informação aos colaboradores das empresas de distribuição visadas concorrentes.
1330. Da prova recolhida resulta demonstrado que o fornecedor constitui, assim, o veículo da informação transmitida por uma empresa de distribuição, funcionando como o elo de ligação na passagem/transmissão dessa mesma informação a uma empresa de distribuição concorrente.
1331. Com particular relevância para a análise, verifica-se, com base nos documentos juntos aos autos, que esta troca de informação é caracterizada simultaneamente como bilateral

e multilateral e tem subjacente uma regra de reciprocidade, nos termos da qual cada empresa de distribuição visada faculta informação ao fornecedor na expectativa, senão mesmo no pressuposto, de que não só receberá, igualmente através do fornecedor, informação idêntica dos seus concorrentes, mas também e principalmente, que todas as empresas de distribuição concorrentes irão ajustar o seu comportamento (designadamente os seus PVP) em função da informação transmitida.

1332. Assim, não se ignora que a fonte inicial de muita da informação circulada é, amiúde, o próprio fornecedor – que tem igualmente interesse na definição e fixação dos PVP dos produtos do seu portefólio –, sendo que esse *input* funciona como premissa para o alinhamento horizontal dos PVP dos produtos em causa, nos termos acima descritos.
1333. Ademais, a justificação de que a linguagem utilizada nas comunicações é apenas reveladora de “exagero” ou “intensidade” das relações comerciais, não corresponde à verdade. De facto, esta explicação genérica a que determinadas Visadas recorrem, não especificada, não permite nem de perto explicar os comportamentos em causa e que a prova traduz.
1334. Com efeito, conforme resulta da análise detalhada dos elementos probatórios realizada *supra* nas secções 31.1.1, 31.1.2, 31.1.3 e 31.1.4, e conforme se detalhará *infra* na secção 31.1.6, pelo contrário, a linguagem utilizada é reveladora da ilicitude da prática *sub judice* e da forma como as visadas tentavam ocultar a mesma.
1335. Finalmente, no que respeita às afirmações sobre a inexistência de elementos de prova que revelem comunicações diretas entre determinadas Visadas e a Primedrinks, estas serão apreciadas e respondidas *infra* nas secções 31.1.6 e 31.2.
1336. De todo o modo, não existe 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.
1337. Ainda que se entenda que esse tipo de prova terá, necessariamente, de ser apreciado criticamente de modo diverso daquele que seria um *email* efetivamente enviado e/ou recebido pelo agente ao qual o comportamento 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.
1338. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto, constante da secção 31.1.5 *supra*, que subjaz aos meios, forma e organização.

31.1.6 Natureza secreta da conduta

1339. Conforme referido *supra*, cumpre salientar o facto deste tipo de prática (que *infra* se qualificará como restritiva da concorrência) ser por natureza secreta e extremamente difícil de detetar.
1340. A análise do conteúdo das mensagens de correio eletrónico referidas anteriormente, revela que as empresas envolvidas recorrem frequentemente a meios de comunicação que dificilmente deixam registo quanto ao conteúdo e a uma linguagem específica, muito sucinta e pouco detalhada, monossilábica por vezes.
1341. Em alguns casos, as empresas Visadas chegam mesmo a eliminar os meios de prova que possam existir ou, pelo menos, alertar os colaboradores das respetivas empresas para o cuidado que devem ter em face da potencial ilegalidade dos comportamentos em causa.
1342. O que acontece no documento MCH1721, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada nos dias 8 e 09.07.2009, com o assunto “*Cuidados a ter*”, em que a MCH alerta internamente para a necessidade de todos os colaboradores serem cuidadosos ao “*eliminar todos os mails (incluindo este) com comunicação que verse sobre preços com os fornecedores e também entre as equipas*”.
1343. Este alerta vem na sequência de “*notícias que têm saído na comunicação social dos últimos dias, sobre as investigações que a AdC está a efectuar, ou pretende efectuar, no relacionamento entre fornecedores-distribuidores*”:

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

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,

Atenciosamente,
[REDACTED]

1344. O alerta é depois reencaminhado e até reforçado:

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]

1345.No mesmo sentido, o documento Primedrinks183, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada nos dias 11 e 12.02.2010, revela a preocupação por parte da Primedrinks em eliminar *emails* que demonstrem a sua intervenção no reposicionamento e correção dos PVP praticados pelas empresas de distribuição.

1346.Neste caso específico, após ser feita a análise de *shopping*, é dado o seguinte alerta interno:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 12 de Fevereiro de 2010 18:44
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping semanal 06_07 (2ª versão)

Envia sms a todos os receptores a informar q estes emails devem ser apagados depois de lidos e tomadas as notas em papel q entendam.
Nunca imprimir.
obrigada

1347.A KAM da Primedrinks assegura que este tipo de *emails* é sempre apagado:

De: [REDACTED]
Enviado: 12 de fevereiro de 2010 18:47
Para: [REDACTED]
Cc:
Assunto: RE: Shopping semanal 06_07 (2ª versão)

[REDACTED]
Está descansada, normalmente relembro sempre a equipa que os e-mails devem ser apagados.

Mc,

.....
[REDACTED]
Key Account Manager

1348.No documento Primedrinks194, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada nos dias 28 e 29.03.2012, é transmitida a informação de que uma loja Auchan estará alegadamente para ser encerrada, e que este encerramento, ao impossibilitar/dificultar a subida dos preços (*“não sei se a loja indo fechar me vai subir o preço”*), está *“a influenciar o preço na Sonae e não tarda na JMR também”*:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 28 de Março de 2012 23:46
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Jumbo Santarém

Olá [REDACTED]!!

Na segunda feira dia 26 de Março estive em Almeirim e Santarém. Ao fazer o shopping vi que o Grant's 70 cl estava tanto no MDL de Almeirim, como no CTN de Santarém a 9,18€. Informei de seguida a [REDACTED] que me respondeu que estavam ambos a responder ao shopping do Jumbo de Santarém e ao Leclerc de Santarém.

Pois bem ao ir ao Jumbo de Santarém, deparo-me com o Grant's 70 cl a 8,25€. Tentei falar com o [REDACTED] que n estava na loja, tentei falar com o [REDACTED] que estava indisponível para falar cmg. Percebi que ng me queria atender.

Ao fim do dia recebo a notícia que o Jumbo de Santarém ia fechar. Ainda n tenho a confirmação da loja, mas já vi até no jornal.

Fui também ao Leclerc que está com o Grant's 70 cl a 9,19€, vou tentar combinar com a [REDACTED] a melhor maneira, pois até já tinha falado com o chefe da liquida que me garantiu que ia mudar e até á data não fez nada.

Pois bem, preciso da tua ajuda. Não sei se a loja indo fechar me vai subir o preço do Grant's 70 cl, pois ng me recebe, ng está disponível para falar e eu não quero tratar deste assunto por email. O problema é que vai continuar a influenciar o preço na Sonae e não tarda na JMR também.

Que faço??

Queria muito conseguir resolver este problema, mas não sei que medidas tomar.

Obrigada

Um beijinho

[REDACTED]

[REDACTED]

1349. Na sequência deste *email*, a KAM da Primedrinks dá a indicação para o *email* ser apagado:

De: [REDACTED]
Enviado: 29 de março de 2012 11:33
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Jumbo Santarém

Este e-mail deverá ser apagado, sff!

1350. Veja-se igualmente o documento Primedrinks1052, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada nos dias 26 e 27.06.2013, em que um KAM da Primedrinks começa por revelar ter já solicitado "*a alteração dos preços no Jumbo de Alfragide e Alverca*", sendo que no caso de "*Alfragide está confirmado pelo responsável para amanhã*":

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 26 de Junho de 2013 18:07
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping

Boa tarde,

Já foi solicitada a alteração dos preços no Jumbo de Alfragide e Alverca, Alfragide está confirmado pelo responsável para amanhã (veremos). Temos a [REDACTED] a chatear o [REDACTED] de Alverca para alterar o que está mal, vamos monitorizando.

Em relação aos azeites no Leclerc, já expliquei qual era a situação na ultima reunião sendo que já foram passados novos descontos para o mês de Julho.

Obg,



.....
[REDACTED]
Key Account Manager

1351. Uma vez mais, a Primedrinks alerta em tom jocoso para a percecionada ilegalidade do *email*:

De: [REDACTED]
Enviado: 27 de junho de 2013 12:26
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Shopping

puffffffff

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 27 de Junho de 2013 12:22
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping

Esta mensagem vai auto destruir-se dentro de 20 seg. ☺

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 27 de Junho de 2013 12:19
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping

e-mail altamente legal!

1352. Veja-se ainda o documento Primedrinks153, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada nos dias 16 e 17.11.2015, em que após ser

enviado um *shopping* e ser referido que a situação “*está melhor*”, é solicitado um esclarecimento relativo à loja Auchan de Gondomar:

De: [REDACTED]
Enviada: terça-feira, 17 de Novembro de 2015 10:32
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: FW: Shopping Semanal

Bom dia,

O que se passa com Jumbo Gondomar?

From: [REDACTED]
Sent: 16 de novembro de 2015 17:17
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Shopping Semanal

Caros,

Está melhor...mas ainda podemos melhorar!
Obrigado,

Cumprimentos,

1353. Na resposta é referido que já “*falei com responsável de forma a alterar alguns pvp*”:

From: [REDACTED]
Sent: 17 de novembro de 2015 17:23
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: urgente - Shopping Semanal

Boa tarde [REDACTED]

Existe algum problema com o Jumbo de Gondomar?
Tive reunião na segunda feira com o responsável [REDACTED] e agendei para sexta feira implementação de 2 móvel L, e foi implementada.
Realizei visita e respetivo shopping semanal na sexta feira nessa loja, falei com responsável de forma a alterar alguns pvp da loja.

1354. Imediatamente, a KAM Primedrinks alerta que o *email* tem “*frases/palavras altamente ilegais*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 17 de novembro de 2015 18:20
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: urgente - Shopping Semanal

O shopping não está registado.
Atenção ao que se escreve, tens frases/palavras altamente ilegais.

31.1.6.1 Pronúncia das Visadas

1355. Relativamente à natureza secreta da conduta, as duas Visadas que se pronunciam especificamente negam que exista secretismo na linguagem utilizada e na atitude adotada³²⁵.
1356. Segundo a MCH, *“não há nada de secreto nem codificado na linguagem utilizada nas comunicações trocadas pela MCH nas suas comunicações internas ou com os seus fornecedores. A mesma contém, quando muito e tão somente, jargão comercial normal, recurso a iniciais ou abreviaturas por mera facilidade de expressão e de economia de tempo de elaboração, apelo a signos e vocábulos consagrados pelo uso”*.
1357. A MCH refere ainda que o documento MCH1721 não evidencia *“qualquer relação com a temática do alegado plano comum para alinhamento de preços entre concorrentes ou de qualquer compliance dos comportamentos com normas de direito da concorrência”*, versa sim sobre o tema das PIRC, juntando dois documentos que entende comprovarem o alegado.
1358. Para a ITMP, esta *“sempre pautou a sua atitude nas relações comerciais, mormente com o fornecedor Primedrink, com toda a lisura e transparência, e sem recurso a qualquer “conduta secreta”*”.

31.1.6.2 Apreciação da Autoridade

1359. Analisada a Pronúncia destas Visadas em confronto com a globalidade da prova, a AdC conclui pela improcedência da mesma quanto à matéria de facto que subjaz à natureza secreta da conduta.
1360. Com efeito, a linguagem utilizada nas mensagens que com enorme frequência eram trocadas entre a Primedrink e as empresas de distribuição visadas denota que determinados termos eram utilizados com o intuito de dissimular a prática *sub judice*.
1361. Nomeadamente, o recurso à expressão “PVR” ou “recomendação de preços”, quando os intervenientes sabiam que se tratavam de verdadeiros PVP, que constavam de ações promocionais ou campanhas a implementar naquelas datas, ou em datas próximas, não

³²⁵ Cf. PNI MCH capítulos I.D e II.E; Cf. PNI ITMP capítulo III.14.

associados a negociações privadas em que se discutam matérias sensíveis como descontos e margens.

1362. Recorde-se o documento Primedrinks40, em que um funcionário da Primedrinks ([CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]) questiona se pode “*enviar mail com os dados com o cuidado de fazer referência de recomendados*”:

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 17 de Janeiro de 2013 15:09
To: [REDACTED]
Subject: SHOPPING MADEIRA - URG CORRECÇÃO! (17-01-13)
Importance: High

Olá [REDACTED];

Em anexo arquivo com o PVR vs os dados recolhidos hoje... temos muitos skus para corrigir...

Sobre os das lojas Modelo pf informa à central para fazer a correcção.

Sobre os das lojas PD não sei como fazer pois já tentei marcar reunião com a Srª [REDACTED] mas ainda nsem resposta e está sempre ocupada em reuniões. Será que como é início do ano 2013 possas transmitir os dados à central do PD e solicitar correcção ou achas que posso enviar mail com os dados com o cuidado de fazer a referência de “recomendados”.

Aguardo teu feedback.

Obrg



1363. No mesmo sentido quando as Visadas identificam os PVP que estão “ok” e “not ok” querem significar que estão alinhados ou desviados, respetivamente. Outro sentido não resulta, nem poderia resultar, do acervo probatório dos autos e do contexto que o mesmo corporiza e que tem vindo a ser detalhadamente descrito na presente Decisão.
1364. E também quando os intervenientes mencionam a necessidade de “*alteração*” e “*intervenção*” em algumas lojas das empresas de distribuição visadas, só podem referir-se à necessidade de correção dos desvios detetados.
1365. Bem como o uso de expressões como “*situação resolvida*” ou “*regularizada*” para se referirem a correções de desvios de preços que já tinham sido “*implementadas*”.
1366. Ora, a preocupação em utilizar expressões lacónicas, genéricas e cautelosas não pode ser dissociada do contexto em que as mesmas são empregues, uma vez que é nesse e

por causa desse contexto que todos os envolvidos nos contactos percebem o sentido e alcance de tais expressões. Acresce que é precisamente por anteverem o carácter potencialmente ilícito do comportamento que adotam que as Visadas, através dos seus colaboradores, tentam manter algum secretismo, optando por utilizar tais expressões de forma a minimizar o risco de deteção da infração.

1367. Por vezes, no entanto, os cuidados são menores e as Visadas recorrem a expressões mais explícitas, como seja o “*alinhamento do mercado*”.

1368. Vejam-se as seguintes mensagens do documento MCH1349, melhor descrito *supra* nos parágrafos 833 a 842:

From: [REDACTED]
Sent: segunda-feira, 3 de Janeiro de 2011 14:41
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Subida de PVP's

Boa tarde [REDACTED]

Com a entrada da nova tabela de preços e do novo ano, a Primedlinks solicitou-nos o alinhamento dos nossos PVP's para os PVP's que actualmente recomendam por forma a conseguirem também que o mercado acompanhe a sua subida.

Aguardamos a sua validação.

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 4 de janeiro de 2011 11:42
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Subida de PVP's

Bom dia,

Venho reforçar o email da Isabel nomeadamente para o artigo

2.826	23%	GRANTS	9.99 €
-------	-----	--------	--------

Uma vez que a Primedlinks tem o alinhamento combinado para amanhã a nível nacional.

Desta forma agradeço uma resposta para poder subir o PVP.

Desde já agradeço a atenção dispensada.
Aguardo a sua validação.

Obrigada.

Cumprimentos

[REDACTED]
Analista de Preço
Vinhos Sul, Vinhos Norte e Fortificados

[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 4 de Janeiro de 2011 15:56
To: [REDACTED]
Subject: FW: Subida de PVP's
Importance: High

Boa tarde [REDACTED]

Como sabe o PD apenas terá em consideração o alinhamento de mercado se nós, o maior operador, o fizermos. Estando esta possibilidade de subida de PVP, e face às variáveis de IVA e IEC, não me restará nada mais do que fechar o artigo das nossas lojas (este é o actual líder de vendas nos whiskies novos). Como tem bem presente, a PrimeDrinks convergiu praticamente sempre no sentido dos valores solicitados e actualmente estamos a fragilizar a nossa posição perante eles. Solicito que nos dê autorização de uma semana para manutenção do PVP Recomendado indicado e, no caso deste não estabilizar, efectuaremos um novo alinhamento face ao preço de mercado. Actualmente já detemos AUCHAN a praticar o preço igg.

Aguardo as suas indicações

Obrigado

Melhores cumprimentos / Best Regards

[REDACTED]
Gestor comercial bebidas espirituosas e espumantes
[REDACTED]

1369. Enfim, existe toda uma linguagem que não se ignora que se tenha tornado corriqueira e comum para as Visadas, já que a utilizaram pelo menos ao longo de 10 anos para as práticas que a Autoridade lhes imputa, mas que denota uma tentativa de ocultação do que se sabe ser ilícito.

1370. Ademais e conforme já referido, existe o cuidado de se recorrer também a meios de contacto alternativos e que deixam menos registo que o *email*: o telefone, o contacto pessoal, ou até o contacto através da aplicação *WhatsApp* – recorde-se o documento *Primedrinks18*:

From: [REDACTED]
Sent: 11 de janeiro de 2017 09:11
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: JMR

Bom dia,

Alterações JMR a confirmar hoje, sff (conforme mensagem no whatsapp).

[REDACTED], terá que verificar na loja de telheiras, pois muitos destes sku's só estão nessa loja.

Obrigada!

Bjos,
[REDACTED]

1371. Até existe menção explícita, por parte da Primedrinks, à troca de mensagens “*em código*”, que visam a subida de PVP para os valores concertados – recorde-se o documento *Primedrinks247*:

De: [REDACTED]
Enviado: 5 de agosto de 2010 17:26
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Ponto de situação PVP's novo IVA

Boa tarde,

Alterações em relação à situação actual:

- Auchan subiu já MV Tinto para 4,49 (confirmado no online). MV Branco sobe no fds.
- DIA% garantiu-me ontem, por mail em código, que amanhã abre a 4,49 e 3,89 os MV's.
- ITM já carregou todos os PVP's em cardex, incluindo Grant's a 9,69, com excepção de MV Tinto pois ainda tem o seu shopping todo a 4,39. Conto para a semana subir este PVP e já ficaram definidos os PVP's para o folheto da F Vinhos de início de Set.
- Casal Garcia, estamos a tentar perceber o que se passou. Estava marcada uma subida generalizada na Terça passada, mas a pessoa responsável da Sonae está de férias o que complicou um pouco. Entretanto alguns Auchans que tinham subido já reagiram. É voltar à carga e resolver. Por mim, marco para Segunda. Atenção que isto são excepções e não a regra, felizmente na esmagadora maioria das lojas impera o 3,29!

E já que falamos de PVP's, há muito que não acontecia, mas o ITM está com sérios problemas de colocar o stock da base nas lojas. Está atulhado de Monte Velho Tinto, não o consegue vender a 3,09€ pois na rua andam preços de Garcias e afins a 2,85, 2,89. As vendas base de Alcanena para as 150 lojas que tem estão nas 200 cxs por semana há 2 meses. É muito pouco.

Casal Garcia, a mesmíssima coisa, mas mais recente. Cotações de 2,09, 2,15, 2,19 têm sido mato. Tem sido um trabalho árduo fidelizar estes senhores, não me passa pela cabeça voltarmos ao passado.

Cumps,

[REDACTED]

1372. Acresce que a própria forma como esta prática foi arquitetada, revestindo as características de um *"hub and spoke"*, torna mais difícil a deteção da mesma, pois inexisterão sempre comunicações trocadas entre as empresas de distribuição visadas – os *spokes* – já que as mesmas ocorriam através da Primedrinks – o *"hub"*.
1373. Assim, de um ponto de vista formal de análise, apenas, de quem é o remetente e de quem são os destinatários das mensagens em causa, é natural que os elementos probatórios evidenciem a verticalidade das comunicações em que o fornecedor e as diferentes empresas de distribuição visadas concertam os PVP de determinados produtos.
1374. Mas o que esses elementos probatórios também revelam, após análise ao conteúdo dos mesmos, à interligação das várias cadeias de mensagens verticais trocadas e à percepção da linguagem utilizada, é o impacto horizontal que essas comunicações pretendem ter, o de serem transmitidas às empresas de distribuição visadas com o conhecimento (triangulado) das restantes e com o objetivo comum de promover a estabilização dos PVP e o alinhamento no mercado.

1375. Relativamente ao mencionado documento MCH1721, a MCH justifica a temática do mesmo como não respeitante à prática *sub judice*, embora sem demonstrar que assim é. E, mais importante, nada dizendo sobre o comportamento de ocultação em causa, que é o da MCH difundir internamente, através de uma das suas diretoras comerciais, a ordem de apagar mensagens onde se discutam preços com os fornecedores.

1376. Recorde-se o teor de tal documento, melhor descrito *supra* nos parágrafos 1343 a 1345:

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

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,
[REDACTED]

1377. De facto, de forma clara, a preocupação da MCH não é a de não realizar de todo conversas de cariz ilegal com os seus fornecedores (seja sobre o tema das PIRC, como alega, seja sobre alinhamento anticoncorrencial de preços), mas antes a de assegurar o cuidado de todos os internamente envolvidos de que tais conversas, depois de tidas, sejam eliminadas.

1378. A mensagem em causa é novamente divulgada com referência ao cuidado a ter com a destruição da mesma e pela opção de transmissão do seu conteúdo “*verbalmente*”, o que denota a (verdadeira) preocupação em não se manterem registos destas orientações:

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]

1379. Não se vislumbra, nem a MCH apresenta uma justificação, para a necessidade de eliminação de tais mensagens que não seja a de tentar ocultar discussões que se sabia constituírem práticas ilícitas.
1380. Finalmente, conforme se demonstrará *infra* na secção 32.5.2, este “*cuidado*” na eliminação das mensagens e na utilização de linguagem dissimulada, revela a consciência do ilícito por parte das Visadas.
1381. A AdC considera, portanto, nos termos que acaba de expor, provada a matéria de facto, constante da secção 31.1.6, *supra*, que subjaz à natureza secreta da conduta.

31.2 Envolvimento das Visadas

1382. Como se observou nas secções precedentes, a análise dos elementos de prova juntos aos autos demonstra que os comportamentos em investigação foram sendo feitos de modo generalizado, constante e organizado.
1383. Neste aspeto, é reveladora a existência de mensagens de correio eletrónico de conteúdo idêntico ao longo de vários anos e/ou cujo envio é feito a um conjunto alargado de empresas de distribuição (v.g. os documentos Primedrinks25, Primedrinks89, Primedrinks630, Primedrinks7 e Primedrinks15, referidos e analisados *supra*);
1384. Verifica-se também a existência de *emails* do fornecedor que dão conta às empresas de distribuição que determinado concorrente passará ou deixará de praticar determinado PVP ou que já corrigiu os desvios de PVP (v.g. os documentos MCH1385, Primedrinks327 e Primedrinks1003, referidos e analisados *supra*);

- 1385.E, ainda, como se viu acima, *emails* reveladores de que determinado ponto de contacto é substituído por outro, ou, finalmente, que os comportamentos descritos extravasam o correio eletrónico e ocorrem também por telefone e/ou por contactos presenciais (cf. os documentos Primedrinks870, Primedrinks91, Primedrinks185, Primedrinks273, MCH2836 e Primedrinks333, Primedrinks40, Primedrinks194, Primedrinks1052, Primedrinks153, referidos e analisados *supra* e os documentos Primedrinks983, MCH818, Primedrinks954, Primedrinks104 e Primedrinks114).
- 1386.Consideram-se igualmente como meio de prova dos comportamentos descritos quer as trocas internas de mensagens de correio eletrónico, quer os *emails* trocados diretamente pelas empresas de distribuição concorrentes com o fornecedor, quer ainda as comunicações indiretas, designadamente *emails* trocados entre o fornecedor (Primedrinks) e alguma das empresas de distribuição visadas que reportam ou confirmam a existência de um determinado comportamento de uma outra empresa de distribuição visada concorrente, designadamente, no sentido pretendido do alinhamento (v.g. os documentos os documentos MCH1349, MCH1413, Primedrinks948, MCH1480, MCH1385, Primedrinks327, Primedrinks336, Primedrinks137, Primedrinks185, Primedrinks170 e Primedrinks37, referidos e analisados *supra*).
- 1387.Apesar de a prova compulsada sugerir uma prática tendencialmente homogénea e generalizada, a duração e o grau de envolvimento de cada uma das empresas Visadas nos comportamentos descritos não é inteiramente coincidente entre si.
- 1388.Com efeito, apesar de alguma estabilidade ao longo do tempo, a prova coligida não permite concluir que todas as empresas Visadas tenham participado no mesmo momento ou com a mesma intensidade/envolvimento nos comportamentos *sub judice*.
- 1389.Nessa medida, deverá destringar-se o envolvimento de cada empresa visada com base na prova analisada, por referência à data e ao conteúdo dos elementos de prova constantes dos autos com relevância para a imputação dos factos respetivamente para cada uma das Visadas.
- 1390.Ademais, de acordo com a prova apreendida, é possível constatar uma componente de continuidade temporal nos comportamentos das Visadas que decorre não só do facto de existirem mensagens de correio eletrónico em todos os anos do período de tempo considerado, mas também do facto de inexistirem quaisquer indícios de que os referidos

comportamentos se tenham interrompido ou suspenso em algum momento³²⁶, ou que demonstre que alguma das empresas Visadas tenha cessado esta prática.

1391. 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.

1392. Finalmente, não se ignora o potencial envolvimento de outras empresas de distribuição retalhista de base alimentar no mesmo tipo de condutas imputado às Visadas³²⁷. Com efeito, alguns meios de prova utilizados pela AdC na Nota de Ilícitude identificam outras insígnias, para além das empresas de distribuição visadas.

1393. Acresce que os indícios revelados nesses meios de prova relativamente às empresas de distribuição visadas, aplicam-se, *mutatis mutandis*, às tais insígnias.

1394. No entanto e contrariamente ao que acontece em relação às empresas de distribuição visadas, analisada a prova carreada para os autos, não foi possível apurar elementos suficientes, em termos de relevância probatória do respetivo conteúdo e em termos de dispersão temporal da prova, para suportar o envolvimento dessas outras insígnias na infração investigada³²⁸.

1395. Assim, estabelece-se em seguida o envolvimento de cada Visada nos comportamentos descritos *supra*, tendo em conta o conteúdo e a data dos elementos de prova constantes do processo.

31.2.1 Primedrinks

1396. De acordo com os elementos analisados, a Primedrinks iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 05.05.2007 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo constante do processo - cf. documento Primedrinks563), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 18.05.2017 (i.e., data do elemento

³²⁶ Apesar de, em alguns anos, a intensidade dos comportamentos ter diminuído, tal como será analisado *infra*.

³²⁷ Linha argumentativa que é suscitada por algumas Visadas. Cf. PNI Auchan capítulo III.1.1.1.; Cf. PNI Pingo Doce páginas 63 e ss.; Cf. PNI Lidl capítulo D.3.1.

³²⁸ Ou seja, o âmbito subjetivo do processo é necessariamente definido e limitado com base em pressupostos de relevância e dispersão da prova, que não são os mesmos para todas as empresas de distribuição mencionadas nos elementos de prova recolhidos.

de prova relevante mais recente constante do processo - cf. documento Primedrinks643).

1397. Sobre o seu envolvimento concreto na prática *sub judice*, os factos descritos nas secções precedentes indicam que a Primedrinks:

- (i) Concerta antecipadamente com as empresas de distribuição a estratégia e o posicionamento de PVP que estas implementam futuramente no mercado (v.g. os documentos MCH1349, referido *supra* nos parágrafos 833 a 842, Primedrinks25, referido *supra* nos parágrafos 871 a 875; Primedrinks56, referido *supra* nos parágrafos 985 a 986);
- (ii) Solicita expressamente às empresas de distribuição que implementem determinado posicionamento de PVP, que não se desviem do posicionamento de PVP concertado e/ou que corrijam eventuais desvios (v.g. os documentos Primedrinks334, referido *supra* no parágrafo 987, Primedrinks338, referido *supra* nos parágrafos 936 a 938, Primedrinks575, referido *supra* no parágrafo 1078, Primedrinks968, referido *supra* nos parágrafos 1093 a 1094 e Primedrinks1021, referido *supra* nos parágrafos 1097 a 1101);
- (iii) É informada pelas empresas de distribuição sobre o posicionamento de PVP presente e futuro (v.g. os documentos Primedrinks156, referido *supra* nos parágrafos 972 a 974 e Primedrinks619, referido *supra* no parágrafo 1099 e o documento Primedrinks269);
- (iv) Veicula informação entre as empresas de distribuição sobre o posicionamento de PVP (v.g. os documentos MCH1500, referido *supra* nos parágrafos 1146 a 1147, Primedrinks170, referido *supra* nos parágrafos 1155 a 1157 e Primedrinks327, referido *supra* nos parágrafos 1068 a 1069);
- (v) Monitoriza o posicionamento de PVP nas várias empresas de distribuição, por sua própria conta e através de informação transmitida pelas próprias empresas de distribuição (v.g. os documentos MCH1480, referido *supra* nos parágrafos 1021 a 1022, Primedrinks247, referido *supra* nos parágrafos 968 a 974, Primedrinks270, referido *supra* no parágrafo 976, Primedrinks439, referido *supra* nos parágrafos 988 a 989, Primedrinks492, referido *supra* no parágrafo 975, Primedrinks592 e Primedrinks633, referidos *supra* nos parágrafos 994 a 997, e Primedrinks1003, referido *supra* nos parágrafos 1073 a 1075);

- (vi) É pressionada pelas empresas de distribuição visadas para obter informação sobre o posicionamento de PVP e para atuar junto de empresas de distribuição concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento do mercado (v.g. os documentos MCH1480, referido *supra* nos parágrafos 1021 a 1022; Primedrinks219, referido *supra* nos parágrafos 1028 a 1029 e Primedrinks336, referido *supra* nos parágrafos 1070 a 1071, Primedrinks849, referido *supra* nos parágrafos 1026 a 1027, e Primedrinks893, referido *supra* nos parágrafos 1024 a 1025); e
- (vii) Exerce ações de retaliação para pressionar as empresas de distribuição a reposicionar os PVP de acordo com o nível pretendido (v.g. os documentos Primedrinks435, referido *supra* nos parágrafos 1261 e 1262, Primedrinks926, referido *supra* nos parágrafos 1264 e 1265, Primedrinks929, referido *supra* no parágrafo 1263 e Primedrinks1016).

1398. Para além dos *emails* citados *supra*, é particularmente revelador do envolvimento concreto da Primedrinks, entre outros documentos referidos *supra* na presente Decisão, o conteúdo do documento Primedrinks61, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 28.03.2013 e 01.04.2013, em que a Primedrinks refere expressamente que “*para conseguir que o Jumbo de Alverca e o Jumbo de Setúbal corrijam o pvp de Grants 70 cl, preciso que este seja corrigido nestas 2 lojas: Modelo Vila Franca Xira [e] Modelo Setúbal*” e que, para tal, vai “*combinar com as 2 lojas a alteração do pvp para terça-feira, dia 2 de abril*”:

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 28 de Março de 2013 09:15
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Grants 70 cl

Bom dia [REDACTED]

Informação da [REDACTED]

Obg

[Redacted]

Olá [Redacted]

Tal como falamos, para conseguir que o Jumbo de Alverca e o Jumbo de Setúbal corrijam o pvp de **Grants 70 cl**, preciso que este seja corrigido nestas 2 lojas:

Modelo Vila Franca Xira
Modelo Setúbal

Vou combinar com as 2 lojas a alteração do pvp para terça-feira, dia 2 Abril. Dá-me o ok assim que tiveres por favor.

Obrigada.

Beijinhos,

[Redacted]
Merchandise Prime Drinks
Av. Duque de Loulé, 106, 7º
Andar
1050-093 - Lisboa

Telem.: +351 96 202 78 23

GRUPO
STOCK  **UNO**

1399.O pedido da Primedrinks para a MCH proceder à alteração do PVP é depois confirmado:

De: [Redacted]
Enviada: quinta-feira, 28 de Março de 2013 20:42
Para: [Redacted]
Cc: [Redacted]
Assunto: RE: Grants 70 cl

Já pedi à sonae

1400.Posteriormente, é igualmente referido que *“já está tudo combinado com os 2 Jumbos para terça-feira”*:

De: [REDACTED]
Enviado: 1 de abril de 2013 09:29
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: FW: Grants 70 cl

Bom dia [REDACTED],

Informação da [REDACTED],

Atentamente,

[REDACTED]

De: [REDACTED]
Enviada: sexta-feira, 29 de Março de 2013 17:16
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: Grants 70 cl

Olá [REDACTED]

Também já está tudo combinado com os 2 Jumbos para terça-feira.

Obrigada.

Beijinhos,

[REDACTED]

31.2.1.1 Pronúncia da Visada

1401. A pronúncia da Primedrinks sobre aspetos concretos da factualidade que lhe é imputada já foi sendo referida, bem como apreciada, *supra*, nas secções que antecedem, em particular, nas referentes às condutas analisadas, cabendo agora destacar e analisar o que ressalta como principal argumento da sua PNI: que a sua atuação junto dos seus clientes e perante o mercado teve como único desiderato a sua sobrevivência e viabilidade económico-financeira³²⁹.

1402. Com efeito, a Primedrinks tenta justificar a sua conduta alegando que detém um poder negocial baixo perante as empresas de distribuição visadas e que estas fazem uso dessa desproporcionalidade para obterem para si melhores condições de compra e de preservação de margens, transferindo o seu risco comercial para a Primedrinks.

³²⁹ Cf. PNI Primedrinks capítulo III.

1403. Assim, entende a Primedrinks que atuou tendo em vista, apenas, sobreviver no mercado, que funciona nos termos referidos, negando que tal tenha constituído uma infração jusconcorrencial e que exista uma ação coordenada entre as Visadas com vista à concertação de preços, defendendo que define unilateralmente os seus PVR.

31.2.1.2 *Apreciação da Autoridade*

1404. Analisada a pronúncia da Primedrinks, em especial os argumentos ora referidos, não pode a AdC deixar de destacar a inviabilidade dos mesmos em cotejo com a prova constante dos autos e acima identificada.

1405. Com efeito, conforme já mencionado, não pode a Primedrinks incorrer numa prática ilícita e vir justificar-se alegando inferioridade negocial ou tentativa de mitigar a transferência para si do risco comercial associado a ações promocionais das empresas de distribuição.

1406. De facto, trata-se de matérias que envolvem a relação contratual estabelecida entre a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas, que caem no âmbito da liberdade contratual das partes e que nesse âmbito deverão ser, legitimamente, dirimidas, ao invés de serem “resolvidas” através de práticas que, como se tem vindo a demonstrar, constituem uma violação do direito da concorrência.

1407. É que, se como a própria Primedrinks alega, têm como efeito a manutenção da sua viabilidade económico-financeira, resultam indubitavelmente num claro prejuízo da concorrência e de alguns dos restantes agentes económicos, designadamente dos consumidores.

1408. Ademais, sabendo a Primedrinks desse facto e, alegadamente, participando das condutas em causa de forma contrariada e pressionada, poderia ter apresentado uma denúncia à Autoridade, nos termos do artigo 8.º da Lei da Concorrência, ou até beneficiar do commumente designado Programa de Clemência, previsto no artigos 75.º a 82.º da Lei da Concorrência, eventualmente beneficiando do regime jurídico da dispensa ou redução da coima em processos de contraordenação por infração às regras de concorrência.

1409. O que não podia era ter mantido a sua participação – e não só, tê-la também alimentado e dinamizado – na prática *sub judice*, nem alegar a desproporcionalidade negocial como justificativo para a prosseguir. Tanto mais quando *supra* na secção 30 já se demonstrou

a preponderância e representatividade da Primedrinks e das empresas de distribuição visadas na faturação umas das outras, evidenciando-se o peso que todas tinham e como cada uma pode jogar com esse poder negocial.

- 1410.Com efeito, o confronto com a globalidade da prova demonstra que a prática imputada às Visadas ocorreu nos termos descritos pela Autoridade, pelo que a alegada pressão a que estava sujeita a Primedrinks não se resumia à negociação – ou imposição por parte dos seus clientes – de condições comerciais.
- 1411.De facto, resulta dos elementos probatórios que os contactos estabelecidos seguiam uma linha de ação previamente estabelecida e automaticamente entendida pelas partes, com a indicação pela Primedrinks dos PVR a praticar (tornando-os verdadeiros PVP fixos), a monitorização entre as Visadas da prática dos mesmos, a identificação e correção de desvios detetados e a aplicação de sanções/retaliações.
- 1412.O que demonstra que não existiam negociações, discussões, exigências relacionadas (exclusivamente) com melhoria das condições comerciais, antes sim prosseguia-se com os contactos entabulados o objetivo comum de definição de um determinado PVP para um determinado produto, em alinhamento coordenado no mercado.
- 1413.Só quando esse objetivo era frustrado, ou seja, quando se detetava um desvio difícil de “resolver”, é que as empresas de distribuição visadas tentavam obter da Primedrinks participações em ações promocionais (v.g. documento Primedrinks849).
- 1414.São particularmente impressionantes a política comercial da Primedrinks e do seu envolvimento na prática *sub judice* os documentos Primedrinks247 e Primedrinks156, melhor descritos *supra* nos parágrafos 968 a 974, cujas seguintes mensagens destacamos:

From: [REDACTED]
Sent: quarta-feira, 4 de Agosto de 2010 11:59
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Ponto de situação PVP's novo IVA

Bom dia [REDACTED],

Envio resumo de situação geral dos PVP's de mercado / novo IVA.

Destilados – estão em todas as insígnias aplicados os novos PVP's, com excepção de poucas lojas não centralizadas Leclerc e ITM, no entanto contamos ter estes casos resolvidos até ao fim da semana.
A saber Grant's a 9,69€, TFG 12,69€, G12 17,69€, TFG 12 24,49€, Asti Gancia 5,29€.

Vinhos

- JMR - Confirmada hoje em loja a subida da JMR de MV Tinto para 4,49 e MV Branco para 3,89.
- LIDL – MV Tinto a 4,49 desde a passada semana.
- Sonae – MV Tinto a 4,49 e MV Branco a 3,89 desde há duas semanas e mantém.
- Auchan – Sobe para amanhã as lojas que ainda não estão a 4,49 e 3,89, a nível nacional. Já confirmado pela central.
- Leclerc – os que faltam vão subir até ao final da semana, uma vez que aqui a abordagem é mesmo loja a loja.
- ITM – Estou a tentar confirmar a subida de MV Tinto para 4,49 no cardex que entra este Sábado dia 7. O MV Branco foi carregado no início do mês.

Qualquer dúvida, estamos disponíveis.

Cumps,

[REDACTED]
Senior Key Account Manager

De: [REDACTED]
Enviado: 6 de agosto de 2010 18:30
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: FW: PVP VVB CASAL GARCIA
Anexos: VVB CASAL GARCIA.xlsx

Boa Tarde,

Para que seja do conhecimento geral, os preços de CG não estarão alinhados no âmbito nacional antes de dia 23/08, uma vez que iremos ter uma pequena franja de lojas a norte com preços abaixo do recomendado (em anexo painel de lojas e respectivos preços)

Até lá, juntamente com JB tentaremos amenizar o mais possível a situação actuando na medida do possível nas lojas na envolvente tentando manter o nível de preços,

Mais, estava previsto um talão de 10% com o cliente, no entanto este vigorará apenas nas lojas aonde o preço seja o correcto,

Ao dispor para qualquer questão adicional,

Abraço

1415. Estas trocas de mensagens demonstram a forma como a Primedrink e as restantes Visadas encaravam os PVP e as ações promocionais, sendo certo e assumido que ambos eram coordenados e generalizados a todo o mercado, isto é, tanto os PVP como

as ações promocionais sobre os mesmos eram transversais e a praticar, de forma articulada, junto dos clientes da Primedrinks (as empresas de distribuição visadas).

1416. De facto, o conteúdo dos documentos *supra* mencionados evidencia que a comparticipação da Primedrinks 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, em muitos casos, são as insígnias a definir o calendário para a alteração dos PVP.

1417. Finalmente, a argumentação da Primedrinks demonstra, na verdade, a motivação das Visadas na prática desta infração, conforme melhor detalhado *infra* na secção 32.5.

1418. Por um lado, a Primedrinks tenta estabilizar os PVP dos seus produtos num patamar artificialmente mais elevado, para que não seja alvo das eventuais exigências de comparticipação por parte das empresas de distribuição visadas e possa manter a margem que idealizou na venda dos seus produtos.

1419. Por outro lado, as empresas de distribuição visadas eliminam a incerteza associada a uma “guerra de preços”, garantem a expectativa do recebimento de uma determinada margem na venda ao público dos produtos da Primedrinks e ludibriam o consumidor com a afirmação de que estão a praticar “o preço mais baixo”, já que todas efetivamente estão a praticar aquele PVP que foi definido, mas que não se sabe se seria o mais baixo caso as normas jusconcorrenciais estivessem a ser cumpridas (aliás, a teoria económica contraria que o fosse).

1420. Na verdade, resulta dos elementos probatórios que, com o mercado a funcionar em concorrência não falseada, o PVP dos produtos seria mais baixo que o concertado, já que os desvios detetados (e apressadamente corrigidos) eram, na maioria dos casos, inferiores ao preço definido pelas Visadas.

1421. A AdC considera, portanto, os argumentos de defesa da Primedrinks improcedentes pelos motivos expostos.

31.2.2 Auchan

1422. De acordo com os elementos analisados, a Auchan iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 22.05.2007 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento Primedrinks563), tendo-se mantido

ininterruptamente, pelo menos, até 18.05.2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento Primedrinks643).

1423. Sobre o seu envolvimento concreto na prática *sub judice*, os factos descritos nas secções precedentes indicam que a Auchan:

- (i) Concerta com a Primedrinks e, indiretamente, concerta através da Primedrinks, com empresas de distribuição concorrentes, a estratégia e o posicionamento de PVP que as várias empresas de distribuição irão implementar futuramente no mercado (cf. os documentos JM703, referido *supra* nos parágrafos 1143 a 1145, Primedrinks15, referido *supra* no parágrafo 902, Primedrinks61, referido *supra* nos parágrafos 1399 a 1401, Primedrinks89, referido *supra* nos parágrafos 879 a 880, Primedrinks270, referido *supra* no parágrafo 976, Primedrinks415, referido *supra* no parágrafo 981 e os documentos Primedrinks63; Primedrinks244; Primedrinks978; Primedrinks11; Primedrinks109 e Primedrinks259);
- (ii) Implementa efetivamente e/ou corrige, a pedido da Primedrinks, os desvios ao posicionamento de PVP concertado (cf., os documentos Primedrinks283 e Primedrinks284, referidos *supra* nos parágrafos 1151 a 1154, e os documentos Primedrinks39 e Primedrinks43, Primedrinks47; Primedrinks59; Primedrinks110; Primedrinks111; Primedrinks116; Primedrinks172; Primedrinks201; Primedrinks206; Primedrinks244; Primedrinks250; Primedrinks464; Primedrinks470; Primedrinks509; Primedrinks580; Primedrinks598; Primedrinks610; Primedrinks614; Primedrinks644; Primedrinks777; Primedrinks856; Primedrinks858; Primedrinks918; Primedrinks968; Primedrinks1004 e Primedrinks1037);
- (iii) Informa a Primedrinks sobre o seu posicionamento de PVP presente e futuro (v.g. os documentos Primedrinks63; Primedrinks192 e Primedrinks597);
- (iv) Monitoriza o posicionamento de PVP nas várias empresas de distribuição concorrentes, por sua própria conta e através de talões de compra que solicitava expressamente ao fornecedor, sinalizando depois à Primedrinks comportamentos desviantes de empresas de distribuição concorrentes (v.g. os documentos Primedrinks563 e Primedrinks1023);
- (v) É informada pela Primedrinks, muitas vezes através de talões de compra, sobre o posicionamento presente e futuro, o reposicionamento, e a correção de desvios

de PVP de empresas de distribuição concorrentes (v.g. os documentos Primedrinks123 e Primedrinks218);

1424.É particularmente revelador do envolvimento concreto da Auchan, entre outros documentos referidos *supra* na presente Decisão, o conteúdo dos documentos Primedrinks4 e Primedrinks103, que consiste numa cadeia de mensagens de correio eletrónico trocadas em 27.06.2016, em que a Primedrinks envia um talão do PVP praticado por uma loja da MCH e, posteriormente, assegura à Auchan que, relativamente à MCH, “*todas as lojas estão ok*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 27 de junho de 2016 17:50
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: MV e CG

Malata? Não conheço por esse nome.
De qualquer forma, todas as lojas estão ok.

From: [REDACTED]
Sent: 27 de junho de 2016 15:30
To: [REDACTED]
Subject: RE: MV e CG

Olá [REDACTED]

Este talão não é do continente da Malata, a loja de Portimão vai verificar novamente o PVP

De: [REDACTED]
Enviada: 27 de junho de 2016 14:57
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: MV e CG

Viseu tb está ok, confirmado por telefone.
Hoje não tenho ninguém nessa zona.

From: [REDACTED]
Sent: 27 de junho de 2016 14:55
To: [REDACTED]
Subject: RE: MV e CG

Olá [REDACTED],
Viseu?

De: [REDACTED]
Enviada: 27 de junho de 2016 14:49
Para: [REDACTED]
Assunto: MV e CG

Olá [REDACTED]

Portimão e Viseu estão ok!



31.2.2.1 Pronúncia da Visada

1425.A pronúncia da Auchan sobre aspetos concretos da factualidade que lhe é imputada já foi sendo referida, bem como apreciada, *supra*, nas secções que antecedem, em particular, nas referentes às condutas analisadas, cabendo agora destacar e analisar dois dos principais argumentos da sua PNI: (i) que sempre teve uma conduta autónoma, que resulta da própria política comercial, de prática de preços 3% mais baixos que os seus concorrentes³³⁰; e (ii) que constam do acervo probatório *emails* com carácter exculpatório³³¹.

³³⁰ Cf. PNI Auchan capítulo III.2.

³³¹ Cf. PNI Auchan capítulo III.1.7.

- 1426.Com efeito, defende a Auchan que o seu posicionamento comercial, resultante da sua política interna de *pricing*, impõe que *“cada loja Auchan (próprias ou franquizadas) se posicione como a loja mais barata na sua área de influência”*.
- 1427.Para que tal política comercial de “preço mais barato” seja efetivamente aplicada, *“a Auchan entendeu necessário atribuir autonomia aos responsáveis de mercado para a definição e formação dos preços nas respetivas lojas em função dos movimentos e práticas comerciais implementadas pelas insígnias concorrentes na área de influência de cada loja”*.
- 1428.Desta forma, *“o gestor de loja, gozando de total autonomia de gestão, tem de garantir que o preço de 80% de todos os produtos vendidos na loja tem de estar 3% mais barato do que nas lojas Sonae e JMR da mesma área geográfica”*.
- 1429.Em adição à política de *pricing*, a Auchan alega que procedeu também à implementação de sistemas automáticos de circulação da informação e de comparação de preços nas áreas de influência das respetivas lojas, para a aplicação de PVP iguais ou mais baixos que o concorrente mais barato, deu instruções claras, realizou ações de formação e procede frequentemente e de forma eficaz ao controlo e avaliação da *performance* dos seus colaboradores na respetiva aplicação.
- 1430.Assim, entende que não pode a AdC concluir que a Auchan integra uma prática comercial concertada de alinhamento de preços no mercado, uma vez que *“a política comercial da Auchan não é compatível com este tipo de práticas”*.
- 1431.Finalmente, entende a Auchan *“que existem documentos com carácter exculpatório que não foram tidos em conta pela AdC, a título de exemplo, para cada um dos subelementos do tipo objetivo da infração de hub and spoke”*, procedendo à enumeração dos documentos que entende apresentarem essa característica, a saber, os documentos Primedrinks320, Primedrinks462, Primedrinks307, Primedrinks272, Primedrinks954, Primedrinks104, Primedrinks636, Primedrinks251, Primedrinks592, Primedrinks849, Primedrinks80, Primedrinks1003, Primedrinks617, Primedrinks621, Primedrinks147, Primedrinks622, Primedrinks620.

31.2.2.2 Apreciação da Autoridade

- 1432.Analisada a pronúncia da Auchan, em especial os argumentos ora referidos, não pode a AdC deixar de tecer algumas considerações sobre os mesmos.

1433. Relativamente à alegada conduta autónoma e política de preços, a Auchan refere diversas vezes, ao longo da PNI, que resulta da sua própria política comercial a obrigatoriedade de sempre praticar preços 3% mais baixos que os seus concorrentes³³², esclarecendo na sua pronúncia que se refere, não à totalidade dos produtos, mas a “80% de todos os produtos vendidos na loja”.
1434. No entanto, decorre dos elementos probatórios, em especial aqueles que se referem a dados de *shopping*, que tal não se verificava na prática para os produtos da Primedrinks, existindo diversas situações em que a Auchan apresentava PVP iguais ou até mais elevados que os seus concorrentes (v.g. os documentos Primedrinks320, Primedrinks104, Primedrinks636, Primedrinks1003, Primedrinks147 e Primedrinks622).
1435. A AdC desconhece – e a Auchan não esclareceu – se os produtos da Primedrinks integram a percentagem que escapa à política comercial alegada ou se, não integrando, a Auchan não está a ter sucesso na implementação dessa mesma política.
1436. É que, no respeito aos artigos que deverão estar pelo menos 3% mais baratos que na concorrência, essa percentagem difere ao longo dos anos e depende das categorias de produto, sendo o seu valor mais baixo 25% e o seu valor mais elevado 80%.
1437. Facto é que, em diversos casos analisados na presente Decisão, o PVP praticado na Auchan se encontrava plenamente alinhado com o dos concorrentes ou, nalguns outros casos, acima deste.
1438. Ademais, analisando o quadro com os “*objetivos de posicionamento de preço*”, referido no parágrafo 717 da PNI, percebe-se que o objetivo da Auchan, para as categorias de produtos onde se inserem os da Primedrinks, é ter todos os artigos sempre iguais ou mais baratos em relação ao PVP mais barato do mercado.
1439. Assim, resulta demonstrado que a alegada obrigação de praticar preços 3% mais baixos que os seus concorrentes não era tão generalizada como a Auchan tenta transmitir na PNI, pois apenas se aplicava a determinados produtos e a uma percentagem dos mesmos que, em vários anos, não chega a ser maioritária, o que é corroborado pelo facto de, conforme mencionado *supra*, tal não se verificar na prática.

³³² Cf. PNI Auchan parágrafos 16, 192, 196, 211, 286, 293, 411, 600, 676, 703, 729, 773, 787, 801, 820, 963 e 976. O mesmo foi corroborado pelas testemunhas (CONFIDENCIAL - Dados Pessoais) e (CONFIDENCIAL - Dados Pessoais) no âmbito das diligências de inquirição realizadas.

1440. Não obstante, a obrigação de ter todos os artigos sempre iguais ou mais baratos em relação ao PVP mais barato do mercado é coerente com o demonstrado pelos elementos probatórios: se todo o mercado estava alinhado para a prática de um determinado PVP, este seria o preço mais baixo (ainda que fixado artificialmente), por isso a Auchan, ao envolver-se na prática *sub judice* e ao alinhar-se com as restantes Visadas para a prática desse PVP, estava a cumprir com a política comercial que estabeleceu (v.g. documento Primedrinks88).
1441. Por último, apesar de alegada, a realização de ações de formação, controlo e avaliação da *performance* dos seus colaboradores na aplicação da referida política comercial não foi objeto de qualquer demonstração por parte da Auchan, que se limita a invocá-la sem fazer qualquer prova do que conclui.
1442. A AdC considera, portanto e pelos motivos expostos, improcedentes os argumentos de defesa quanto à alegada conduta autónoma da Auchan e alegada prática dos preços mais baixos do mercado.
1443. Relativamente aos elementos probatórios de cariz alegadamente exculpatório, a Autoridade não pode aceitar, sem mais, as alegações que a Auchan faz nessa sede.
1444. Com efeito, analisam-se de seguida os documentos a que a Auchan atribui esse teor e as considerações da Autoridade sobre os mesmos:
- Documento Primedrinks320: alega a Auchan que nesta troca de mensagens, “se comenta a necessidade premente de agir junto de certas insígnias (designadamente a Auchan), que se apresentam claramente desviadas face ao resto do mercado. Deste e-mail consta ainda um documento Excel de cuja análise se pode concluir que a Auchan posiciona os seus produtos de forma independente, praticando PVP diferentes dos PVP definidos pela Primedrinks”. No entanto, são apenas mencionadas 5 lojas da Auchan (no meio de referências a diversas lojas situadas por todo o território nacional) como não estando a praticar os PVP definidos, relativamente a determinados produtos (ou seja, as demais lojas praticam-no); mais, relativamente aos restantes produtos, as mesmas lojas praticam o PVP definido e alinhado com a maioria do mercado; no cômputo geral dos produtos/preços analisados, não resulta demonstrado que a Auchan apresente PVP mais baixos que os seus concorrentes (o que contraria a sua afirmação sobre a política de *pricing* de 3% abaixo);

- Documento Primedrinks462: alega a Auchan que a seguinte menção tem carácter exculpatório em relação a si: *“MVB – Situação nos Jumbos terá de ser corrigida, após uma subida generalizada do preço, as lojas entraram em gestão autónoma voltando a descer novamente: Iremos tentar nova intervenção da central, pelo que se espera ter o panorama resolvido na próxima semana”*. Ora, o que resulta do excerto citado pela Auchan é que existe um precedente e uma expectativa por parte da Primedrinks, no sentido de que primeiramente houve o cumprimento da definição de PVP concertada, seguido de um incumprimento, que se apressará a ser resolvido via central; há ainda a referência a três lojas da Auchan onde a situação está “ok” e “resolvida”, com indicação expressa de que numa houve “*correção de preços vs. semana anterior*”;
- Documento Primedrinks307: alega a Auchan que o que resulta desta troca de mensagens é que “i) a Auchan se estava a recusar a cumprir com as indicações de preços nessas lojas; e ii) planeava-se a realização de contactos com vista a pressionar as lojas a alinharem os seus preços”. Neste caso, a loja da Auchan que é identificada como “*problemática*” será alvo de discussão numa reunião com a Auchan em data próxima e “*resolvida*” e “*corrigida*”, o que demonstra a abertura da Auchan para a realização de reuniões com a Primedrinks onde esta prática era discutida e acatada; no mesmo documento há ainda diversas referências a produtos em que o mercado se encontra “*transversalmente*” a praticar os PVP concertados, sem qualquer referência a exceções da Auchan; há ainda a referência à data em que a Auchan irá subir o preço do produto Asti Gancia, à semelhança dos seus concorrentes;
- Documento Primedrinks272: alega a Auchan que os comentários efetuados pela Primedrinks na troca de mensagens são reveladores “*do posicionamento do Grupo Auchan, isto é, da Central da Auchan, quanto a questões de PVP e seguimento das recomendações de PVP do fornecedor. Demonstra ainda o posicionamento da Primedrinks que, sabendo qual o posicionamento da “Central”, escolhe intervir junto das lojas, as quais, em virtude da preocupação em garantir a existência de produto em loja e o cumprimento dos objetivos impostos pelo Grupo, são naturalmente mais suscetíveis a ceder às pressões do fornecedor. Este e-mail é, ainda, claramente demonstrativo da inexistência de qualquer acordo sobre o preço no mercado, uma vez que espelha a dificuldade sentida pelos colaboradores da Primedrinks em “controlar” as reações das várias insígnias ao mercado*”. No entanto, no documento

em causa apenas é feita referência a uma loja da Auchan, que teria um preço desalinhado; são feitos dois comentários que permitem perceber que a Primedrinks concertava a fixação de preços com a Auchan quer diretamente através das lojas, quer através da central, embora se reconheça que, neste último caso, seja um processo difícil;

- Documento Primedrink954: alega a Auchan que resulta desta troca de mensagens que *“i) a Auchan apresentava, em relação aos produtos alvo do shopping, uma diferença de preços significativa em relação à Sonae; e ii) a Sonae, tendo realizado a ação de shopping em causa, com urgência transmitiu os resultados da sua análise à Primedrink, que acautelou as suas preocupações e afirmou que interviria junto da Auchan”*. No entanto, no documento em causa apenas é feita referência a uma loja da Auchan, onde se reconhece que os diversos produtos identificados apresentam um preço mais baixo que os da MCH; a Primedrink refere *“atuar em tempo útil”* face ao reporte da MCH, o que revela que atuações junto da Auchan para correção de desvios detetados eram comuns; e
- Documentos Primedrink104 e Primedrink636: alega a Auchan que *“a seguinte afirmação por parte de uma colaboradora da Primedrink: “[t]al como lhe disse ao telefone, o trabalho nos jumbos é mais demorado pois tem de ser loja a loja. Mas estamos a trabalhar nisso.”* demonstra *“que a Auchan não pode estar envolvida num alegado acordo ou prática concertada para alinhamento dos PVP nos mercados em causa”*. No entanto, os documentos em causa demonstram que a Primedrink trabalha em conjunto com as lojas da Auchan no sentido de corrigir os desvios aos PVP concertados; para todos os produtos/preços analisados, resulta demonstrado que existem concorrentes da Auchan a apresentar PVP mais baixos (o que contraria a sua afirmação sobre a política de *pricing* dos 3%).

1445. Analisam-se ainda os documentos em que a Auchan destaca – seletivamente e sem considerar o teor integral das trocas de mensagens em causa – determinadas passagens de texto isoladas às quais atribui teor exculpatório³³³, bem como as considerações da Autoridade sobre os mesmos:

³³³ Entende a Auchan que as passagens em causa são *“especialmente reveladoras de que i) a Auchan pratica uma política de preços autónoma, situando-se por norma 3% abaixo dos preços observados no mercado, encontrando-se consistentemente desalinhada em termos de preços; ii) não aceita instruções da Primedrink com vista à correção dos preços desviados, apesar de ser recorrentemente assediada para o efeito”*.

- Documento Primedrinks251: a Auchan destaca o seguinte excerto: “[É] *mandatório garantir que os restantes operadores NÃO vão comprometer este movimento e por isso não colocar estes artigos em folheto e assegurar que os preços não são trancados para as feiras (Sonae/Auchan)*”. Ora, no documento em causa a Primedrinks pretende acautelar uma eventual ação promocional por parte da Auchan nos produtos em causa, pelo que pretende “*garantir*” que tal não aconteça (novamente, o precedente / expectativa na atuação conjunta e concertada);
- Documento Primedrinks592: a Auchan destaca o seguinte excerto: “*é preciso trabalhar loja a loja*”. No entanto, no documento em causa o que a Primedrinks refere é que, na implementação da nova tabela de preços, nomeadamente quanto aos que sofreram alterações, no caso da Auchan é necessário “*trabalhar loja a loja*”, o que demonstra que a definição conjunta dos PVP envolve as lojas;
- Documento Primedrinks849: a Auchan destaca o seguinte excerto: “*face aos preços praticados por algumas insígnias, verificamos que as nossas lojas ficam em situação de descompetitividade. Agradecemos a vossa atenção para regularização desta situação no mercado. Alternativamente, e em último caso, solicitamos propostas de ações promocionais que beneficiem os clientes Sonae com os melhores preços*”. Este documento demonstra que a Auchan praticava preços inferiores aos da MCH em determinados produtos da Primedrinks, mas também que a MCH, ao reportar esses desvios ao fornecedor, solicita “*regularização*” da mesma, o que demonstra o precedente / expectativa deste tipo de atuação com a Auchan;
- Documento Primedrinks80: a Auchan destaca o seguinte excerto: “*É hora do tudo ou nada. A JMR amanhã vai subir o que tem de subir, por isso só nos fica a faltar alinhar os Auchan. Por isso já sabem, é meter os meninos na ordem*”. Este documento demonstra que a Primedrinks tem todo o mercado alinhado e falta alinhar a Auchan (o que não é referido como algo que não se consegue fazer, mas apenas como uma tarefa a cumprir, o que demonstra o precedente / expectativa de tal conduta);
- Documento Primedrinks1003: a Auchan destaca o seguinte excerto: “*Preciso que atuem nas lojas abaixo rapidamente para evitarmos problema de maior*”. Ora, no documento em causa a Primedrinks refere a necessidade de atuação na correção de desvios dos PVP de determinados produtos em determinadas lojas, assinaladas a amarelo, nas quais se incluem algumas lojas da Auchan; no entanto, também se

encontram não assinaladas – e, por isso, alinhadas e sem necessidade de atuação – diversas outras lojas da Auchan; de referir também que para diversos produtos/preços analisados, resulta demonstrado que existem concorrentes da Auchan a apresentar PVP mais baixos (o que contraria a sua afirmação sobre a política de *pricing* dos 3%);

- Documento Primedrinks617: a Auchan destaca o seguinte excerto: “*Estive hoje na loja [Jumbo de Castelo Branco], a responsável (...) tem instruções rigorosas da central para praticar 3% abaixo do mercado*”. No documento em causa a Primedrinks identifica um conjunto alargado de lojas da Auchan onde o produto Gin Hendrick's se encontra a necessitar de “*intervenção urgente*”; para apenas uma dessas lojas – a de Castelo Branco – é referido que a sua responsável tem “*instruções rigorosas da central para praticar 3% abaixo do mercado*”, pelo que se concede que, neste caso específico, houve uma recusa na participação na infração;
- Documento Primedrinks621: a Auchan destaca o seguinte excerto: “[A]legam ter indicações superiores para estar cerca de 3% abaixo do preço de mercado”. No documento em causa a Primedrinks informa ter conseguido corrigir o PVP desviante numa das lojas da Auchan, mas não ter conseguido o mesmo em outras duas lojas da Auchan, porque “*alegam ter indicações superiores para estar cerca de 3% abaixo do preço de mercado*”, pelo que se concede que, nestes casos específicos, houve uma recusa na participação na infração;
- Documento Primedrinks147: a Auchan destaca o seguinte excerto: “*Hoje no Jumbo de Gondomar foi-me referido pelo chefe de Secção aquela situação do PVP do Hendriks ser abrangido pelos 3%, que está incluído no grupo de artigos de shopping (40 a 75%)*”. No entanto, no documento em causa é referido pela Primedrinks que quem altera os preços nas lojas Auchan são os chefes de secção e/ou o diretor de loja, tendo sido referido por um deles à Primedrinks que o artigo cujo preço se pretendia alterar é “*abrangido pelos 3% que está incluído no grupo de artigos de shopping (40 a 75%)*”, o que demonstra os contactos existentes entre a Primedrinks e a Auchan tendentes à prática da infração *sub judice* e contraria a afirmação da Auchan de que a sua política de *pricing* obriga a que o preço de 80% de todos os produtos vendidos na loja esteja situado 3% abaixo da sua concorrência³³⁴; há ainda

³³⁴ Cf. PNI Auchan parágrafos 211 e 728.

a referência a que os produtos incluídos nesse “cabaz” podem ser alterados pelas lojas;

- Documento Primedrinks622: a Auchan destaca o seguinte excerto: “*As Lojas Auchan / PA tem indicações específicas e directas da central para dentro do seu Portofolio de artigos variados (cerca de 40 a 75%), para no shooing desse mesmo g[r]upo de artigos fazer uma rebaixa de pvp de cerca de 3%, isto em Varias zonas do Pais. Por isso estes pvp’s do Hendricks foram abrangidos pelos tais (3%), porque esta incluído no grupo de artigos de shooing (40 a 75%)*”. Ora, no documento em causa a Primedrinks confirma a alteração de preços, por sua intervenção, em quatro lojas Auchan, referindo posteriormente o excerto mencionado, o que contraria a afirmação da Auchan de que por essa política de *pricing* estaria abrangido o preço de 80% de todos os produtos vendidos na loja³³⁵ (e de que seria transversalmente aplicável a qualquer loja).
- Documento Primedrinks620: a Auchan destaca o seguinte excerto: “*Falei com Almada, Alfragide e Amadora. Todos disseram que iam mudar mas depois fui loja e nada feito*”. No entanto, no documento em causa demonstra que houve um comprometimento por parte de três lojas da Auchan no sentido de corrigir os desvios identificados pela Primedrinks (“*todos disseram que iriam mudar*”), mas tal não veio a ocorrer (“*mas depois fui a loja e nada feito*”), pelo que se concede que, nestes casos, houve uma recusa na participação na infração;

1446.Os restantes excertos mencionados pela Auchan neste âmbito referem-se aos documentos já referidos e analisados no parágrafo 1445 *supra*.

1447.A AdC considera, portanto, improcedentes os argumentos de defesa da Auchan quanto ao carácter exculpatório de todos os documentos por si assim referenciados na PNI, acrescentando que, pelo contrário e conforme ficou demonstrado *supra*, estes imputam diretamente a prática da infração em análise à Auchan e que um qualquer eventual desvio e desalinhamento em lojas da Auchan era circunscrito territorialmente (apenas se aplicava a uma ou poucas mais lojas), temporário e imediatamente corrigido.

1448.Com efeito, como se tem descrito na presente Decisão, o facto de se verificarem, ao longo do período temporal considerado, desvios face ao nível de PVP pretendido e

³³⁵ Cf. PNI Auchan parágrafos 211 e 728.

concertado para o posicionamento dos PVP em determinada data, em nada contraria a conclusão sobre a existência de um objetivo comum entre as empresas Visadas (*in casu*, e tal como referido, o de fixação e alinhamento de preços).

1449. De facto, é natural que a estratégia conjunta funcionasse nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores, tais como a necessidade de escoar determinados produtos, de cumprir objetivos de vendas, da realização de determinadas ações promocionais ou da impossibilidade de alguma empresa de distribuição visada.
1450. E o que resulta dos elementos probatórios é que, com o mercado a funcionar em plena concorrência, o PVP dos produtos seria mais baixo que o concertado, já que os desvios detetados (e apressadamente corrigidos) eram, na maioria dos casos, inferiores ao preço definido pelas Visadas.
1451. Ademais, conforme mencionado pela Auchan na sua PNI, bem como pelas duas testemunhas ouvidas no âmbito das diligências de inquirição realizadas, os PVP são determinados e fixados pelas lojas, mas existe a possibilidade de a central introduzir PVP no sistema informático interno *Sirius*, tendo essa introdução influência em todas as lojas Auchan, ficando esses PVP bloqueados e as lojas impossibilitadas de os alterar, o que acontecia, desde logo, nas ações promocionais.
1452. Tendo já ficado demonstrado – aliás, segundo alegações das próprias Visadas, conforme mencionado *supra* na secção 30 – o peso das ações promocionais nas vendas do setor da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal e o quão comumente essas situações se verificam.
1453. Tais informações são coerentes com o que ficou demonstrado pelos elementos probatórios: que a Primedrinks ora contactava a central da Auchan, ora estabelecia contactos diretos com as lojas Auchan, na implementação da fixação de preços que vigorava entre as Visadas, podendo por essas duas vias serem fixados e alterados os preços praticados por esta insígnia.
1454. Finalmente, sobre a alegada “*remissão da prova de determinado subcomportamento para um conjunto de documentos constantes dos autos, sem qualquer explicação adicional*”, cabe acrescentar que, durante a fase de inquérito, a AdC analisou a totalidade dos ficheiros que constituem o acervo probatório e identificou cada um com o código alfanumérico que lhes foi atribuído no contexto do processo.

1455. Todos esses elementos probatórios são identificados na Nota de Ilícitude, na presente Decisão e nos respetivos Anexos 1.
1456. Na Nota de Ilícitude, bem como na presente Decisão, por razões de relevância probatória, mas também de economia de espaço e inteligibilidade do texto, a AdC socorre-se de elementos que reproduz, cita ou menciona expressamente. São esses os que são utilizados pela AdC como meios de prova para demonstrar a infração e os seus agentes.
1457. Sucede que alguns desses ficheiros fazem parte de cadeias de conversação, ou são duplicados de outros ficheiros existentes no processo, pelo que vêm identificados apenas nos Anexos 1 à Nota de Ilícitude e à presente Decisão.
1458. Ou seja, ao contrário do que a Auchan alega, a remissão para a prova que não surge expressamente reproduzida ou descrita na Nota de Ilícitude é feita em termos perfeitamente contextualizados, o que responde ao alegado pela Auchan nos parágrafos 9 e ss. e 378 e ss. da PNI.
1459. Sem prejuízo do que antecede, concede a Autoridade que, pelos motivos também expostos *supra*, alguns dos documentos mencionados comprovam o efetivo afastamento pontual da Auchan da prática *sub judice*.
1460. Deste modo, no que respeita ao envolvimento da Auchan e conforme já se indiciava na Nota de Ilícitude, não resulta provado que esta:
- Tenha pressionado a Primedrink para que esta atue junto de empresas de distribuição concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento do mercado; e que
 - Tenha exercido ou ameaçado com ações de retaliação com o intuito de pressionar a Primedrink para que, por sua vez, esta pressione as empresas de distribuição concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado.
1461. Resultam demonstrados, no entanto, os demais comportamentos descritos nas secções 31.1.1, 31.1.2, 31.1.3 e 31.1.4, *supra*.
1462. Razão pela que, tendo em conta o exposto, o grau de participação individual da Auchan na infração será necessariamente refletido na determinação da medida concreta das coimas que possam ser aplicadas a final.

31.2.3 Cooplecnorte

1463. De acordo com os elementos analisados, a Cooplecnorte iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 13.01.2010 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento Primedrinks320), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 18.05.2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento Primedrinks643).

1464. Sobre o seu envolvimento concreto na prática *sub judice*, os factos descritos nas secções precedentes indicam que a Cooplecnorte:

- (i) Concerta com a Primedrinks e, indiretamente, concerta através da Primedrinks, com empresas de distribuição concorrentes, a estratégia e o posicionamento de PVP que as várias empresas de distribuição irão implementar futuramente no mercado (v.g. os documentos Primedrinks199, referido *supra* no parágrafo 1092; Primedrinks257; e Primedrinks591);
- (ii) Implementa efetivamente e/ou corrige a pedido da Primedrinks desvios ao posicionamento de PVP concertado (v.g. os documentos Primedrinks62; Primedrinks64; Primedrinks65; Primedrinks110; Primedrinks166; Primedrinks244; Primedrinks249; Primedrinks258; Primedrinks262; Primedrinks462; e Primedrinks506);
- (iii) Informa a Primedrinks sobre o seu posicionamento de PVP presente e futuro (v.g. os documentos Primedrinks246; Primedrinks260; e Primedrinks382).

1465. É particularmente revelador do envolvimento concreto da Cooplecnorte, entre outros documentos referidos *supra* na presente Decisão, o conteúdo do documento Primedrinks836, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 24 e 26.03.2014, em que a Primedrinks confirma internamente que “*estive no Leclerc de Viana e os preços já estão alinhados*”:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 25 de Março de 2014 23:13
To: [REDACTED]
Subject: RE: Recolhas - TFG, Grant's e Moscatel CEF

Ola [REDACTED]

Estive no Leclerc de Viana e os preços já estão alinhados!

Aproveite para te mandar cumprimentos do [REDACTED], que diz também, estar à espera de uma resposta tua, a um email dele! ☺

Diz que comprou no paralelo, CG a [1,90-2,40] e Monte Velho a [2,50-3,10]!
Assim é difícil...

Obrigada
[REDACTED]

31.2.3.1 *Pronúncia da Visada*

- 1466.A pronúncia da Cooplecnorte sobre aspetos concretos da factualidade que lhe é imputada já foi sendo referida, bem como apreciada, *supra*, nas secções que antecedem, em particular, nas referentes às condutas analisadas, cabendo agora destacar e analisar o principal argumento que ressalta da sua PNI: que constitui uma cooperativa de aprovisionamento grossista, independente das sociedades comerciais que detêm lojas abertas ao público e que operam sob a insígnia E.Leclerc³³⁶.
- 1467.Com efeito, a Cooplecnorte apresenta-se como uma cooperativa, *“ou seja, uma pessoa colectiva autónoma, de livre constituição, de capital e composição variáveis, que, através da cooperação e entreajuda dos seus membros, com obediência aos princípios cooperativos, visam, sem fins lucrativos, a satisfação das necessidades e aspirações económicas, sociais ou culturais daqueles”*.
- 1468.Ressalva a Cooplecnorte que não tem estabelecimentos comerciais abertos ao público, nem realiza vendas finais aos consumidores, tratando-se de uma central logística e de compras.
- 1469.Assim, a Cooplecnorte limita a sua atividade à negociação e celebração de contratos anuais com alguns fornecedores de bens, não assumindo qualquer função que se relacione com o retalho de base alimentar.
- 1470.Sobre esta organização da estrutura comercial da Cooplecnorte, cabe destacar as seguintes alegações da sua PNI e das declarações prestadas em sede de audição oral requerida pela Cooplecnorte:

³³⁶ Cf. PNI Cooplecnorte parágrafos 1 e ss.

- As lojas E.Leclerc podem abastecer-se, ou não, junto da Cooplecnorte (não existe uma obrigatoriedade de compras à central) (cf. fls. 4649 a 4670 e 6765 do processo);
- As lojas E.Leclerc são autónomas na fixação dos PVP dos produtos que vendem, não havendo qualquer imposição sobre os mesmos por parte da central (cf. fls. 4649 a 4670 e 6765 do processo); e
- A central desenvolve ações promocionais, às quais as lojas são livres de aderir, ou não, mas caso adiram – e uma vez que as mesmas são realizadas a nível nacional para todas as lojas que queiram aderir – os PVP dos produtos abrangidos são definidos pela central, devendo as lojas respeitar os PVP definidos (cf. fls. 4649 a 4670 e 6765 do processo).

1471. Por estes motivos, entende a Cooplecnorte que não opera no mercado relevante identificado para a infração³³⁷ (pois não é retalhista) e que seria impossível ter praticado o que se lhe imputa, dada a separação – jurídica e de facto – existente entre a central e as lojas.

31.2.3.2 *Apreciação da Autoridade*

1472. Analisada a pronúncia da Cooplecnorte, em especial os argumentos ora referidos, importa tecer algumas considerações sobre os mesmos.

1473. Primeiramente, destacam-se as seguintes afirmações retiradas das declarações prestadas em sede de audição oral requerida pela Cooplecnorte:

- O Conselho de Administração da Cooplecnorte é constituído por cinco proprietários de lojas E.Leclerc, eleitos pelos cooperadores, que por sua vez também são proprietários de lojas E.Leclerc (cf. fls. 6765 do processo);
- A Cooplecnorte não é lucrativa, as condições que negoceia com os fornecedores são exatamente as mesmas de que beneficiam as lojas; estas pagam uma quotização mensal para o funcionamento da central (cf. fls. 6765 do processo);
- A percentagem de compras das lojas à Cooplecnorte, no setor das bebidas varia entre 60-85% – chamada taxa de centralização; se a loja não comprar através da

³³⁷ Refere-se ao mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar.

central, a única “penalidade” é a nível do *rappel*, recebendo menos desconto (cf. fls. 6765 do processo);

- Há um plano anual relativo à atividade promocional definido pela central, existindo mais de 100 folhetos promocionais por ano (cf. fls. 6765 do processo);
- Cada loja é livre de aderir ou não às campanhas promocionais, mas estimam que, para cada folheto, haja uma adesão quase total (cf. fls. 6765 do processo);
- Os aderentes deslocam-se à central semanalmente, para reuniões; existem reuniões comerciais, reunião mensal de aderentes e reunião do Conselho de Administração quinzenalmente (cf. fls. 6765 do processo); e
- Existe um controlo por parte da ACDLec³³⁸ sobre se as lojas E.Leclerc praticam os PVP mais baixos da zona onde se localizam; a ACDLec faz esses levantamentos através de uma empresa externa e intervém quando os preços não são os mais baixos; possui grupos de trabalho para acompanhamento de preços em todo o mundo, através de ferramentas informáticas; as lojas são fiscalizadas 4 vezes por ano e a ACDLec envia cartas aos aderentes quando falham; após uma chamada de atenção, passam a fazer mais acompanhamento para saber porque houve um desvio; à terceira chamada de atenção, o aderente tem de sair do grupo (cf. fls. 6765 do processo).

1474. Destas informações prestadas e *supra* mencionadas, bem como dos elementos constantes dos autos relativos à estrutura organizacional da Cooplecnorte (cf. fls. 4649 a 4670 do processo), a AdC considera que resulta demonstrado que:

- Existe uma proximidade estreita entre a central e as lojas, uma vez que são os próprios aderentes das mesmas que elegem entre os seus pares os membros do Conselho de Administração, bem como aí se deslocam e reúnem presencialmente com frequência (cf. parágrafo 1474, *supra*);
- A Cooplecnorte é uma empresa grossista com características muito particulares, desde logo porque (i) apenas vende para um determinado tipo de clientes (as lojas

³³⁸ Segundo a PNI Cooplecnorte, “a ACDLec é uma associação de direito francês, constituída no seio do Movimento E.Leclerc, que agrupa pessoas a quem é confiada a gestão, enquanto comerciantes independentes, de Centros Comerciais, e que beneficiam da utilização da marca E.Leclerc na exploração das suas lojas. A ACDLec, enquanto proprietária das marcas relacionadas com a marca E.Leclerc, tem, dentro do Movimento E.Leclerc, nomeadamente a competência para conceder e retirar o direito ao uso da marca E.Leclerc. O direito de usar a marca E.Leclerc é, assim, concedido ao Aderente, que é a figura central do Movimento E.Leclerc”.

E.Leclerc), não estando disponível para os restantes retalhistas, (ii) não visa o lucro com a sua atividade (vende ao mesmo preço que compra) e (iii) tem na sua administração/gestão os seus clientes, que se encontram regularmente e trabalham em conjunto (cf. parágrafo 1474, *supra*);

- Os dados demonstram que a taxa de centralização das lojas tem um valor elevado, o que demonstra que a parte mais significativa das compras das lojas é efetuada via central (cf. parágrafo 1474, *supra*);
- As ações promocionais assumem uma grande preponderância – de acordo, aliás, com as alegações das próprias Visadas, conforme mencionado *supra* na secção 30 –, sendo estas realizadas com muita frequência, tendo uma adesão quase total das 20 lojas E.Leclerc existentes em território nacional e sendo definidas via central (cf. parágrafo 1474, *supra*);
- A central impõe às lojas os PVP a praticar através das referidas ações promocionais (cf. parágrafo 1474, *supra*); e
- Existe um controlo, por parte do grupo, dos preços praticados pelas lojas (cf. parágrafo 1474, *supra*).

1475. Assim, resulta demonstrado que, embora exista uma separação jurídica entre a central e as lojas, essa separação não tem o significado que a Visada lhe atribui, sendo a Cooplecnorte apenas um intermediário entre os fornecedores e as lojas.

1476. Resulta ainda demonstrado que, através das ações promocionais constantes e do número e variedade de produtos que nas mesmas são incluídas a cada momento, a central tem a possibilidade de impor o PVP às lojas aderentes, que são a quase sua totalidade³³⁹.

1477. Adicionalmente a estes aspetos de natureza organizacional, do confronto da argumentação da Visada com a globalidade da prova resulta claro o envolvimento da Cooplecnorte nos comportamentos *sub judice*, com um controlo explícito por parte da central dos PVP a impor às lojas.

³³⁹ Conforme referido por David Silva em sede de audiência oral, existe um “*número significativo de lojas que aderem* [aos folhetos promocionais] (*exceto mês de agosto*): 16 a 20”, sendo que existem 20 lojas no presente momento a operar em Portugal sob a insígnia E.Leclerc.

1478.Com efeito, em resposta ao alegado pela Cooplecnorte a respeito da inexistência de elementos probatórios que comprovem o seu envolvimento nas condutas imputadas, para além dos diversos elementos probatórios já mencionados *supra*, dos autos constam ainda os seguintes documentos com referências expressas a esta empresa:

- Primedrinks380, no qual é referido pela Primedrinks que, relativamente à categoria de destilados, *“estão em todas as insígnias aplicados os novos PVP’s, com excepção de poucas lojas não centralizadas”* do E.Leclerc;
- Primedrinks57, no qual é referido pela Primedrinks, relativamente a determinados produtos e preços definidos como “incontornáveis” pelo E.Leclerc, que *“as lojas com maior fidelidade à central utilizam o facto do produto ser incontornável como argumento para não alterarem preços, eles podem alterar os preços por isso pressionem”*;
- Primedrinks36, no qual a Primedrinks identifica diversas lojas E.Leclerc onde o preço de um produto não está conforme com o PVP definido, afirmando *“vamos tentar intervir directamente via centrais”*;
- Primedrinks269, no qual perante um *shopping* da concorrência, onde são identificados diversos produtos e PVP em lojas E.Leclerc, a Primedrinks refere *“Leclerc vamos resolver de seguida”*.

1479.Assim, não obstante ser verdade que a Cooplecnorte não é directamente envolvida nas mensagens de correio eletrónico *supra* referidas, a central é expressamente mencionada e o conteúdo das conversações, bem como o seu contexto, são suficientemente reveladoras do envolvimento da Visada na infração.

1480.Ademais, não existe, nem é invocada pela Cooplecnorte, 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.

1481.Ainda que se entenda que esse tipo de prova terá, necessariamente, de ser apreciado criticamente de modo diverso daquele que seria um *email* efetivamente enviado e/ou recebido pelo agente ao qual o comportamento 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.

1482.A AdC considera, portanto, improcedentes os argumentos de defesa quanto à alegada impossibilidade de envolvimento da Cooplecnorte na prática *sub judice*, pelos motivos expostos.

1483.No entanto e ainda que existam mensagens de correio eletrónico em todos os anos do período de tempo considerado que envolvem diretamente a Cooplecnorte, a Autoridade considera que existem outros elementos probatórios que referem ações a adotar no mercado, com menção expressa a outras Visadas mas sem incluir a Cooplecnorte, bem como um volume menor de elementos probatórios relativos à Cooplecnorte face ao que existe para outras Visadas.

1484.Deste modo, no que respeita ao envolvimento da Cooplecnorte e conforme já se indicava na Nota de Ilícitude, não resulta provado que esta:

- Fosse informada pela Primedrinks, muitas vezes através de talões de compra, sobre o posicionamento futuro, o reposicionamento, e a correção de desvios de PVP de empresas de distribuição concorrentes;
- Monitorizasse o posicionamento de PVP nas várias empresas de distribuição concorrentes, por sua própria conta e através de talões de compra que solicitava expressamente ao fornecedor, e sinalizasse à Primedrinks comportamentos desviantes de empresas de distribuição concorrentes (embora, a este respeito, o documento Primedrinks836, *supra* referido, pareça indiciar que tal efetivamente acontecia);
- Pressionasse a Primedrinks para que esta atuasse junto de empresas de distribuição concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento do mercado; e
- Exercesse ou ameaçasse com ações de retaliação com o intuito de pressionar a Primedrinks para que, por sua vez, esta pressionasse as empresas de distribuição concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado.

1485.Resultam demonstrados, no entanto, os demais comportamentos descritos nas secções 31.1.1, 31.1.2, 31.1.3 e 31.1.4, *supra* e, independentemente de não estar ativa no mercado de retalho alimentar, a Visada participa ativamente 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 E.Leclerc.

1486. Assim, tendo em conta o exposto, o grau de participação individual da Cooplecnorte na infração será necessariamente refletido na determinação da medida concreta das coimas que possam ser aplicadas a final.

31.2.4 ITMP

1487. De acordo com os elementos analisados, a ITMP iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 12.02.2010 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento Primedrinks183), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 18.05.2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento Primedrinks643).

1488. Sobre o seu envolvimento concreto na prática *sub judice*, os factos descritos nas secções precedentes indicam que a ITMP:

- (i) Concerta com a Primedrinks e, indiretamente, concerta através da Primedrinks, com empresas de distribuição concorrentes, a estratégia e o posicionamento de PVP que as várias empresas de distribuição implementariam futuramente no mercado (v.g. o documento Primedrinks415, referido *supra* no parágrafo 981 e o documento Primedrinks58);
- (ii) Implementa efetivamente e/ou corrige a pedido da Primedrinks desvios ao posicionamento de PVP concertado (v.g. os documentos Primedrinks172, Primedrinks462 e Primedrinks508);
- (iii) Informa a Primedrinks sobre o seu posicionamento de PVP presente e futuro (v.g. os documentos Primedrinks55, Primedrinks257, Primedrinks278, Primedrinks509 e Primedrinks614);
- (iv) É informada pela Primedrinks sobre o posicionamento presente e futuro, o reposicionamento, e a correção de desvios de PVP de empresas de distribuição concorrentes (v.g. o documento Primedrinks118); e
- (v) Monitoriza o posicionamento de PVP nas várias empresas de distribuição concorrentes, por sua própria conta e através de talões de compra que solicitava expressamente ao fornecedor, sinalizando depois à Primedrinks comportamentos desviantes de empresas de distribuição concorrentes (v.g. o documento Primedrinks1041).

1489.É particularmente revelador do envolvimento concreto da ITMP, entre outros documentos referidos *supra* na presente Decisão, o conteúdo dos documentos Primedrinks1048, Primedrinks1047 e Primedrinks1046, que correspondem a trocas de mensagens de correio eletrónico realizadas entre os dias 29.01.2016 e 01.02.2016, em que a ITMP solicita expressamente à Primedrinks “*talões de compra com os pvp's para Fevereiro*”:

From: [REDACTED]
Sent: 29 de janeiro de 2016 15:43
To: [REDACTED]
Subject: RE: Pvp's de mercado

Boa tarde [REDACTED],

Necessito também de preços do Pingo Doce e Auchan.

From: [REDACTED]
Sent: 29 de janeiro de 2016 12:24
To: [REDACTED]
Subject: Pvp's de mercado

Boa tarde D. [REDACTED],

Venho por este meio solicitar que me envie talões de compra com os pvp's para Fevereiro dos seguintes artigos:

Carolan's

Grant's 0.70l e 1L

Famous Grouse.

Sem mais de momento,
Cumprimentos






[REDACTED]
Gestor Comercial
249880819
[REDACTED]

1490.A Primedrinks procede então ao envio à ITMP de comprovativos dos PVP praticados pelos seus concorrentes. No caso da MCH, a Primedrinks envia imagens com os PVP praticados no *online*:

Grant's 0.70l
 <p>Licor Whisky Irish Cream Carolans garrafa 70 cl</p> <p>€ 12,99 /un € 18,56 /lt</p> <p>1   Caminho Lista</p>
 <p>Whisky Family Reserve Grant's garrafa 70 cl</p> <p>€ 12,99 /un € 18,56 /lt</p> <p>1   Caminho Lista</p>

Famous Grouse.

Grants 1L

 <p>Whisky Finest Famous Grouse garrafa 70 cl</p> <p>€ 15,49 /un € 22,13 /lt</p> <p>1   Caminho Lista</p>	 <p>Whisky Novo Grant's garrafa 1 lt</p> <p>€ 17,59 /un € 17,59 /lt</p> <p>1   Caminho Lista</p>
--	---

1491. Já no caso da Pingo Doce e da Auchan, a Primedrinks envia à ITMP, em anexo aos vários *emails*, os respetivos talões de compra:



31.2.4.1 Pronúncia da Visada

1492.A pronúncia da ITMP sobre aspetos concretos da factualidade que lhe é imputada já foi sendo referida, bem como apreciada, *supra*, nas secções que antecedem, em particular, nas referentes às condutas analisadas, cabendo agora destacar e analisar o principal argumento que ressalta da sua PNI: que constitui uma sociedade comercial de aprovisionamento grossista, independente das sociedades comerciais que detêm lojas abertas ao público e que operam sob a insígnia Intermarché³⁴⁰.

1493.Com efeito, a ITMP apresenta-se como “uma sociedade comercial anónima que tem por atividade comercial a compra e venda de produtos, em território nacional ou no

³⁴⁰ Cf. PNI ITMP capítulos III.1, III.2, III.3, III.6, III.7 e III.10.

estrangeiro, e entre o mais, a análise, implementação e coordenação de todos os meios que permitam ou facilitem a venda de mercadorias a todas as unidades comerciais do agrupamento “Os Mosqueteiros” que operam comercialmente sob a insígnia INTERMARCHÉ”.

1494. Ressalva a ITMP que não tem estabelecimentos comerciais abertos ao público, nem realiza vendas finais aos consumidores.

1495. Assim, a ITMP é a entidade que, em Portugal, representa o agrupamento “Os Mosqueteiros”, que o promove e que aceita celebrar os contratos de franquia com sociedades autónomas em relação a si, detidas por empresários individuais, que são os proprietários das lojas que, essas sim, estão abertas ao público e vendem produtos aos consumidores finais.

1496. Sobre esta organização da estrutura comercial da ITMP, cabe destacar as seguintes alegações da sua PNI e das declarações das três testemunhas ouvidas em sede de diligências de inquirição requeridas pela ITMP:

- As lojas Intermarché podem abastecer-se, ou não, junto da central ITMP (não existe uma obrigatoriedade de compras à central, mas existe uma “taxa de fidelidade”, que mede a percentagem de compras feitas por cada loja à central anualmente) (cf. fls. 5261 a 5592 e 7635 a 7649 do processo);
- As lojas Intermarché são autónomas na fixação dos PVP dos produtos que vendem, não havendo qualquer imposição sobre os mesmos por parte da central (ainda que esta lhes sugira, sobre os produtos que fornece, um determinado preço máximo de venda ao público) (cf. fls. 5261 a 5592 e 7635 a 7649 do processo); e
- A central desenvolve ações promocionais, às quais as lojas são livres de aderir, ou não, mas caso adiram – e uma vez que as mesmas são realizadas a nível nacional para todas as lojas que queiram aderir – os PVP dos produtos abrangidos são definidos pela central, devendo as lojas respeitar os PVP definidos (cf. fls. 5261 a 5592 e 7635 a 7649 do processo).

1497. Por estes motivos, entende a ITMP que não opera no mercado relevante identificado para a infração³⁴¹ (pois não é retalhista) e que seria impossível ter praticado o que se lhe imputa, dada a separação – jurídica e de facto – existente entre a central e as lojas.

31.2.4.2 Apreciação da Autoridade

1498. Analisada a pronúncia da ITMP, em especial os argumentos ora referidos, importa tecer algumas considerações sobre os mesmos.

1499. Primeiramente, destacam-se as seguintes afirmações retiradas das declarações das três testemunhas ouvidas em sede de diligências de inquirição requeridas pela ITMP:

- Os proprietários das lojas Intermarché – chamados aderentes – exercem funções não remuneradas de interesse coletivo na Visada ITMP – chamada central – com periodicidade semanal (cf. fls. 7635 a 7649 do processo);
- O sistema informático que compila as condições comerciais de venda dos produtos encomendados pela ITMP aos fornecedores para serem posteriormente vendidos às lojas – chamado *cadencier* – inclui o preço de cessão – preço a que a loja pode adquirir o produto à central – e também uma recomendação de PVP (cf. fls. 7635 a 7649 do processo);
- A ITMP, na diferença entre o valor por que adquire os artigos aos fornecedores e o valor a que vende os mesmos às lojas, não tem lucro, fica apenas com uma margem para custos de estrutura na central (cf. fls. 7635 a 7649 do processo);
- Existem recomendações anuais, sendo a de 2020 de 85%, no sentido de as lojas comprarem produtos à ITMP – chamada taxa de fidelidade; se a loja não atingir essa percentagem a única “penalidade” é a nível do *rappel*, recebendo menos desconto (cf. fls. 7635 a 7649 do processo);
- Existe uma sensibilização para o respeito pela taxa de fidelidade, incentivando-se as lojas a realizarem o máximo de compras através da ITMP (cf. fls. 7635 a 7649 do processo);
- A taxa de fidelidade é calculada em função das vendas da loja relativamente às compras à central, valorizadas em termos de PVP (cf. fls. 7635 a 7649 do processo);

³⁴¹ Refere-se ao mercado nacional da distribuição retalhista de base alimentar.

- Há um plano anual relativo à atividade promocional, ocorrendo reuniões na central para definir as condições dos folhetos, que contam com a presença dos aderentes, que participam conjuntamente na definição dos artigos, preços e tipos de promoção (cf. fls. 7635 a 7649 do processo);
- Existem mais de 50 folhetos promocionais por ano; para além dos regulares semanais, há ainda folhetos temáticos (cf. fls. 7635 a 7649 do processo);
- Cada loja é livre de aderir ou não às campanhas promocionais, mas estimam uma adesão de 90%-95% das lojas (cf. fls. 7635 a 7649 do processo); e
- Há visitas de fornecedores às lojas, nas quais é abordado o tema dos PVP, no sentido de não degradarem a imagem dos seus produtos, mesmo assumindo a loja a perda de margem; existe uma preocupação dos fornecedores com o posicionamento dos seus produtos e uma tentativa de condicionamento para não baixar o preço abaixo de determinado valor; em algumas circunstâncias, a loja poderá ficar privada de receber determinado produto, no caso de não praticar determinado preço; existe alguma pressão nesse sentido (cf. fls. 7635 a 7649 do processo).

1500. Destas informações prestadas e *supra* mencionadas, bem como dos elementos constantes dos autos relativos à estrutura organizacional da ITMP (cf. fls. 5261 a 5592 e 7635 a 7649 do processo), a AdC considera que resulta demonstrado que:

- Existe uma proximidade estreita entre a central e as lojas, uma vez que são os próprios aderentes das mesmas que se ocupam da gestão da central e dedicam uma parte significativa do seu tempo de trabalho aos assuntos com esta relacionados (cf. parágrafo 1500, *supra*);
- A ITMP trata-se de uma empresa grossista com características muito particulares, desde logo porque (i) apenas vende para um determinado tipo de clientes (as lojas Intermarché), não estando disponível para os restantes retalhistas, (ii) não visa o lucro com a sua atividade (vende praticamente ao mesmo preço que compra) e (iii) tem na sua administração/gestão os seus clientes, que se encontram regularmente e trabalham em conjunto, inclusive na definição de ações promocionais (cf. parágrafo 1500, *supra*);
- O facto de existir uma recomendação anual quanto à taxa de fidelidade a cumprir e a mesma, no mercado das bebidas, nos anos a que respeita a infração, ter-se

situado entre o mínimo de 65% e máximo 80%³⁴², demonstra que a parte mais significativa das compras das lojas é efetuada via central (cf. parágrafo 1500, *supra*);

- Os PVP recomendados pela central assumem uma grande preponderância, uma vez que os mesmos constam do próprio *cadencier* e entram no cálculo da taxa de fidelidade (cf. parágrafo 1500, *supra*);
- As ações promocionais assumem uma grande preponderância – de acordo, aliás, com as alegações das próprias Visadas, conforme mencionado *supra* na secção 30 – sendo estas realizadas com muita frequência, tendo uma adesão quase total das 250 lojas Intermarché existentes em território nacional e sendo definidas conjuntamente pelos aderentes via central (cf. parágrafo 1500, *supra*); e
- A central impõe às lojas os PVP a praticar através das referidas ações promocionais (cf. parágrafo 1500, *supra*).

1501. Assim, resulta demonstrado para a AdC que, embora exista uma separação jurídica entre a central e as lojas, essa separação não tem o significado que a Visada lhe atribui, sendo a ITMP apenas um intermediário entre os fornecedores e as lojas.

1502. Resulta ainda demonstrado que, através das ações promocionais constantes e do número e variedade de produtos que nas mesmas são incluídas a cada momento, a central tem a possibilidade de impor o PVP às lojas aderentes, que são a quase sua totalidade³⁴³.

1503. Adicionalmente a estes aspetos de natureza organizacional, do confronto da argumentação da Visada com a globalidade da prova resulta claro o envolvimento da ITMP na conduta *sub judice*, com um controlo por parte da central dos PVP a impor às lojas, através do próprio *cadencier*.

1504. Com efeito, em resposta ao alegado pela ITMP a respeito da inexistência de elementos probatórios que comprovem o seu envolvimento nas condutas imputadas, para além dos diversos elementos probatórios já mencionados *supra* e imputados à ITMP, dos

³⁴² Cf. PNI ITMP parágrafo 81 e documento 4 anexo.

³⁴³ Conforme referido por **[CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]** em sede de diligências complementares de prova, “cada loja é livre ou não de aderir às campanhas promocionais. Estima uma adesão de 90%-95%, mas não há adesão na totalidade” (cf. página 4 do auto de inquirição desta testemunha).

autos constam ainda os seguintes documentos com referências expressas a esta empresa:

- Primedrinks121, no qual se refere um folheto promocional da ITMP, onde a Primedrinks assinala a vermelho as *“situações não acordadas”*;
- Primedrinks380 e Primedrinks247, nos quais é referido pela Primedrinks, em duas datas diferentes, que *“está a tentar confirmar a subida de MV Tinto para 4,49 no cardex que entra este Sábado dia 7. O MV Branco foi carregado no início do mês”* e que *“ITM já carregou todos os PVP’s em cardex, incluindo Grant’s a 9,69, com excepção de MV Tinto pois ainda tem o seu shopping todo a 4,39. Conto para a semana subir este PVP e já ficaram definidos os PVP’s para o folheto da F Vinhos de início de Set”*; é referido ainda, relativamente à categoria de destilados, que *“estão em todas as insígnias aplicados os novos PVP’s, com excepção de poucas lojas não centralizadas”* da ITMP;
- Primedrinks36, no qual a Primedrinks identifica diversas lojas da ITMP onde o preço de um produto não está conforme com o PVP definido, afirmando *“vamos tentar intervir directamente via centrais”*;
- Primedrinks246, no qual, para três produtos, a Primedrinks indica as datas em que a ITMP irá subir o PVP dos mesmos, referindo que *“Cardex ITM muda a 01.12.”*; e
- Primedrinks64, no qual, perante um *shopping* que detetou desvios de preço em lojas ITMP, a Primedrinks refere que *“relativamente as Lojas Itmi o pvp marcado via central do dia 02 Março é de 10.49, dai este pvp nas lojas, a alteração pode acontecer no próximo sábado ou não mas se acontecer serei informado e passarei essa informação”*.

1505. Assim, não obstante ser verdade que a ITMP não é diretamente envolvida nas mensagens de correio eletrónico *supra* referidas, a central é expressamente mencionada e o conteúdo das conversações, bem como o seu contexto, são suficientemente reveladoras do envolvimento da Visada na infração.

1506. Ademais, não existe, nem é invocada pela ITMP, 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.

1507. Ainda que se entenda que esse tipo de prova terá, necessariamente, de ser apreciado criticamente de modo diverso daquele que seria 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.

1508.A AdC considera, portanto, improcedentes os argumentos de defesa quanto à alegada impossibilidade de envolvimento da ITMP na prática *sub judice*, pelos motivos expostos.

1509.No entanto, ainda que existam mensagens de correio eletrónico em todos os anos do período de tempo considerado que envolvem diretamente a ITMP, a Autoridade considera que existem outros elementos probatórios que referem ações a adotar no mercado, com menção expressa a outras Visadas mas sem incluir a ITMP, bem como um volume menor de elementos probatórios relativos à ITMP face ao que existe para outras Visadas.

1510.Deste modo, no que respeita ao envolvimento da ITMP e conforme já se indiciava na Nota de Ilícitude, não resulta provado que esta:

- Tenha pressionado a Primedrinks para que esta atue junto de empresas de distribuição concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento do mercado; e
- Tenha exercido pressão ou ameaçado com ações de retaliação com o intuito de pressionar a Primedrinks para que, por sua vez, esta pressione as empresas de distribuição concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado.

1511.Resultam demonstrados, no entanto, os demais comportamentos descritos nas secções 31.1.1, 31.1.2, 31.1.3 e 31.1.4, *supra* e, independentemente de não estar ativa no mercado de retalho alimentar, a Visada participa ativamente 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.

1512.Assim, tendo em conta o exposto, o grau de participação individual da ITMP na infração será necessariamente refletido na determinação da medida concreta das coimas que possam ser aplicadas a final.

31.2.5 Lidl

1513. De acordo com os elementos analisados, a Lidl iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 05.08.2010 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento Primedrinks247, referido e analisado *supra*), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 18.05.2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento Primedrinks643).

1514. Sobre o seu envolvimento concreto na prática *sub judice*, os factos descritos nas secções precedentes indicam que a Lidl:

- (i) Concerta com a Primedrinks e, indiretamente, concerta através da Primedrinks, com empresas de distribuição concorrentes, a estratégia e o posicionamento de PVP que as várias empresas de distribuição implementariam futuramente no mercado (v.g. o documento Primedrinks118);
- (ii) Implementa efetivamente e/ou corrige a pedido da Primedrinks desvios ao posicionamento de PVP concertado (v.g. os documentos Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29 e Primedrinks970, todos referidos *supra* nos parágrafos 1158 a 1163, e o documento Primedrinks132);
- (iii) É informada pela Primedrinks, muitas vezes através de talões de compra, sobre o posicionamento presente e futuro, o reposicionamento, e a correção de desvios de PVP de empresas de distribuição concorrentes (v.g. o documento Primedrinks1004).

1515. É particularmente revelador do envolvimento concreto da Lidl, entre outros documentos referidos *supra* na presente Decisão, o conteúdo do documento Primedrinks129, que consiste numa mensagem de correio eletrónico de 13.01.2015, em que a Primedrinks envia internamente um talão comprovativo do PVP praticado pela Auchan para este ser reencaminhado “ao cuidado da [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais]”, KAM da Lidl:

De: [REDACTED]
Enviado: 13 de janeiro de 2015 09:36
Para: [REDACTED]
Assunto: FW: Taloes
Anexos: 20150112_164241_resized.jpg

[REDACTED],

Enviar o talão em anexo para o Lidl Linhó, ao cuidado da [REDACTED] sff.
Obrigada!

Bjos,

[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: 12 de janeiro de 2015 16:44
To: [REDACTED]
Subject: Taloes

Enviado a partir do meu smartphone Samsung Galaxy.

1516.Em anexo ao *email*, é junto o seguinte talão:



31.2.5.1 Pronúncia da Visada

1517.A pronúncia da Lidl sobre aspetos concretos da factualidade que lhe é imputada já foi sendo referida, bem como apreciada, *supra*, nas secções que antecedem, em particular, nas referentes às condutas analisadas, cabendo agora destacar e analisar dois dos principais argumentos da sua PNI: (i) que sempre teve uma conduta autónoma e independente da dos seus concorrentes, na qual se inclui a sua política de *pricing*; e (ii)

que à data de determinadas comunicações mencionadas na Nota de Ilícitude, não comercializava produtos da PrimeDrinks³⁴⁴.

1518. Relativamente à alegada conduta autónoma e política de preços, na PNI a Lidl descreve as origens do grupo na Alemanha, bem como a sua expansão para outros países, a forma como a sua estratégia comercial se diferencia dos seus restantes concorrentes retalhistas, o Sistema de Gestão de Conformidade que adotou, pelo que não se pode comparar com as restantes Visadas no seu conceito de negócio³⁴⁵.

1519. Reitera, ainda, que sempre desenvolveu uma política de *pricing* autónoma e diretamente conexa com a avaliação comercial que a cada momento a Lidl realiza através do seu *shopping* interno.

1520. Com efeito, afirma a Lidl que prossegue uma política de *pricing* autónoma e que “a *determinação do preço de venda dos produtos de marca da PrimeDrinks sempre dependeu exclusivamente da avaliação interna e decisão autónoma do Lidl e não ligada a qualquer preço de venda recomendado da PrimeDrinks*”.

1521. Por outro lado, reitera a Lidl diversas vezes que “*não era um player (relevante) no mercado*” e que “*não era um elemento relevante a ter em conta*”.

1522. Finalmente, afirma a Lidl que “*de entre a extensão e variedade das gamas de produtos de marca distribuídos pela PrimeDrinks abrangidos pela alegada colusão, o Lidl comercializou apenas uma pequena parte dos produtos de marca distribuídos pela PrimeDrinks. Mesmo relativamente aos Vinhos da PrimeDrinks, o Lidl não comercializou toda a gama, mas apenas poucos produtos. Entre 2010 e 2017, o número médio de produtos incluídos no sortido fixo não excedeu os oito (8). (...) Whisky, Gin, Brandy / Cognac, Vodka, Licor, Espumantes, a serem comercializados pelo Lidl, apenas o foram como produtos In & Out. Neste contexto, salienta-se igualmente que mesmo para as campanhas In & Out, o Lidl comercializou apenas um número limitado de produtos de marca da PrimeDrinks. Entre 2010 e 2017, o número médio de produtos de marca distribuídos pela PrimeDrinks em campanhas de In & Out não excedeu trinta e cinco (35) por ano*”.

³⁴⁴ Cf. PNI Lidl capítulo D.

³⁴⁵ Estas afirmações foram corroboradas pelas declarações prestadas no âmbito da audição oral requerida pela Lidl.

1523. Conclui então que “quanto à maioria dos produtos de marca da PrimeDrinks abrangidos pela alegada colusão, seria impossível, ab initio, a participação do Lidl”.

31.2.5.2 Apreciação da Autoridade

1524. Analisada a pronúncia da Lidl, em especial os argumentos ora referidos, importa esclarecer o que se segue.

1525. A Lidl alega que não comercializava muitos produtos da Primedrinks nos seus sortidos fixo e temporário, referindo genericamente as categorias a que os mesmos pertencem e, apenas a propósito de determinadas comunicações, identificando em concreto quais os produtos que, a essas datas, não comercializava. No entanto, apesar de a generalidade destas afirmações não se encontrar documentada, a Autoridade valora-a nos termos especificados *infra* no parágrafo 1544.

1526. Não obstante, resulta provado e decorre das suas próprias alegações que a Lidl comercializava diversos produtos da Primedrinks durante o período em que lhe é imputada a prática *sub judice*, independentemente de serem “muitos” ou “poucos” em comparação com os que comercializavam as restantes empresas de distribuição visadas.

1527. Assim, as alegações da Lidl sobre a forma como a sua estratégia comercial se diferencia dos seus restantes concorrentes retalhistas, o Sistema de Gestão de Conformidade que adotou e o seu conceito de negócio diferenciado resultam irrelevantes face ao confronto com a globalidade da prova, do qual resulta claro o seu envolvimento nos comportamentos *sub judice*.

1528. Com efeito, como resulta do teor dos documentos já referidos na Nota de Ilícitude e a que se volta *infra*, a conduta em causa é diretamente imputável à Lidl, não resultando dos documentos em causa a comprovação da conduta autónoma que esta Visada se arrima, a saber:

- Documento Primedrinks247: Entende a Lidl que a imputação a “todas as empresas de distribuição visadas”, “não pode em absoluto aplicar-se ao Lidl, uma vez que o Lidl não comercializava Destilados da PrimeDrinks nas circunstâncias referidas”. Alega ainda que a referência direta feita à Lidl “trata-se porém de uma observação direta da realidade de mercado, algo visível a qualquer sujeito, um dado histórico e obviamente público” e que foi “no âmbito da sua decisão interna e autónoma, e

tomando em consideração também a sua análise de mercado, resultante do seu registo de shopping, o Lidl decidiu ajustar o preço de revenda do referido artigo". Ora, neste documento, a Primedrinks envia internamente um ponto de situação relativo a diversos produtos, preços e retalhistas, tecendo comentários a propósito de cada um, referindo-se às datas em que irão subir os preços; A Lidl já se encontrava com um dos vinhos em questão no patamar de preço concertado, daí a Primedrinks referir que *"LIDL – MV Tinto a 4,49 desde a passada semana"*; aceita-se a justificação da Lidl quanto à não comercialização à data de produtos da categoria de destilados, daí não poder ser incluído no comentário que a Primedrinks faz a esse respeito;

- Documento Primedrinks643: Entende a Lidl que as referências a si feitas *"trata[m]-se de dados resultantes de uma observação direta da realidade, algo visível a qualquer pessoa, um dado histórico e obviamente público"*. Mas, neste documento, a Primedrinks circula internamente um conjunto de lojas (onde se incluem diversas referências à Lidl), produtos, preços, sendo alguns assinalados como desconformes com o PVP que pretende implementar e nos quais solicita *"análise e intervenção nas lojas"*, o que demonstra que, sendo detetada uma desconformidade nos preços concertados, a Lidl era parte em ações de correção;
- Documento Primedrinks118: Entende a Lidl que este documento *"reflete apenas uma especulação feita internamente pela PrimeDrinks de que o Lidl poderia vir a alterar os seus preços de venda"*. No entanto, neste documento, a Primedrinks, confrontada pela ITMP com uma queixa sobre o preço praticado pela Lidl num produto, afirma que há uma previsão de subida desse preço para a sexta-feira seguinte, o que demonstra que a Lidl implementava preços conjuntamente e a pedido da Primedrinks;
- Documentos Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29 e Primedrinks970: Entende a Lidl que alterou o PVP dos produtos por reação à concorrência, após *shopping* interno e não a pedido da Primedrinks. Mas, nestes documentos, a Primedrinks confirma à Pingo Doce a alteração de preços em determinadas lojas da concorrência, ao que a Pingo Doce questiona a situação de um determinado produto nas lojas da Lidl; a Primedrinks confirma que na Lidl esse produto *"está ok na 6ª feira"*, comprometendo-se a enviar de seguida o talão de compra comprovativo dessa alteração; no dia seguinte, na referida 6.ª feira, o talão da Lidl é enviado pela

Primedrinks à Pingo Doce, o que demonstra que a Lidl implementava preços conjuntamente e a pedido da Primedrinks;

- Documento Primedrinks132: Entende a Lidl que este documento demonstra “o distanciamento entre a Lidl e a PrimeDrinks, assim como em relação a qualquer operador, no que respeita a posicionamento de preço de venda futuro ou presente da Lidl”. Mas, neste documento, a Primedrinks identifica diversas lojas onde o preço de um determinado produto se encontra abaixo do PVP pretendido, solicitando internamente “ajuda”; a resposta é a de que a Lidl já se encontra a praticar o preço pretendido e que “as lojas que detetaram abaixo deste pvp é erro de etiqueta e devem pedir para corrigir, sff”, o que demonstra que a Lidl implementava preços conjuntamente e a pedido da Primedrinks, estando envolvido na conduta concertada, independentemente de, pontualmente, não cumprir o concertado;
- Documento Primedrinks1004: Entende a Lidl que nesse período temporal apresentava preços diferentes dos apresentados nos talões em causa e os manteve inalterados nas semanas seguintes. Mas, neste documento, a Primedrinks possui talões de compra de determinados produtos “com os PVR’s correctos”, sendo questionado entre funcionários se querem que os mesmos sejam reenviados para a Lidl e para quem dentro da organização, o que demonstra que a Lidl era informada pela Primedrinks sobre a correção de PVP dos seus concorrentes, estando envolvido na conduta concertada, independentemente de, pontualmente, não cumprir o concertado; e
- Documento Primedrinks129: Entende a Lidl que nunca recebeu o talão em causa, nem o sistema interno de conformidade que possui lhe permitiria recebê-lo. Mas, neste documento, a Primedrinks reencaminha internamente um talão de compra de produtos seus numa loja Auchan, solicitando “enviar o talão em anexo para o Lidl Linhó, ao cuidado da [CONFIDENCIAL – Dados Pessoais] sff”, o que demonstra que a Lidl era informada pela Primedrinks sobre a correção de PVP dos seus concorrentes, estando envolvido na conduta concertada, independentemente de, pontualmente, não cumprir o concertado.

1529. Ademais, em resposta ao alegado pela Lidl a respeito da inexistência de elementos probatórios que comprovem o seu envolvimento nas condutas imputadas, para além dos diversos elementos probatórios já mencionados *supra* e imputados à Lidl, dos autos constam ainda os seguintes documentos com referências expressas a esta empresa:

- Documento Primedrinks983: Neste documento uma funcionária da Lidl transmite diretamente à Primedrinks que realizou alterações de preço a pedido desta, bem como detalha os pormenores da colaboração que pretende que continuem a ter; ressaltam os seguintes segmentos de texto: *“como falado telefonicamente, a fim de minimizar impacto da promo de Assobio iremos subir o pvp para 5.99€ a partir de 25/09/2014”*; *“Sobre o Preço de CARM a constar no folheto da próxima semana, informo que alterei o preço para 6.49€ como por si sugerido. O folheto vai para impressão em algumas horas, pelo que ainda conseguimos a título excepcional alterar”*; *“Algumas “bicadinhas”/ ajustes promocionais poderão e irão sempre acontecer, no entanto há artigos (previamente falados) para os quais teremos particular atenção, creio inclusive que têm já vários exemplos da nossa parte”*; resulta demonstrado que a Lidl concerta com a Primedrinks a estratégia e o posicionamento de PVP a implementar no mercado, bem como corrige, a pedido da Primedrinks, desvios ao posicionamento concertado (e até apresenta uma justificação para a existência pontual desses desvios, que não põem em causa o concertado); Não se ignora que, noutra mensagem, a Lidl refere o seguinte: *“No entanto, também lhe posso adiantar que a ser essa o caminho a seguir, prefiro suspender as compras dos artigos dos brand owner que indica. Este tipo de postura/ represália não se coaduna com a minha forma de estar ou da minha empresa Da mesma forma que a Prime não depende minimamente da presença na Lidl, a Lidl não necessita obrigatoriamente de ter nenhuma marca a todo o custo. Tenho muita pena mas nada é de facto eterno. O mail que tive o cuidado de enviar com o seu cc mostra um compromisso e uma tentativa de trilhar caminho em conjunto, a não ser possível não é. Sem dramas, sem stress ou “puxões de orelha”*”. Todavia, o que ressalta da leitura da totalidade da prova é que a Lidl estava envolvido nestas condutas, por vezes alinhando, por vezes manifestando alguma resistência às mesmas (circunstâncias e fatores que serão devidamente ponderados). Mas nunca demonstrando um afastamento completo e definitivo das condutas em causa;
- Documento Primedrinks412: Neste documento existe uma troca de mensagens entre a Lidl e a Primedrinks, uma vez que a última não estava a abastecer a primeira de stock de diversos produtos, por a Lidl ainda não ter aceite as novas condições comerciais sobre os mesmos; é referido pela Primedrinks que *“iríamos carregar as novas condições e não poderíamos abastecer até que carregassem as mesmas no V/ sistema”*, o que demonstra que a Lidl implementa as condições comerciais –

incluindo PVP – tal como transmitido pela Primedrinks e que esta retém o fornecimento de produtos até que tal esteja implementado; Não se ignora que, noutra mensagem, a Lidl refere o seguinte: *“Na sua proposta comercial faz menção a novos pvp recomendados, uma vez que o mercado não reflete essa recomendação gostaria de vos questionar se se mantem a mesma recomendação. Passo a indicar alguns exemplos para justificar esta questão. NOTA: cada distribuidor é livre de praticar os preços que achar apropriados, a única razão para esta questão prende-se meramente com o facto de pretendemos ter actualizadas as vossas sugestões de preço para cada marca, a fim de, em conjunto com os pvps praticados pelos nossos concorrentes, tomarmos a nossa decisão de preços”*; A Lidl parece querer reforçar que é livre de determinar o seu próprio PVP, mas fá-lo seguindo o alinhamento e tendo em atenção os preços dos seus concorrentes (que também estavam alinhados);

- Documento Primedrinks992: Neste documento a Primedrinks sinaliza como *“não acordados”* determinados preços promocionais praticados pela Lidl, solicitando-se *briefing* interno sobre os mesmos para depois confrontar telefonicamente uma funcionária da Lidl; esse resumo efetuado inclui *“uma coluna c/ pvp promo permitido”*, o que demonstra que a Lidl implementava preços conjuntamente e a pedido da Primedrinks;
- Documento Primedrinks1040: Neste documento um dos acionistas da Primedrinks chama-a à atenção sobre se determinada ação promocional desenvolvida pela Lidl foi feita em conjunto com a Primedrinks, questionando *“quais as consequências para o resto do mercado e para o futuro da relação PD com o Lidl?”*; a Primedrinks esclarece quais as condições concertadas, tendo como resposta a pergunta de se *“o restante off trade vai acompanhar o lidl?”*; a Primedrinks responde informando que *“da parte do Pingo Doce já temos confirmação que não responderá. Quanto aos restantes clientes vamos ver. Faremos follow up”*, o que demonstra que a Lidl implementava preços conjuntamente e a pedido da Primedrinks e que, indiretamente, influenciava a estratégia e o posicionamento de PVP que as várias empresas de distribuição implementariam futuramente no mercado; demonstra ainda que, em algumas situações, a Lidl efetivamente se desviava do PVP alinhado;
- Documento Primedrinks146: Neste documento a MCH partilha com a Primedrinks uma lista de artigos, preços e lojas da sua concorrência, solicitando o apoio da

Primedrinks para que possa praticar preços idênticos; a Primedrinks envia à MCH “*talão da Lidl onde os pvp’s são centralizados*”, fazendo o ponto de situação quanto a outras insígnias, o que demonstra que a Lidl implementava preços conjuntamente e a pedido da Primedrinks; e

- Documento MCH2557: Neste documento a MCH partilha com a Primedrinks uma lista de preços e lojas da sua concorrência para um determinado artigo, respondendo a Primedrinks que “*o LIDL já subiu parcialmente para 1,96. Mantêm-se na mesma o objectivo para LIDL e Auchan*”, o que demonstra que a Lidl implementava preços conjuntamente e a pedido da Primedrinks.

1530. Desta forma, não obstante ser verdade que a Lidl não é diretamente envolvida em algumas das mensagens de correio eletrónico *supra* referidas, esta é expressamente mencionada e o conteúdo das conversações, bem como o seu contexto, são suficientemente reveladoras do envolvimento da Visada na infração.

1531. Ademais, não existe, nem é invocada pela Lidl, 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.

1532. Ainda que se entenda que esse tipo de prova terá, necessariamente, de ser apreciado criticamente de modo diverso daquele que seria 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.

1533. Durante a fase de inquérito, a AdC analisou a totalidade dos ficheiros que constituem o acervo probatório e identificou cada um com o código alfanumérico que lhes foi atribuído no contexto do processo.

1534. Todos esses elementos probatórios são identificados na Nota de Ilícitude, na presente Decisão e nos respetivos Anexos 1.

1535. Na Nota de Ilícitude, bem como na presente Decisão, por razões de relevância probatória, mas também de economia de espaço e inteligibilidade do texto, a AdC socorre-se de elementos que reproduz, cita ou menciona expressamente. São esses os que são utilizados pela AdC como meios de prova para demonstrar a infração e os seus agentes.

1536. Sucede que alguns desses ficheiros fazem parte de cadeias de conversação, ou são duplicados de outros ficheiros existentes no processo, pelo que vêm identificados apenas nos Anexos 1 à Nota de Ilícitude e à presente Decisão.
1537. Ou seja, ao contrário do que a Lidl alega no capítulo D.3. da sua PNI, a remissão para a prova que não surge expressamente reproduzida ou descrita na Nota de Ilícitude é feita em termos perfeitamente contextualizados.
1538. A AdC entende, assim, que estão devidamente identificadas todas as condutas concretamente imputadas à Visada, que correspondem a todas as condutas descritas e tipificadas na presente Decisão, sustentadas nos elementos probatórios aí referenciados.
1539. Desta forma, não resultam demonstrados, com base na prova produzida, os argumentos de defesa da Lidl quanto ao carácter revelador de alguns documentos no que se refere ao seu não envolvimento nas condutas investigadas. Pelo contrário e conforme ficou provado *supra*, estes imputam diretamente a prática da infração em análise à Lidl, sem prejuízo de igualmente demonstrarem alguns desvios e desalinhamentos em lojas da Lidl, os quais eram temporários e, normalmente, corrigidos.
1540. Com efeito, o facto de se verificarem, ao longo do período temporal considerado, desvios face ao nível de PVP pretendido e concertado para o posicionamento dos PVP em determinada data, em nada contraria a conclusão sobre a existência de um objetivo comum entre as empresas Visadas (*in casu*, e tal como referido, o de fixação e alinhamento de preços).
1541. De facto, é natural que a estratégia conjunta funcionasse nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores, tais como a necessidade de escoar determinados produtos, de cumprir objetivos de vendas, da realização de determinadas ações promocionais ou da impossibilidade de alguma empresa de distribuição visada.
1542. A AdC considera, portanto, improcedentes os argumentos de defesa quanto à alegada conduta autónoma e impossibilidade de envolvimento da Lidl na prática *sub judice*, pelos motivos expostos.
1543. No entanto, concede a Autoridade que, ainda que a alegação da Lidl de que não comercializava produtos da Primedinks à data de determinadas comunicações mencionadas na Nota de Ilícitude não se encontre documentada, a Autoridade valora-a

como verdadeira e, pelos motivos expostos, considera que alguns dos documentos mencionados na presente Decisão excluem o envolvimento da Lidl na prática *sub judice*.

1544. Assim, ainda que existam mensagens de correio eletrónico em todos os anos do período de tempo considerado que envolvem diretamente a Lidl, a Autoridade considera que existem outros elementos probatórios que referem ações a adotar no mercado, com menção expressa a outras Visadas mas sem incluir a Lidl, bem como um volume menor de elementos probatórios relativos aa Lidl face ao que existe para outras Visadas.

1545. Deste modo, no que respeita ao envolvimento da Lidl e conforme já se indiciava na Nota de Ilícitude, não resulta provado que esta:

- Informasse a Primedrinks sobre o seu posicionamento de PVP futuro;
- Monitorizasse o posicionamento de PVP nas várias empresas de distribuição concorrentes, por sua própria conta e através de talões de compra que solicitava expressamente ao fornecedor, e sinalizasse à Primedrinks comportamentos desviantes de empresas de distribuição concorrentes;
- Pressionasse a Primedrinks para que esta atuasse junto de empresas de distribuição concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento do mercado; e
- Exercesse ou ameaçasse com ações de retaliação com o intuito de pressionar a Primedrinks para que, por sua vez, esta pressione as empresas de distribuição concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado.

1546. Assim, tendo em conta o exposto, o grau de participação individual da Lidl na infração será necessariamente refletido na determinação da medida concreta das coimas que possam ser aplicadas a final.

31.2.6 MCH

1547. De acordo com os elementos de prova analisados, a MCH iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 22.05.2007 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento Primedrinks563), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 15.05.2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento Primedrinks100).

1548. Sobre o seu envolvimento concreto na prática *sub judice*, os factos descritos nas secções precedentes indicam que a MCH:

- (i) Concerta com a Primedrinks e, indiretamente, concerta através da Primedrinks, com empresas de distribuição concorrentes, a estratégia e o posicionamento de PVP que as várias empresas de distribuição implementariam futuramente no mercado (cf. documentos MCH1349, referido *supra* nos parágrafos 833 a 842, MCH1385, referido *supra* nos parágrafos 1066 a 1067, MCH1413, referido *supra* nos parágrafos 843 a 844, Primedrinks25, referido *supra* nos parágrafos 871 a 875, Primedrinks61, referido *supra* nos parágrafos 1399 a 1401, Primedrinks270, referido *supra* no parágrafo 976, Primedrinks415, referido *supra* no parágrafo 981, Primedrinks630, Primedrinks1021 e Primedrinks7, referidos *supra* nos parágrafos 897 a 903 e 1097, e os documentos Primedrinks31, Primedrinks196 e Primedrinks978);
- (ii) Implementa efetivamente e/ou corrige a pedido da Primedrinks desvios ao posicionamento de PVP concertado (cf. Primedrinks188, referido *supra* nos parágrafos 888 a 889, Primedrinks867, referido *supra* nos parágrafos 885 a 887, Primedrinks870, referido *supra* nos parágrafos 877 a 878 e os documentos MCH865, Primedrinks47, Primedrinks100, Primedrinks139, Primedrinks141, Primedrinks197, Primedrinks244, Primedrinks245, Primedrinks307 e Primedrinks464);
- (iii) Informa a Primedrinks sobre o seu posicionamento de PVP presente e futuro (cf. documentos MCH1480, referido *supra* nos parágrafos 1021 a 1022, Primedrinks269, referido *supra* no parágrafo 1023, Primedrinks327, referido *supra* nos parágrafos 1068 a 1069 e os documentos Primedrinks250, Primedrinks335 e Primedrinks507);
- (iv) É informada pela Primedrinks, muitas vezes através de talões de compra, sobre o posicionamento presente e futuro, o reposicionamento, e a correção de desvios de PVP de empresas de distribuição concorrentes (cf. documentos Primedrinks327, referido *supra* nos parágrafos 1068 a 1069, MCH2836 e Primedrinks333, referidos *supra* nos parágrafos 1201 a 1204 e os documentos MCH2054, Primedrinks51, Primedrinks81, Primedrinks106 e Primedrinks212);
- (v) Monitoriza o posicionamento de PVP nas várias empresas de distribuição concorrentes, por sua própria conta e através de talões de compra que solicitava

expressamente ao fornecedor, e sinalizava à Primedrinks comportamentos desviantes de empresas de distribuição concorrentes (cf. documentos MCH1480, referido *supra* nos parágrafos 1021 a 1022, MCH1500, referido *supra* nos parágrafos 1146 a 1147, Primedrinks569, referido *supra* no parágrafo 1077, Primedrinks893, referido *supra* nos parágrafos 1024 a 1025, Primedrinks1003, referido *supra* nos parágrafos 1073 a 1075 e os documentos Primedrinks27, Primedrinks36, Primedrinks60, Primedrinks97, Primedrinks114, Primedrinks207, Primedrinks326, Primedrinks331, Primedrinks341, Primedrinks342, Primedrinks355, Primedrinks610, Primedrinks636, Primedrinks834, Primedrinks916 e Primedrinks917);

- (vi) Pressiona a Primedrinks para que esta atue junto de empresas de distribuição concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento do mercado (cf. documentos MCH1385, referido *supra* nos parágrafos 1066 a 1067, Primedrinks37, referido *supra* nos parágrafos 975 a 977, Primedrinks219, referido *supra* nos parágrafos 1028 a 1029, Primedrinks336, referido *supra* nos parágrafos 1070 a 1071, Primedrinks849, referido *supra* nos parágrafos 1026 a 1027 e os documentos MCH818, Primedrinks3, Primedrinks14, Primedrinks19, Primedrinks32, Primedrinks50, Primedrinks122, Primedrinks116, Primedrinks124, Primedrinks595 e Primedrinks598, Primedrinks856 e Primedrinks954); e
- (vii) Exerce ou ameaça com ações de retaliação com o intuito de pressionar a Primedrinks para que, por sua vez, esta pressione as empresas de distribuição concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (cf. documentos MCH943 e MCH2929, referidos *supra* nos parágrafos 1219 a 1223, MCH2836, referido *supra* no parágrafo 1204, Primedrinks273, referido *supra* nos parágrafos 1209 a 1218, Primedrinks329, referido *supra* nos parágrafos 1206 a 1208 e Primedrinks948, referido *supra* nos parágrafos 1224 a 1229 e o documento Primedrinks594).

1549.É particularmente revelador do envolvimento concreto da MCH, entre outros documentos referidos *supra* na presente Decisão, o conteúdo do documento MCH994, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico realizada entre os dias 7 e 10.11.2014, demonstra o procedimento que é seguido pela MCH quando está em causa a recolha por parte da DECO dos PVP praticados em várias empresas de

distribuição num conjunto variado de produtos (que integram o denominado “cabaz DECO”³⁴⁶), entre os quais, produtos comercializados pela Primedrink.

1550.No referido documento, a MCH é surpreendida por essa recolha e imediatamente operacionaliza no sentido de assegurar “a competitividade face a todos os concorrentes”, através da alteração dos PVP que se encontram a ser praticados. Nesse sentido, chama-se a atenção para a necessidade de “começar a solicitar descontos aos fornecedores, caso existam vinhos que se apresentem descompetitivos nalgum concorrente”:

From: [REDACTED]
Sent: segunda-feira, 10 de Novembro de 2014 09:46
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Listagem DECO > recolha de PVPs de vinhos classificados
Importance: High
Bom Dia [REDACTED],

Para seu conhecimento: a DECO está a efectuar recolha de PVPs dos vinhos dos ficheiros anexos.

Nesta fase até que saibamos a que se refere esta recolha, peço que assegure a competitividade face a todos os concorrentes. Antes de alterar PVPs construa um quadro com todas as referências e os PVPs actuais de cada um dos concorrentes mais relevantes. Pode começar a solicitar descontos aos fornecedores, caso existam vinhos que se apresentem descompetitivos nalgum concorrente.

Agradeço partilha do quadro, ainda esta manhã. Obrigado.

[REDACTED]
Soniae MC | DC DPH + HD
UN Wines & Spirits | Director

1551.Perante a constatação de que a “maioria dos artigos estão descompetitivos face ao Jumbo”, conclui-se que se deve “informar de imediato os fornecedores das situações em que as lojas Continente se encontrem descompetitivas e solicitar descontos adicionais” para que, “em função dos descontos concedidos, alinhar PVPs”:

³⁴⁶ Trata-se de um estudo comparativo realizado periodicamente pela Deco-Proteste que se baseia nos preços recolhidos num conjunto de produtos denominando “Cabaz de Produtos”, que inclui os produtos das marcas mais vendidas em Portugal, entre frescos, congelados, mercearia e produtos e higiene pessoal e do lar. Cf. <https://www.deco.proteste.pt/familia-consumo/supermercado/noticias/supermercados-jumbo-e-o-mais-barato>, consultado em 19.11.2020 e disponível a fls. 8167 do processo.

From: [REDACTED]
Sent: segunda-feira, 10 de Novembro de 2014 19:15
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Listagem DECO > recolha de PVPs de vinhos classificados
Importance: High

Boa tarde [REDACTED]

Obrigado pela sua resposta. Peço ainda o favor de:

1. Calcular o IP de cada vinho em cada concorrente e total (não ponderado) por concorrente e por vinho (preciso amanhã de manhã)
2. Informar de imediato os fornecedores das situações em que as lojas Continente se encontrem descompetitivas e solicitar descontos adicionais
3. Em função dos descontos concedidos, alinhar PVPs

Continuamos a tentar identificar os motivos desta recolha de PVPs. Mantenha-nos (a mim e à PF) das evoluções deste assunto.

Obrigado.

[REDACTED]
Sonae MC | DC DPH + HD
UN Wines & Spirits | Director

31.2.6.1 *Pronúncia da Visada*

1552.A pronúncia da MCH sobre aspetos concretos da factualidade que lhe é imputada já foi sendo referida, bem como apreciada, *supra*, nas secções que antecedem, em particular, nas referentes às condutas analisadas, cabendo agora destacar e analisar o que ressalta como o principal argumento da sua PNI: que a AdC falhou em interpretar aquilo que é a normal relação entre fornecedor e distribuidores, tendo todos os comportamentos imputados uma explicação lícita³⁴⁷.

1553.Com efeito, entende a MCH que “a negociação que um distribuidor desenvolve, frequentemente numa base diária com o seu fornecedor, é caracterizada pela seguinte ambivalência genética, inerente a qualquer processo negociai - cada parte precisa da contraparte para atingir um objetivo comum (no caso realizar um número máximo de transações com os produtos do fornecedor) mas, ao mesmo tempo, os interesses de uma e outra são, em muitos aspetos, conflitantes”.

³⁴⁷ Cf. PNI MCH capítulos I. e II.

1554. Assim, é normal para a MCH que a linguagem usada seja reflexo dessa tensão negocial e da frequência com que são realizados os contactos, daí adotar-se muitas vezes um tom sintético, coloquial e que evidencia esses interesses antagónicos.
1555. Conclui a MCH que a narrativa da AdC *“assenta numa incompreensão de base quanto aos interesses e incentivos subjacentes à adoção de certas condutas comerciais, na relação entre um fornecedor e um distribuidor, incompreensão essa que resulta numa leitura e interpretação enviesada dos factos”*.

31.2.6.2 Apreciação da Autoridade

1556. Analisada a pronúncia da MCH, em especial os argumentos ora referidos, é manifesta a inviabilidade dos mesmos como explicação do que a prova carreada para os autos permite constatar.
1557. Com efeito, conforme já mencionado, os elementos probatórios, analisados em conjunto, são claros em demonstrar que o que se discutia entre as Visadas não eram aspetos da sua relação contratual, antes sim eram trocadas mensagens de conteúdo muito sucinto, idêntico ao longo da duração temporal da infração e com uma sequência de ações clara: identificação dos PVP a implementar; disseminação dos mesmos entre Visadas; monitorização sobre a prática dos mesmos; identificação e correção de desvios; aplicação de ações de coação ou retaliação.
1558. O tom é sintético e coloquial, de facto, mas a mensagem que perpassa do conjunto de elementos probatórios acima elencados era manifesta para qualquer dos intervenientes: o objetivo de alinhamento de PVP entre as empresas de distribuição e o controle desse alinhamento, sempre com recurso ao fornecedor.
1559. O que se demonstra acima é que, pelo menos numa primeira fase, não existiam quaisquer negociações, discussões, exigências relacionadas com melhoria das condições comerciais, pelo contrário, prosseguia-se o objetivo comum de definição e aplicação de um determinado PVP para um determinado produto.
1560. Só quando esse objetivo era frustrado, ou seja, quando se detetava um desvio difícil de “resolver”, é que as empresas de distribuição visadas tentavam obter da Primedrinks participações em ações promocionais (v.g. documento Primedrinks849) e havia o que se pode eventualmente classificar como negociação, a qual visava sempre que o fornecedor – sem sucesso nos esforços para garantia de alinhamento – pagasse,

nalguma medida, a necessidade de a(s) empresa(s) de distribuição visada(s) alinhar pelo preço mais baixo).

1561. Por outro lado, analisando as referidas comunicações individualmente e de forma isolada (i.e., sem proceder à sua leitura no contexto jurídico e económico da prática mais abrangente em que tiveram lugar), poder-se-ia alegar – como faz a MCH – que estavam em causa ações lícitas e autónomas das partes, tomadas no âmbito da sua liberdade contratual.

1562. No entanto, a análise global dos elementos probatórios, que se acumulam ao longo de dez anos e dizem respeito a sete partes envolvidas (as Visadas), permitem perceber que todas estas ações – que *supra* se descreveram como comportamentos – visavam o propósito conjunto do alinhamento do mercado e da fixação coordenada (ainda que por intermédio do fornecedor) de PVP.

1563. Ademais, a linguagem utilizada nos documentos apreendidos é muito clara, não é suscetível de gerar dúvidas ou erros de interpretação e, ainda que o fosse, o contexto associado a cada elemento de prova (por exemplo, desde as circunstâncias em que as mensagens são trocadas, ao seguimento que lhes é dado pelo recetor) é suficientemente esclarecedor.

1564. De facto, o uso de expressões como *“alinhar o mercado”, “PVP não aprovados/acordados”, “situações a resolver loja a loja”, “PVP a implementar”, “subidas de PVP acordadas”, “reposicionamento de preços”, “solicitação de correção”,* etc., que aparecem com frequência ao longo das comunicações já mencionadas, não são geradoras de dúvidas interpretativas e permitem caracterizar a prática imputada.

1565. E, quando são usadas expressões mais neutras (por exemplo, *“envio dos novos PVP”, “tudo programado”, “confirmado”, “situação regularizada”, “atualizações de PVP”, “implementação de política comercial”,* preços que estão *“ok”* e *“not ok”*, etc.), as mesmas são enviadas e percebidas precisamente com o sentido acabado de descrever, apenas denotando mais algum cuidado dos intervenientes na não revelação imediata – caso viessem a ser intercetadas por outrem – do que pretendem (o que manifesta a consciência da ilegalidade da conduta).

1566. Assim, o confronto com a globalidade da prova, demonstram que a prática imputada à MCH ocorreu nos termos descritos pela Autoridade na Nota de Ilícitude e ora retomados

na presente Decisão, bem como é de referir o impressionante volume de prova que demonstra o seu envolvimento na prática *sub judice*.

1567. Com efeito, é muitas vezes a MCH a impulsionadora das ações de monitorização do mercado, da deteção e solicitação de correção dos desvios perante a Primedrink e da iniciativa de adoção de ações de coação e retaliação, existindo muitos elementos de prova, ao longo de todo o período temporal considerado, que a envolvem diretamente em todos os comportamentos imputados.

1568. Finalmente, a argumentação da MCH demonstra, na verdade, a motivação das Visadas na prática desta infração, conforme melhor detalhado *infra* na secção 32.5.

1569. Por um lado, a Primedrink tenta estabilizar os PVP dos seus produtos num patamar artificialmente mais elevado, para que não seja alvo das eventuais exigências de comparticipação por parte das empresas de distribuição visadas e possa manter a margem que idealizou na venda dos seus produtos.

1570. Por outro lado, as empresas de distribuição visadas eliminam a incerteza associada a uma “guerra de preços”, garantem a expectativa do recebimento de uma determinada margem na venda ao público dos produtos da Primedrink e ludibriam o consumidor com a afirmação de que estão a praticar “o preço mais baixo” do mercado, já que todas efetivamente estão a praticar aquele PVP que foi definido, mas que não se sabe se seria o mais baixo se as normas jusconcorrenciais não estivessem a ser infringidas.

1571. Na verdade, resulta dos elementos probatórios que, com o mercado a funcionar em plena concorrência, o PVP dos produtos seria mais baixo que o concertado, já que os desvios detetados (e apressadamente corrigidos) eram, na maioria dos casos, inferiores ao preço definido pelas Visadas.

1572. Era assim – e não através de negociações lícitas – que a Primedrink e a MCH (bem como as restantes empresas de distribuição visadas) colmatavam a alegada “ambivalência genética” que existiria numa relação entre fornecedor e distribuidor. Se tal ambivalência e interesses potencialmente conflitantes, em teoria, se aceitam, na prática, no presente processo, os mesmos eram ultrapassados através do entendimento de intervenção no mercado conjuntamente estabelecido.

1573. Finalmente, impõe-se uma nota sobre o argumento da reação normal, racional e competitiva às adversidades que a atividade em causa suscita, à luz das características específicas dos mercados envolvidos.

1574. Repare-se que se está a falar de “Produtos de Grande Consumo”, de marcas reconhecidas internacionalmente, que agregam a preferência de muitos consumidores portugueses (cf. secção 30.1, *supra*).
1575. Os produtos como os vinhos das marcas detidas pelo produtor Esporão, como Monte Velho, o whisky Grant’s ou até mesmo o gin Hendrick’s, 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.
1576. Tal como refere a própria MCH, *“com a dinâmica comercial, foi-se alargando o conteúdo e função do contrato de fornecimento; deixou de se destinar a satisfazer apenas as necessidades de abastecimento do revendedor para passar a ser também utilizado pelo fornecedor para fomentar o escoamento dos seus produtos”*³⁴⁸.
1577. Aquele raciocínio é, portanto, dificilmente aplicável neste caso. Já que as alegadas adversidades não apenas não são minimamente demonstradas por quem as alega, como são contraditadas pela factualidade resultante da prova constante dos autos.
1578. A AdC considera, portanto, os argumentos de defesa da MCH improcedentes pelos motivos expostos.

31.2.7 Pingo Doce

1579. De acordo com os elementos analisados, a Pingo Doce iniciou a sua participação nos comportamentos em investigação, pelo menos, em 19.05.2009 (i.e., data do elemento de prova relevante mais antigo - cf. documento JM703), tendo-se mantido ininterruptamente, pelo menos, até 18.05.2017 (i.e., data do elemento de prova relevante mais recente - cf. documento Primedrinks643).
1580. Sobre o seu envolvimento concreto na prática *sub judice*, os factos descritos nas secções precedentes indicam que a Pingo Doce:
- (i) Concerta com a Primedrinks e, indiretamente, concerta através da Primedrinks, com empresas de distribuição concorrentes, a estratégia e o posicionamento de PVP que as várias empresas de distribuição implementariam futuramente no mercado (cf. documento Primedrinks630, Primedrinks1021 e Primedrinks7,

³⁴⁸ Cf. PNI MCH, parágrafo 166.

referidos *supra* nos parágrafos 897 a 903 e 1097, Primedrinks251, referido *supra* no parágrafo 935, Primedrinks270, referido *supra* no parágrafo 976, Primedrinks338, referido *supra* nos parágrafos 936 a 938, Primedrinks415, referido *supra* no parágrafo 981 e os documentos Primedrinks221, Primedrinks307, Primedrinks467 e Primedrinks978);

- (ii) Implementa efetivamente e/ou corrige a pedido da Primedrinks desvios ao posicionamento de PVP concertado (cf. documentos Primedrinks189, referido *supra* nos parágrafos 982 a 984, Primedrinks327, referido *supra* nos parágrafos 1068 a 1069, Primedrinks592 e Primedrinks633, referidos *supra* nos parágrafos 994 a 997, e os documentos Primedrinks186, Primedrinks241, Primedrinks272 e Primedrinks636);
- (iii) Informa a Primedrinks sobre o seu posicionamento de PVP presente e futuro (cf. documento Primedrinks56, referido *supra* nos parágrafos 985 a 986 e os documentos Primedrinks86 e Primedrinks257);
- (iv) É informada pela Primedrinks, muitas vezes através de talões de compra, sobre o posicionamento presente e futuro, o reposicionamento, e a correção de desvios de PVP de empresas de distribuição concorrentes (cf. documento Primedrinks327, referido *supra* nos parágrafos 1068 a 1069, os documentos Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29 e Primedrinks970, todos referidos *supra* nos parágrafos 1158 a 1163, e o documento Primedrinks172);
- (v) Monitoriza o posicionamento de PVP nas várias empresas de distribuição concorrentes, por sua própria conta e através de talões de compra que solicitava expressamente ao fornecedor, sinalizando depois à Primedrinks comportamentos desviantes de empresas de distribuição concorrentes (cf. documento Primedrinks137, referido *supra* nos parágrafos 1090 a 1091 e os documentos Primedrinks83 e Primedrinks108);
- (vi) Pressiona a Primedrinks para que esta atue junto de empresas de distribuição concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento do mercado (cf. documentos Primedrinks41, referido *supra* nos parágrafos 1158 a 1163, Primedrinks170, referido *supra* nos parágrafos 1155 a 1157, Primedrinks185, referido *supra* nos parágrafos 1148 a 1150, documentos Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29 e Primedrinks970, todos referidos *supra* nos parágrafos 1158 a 1163); e

(vii) Exerce ou ameaça com ações de retaliação com o intuito de pressionar a Primedrinks para que, por sua vez, esta pressione as empresas de distribuição concorrentes a reposicionar os PVP de acordo com o nível previamente concertado (v.g. documentos Primedrinks506 e Primedrinks332).

1581.É particularmente revelador do envolvimento concreto da Pingo Doce, entre outros documentos referidos *supra* na presente Decisão, o conteúdo do documento Primedrinks173, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónica de 18.09.2012, em que após o envio de *shopping* por parte da Pingo Doce, a Primedrinks vem informar o seguinte:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 18 de Setembro de 2012 15:17

To: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping

ITMI Mafra está tudo ok

Jumbo Alfragide o meu colega está neste momento na loja

1582.Após confirmar que “*amanhã de manhã, o Jumbo de Alfragide estará ok*”, a Primedrinks solicita à Pingo Doce que “*alterem para amanhã os 6 sku’s*”:

From: [REDACTED]
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Date: 18-09-2012 16:54
Subject: RE: Shopping

Temos a confirmação que amanhã de manhã, o Jumbo de Alfragide estará ok.
Eu não estarei cá, mas irei pedir para lhe enviarem o talão.

Entretanto, solicitamos que alterem para amanhã os 6 sku’s, sff.
Obrigada!
MC,
[REDACTED]

1583.A confirmação da Pingo Doce surge ainda no mesmo dia o que permite à Primedrinks informar internamente quais os produtos cujos “*preços que irão ser alterados para amanhã*”:

De: [REDACTED]
Enviado: 18 de setembro de 2012 18:18
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: FW: Shopping

Fyi

Preços que irão ser alterados para amanhã:

- TFG 12,99 p/ 13,49
- Defesa Tº 5,79 p/ 5,99
- Grous Tº 9,75 p/ 9,95
- MVBº 3,79 p/ 3,89

Alandra e CEF Tº continuam a 1,98 e 3,98 respectivamente.

Bios,

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 18 de Setembro de 2012 18:11
To: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping

Ok. Fica ok amanhã.

Tel. [REDACTED]

31.2.7.1 *Pronúncia da Visada*

1584. A pronúncia da Pingo Doce sobre aspetos concretos da factualidade que lhe é imputada já foi sendo referida, bem como apreciada *supra*, nas secções que antecedem, em particular, nas referentes às condutas analisadas, cabendo agora destacar e analisar o que ressalta como o principal argumento da sua PNI: que, ao contrário do descrito pela AdC, inexistiu uma prática concertada de “*hub and spoke*”³⁴⁹.

1585. Com efeito, entende a Pingo Doce que “*dos elementos constantes do presente processo contra-ordenacional não ficou indiciado qualquer acordo ou práticas concertadas entre empresas que tenham por objecto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional da distribuição a retalho de bens alimentares e não alimentares a nível nacional*”.

³⁴⁹ Cf. PNI Pingo Doce páginas 72 e ss. e 144 e ss.

1586. Assim, entende a Pingo Doce que os elementos probatórios demonstram a existência de um ambiente altamente concorrencial, onde se evidenciam os interesses antagónicos da Primedrinks e das empresas de distribuição visadas, que discutem entre si apenas legítimas recomendações de preços e que as características do mercado (v.g. intensa atividade promocional) impossibilitam a prática de qualquer cartelização.
1587. Conclui a Pingo Doce que *“os interesses, muitas vezes contraditórios, tornam impossível e inviável qualquer coordenação, ainda para mais generalizada, a médio e longo prazo nos mercados em causa, entre Pingo Doce e Primedrinks”*.

31.2.7.2 Apreciação da Autoridade

1588. Analisada a pronúncia da Pingo Doce, em especial os argumentos ora referidos, a inviabilidade dos mesmos emerge inevitavelmente do cotejo com a prova disponível.
1589. Com efeito, conforme já mencionado, os elementos probatórios, analisados em conjunto, são claros em demonstrar que o que se discutia entre as Visadas não eram meras recomendações de preço numa relação vertical fornecedor-distribuidor, antes sim eram trocadas mensagens de conteúdo muito sucinto, idêntico ao longo da duração temporal dos comportamentos analisados e com uma sequência de ações clara: identificação dos PVP (como se demonstrou *supra*³⁵⁰, não meras recomendações, mas efetivos PVP, independentemente da designação que se lhes desse) a implementar; disseminação dos mesmos entre Visadas; monitorização sobre a prática dos mesmos; identificação e correção de desvios; aplicação de ações de coação ou retaliação.
1590. De facto, a referência a recomendação associada ao PVP tinha apenas o objetivo de não revelar e mesmo de ocultar – conforme já se demonstrou *supra* na secção 31.1.6 – a prática conjunta que estava a ser desenvolvida e que era, através da Primedrinks, implementar um alinhamento de preços no mercado retalhista.
1591. Por outro lado, analisando as referidas comunicações individualmente e de forma isolada (i.e., sem proceder à sua leitura no contexto jurídico e económico da prática mais abrangente em que tiveram lugar), poder-se-ia alegar – como faz a Pingo Doce – que

³⁵⁰ Cf. secção 31.

estavam em causa ações lícitas e autónomas das partes, tomadas no âmbito da sua liberdade contratual.

1592.No entanto, a análise global dos elementos probatórios, que se acumulam ao longo de dez anos e dizem respeito a sete partes envolvidas (as Visadas), permitem perceber que todas estas ações – que *supra* se descreveram como comportamentos – visavam o propósito conjunto do alinhamento do mercado e da fixação coordenada (ainda que por intermédio do fornecedor) de PVP.

1593.Ademais, a linguagem utilizada nos documentos apreendidos é muito clara, não é suscetível de gerar dúvidas ou erros de interpretação e, ainda que o fosse, o contexto associado a cada elemento de prova (por exemplo, desde as circunstâncias em que as mensagens são trocadas, ao seguimento que lhes é dado pelo recetor) é suficientemente esclarecedor.

1594.De facto, o uso de expressões como “*alinhar o mercado*”, “*PVP não aprovados/acordados*”, “*situações a resolver loja a loja*”, “*PVP a implementar*”, “*subidas de PVP acordadas*”, etc., que aparecem com frequência ao longo das comunicações já mencionadas, não são geradoras de dúvidas interpretativas e permitem caracterizar a prática imputada.

1595.E, quando são usadas expressões mais neutras (por exemplo, “*envio dos novos PVR*”, “*tudo programado*”, “*confirmado*”, “*situação regularizada*”, “*atualizações de PVP*”, “*implementação de política comercial*”, preços que estão “*ok*” e “*not ok*”, etc.), as mesmas são enviadas e percebidas precisamente com o sentido acabado de descrever, apenas denotando mais algum cuidado dos intervenientes na não revelação imediata – caso viessem a ser intercetadas por outrem – do que pretendem (o que manifesta a consciência da ilegalidade da conduta).

1596.Desta forma, conforme já ficou demonstrado, mas não é demais lembrar, existem muitos elementos de prova, ao longo de todo o período temporal considerado, que envolvem a Pingo Doce diretamente em todos os comportamentos imputados e cuja linguagem é explícita e não deixa margem para dúvidas.

1597.Assim, o confronto com a globalidade da prova, demonstra que as condutas imputadas à Pingo Doce ocorreram nos termos descritos pela Autoridade na Nota de Ilícitude e retomados na presente Decisão, bem como é de referir o volume de prova significativo que demonstra o seu envolvimento na prática *sub judice*.

1598. De facto, ainda que a Pingo Doce alegue que inexistem elementos probatórios suficientes para provar o seu envolvimento na infração, a metodologia que subjaz a tal alegação encontra-se resumida na legenda da tabela que consta na página 80 da PNI: *“para efeitos da elaboração da presente tabela foram contabilizados apenas os documentos em que o fornecedor/retalhista é/são destinatário/remetente dos respetivos e-mails (nesse caso, os e-mails foram contabilizados em anos). Relativamente aos e-mails internos, os mesmos só foram contabilizados em relação à empresa em questão, e não a terceiros que porventura sejam mencionados”*.
1599. Com efeito, não obstante ser verdade que a Pingo Doce não é diretamente parte de algumas das mensagens de correio eletrónico *supra* referidas (no sentido de que não é remetente ou destinatário das mesmas), não deixa de ser expressamente mencionado nessas mensagens. E o conteúdo das conversações aí plasmadas, bem como o seu contexto, são suficientemente reveladoras do envolvimento desta Visada na prática em causa, pelo que esses elementos são de considerar também como demonstrativos do seu envolvimento.
1600. Ademais, não existe, nem é invocada pela Pingo Doce, 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.
1601. Ainda que se entenda que esse tipo de prova terá, necessariamente, de ser apreciado criticamente de modo diverso daquele que seria 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.
1602. Durante a fase de inquérito, a AdC analisou a totalidade dos ficheiros que constituem o acervo probatório e identificou cada um com o código alfanumérico que lhes foi atribuído no contexto do processo.
1603. Todos esses elementos probatórios são identificados na Nota de Ilícitude, na presente Decisão e nos respetivos Anexos 1.
1604. Na Nota de Ilícitude, bem como na presente Decisão, por razões de relevância probatória, mas também de economia de espaço e inteligibilidade do texto, a AdC socorre-se de elementos que reproduz, cita ou menciona expressamente. São esses os

que são utilizados pela AdC como meios de prova para demonstrar a infração e os seus agentes.

1605. Sucede que alguns desses ficheiros fazem parte de cadeias de conversação, ou são duplicados de outros ficheiros existentes no processo, pelo que vêm identificados apenas nos Anexos 1 à Nota de Ilícitude e à presente Decisão.

1606. A AdC entende, assim, que estão devidamente identificadas todas as condutas concretamente imputadas à Visada, que correspondem a todas as condutas descritas e tipificadas na presente Decisão.

1607. Neste sentido, analisam-se de seguida alguns dos documentos referidos na Nota de Ilícitude e que imputam a infração diretamente à Pingo Doce, em relação aos quais esta atribui justificações que diferem deste entendimento, bem como as considerações da Autoridade sobre os mesmos³⁵¹:

- Documento JM703: Quanto ao conteúdo do presente documento, a Pingo Doce não se pronuncia especificamente. Ora, neste documento a Pingo Doce envia uma lista de produtos, lojas e preços à Primedrinks, assinalando aqueles que estão desconformes; a Primedrinks responde diversas vezes com o envio de talões de compra comprovativos de que “os preços estão corretos”, num claro reporte e justificação junto da Pingo Doce sobre o alinhamento do mercado;
- Documento Primedrinks1021: Sustenta a Pingo Doce que “*resulta daqui claramente que a discussão é única e exclusivamente vertical e, mais ainda, que a decisão sobre os PVP é de Pingo Doce*”. Todavia, neste documento, a MCH questiona a Primedrinks sobre uma ação promocional da Pingo Doce e a Primedrinks garante-lhe que para cada cliente está previsto um determinado plano promocional, questionando-se depois internamente se será melhor “*marcar todos os folhetos ao mesmo tempo*”, o que demonstra que era a Primedrinks, em conjunto e com o conhecimento de todas as Visadas, que estabelecia os planos promocionais das mesmas, de forma a que todas fossem praticando o PVP definido. Ou seja, a Primedrinks confirma à MCH que a Pingo Doce está a cumprir o plano promocional

³⁵¹ Ressalva-se que todos os documentos considerados relevantes para efeitos de prova no processo estão, nos termos explícitos na Nota de Ilícitude e na presente Decisão, bem como nos correspondentes Anexos 1, associados a uma ou várias etapas da prática contraordenacional *sub judice*, individualmente considerados ou por referência à conversação a que pertencem (cf. secção 31 da presente Decisão).

definido, não obstante se questionar internamente se será preferível “*marcar todos os folhetos ao mesmo tempo*”;

- Documento Primedrinks415: Defende a Pingo Doce que este documento apenas “*relata que a Pingo Doce, Sonae, Auchan e ITMP praticam o preço de 9,49 euros de William Lawsons, o que se trata de uma evidência directamente observável através da recolha de preços públicos (shopping)*”. Ora, neste documento, a Primedrinks confirma internamente que está prevista a subida de um produto no mercado *off-trade* para um determinado preço, sendo que “*Pingo Doce, Sonae, Auchan e ITM já têm este preço*”, o que demonstra que existia a prática de definição conjunta de PVP e que a Pingo Doce estava envolvida na mesma;
- Documento Primedrinks189: Quanto ao conteúdo do presente documento, a Pingo Doce não se pronuncia especificamente. Neste documento a Primedrinks questiona a Pingo Doce sobre o que se passa para, segundo informações internas, determinado artigo estar a ser vendido abaixo do PVP estabelecido; a Pingo Doce apressa-se a justificar essa discrepância como sendo um “*problema de etiqueta*”, uma vez que “*o PVP está correcto em sistema. 15,98€ para todas as lojas sem excepção*”, juntando uma captura de ecrã do sistema informático interno comprovativa do que descreve; resulta demonstrado que a Pingo Doce não estabelecia autonomamente a sua política de preços e que os mesmos eram frutos do entendimento estabelecido entre a Primedrinks e as restantes Visadas;
- Documento Primedrinks86: Sustenta a Pingo Doce que “*o entendimento jurisprudencial e doutrinal sobre esta temática afasta a ilicitude das revelações de preços de retalho praticados ou intenções de preços (leia-se, preços futuros) que possam ocorrer entre retalhistas e fornecedores no contexto das suas relações comerciais duradouras e complexas*”. Todavia, no presente documento, após o envio de relatórios com os dados de *shopping* de variadas empresas de distribuição, a Primedrinks questiona internamente sobre a Pingo Doce, ao que é informada que “*as alterações do PD são de 3ª para 4ª e já está confirmada pelo cliente a subida. Acabei de falar com eles!*”. Resulta, pois, demonstrado que a Pingo Doce, à semelhança das restantes empresas de distribuição visadas, estabelecia com a Primedrinks as datas de implementação de determinados PVP previamente concertados, informando-a sobre essas movimentações;

- Documento Primedrinks29: Quanto ao conteúdo do presente documento, a Pingo Doce não se pronuncia especificamente. Ora, neste documento, trocado diretamente entre Primedrinks e Pingo Doce, a primeira envia à segunda talões de compra de produtos em lojas de concorrentes desta, confirmando “a *alteração de preços desde a semana passada*”; a Pingo Doce questiona a Primedrinks sobre mais produtos e lojas, dizendo que aguarda o envio de mais talões; nas mensagens seguintes, a Primedrinks envia justificações adicionais e mais talões. Resulta, pois, inequivocamente demonstrado que a Pingo Doce era informada pela Primedrinks do posicionamento de PVP dos seus concorrentes, reclamando mesmo essa informação para adoção da sua própria conduta – alinhamento – no mercado;
- Documento Primedrinks108: Defende a Pingo Doce que “o *cenário descrito na troca de emails entre Pingo Doce e Primedrinks mostra uma diversidade de preços a serem praticados no mercado (de que produtos?) e o que parece resultar inequivocamente é a constatação de que o “chef oja do IMTI Famões” comprará fora da PMD a um preço que a PMD não conseguirá oferecer aos seus clientes retalhistas, por causa da legislação das PIRC*”. Todavia, neste documento, a Pingo Doce sinaliza à Primedrinks alguns preços desconformes em lojas da concorrência, ao que a Primedrinks solicita internamente “*intervenção urgente*”; resulta comprovado que a Pingo Doce monitoriza o comportamento dos seus concorrentes, usando os resultados para, junto da Primedrinks, solicitar a correção de desvios face aos PVP concertados;
- Documento Primedrinks185: Defende a Pingo Doce que “o *que esta correspondência demonstra é a de que o Pingo Doce está atento ao comportamento do mercado e que, ficando descompetitivo, irá responder*”. Todavia, neste documento, trocado diretamente entre Primedrinks e Pingo Doce, esta Visada envia à Primedrinks uma lista de produtos, lojas e preços, assinalando aqueles que estão desconformes, ameaçando “*responder*”; a Primedrinks apressa-se a informar que estão “*atentos e empenhados em resolver*” essas situações; resulta demonstrado que a Pingo Doce pressiona a Primedrinks para que esta atue junto de empresas de distribuição concorrentes de forma a garantir a correção de desvios e o alinhamento do mercado; e
- Documento Primedrinks506: Quanto ao conteúdo do presente documento, a Pingo Doce não se pronuncia especificamente. No presente documento, perante o preço

promocional de um produto na sua concorrência, a Pingo Doce *“ameaça voltar a baixar o PVP deste SKU para os níveis do ano passado”*, segundo informação interna da Primedrink. Resulta, assim, provado que a Pingo Doce exerce ou ameaça com ações de retaliação.

1608. Acrescem a estes o documento Primedrink1007, em que a Pingo Doce refere diretamente à Primedrink que *“80% do mercado está com a a mesma promoção ou até melhor. Existindo casos de não respeito pelo pvp de prateleira”* e o documento Primedrink47, em que a Pingo Doce refere diretamente à Primedrink que *“a existir desalinhamento tem a haver com a Prime que neste momento não está a controlar o mercado nas suas maiores marcas”*.
1609. Adicionalmente, ao contrário do que a Pingo Doce alega, o carácter antagónico da relação típica entre fornecedor e distribuidores até demonstra, na verdade, a motivação das Visadas na prática desta infração, conforme melhor detalhado *infra* na secção 32.5.
1610. Com efeito, tal antagonismo (que, em teoria, se aceita) é ultrapassado pela coordenação prática das condutas que as Visadas desenvolveram e que são objeto do presente processo de contraordenação.
1611. Por um lado, a Primedrink tenta estabilizar os PVP dos seus produtos num patamar artificialmente mais elevado, para que não seja alvo das eventuais exigências de comparticipação por parte das empresas de distribuição visadas e possa manter a margem que idealizou na venda dos seus produtos.
1612. Por outro lado, as empresas de distribuição visadas eliminam a incerteza associada a uma “guerra de preços”, garantem a expectativa do recebimento de uma determinada margem na venda ao público dos produtos da Primedrink e ludibriam o consumidor com a afirmação de que estão a praticar “o preço mais baixo”, já que todas efetivamente estão a praticar aquele PVP que foi definido, mas que não sabemos se seria o mais baixo se as normas jusconcorrenciais não estivessem a ser infringidas.
1613. Na verdade, resulta dos elementos probatórios que, com o mercado a funcionar em plena concorrência, o PVP dos produtos seria mais baixo que o concertado, já que os desvios detetados (e apressadamente corrigidos) eram, na maioria dos casos, inferiores ao preço definido pelas Visadas.
1614. Era assim – e não através de negociações – que a Primedrink e a Pingo Doce (bem como as restantes empresas de distribuição visadas) colmatavam o “antagonismo” que,

em teoria, se aceita que existiria numa relação entre fornecedor e distribuidor, mas que, na prática, se verificava não existir, face ao entendimento de intervenção no mercado conjuntamente estabelecido.

1615. Finalmente, já ficou demonstrado – e corroborado pelas alegações das próprias Visadas, conforme mencionado *supra* na secção 30 – o peso das ações promocionais nas vendas do setor da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal e como essas mesmas ações eram trabalhadas em conjunto entre as Visadas, de forma a artificialmente fixarem a “promoção” que cada uma aplicaria aos produtos da Primedrinks naquele período de tempo (cf. secção 31.1.1, *supra*).
1616. O que contraria a alegada correlação entre ações promocionais e a competitividade do mercado retalhista de base alimentar em Portugal.
1617. A AdC considera, portanto, os argumentos de defesa da Pingo Doce improcedentes pelos motivos expostos.

31.3 Conclusões sobre a matéria de facto

1618. Visto e ponderado tudo quanto antecede, a Autoridade forma a sua convicção quanto à matéria de facto, considerando provado que a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas (Auchan, Cooplecnorte, ITMP, Lidl, MCH e Pingo Doce) desenvolveram condutas que, conjuntamente, resultaram na existência de um longo e contínuo processo de fixação dos PVP dos produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks, com o intuito de garantir o alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, o que consubstancia uma prática concertada de “*hub and spoke*”.
1619. Com efeito, ao longo de determinado período de tempo, que se demonstrou ter ocorrido pelo menos entre desde, 05.05.2007 (cf. documento Primedrinks563, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre 5 e 22.05.2007, entre a Primedrinks e a Auchan) e 18.05.2017 (cf. documento Primedrinks643, que consiste numa mensagem interna de correio eletrónico de 18.05.2017, entre colaboradores da Primedrinks), as empresas de distribuição visadas têm vindo a socorrer-se do seu relacionamento vertical com o fornecedor (no caso, a Primedrinks) procurando, mediante sucessivos contactos com esta, promover a fixação artificial, em termos horizontais, dos PVP que praticam nos produtos comercializados/distribuídos pela

Primedrinks, e num determinado momento, mantendo o mercado retalhista alinhado durante esse período (designadamente, refletindo o preço fixado ou indicado pelo fornecedor).

1620. Tal processo de fixação e alinhamento horizontal dos PVP envolve o estabelecimento de comunicações bilaterais, através das quais o fornecedor transmite às empresas de distribuição visadas um determinado posicionamento de PVP num conjunto determinado de produtos que deve ser implementado em determinada altura por todas as empresas de distribuição de forma concertada.
1621. Analisando as referidas comunicações individualmente e de forma isolada (i.e., sem proceder à sua leitura no contexto jurídico e económico da prática mais abrangente em que tiveram lugar), poder-se-ia concluir estar-se perante vários conjuntos de feixes verticais em que o fornecedor e as diferentes empresas de distribuição visadas concertam os PVP de determinados produtos, sendo certo que são esses os preços que o mercado pratica (ou que irá praticar) num determinado momento.
1622. Não é essa, no entanto, a leitura que melhor reflete e capta a realidade plasmada no acervo probatório junto ao processo.
1623. Do referido acervo probatório resulta provada a existência de uma ação concertada entre a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas que visa a fixação dos PVP dos produtos do fornecedor, com o objetivo comum de garantir o alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar.
1624. A indicação ou determinação do nível de PVP a praticar no mercado de distribuição retalhista por parte do fornecedor (Primedrinks) trata-se, portanto, apenas de um elemento da prática concertada de fixação de PVP em que estão alegadamente envolvidas todas as empresas Visadas, com o objetivo comum de promover a estabilização dos PVP e o alinhamento no mercado.
1625. Importa destacar que este não se trata de um caso isolado, porventura motivado pelo facto de envolver um fornecedor com grande poder de mercado.
1626. Com efeito, a AdC tem pendentes diversas outras investigações com contornos semelhantes de colusão horizontal que envolvem as empresas de distribuição visadas no processo e outros fornecedores comuns, em mercados relativos a categorias diversificadas de bens de grande consumo, sendo o papel de pivot exercido pelos diferentes produtores envolvidos, alguns ainda em fase de inquérito e outros já em fase

de instrução, com notas de ilicitude adotadas relativamente às mesmas empresas de distribuição visadas no processo.

1627. Trata-se, pois, de um “*modus operandi*” mantido pelas empresas de distribuição ao longo de mais de uma década, que se alastra a uma multiplicidade de categorias de produtos (de vários fornecedores) por si vendidos ao consumidor final.

1628. No caso concreto, o processo de fixação e alinhamento dos PVP envolve também a monitorização cruzada dos preços praticados, através da qual a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas conseguem facilmente aferir se, naquele determinado momento e para aquele conjunto determinado de produtos (que pode inclusivamente englobar a totalidade dos produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks), alguma empresa de distribuição está a desviar-se dos PVP concertados.

1629. Importa, todavia, esclarecer que nenhum dos elementos de prova junto aos autos demonstra a ocorrência de qualquer troca de informação direta entre as empresas de distribuição visadas. O que se verifica são as empresas de distribuição visadas (as “*spokes*”) a utilizar o seu relacionamento vertical com o fornecedor para, através de sucessivos contactos com este e do envio de mensagens que este veicula entre as várias empresas de distribuição visadas, promover a fixação e o alinhamento dos PVP no mercado retalhista.

1630. Neste contexto, o fornecedor (Primedrinks) funciona como o “*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 concorrentes praticam determinado PVP, coincidente, em regra, com o PVP indicado pelo fornecedor.

1631. Em resultado da monitorização, mal seja detetada a existência de desvios aos PVP pretendidos, 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 desvio³⁵².

³⁵² Nestes casos, é a própria Primedrinks alvo de pressões prévias por parte das empresas de distribuição não desviantes para forçar o (re)alinhamento.

1632. Caso tal não venha a suceder, verifica-se a ocorrência de retaliações, seja por parte das empresas de distribuição à própria Primedrinks pelo insucesso dessa correção (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 fornecedor³⁵³), seja por parte do fornecedor à empresa de distribuição desviante (que consistem, em regra, num corte de fornecimento, num corte das condições comerciais ou na não contribuição ou implementação de ações promocionais).

1633. Em suma e de forma sintética, resulta provado que os comportamentos da Primedrinks e das empresas de distribuição visadas no presente processo contraordenacional se traduziam:

- i) Na implementação de uma determinada política de preços para os produtos da Primedrinks, durante certos períodos de tempo, que é concertada entre o fornecedor e as empresa de distribuição visadas, mediante instruções concretas sobre as condições comerciais e os preços mínimos de revenda e descontos máximos a praticar, definição concreta das margens de comercialização, concessão de incentivos financeiros para a prática desses preços e da sinalização de penalizações em caso de incumprimento dessa política de preços (cf. secção 31.1.1 *supra*);
- ii) No controlo e monitorização cruzada dos PVP efetivamente praticados pelas empresas de distribuição visadas e dos sucessivos contactos, realizados sempre através do fornecedor, para a promoção de um alinhamento horizontal dos preços e/ou à fixação dos mesmos (cf. secção 31.1.2 *supra*);
- iii) No reporte e na correção de desvios aos preços alinhados – caso se verifique algum desvio ao PVP concertado entre a Primedrinks e uma empresa de distribuição, há uma correção ou tentativa de correção desse desvio, sempre com intervenção do fornecedor, de modo a manter o mercado retalhista estabilizado ao nível dos preços de venda praticados (cf. secção 31.1.3 *supra*); e
- iv) Na consequente aplicação de retaliações pela Primedrinks às empresas de distribuição desviantes pela não correção dos desvios, ou por alguma empresa de

³⁵³ São estas últimas retaliações – destinadas a fazer o fornecedor pagar pelo desalinhamento inicial e realinhamento pelo preço mais baixo – que algumas Visadas procuram qualificar como meras e lícitas “negociações”. Atento o peso negocial relativo das empresas de distribuição visadas face ao fornecedor, tais imposições dificilmente podem entender-se negociadas, funcionando antes como formas de pressão e retaliação para garantir o bom funcionamento da coordenação orientada ao alinhamento de PVP.

distribuição visada à Primedrinks, quando esteja descontente com o insucesso deste em operar tal correção nalguma empresa de distribuição concorrente (cf. secção 31.1.4 *supra*).

1634. Esse *status quo* foi voluntariamente criado pela Primedrinks e pelas empresas de distribuição visadas e foi mantido ao longo de um período temporal bastante alargado, correspondente, pelo menos, a uma década (cf. secção 32.6 *infra*).
1635. Assim, embora cada um dos elementos probatórios juntos aos autos possa não demonstrar o conjunto de todas as ações inerentes ao procedimento implementado pelas empresas Visadas tendente ao alinhamento horizontal dos preços, a análise da globalidade do acervo probatório demonstra a conduta descrita nas secções precedentes, incluindo todos os elementos.
1636. Neste contexto, cumpre ainda salientar que este tipo de prática (que *infra* se qualificará como restritiva da concorrência) é, por natureza, secreta e consequentemente muito difícil de detetar; as empresas Visadas não só recorrem a meios de comunicação que dificilmente deixam registo sobre o seu conteúdo (como o caso do telefone – v.g. os documentos Primedrinks870, Primedrinks91, Primedrinks185, Primedrinks273 e MCH2836 e Primedrinks333, citados *supra*), como recorrem a uma linguagem específica, muito sucinta e pouco detalhada, para além de, em alguns casos, eliminarem os meios de prova que possam existir (v.g. os documentos MCH1721, Primedrinks183, Primedrinks194, Primedrinks1052, Primedrinks153, referidos e analisados *supra*).
1637. Portanto, apenas a análise da globalidade dos elementos probatórios constante dos autos poderá revelar os verdadeiros contornos da prática em causa.
1638. E, nesse sentido, verifica-se que, independentemente dos métodos concretamente utilizados e do grau de envolvimento de cada empresa visada, os comportamentos descritos visaram e redundaram sempre num propósito comum quer à Primedrinks, quer às empresas de distribuição visadas: a fixação dos PVP dos produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks, com o objetivo comum de estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover a existência de um alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar.
1639. É o que resulta de um conjunto de situações descritas nas secções precedentes, com base em factos constantes dos documentos que integram o acervo probatório do presente processo, sendo especialmente reveladoras da existência de um objetivo

comum, partilhado pela Primedrinks e pelas empresas de distribuição visadas, algumas passagens constantes de *emails* referidos e analisados *supra*, tais como:

- i) *“Com a entrada da nova tabela de preços e do novo ano, a Primedrinks solicitou-nos o alinhamento dos nossos PVP’s para os PVP’s que actualmente recomendam por forma a conseguirem também que o mercado acompanhe a sua subida”* (cf. documento MCH1349, referido *supra* nos parágrafos 833 a 842, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico da MCH);
- ii) *“[O] fornecedor compromete-se a colocar o restante mercado a 4.49€ assim que nós possamos também reposicionar”* (cf. documento MCH1349, referido *supra* nos parágrafos 833 a 842, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico da MCH);
- iii) *“Está tudo programado para o dia 2 de Janeiro. Confirmadíssimo com os restantes operadores”* (cf. documento Primedrinks25, referido *supra* nos parágrafos 871 a 875, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico entre a Primedrinks e a MCH);
- iv) *“PD terá que ser localmente (...). Para fazermos um trabalho de equipa, diz-me uma data concreta para pedir à Sonae a alteração para o mm dia”* (cf. documento Primedrinks40, referido *supra* nos parágrafos 882 a 884, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico da Primedrinks);
- v) *“[E]stamos na iminência de conseguir subir alguns artigos no Pingo Doce (...). É mandatário garantir que os restantes operadores não vão comprometer este movimento”* (cf. documento Primedrinks251, referido *supra* no parágrafo 935, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico da Primedrinks);
- vi) *“[E]stava marcada uma subida generalizada na Terça, mas a pessoa responsável da Sonae está de férias o que complicou um pouco. Entretanto alguns Auchans que tinham subido já reagiram. É voltar à carga e resolver. Por mim, marco para Segunda”* (cf. documento Primedrinks247, referido *supra* nos parágrafos 968 a 974, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico da Primedrinks);
- vii) *“[O]s preços de CG não estarão alinhados no âmbito nacional antes de dia 23/08”* (cf. documento Primedrinks156, referido *supra* nos parágrafos 972 a 974,

que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico da Primedrinks);

viii) “[A] existir desalinhamento tem a haver com a Prime que neste momento não está a controlar o mercado nas suas maiores marcas” (cf. Primedrinks47, em que a Pingo Doce refere diretamente à Primedrinks que é responsabilidade desta garantir o controlo do alinhamento no mercado);

ix) “Vou combinar com as 2 lojas a alteração do pvp para terça-feira, dia 2 de Abril” (cf. documento Primedrinks61, referido *supra* nos parágrafos 1399 a 1401, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico da Primedrinks);

x) “É hora do tudo ou nada. A JMR amanhã vai subir o que tem de subir, por isso só nos fica a faltar alinhar os Auchan. Por isso já sabem, é meter os meninos na ordem” (cf. documento Primedrinks80, referido *supra* no parágrafo 1072, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico da Primedrinks);

xi) “Seguem os artigos sobre os quais existem sérios riscos de corte de fornecimento caso não respeitemos os pvp’s de mercado” (cf. documento Auchan368, referido e analisado nos parágrafos 1257 e 1258 da presente Decisão, que consiste numa troca interna de mensagens de correio eletrónico da Auchan);

xii) “Estamos a “segurar” todos os operadores de mercado. Neste momento ninguém reagiu e temos feedback que se vai manter assim! (...) Contamos também com a V/ colaboração, sff” (cf. documento Primedrinks333, referido *supra* nos parágrafos 1201 a 1203, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico entre a Primedrinks e a MCH);

xiii) “Se o mercado reagir, garantiremos essa uniformização” (cf. documento Primedrinks273, referido *supra* nos parágrafos 1209 a 1218, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico entre a MCH e a Primedrinks);

1640. O facto de se verificarem, ao longo do período temporal considerado, desvios face ao nível de PVP pretendido e concertado para o posicionamento dos PVP em determinada data, em nada contraria a conclusão sobre a existência de um objetivo comum entre as empresas Visadas (*in casu*, e tal como referido, o de fixação e alinhamento de preços).

1641. Com efeito, é natural que a estratégia conjunta funcionasse nuns momentos melhor, noutros pior, em função de vários fatores, tais como a necessidade de escoar determinados produtos, de cumprir objetivos de vendas, da realização de determinadas

ações promocionais ou da impossibilidade de alguma empresa de distribuição visada poder aguardar que o fornecedor corrija o desvio numa empresa de distribuição concorrente (cf. documento Primedrinks983).

1642. Dos elementos probatórios juntos aos autos resulta provado, assim, que cada empresa de distribuição visada tem acesso, com particular detalhe, rigor e atualidade, à estratégia comercial 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.

1643. No entanto, ressalva-se que ainda que resulte provado o envolvimento de todas as Visadas na infração com alguma estabilidade ao longo do tempo, decorre dos elementos probatórios que as empresas Visadas não participaram sempre no mesmo momento ou com a mesma intensidade/envolvimento nos comportamentos *sub judice*, pelo que o grau de participação individual de cada uma na infração será necessariamente refletido na determinação da medida concreta das coimas aplicadas a final.

IV. DO DIREITO

32 Apreciação jurídica dos factos imputados e dos meios de prova

1644. A factualidade considerada provada na presente Decisão demonstra que a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas, consciente e voluntariamente, implementaram uma prática concertada de fixação dos PVP dos produtos distribuídos/comercializados pela Primedrinks no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, com o objetivo comum de garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal dos preços nos respetivos mercados nacionais em que estão ativas.

1645. Tais comportamentos consubstanciam uma prática restritiva da concorrência, nos termos do disposto 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.

1646. Importa, por isso, proceder detalhadamente à qualificação jurídica e económica destes comportamentos de acordo com o regime legal aplicável.

32.1 Regime jurídico da concorrência

1647. O Regime Jurídico da Concorrência atualmente em vigor consta da Lei n.º 19/2012, que entrou em vigor em 07.07.2012, 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).

1648. 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 19/2012³⁵⁴ – é coincidente nos três diplomas *supra* referidos.

1649. Ou seja, os três diplomas tipificaram como práticas restritivas da concorrência, puníveis como contraordenação, o abuso de posição dominante, o abuso de dependência económica, os acordos e as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associação de empresas, que têm por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional³⁵⁵.

³⁵⁴ 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.

³⁵⁵ 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.

1650. Assim sendo, há que determinar o regime legal concretamente aplicável ao presente processo contraordenacional, por força do cumprimento das regras respeitantes à aplicação da lei no tempo.

32.1.1 Regime substantivo

1651. 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”.

1652. Acresce que, nos termos do artigo 5.º do RGCO, *“o facto considera-se praticado no momento em que o agente atuou ou, no caso de omissão, deveria ter atuado”.*

1653. No caso das infrações permanentes — que se distinguem das infrações instantâneas, no âmbito das quais, perante a modificação da lei vigente, se aplicará a lei mais favorável aos visados —, considerando que o momento da consumação perdurou no tempo (i.e., enquanto subsistiu o comportamento ilícito), o agente comete uma única infração, sendo a sua ação indivisível.

1654. 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.

1655. No presente caso, como melhor se verá adiante na secção 32.6 da presente Decisão, está em causa uma única infração de natureza permanente, que decorreu, de forma ininterrupta, entre, pelo menos, 05.05.2007 (cf. documento Primedrinks563, elemento de prova mais antigo, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre 05.05.2007 e 22.05.2007, entre a Primedrinks e a Auchan) até 18.05.2017 (cf. documento Primedrinks643, elemento de prova mais recente, que consiste numa mensagem interna de correio eletrónico de 18.05.2017, entre colaboradores da Primedrinks).

1656. Deste modo, sem prejuízo de a execução do ato ilícito se ter iniciado na vigência da Lei n.º 18/2003 (designadamente, de acordo com a prova descrita *supra*, na secção 31.1), nos termos da qual já era punível³⁵⁶, a mesma subsistiu durante a vigência da Lei n.º 19/2012, pelo que, do ponto de vista substantivo e de acordo com o princípio da legalidade, deve considerar-se aplicável à totalidade dos factos em apreço a Lei n.º 19/2012 – *vide* artigo 1.º do RGCO *ex vi* artigo 13.º da Lei n.º 19/2012.

1657. 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.

32.1.2 Regime processual

1658. 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*”.

1659. Tendo a fase de inquérito dos presentes autos sido aberta, por decisão do Conselho de Administração da Autoridade da Concorrência, em 21.03.2017 (cf. fls. 2 a 8 do processo), ou seja, após a entrada em vigor da Lei n.º 19/2012, ocorrida em 07.07.2012, é também esta a Lei aplicável à tramitação processual.

32.2 Mercado relevante

1660. 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.

1661. O conceito de mercado relevante tem, no âmbito do direito da concorrência, uma dupla dimensão: a dimensão material, correspondente ao mercado relevante do produto ou serviço, e a dimensão geográfica, correspondente ao mercado geográfico relevante.

1662. Não poderá, contudo, deixar de se referir que a definição dos mercados relevantes não é indispensável em processos por práticas restritivas da concorrência no âmbito de acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas a que seja

³⁵⁶ Nos termos do artigo 4.º, 6.º e 7.º da Lei n.º 18/2003.

atribuído um objeto restritivo da concorrência, tal como decorre da jurisprudência constante dos tribunais europeus.

1663. Neste sentido, pode ler-se o acórdão do Tribunal Geral da União Europeia de 28.06.2016, 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” (sublinhados da Autoridade).

1664. No caso em análise, pode então concluir-se, com base neste postulado, que não será necessária uma delimitação prévia e exata do mercado relevante, na medida em que se está, nos termos melhor detalhados *infra*, perante uma restrição da concorrência por objeto, que constitui uma das infrações mais graves no âmbito do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

1665. 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* na secção III da presente Decisão.

32.2.1 Mercado relevante do produto ou serviço

1666. 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*³⁵⁷.

1667. Para a definição do mercado de produto relevante, a substituição pelo lado da procura, ou seja, a substituíbilidade na perspetiva dos compradores, constitui o elemento de disciplina mais imediato e eficaz sobre os fornecedores de um determinado produto.

1668. Já a substituíbilidade do lado da oferta pode igualmente ser tomada em consideração na definição dos mercados relevantes nos casos em que os seus efeitos são equivalentes aos da substituição do lado da procura em termos de eficácia e efeito imediato.

32.2.2 Mercado geográfico relevante

1669. No que respeita à dimensão geográfica, a Comissão Europeia refere que o “*mercado geográfico relevante compreende a área em que as empresas em causa fornecem produtos ou serviços, em que as condições da concorrência são suficientemente homogêneas e que podem distinguir-se de áreas geográficas vizinhas devido ao facto, em especial, das condições da concorrência serem consideravelmente diferentes nessas áreas*”³⁵⁸.

1670. Para a definição do mercado geográfico relevante podem assim analisar-se diversos fatores, tais como as variações de preços entre áreas geográficas diferentes, as características básicas da procura, as opiniões dos consumidores e dos concorrentes, a atual estrutura geográfica das compras, o fluxo das trocas comerciais, as barreiras e custos associados às trocas entre áreas geográficas diferentes.

32.2.3 Mercados relevantes identificados

1671. No presente processo, nos termos da análise desenvolvida *supra* (cf. secção 30 da presente Decisão, para o qual se remete), a Autoridade considera relevantes do ponto de vista do produto os seguintes mercados:

³⁵⁷ Cf. “Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”, JO de 09.12.1997, C 372, p. 6, parágrafo 7.

³⁵⁸ Cf. “Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência”, JO de 09.12.1997, C 372, p. 6, parágrafo 8.

- a) Mercado nacional dos whiskies para revenda no canal alimentar (cf. parágrafos 649 a 652 da presente Decisão);
- b) Mercado nacional dos gins para revenda no canal alimentar (cf. parágrafos 653 a 654 da presente Decisão);
- c) Mercado nacional dos brandies/conhaques para revenda no canal alimentar (cf. parágrafos 656 a 657 da presente Decisão);
- d) Mercado nacional das vodcas para revenda no canal alimentar (cf. parágrafos 659 a 662 da presente Decisão);
- e) Mercado nacional dos licores para revenda no canal alimentar (cf. parágrafos 663 a 664 da presente Decisão);
- f) Mercado nacional dos vinhos tranquilos (de mesa) para revenda no canal alimentar (cf. parágrafos 665 a 668 da presente Decisão);
- g) Mercado nacional dos vinhos espumantes para revenda no canal alimentar (cf. parágrafos 669 a 672 da presente Decisão);
- h) Mercado nacional dos vinhos fortificados (Porto/Moscatel) para revenda no canal alimentar (cf. parágrafos 673 a 674 da presente Decisão);
- i) Mercado nacional dos aperitivos para revenda no canal alimentar (cf. parágrafos 676 a 677 da presente Decisão); e
- j) Mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal (cf. parágrafos 678 a 682 da presente Decisão).

1672.No que respeita ao escoamento dos produtos no retalho, considera-se apenas o mercado retalhista de base alimentar como mercado relevante, excluindo, pelas razões detalhadas na secção 30.1.1.2 da presente Decisão, a distribuição retalhista em que a componente alimentar não seja a dominante, bem como o comércio especializado e as lojas tradicionais e ainda os *cash and carry*.

1673.No presente processo, para a definição do mercado geográfico relevante, constatou-se, entre outros aspetos e conforme detalhado *supra*, que as empresas de distribuição visadas são grandes cadeias de retalho com atuação e com estratégias definidas a nível nacional e com lojas espalhadas por todo o país, determinando que se considere relevante, do ponto de vista geográfico, o mercado correspondendo à totalidade do território nacional (cf. secção 30.1.2 da presente Decisão, bem como 32.3.7).

32.3 Tipo objetivo da infração

1674. Da factualidade descrita e considerada provada na presente Decisão decorrem comportamentos suscetíveis de consubstanciar a prática de uma infração ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como ao disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, como melhor se demonstrará de seguida.

1675. 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”.*

1676. 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.

1677. São, pois, elementos cumulativos do tipo objetivo: (i) qualificação das pessoas jurídicas relevantes como “empresas”, (ii) existência de um concurso de vontades entre as mesmas (iii) que tenha por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência, (iv) de forma sensível, (v) no “todo ou em parte do mercado nacional”.

1678. No caso do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE³⁵⁹ é ainda necessário que tal acordo ou prática concertada afete as trocas comerciais entre os Estados-Membros.

1679. Quanto à verificação dos referidos elementos, a jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa já esclareceu, a propósito de precedente normativo idêntico (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”³⁶⁰.

1680. Importa recordar que o tipo contraordenacional estabelecido no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 é inspirado nas regras do TFUE, em particular no n.º 1 do seu artigo 101.º, cujos elementos do tipo objetivo são densificados pela jurisprudência e prática decisória da União Europeia, bem como pelas Orientações sobre cooperação horizontal³⁶¹ e pelas Orientações sobre as restrições verticais³⁶², entre outras referências, que constituem importantes elementos de interpretação da norma nacional, conforme tem sido prática constante da AdC, confirmada pelos tribunais nacionais.

³⁵⁹ Nos termos do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE:

“São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:

a) *Limitar de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transação; (...).”*

³⁶⁰ Cf. Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 12.01.2006, 3.º Juízo, processo n.º 1302/05.5TYLSB (*Ordem dos Médicos Veterinários*), p. 16.

³⁶¹ 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 14.01.2001, C 11.

³⁶² Cf. Comunicação da Comissão “*Orientações relativas às restrições verticais*”, JO de 19.05.2010, C 130/1, parágrafo 224.

1681. 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.

1682. Deve, assim, proceder-se à análise de cada um dos requisitos elencados, verificando se o tipo objetivo da infração ali prevista se encontra preenchido no caso concreto.

1683. 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.

32.3.1 Pronúncia das Visadas

1684. As Visadas contestam genericamente 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 19/2012.

1685. A ITMP refuta a qualificação da infração realizada pela AdC, alegando que a Primedrink detém uma posição dominante nos mercados relevantes relativos a bebidas alcoólicas, bem como aplica mecanismos de coação e de retaliação para imposição dos PVP, pelo que a sua conduta constitui um abuso de posição dominante, punido pelo artigo 11.º da Lei n.º 19/2012 e pelo artigo 102.º do TFUE, sendo esse o normativo relevante a aplicar à prática *sub judice*³⁶³.

32.3.2 Apreciação da Autoridade

1686. Analisada a pronúncia da ITMP, 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 Primedrink detenha uma posição dominante nos mercados relevantes identificados, nos termos e para os efeitos do artigo 11.º da Lei n.º 19/2012.

1687. Atente-se desde logo, entre outros elementos descritos nas secções 30.1 e 30.2 *supra*, para o poder negocial relativo da Primedrink face às empresas de distribuição visadas.

1688. Mais se entende que um abuso de posição dominante não refletiria os verdadeiros contornos dos comportamentos ilícitos em causa nos presentes autos – com uma

³⁶³ Cf. PNI ITMP capítulo IV.2.

inequívoca dimensão multilateral, e não apenas unilateral (característica dos casos de abuso de posição dominante) –, que são revelados pela análise da globalidade dos elementos que constituem o acervo probatório do processo.

1689.Com efeito, como melhor se verá *infra*, a aplicação de mecanismos de coação e de retaliação para imposição dos PVP – apesar de, conjuntamente com a indicação, imposição ou fixação vertical dos PVP, poderem constituir, por si só, uma restrição à concorrência pelo objeto (designadamente enquanto restrição vertical) – 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.

1690.A Autoridade considera, portanto, improcedente a pronúncia da ITMP nesta matéria, entendendo que a prática *sub judice* constitui uma infração ao disposto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como ao disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, como melhor se demonstrará de seguida.

32.3.3 Qualidade de empresa

1691.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.

1692.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.

1693.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.

1694. A Lei n.º 19/2012 consagra deste modo, no plano nacional, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça quanto ao conceito de empresa³⁶⁴.

1695. Para além disso, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º da Lei n.º 19/2012, considera-se como uma única empresa “o conjunto de empresas que, embora juridicamente distintas, constituem uma unidade económica ou mantêm entre si laços de interdependência” e que, por conseguinte, criam uma mesma unidade, podendo incluir uma pluralidade de pessoas jurídicas, singulares ou coletivas, sempre que existam entre elas laços de interdependência que criam essa mesma unidade.

1696. 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 negócios³⁶⁵.

1697. Na Nota de Ilícitude, a Autoridade concluiu – em termos que a presente Decisão acompanha – que a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas desenvolvem diretamente atividades económicas, inexistindo entre elas laços de interdependência que criem uma unidade económica, qualificando-se como “empresas” distintas e autónomas nos termos e para os efeitos das regras da concorrência (cf. secção 29 *supra* da presente Decisão).

³⁶⁴ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 18.06.1998, *Comissão c. Itália*, processo n.º C-35/96, Colet. 1998, p. 3851, parágrafo 36; cf., igualmente, Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.04.1991, *Höfner e Elser*, processo n.º C-41/90, Colet. 1991, p. 1979, parágrafo 21; Acórdão do Tribunal de Justiça de 16.11.1995, *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 11.12.1997, *Job Centre*, processo n.º C-55/96, Colet. 1997, p. 7119, parágrafo 21; Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.02.1993, *Poucet e Pistre*, processos apensos n.ºs C-159/91 e C-160/91, Colet. 1991, p. 637, parágrafo 17.

³⁶⁵ 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 12.07.1984, *Hydrotherm*, processo n.º 170/83, Colet. 1984, p. 2999, parágrafos 11 e 12.

1698. Nesse sentido, encontra-se verificado o primeiro elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no artigo 101.º do TFUE, nada obstando à sua responsabilização nos presentes autos autonomamente, tendo já sido demonstrado o seu envolvimento na prática da infração.

32.3.3.1 Pronúncia das Visadas

1699. Relativamente à qualidade de empresa³⁶⁶, a ITMP aceita que se enquadra na aceção de empresa, mas que *“não tem qualquer participação social nas empresas retalhistas que abastece - ainda que operem sob a sigla Intermarché - nem exerce sobre elas qualquer relação de domínio, as quais são sociedades independentes, pertencentes a sócios, pessoas físicas, que as controlam e detêm cerca de 90% do capital social”*, pelo que a ITMP *“não exerce, não exerceu, nem podia exercer, qualquer pressão sobre as sociedades que exploram uma unidade comercial sob a insígnia INTERMARCHÉ, suas clientes, quanto à fixação de preços, as quais são sociedades independentes, geridas por empresários autónomos, com total liberdade para estabelecerem as suas políticas e práticas comerciais, nem sequer sendo obrigadas a abastecerem-se exclusivamente na visada ITMP”*, juntando uma série de documentos que, no seu entender, comprovam o alegado.

1700. A Cooplecnorte também aceita que se enquadra na aceção de empresa, mas ressalva que *“dúvidas também não há quanto ao facto de as sociedades comerciais acima melhor identificadas em 23 e 24 [as sociedades que exercem atividade retalhista ao abrigo do Movimento E.Leclerc em Portugal] constituírem empresas distintas da Cooplecnorte. Nenhum elemento, seja de ordem formal, seja de ordem material, aponta em sentido contrário. Trata-se, num momento, de 23 empresas e, noutro momento, de 20 empresas, juridicamente distintas, que são detidas por Aderentes comercialmente independentes e que não apresentam qualquer laço de interdependência entre si, nem os constantes de numeração exemplificativa do artigo 3.º, n.º 2 do Regime Jurídico da Concorrência, nem qualquer outro. Trata-se, portanto, de empresas distintas que atuam em mercados distintos”*.

³⁶⁶ Cf. PNI ITMP capítulo IV.3.a); Cf. PNI Cooplecnorte parágrafo 59 e ss.

32.3.3.2 *Apreciação da Autoridade*

1701. Analisada a Pronúncia das Visadas, no que respeita às relações entre as lojas Intermarché e E.Leclerc e as Visadas ITMP e Cooplecnorte, respetivamente, as mesmas foram apreciadas e respondidas *supra* na secção 31.2, para a qual se remete.
1702. Nesse sentido, nada obsta à sua responsabilização autonomamente nos presentes autos, uma vez que já foi demonstrado o seu envolvimento na prática da infração, verificando-se estar preenchido, também quanto a estas Visadas, 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.

32.3.4 Existência de um concurso de vontades

1703. O preenchimento do tipo objetivo constante do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 exige a existência de um concurso de vontades que se concretize num acordo entre empresas, numa prática concertada entre empresas ou numa decisão de associação de empresas³⁶⁷.
1704. 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*”³⁶⁸.
1705. Um acordo entre empresas, para efeitos do direito nacional e europeu da concorrência, verifica-se logo que as participantes atinjam um consenso que limite, ou seja suscetível de limitar, a sua liberdade na determinação das respetivas estratégias comerciais (designadamente, da política de preços), implicando a definição de um “plano de ação” comum entre as diversas empresas participantes, de que decorra um feixe de obrigações, garantias e expetativas de comportamento futuro³⁶⁹.

³⁶⁷ Por não ter aplicabilidade à factualidade descrita na presente Decisão, não será abordado o conceito de “decisão de associação de empresas”.

³⁶⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 08.07.1999, *Comissão c. Anic Partecipazioni*, processo n.º C-49/92 P, Colet. 1999, p. 4125.

³⁶⁹ Cf. Decisão da Comissão Europeia 91/298/CEE de 19.12.1990, *Solvay*; cf., igualmente, Acórdão do Tribunal Geral de 26.10.2000, *Bayer AG c. Comissão das Comunidades Europeias*, processo n.º T-41/96, Colet. 2000, p. 3383 e Acórdão do Tribunal Geral de 06.07.2000, *Volkswagen AG c. Comissão das Comunidades Europeias*, T-62/98, Colet. 2000, p. 2707.

1706. 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*”³⁷⁰.
1707. 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 tácito³⁷¹.
1708. Como também concluiu o Tribunal do Comércio de Lisboa no caso *Baxter e Glinnt*, “[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”³⁷².
1709. A qualificação e a forma que as empresas participantes atribuam ao acordo é assim irrelevante (abarca até os designados “acordos de cavalheiros”³⁷³), não sendo necessário um contrato formal, escrito, juridicamente válido e vinculativo, nem sendo relevante que o acordo escrito esteja de facto assinado³⁷⁴, pois este “*constitui, assim, a expressão fiel da vontade comum dos membros do acordo sobre o seu comportamento no mercado*”³⁷⁵.

³⁷⁰ Cf. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11.12.2003, *Adriatica di Navigazione SpA c. Comissão*, processo n.º T-61/99, Colet. 2003, p. 5349.

³⁷¹ Na Doutrina, cf. Miguel Gorjão-Henriques/Catarina Anastácio, *Lei da Concorrência - Comentário Conimbricense*, Almedina, 2013, p. 88.

³⁷² Cf. Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 12.09.2011, 4.º Juízo, processo n.º 199/11.0TYLSB (*Baxter e Glinnt*), p. 34.

³⁷³ Na terminologia anglo-saxónica, “*gentlemen’s agreements*”.

³⁷⁴ Cf. Decisão da Comissão Europeia 79/934/CEE de 05.09.1979, *BP Kemi - DDSF*.

³⁷⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 15.07.1970, *ACF Chemiefarma/Commission*, processo n.º 41/69, Colet., 1969-1970, p. 447, parágrafos 106 e seguintes; Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.10.1980, *Van Landewyck e.a./Commission*, processos apensos n.ºs 209 a 215 e 218/78, Colet. 1980-7, p. 3248, parágrafo 86; Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.10.1980, *Van Landewyck e.a./Commission*, processos apensos n.ºs 209 a 215 e 218/78, Colet. 1980-7, p. 3248, parágrafo 86; Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17.12.1991, *Hercules Chemicals/Commission*, processo n.º T-7/89, Colet. 1991, p. 1711, parágrafo 256.

1710. Na verdade pode até tratar-se de um contrato inválido³⁷⁶ à luz da ordem jurídica em que se insere³⁷⁷, bastando que o entendimento alcançado estabeleça o quadro geral dentro do qual as participantes deixarão de atuar com independência, ou mesmo que as empresas participantes tencionassem ignorar ou incumprir o contrato³⁷⁸, ou se tenham considerado forçadas a aderir ao mesmo³⁷⁹, 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.

1711. 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”³⁸⁰.

1712. No que respeita ao conceito de prática concertada, resulta da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça³⁸¹ que este conceito abrange a coordenação informal entre empresas que, não chegando à celebração de uma convenção, substitui os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas.

1713. Refere o Tribunal de Justiça:

“Embora o artigo 85.º [atual artigo 101.º do TFUE] faça a distinção entre “prática concertada” e “acordos entre empresas” ou “decisão de associação de empresas” é com a preocupação de apreender, nas proibições deste artigo, uma forma de coordenação entre empresas que sem se ter desenvolvido até à celebração de uma

³⁷⁶ Inválido independentemente do juízo no âmbito do direito da concorrência.

³⁷⁷ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.01.1990, *Sandoz Prodotti Farmaceutici Spa c. Comissão*, processo n.º C-277/87, Colet. 1990, p. 45.

³⁷⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 29.10.1980, *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 11.07.1989, *SC Belasco e o. c. Comissão*, processo n.º 246/86, Colet. 1989, p. 2117.

³⁷⁹ Cf. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15.03.2000, *Cimenteries CBR SA c. Comissão*, processo n.º T-25/95, Colet. 2000, p. 491.

³⁸⁰ Cf. Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 04.01.2016, 1.º Juízo, processo n.º 102/15.9YUSTR (GPL), p. 159.

³⁸¹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 16.02.1975, *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 31.03.1993, *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.

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*³⁸².

1714.No acórdão *T-Mobile*, o Tribunal de Justiça reforçou que “os conceitos de “acordo”, de “decisões de associações de empresas” e de “prática concertada” incluem, do ponto de vista 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”³⁸³.

1715.No acórdão *Anic Participazioni*, 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”³⁸⁴.

³⁸² Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.07.1972, *Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI) c. Comissão*, processo 48/69, Colet. 1972, p. 205, parágrafos 64 e 65.

³⁸³ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 04.06.2009, *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 05.12.2013, *Solvay SA c. Comissão*, processo n.º C-455/11 P, parágrafo 53.

³⁸⁴ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 08.07.1999, *Comissão c. Anic Participazioni*, 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 14.06.1972, *ICI/Comissão*, processo n.º 48/69, Colect. 1972, p. 205, parágrafo 64.

1716.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 aceção 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 estágio da celebração de uma convenção propriamente dita, substitui cientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas*”³⁸⁵.

1717.Também os tribunais nacionais já se pronunciaram quanto ao conceito de prática concertada, desde logo, o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, no denominado caso da *Restauração coletiva*:

“A prática concertada difere do acordo ou da decisão pelo seu carácter de cooperação informal, não resultante de um ato formal ou de convenção nesse sentido. Daí que não seja necessário haver acordo entre os Administradores ou sequer instruções das empresas aos seus funcionários para que a prática concertada se verifique.

(...) [N]este caso existe uma prática concertada entre empresa com a verificação de quatro elementos: o contacto entre empresas, a cooperação como forma de suprimir o grau de incerteza que existiria no mercado sem o contacto entre empresas, a reciprocidade de comportamentos das empresas e uma restrição de forma sensível da concorrência no todo ou em parte do mercado nacional”³⁸⁶.

1718.Os conceitos de acordo e de prática concertada fornecem assim uma visão meramente subjetiva de duas formas de colusão que partilham da mesma natureza e que apenas se distinguem pela sua intensidade e pelas formas em que se manifestam.

³⁸⁵ 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 14.01.2001, C 11, parágrafo 60.

³⁸⁶ Cf. Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 19.07.2013, 1.º juízo, processo n.º 88/12.1YUSTR (*Restauração coletiva*).

1719. 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.
1720. No caso concreto, conforme demonstrado *supra* na secção 31 da presente Decisão, ao longo de, pelo menos, uma década, a Primedrinks 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 Primedrinks no mercado de distribuição retalhista de base alimentar (cf. parágrafo 1640 da presente Decisão).
1721. 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. secção 31 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).
1722. Em conformidade com a informação recebida, cada uma das empresas de distribuição visadas adaptava o seu comportamento em função do nível de PVP acordado e da calendarização pretendida para o reposicionamento (cf. secção 31 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).
1723. Com efeito, 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 Primedrinks e, indiretamente, com as insígnias concorrentes, com o intuito de contribuir para o objetivo comum de alinhamento do mercado (cf. secção 31.1.1 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).
1724. 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 este, por sua vez, sobre as insígnias desviantes (cf. secções 31.1.1, 31.1.2, 31.1.3 e 31.1.4 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).

- 1725.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.
- 1726.As empresas de distribuição não contactam diretamente entre si, utilizando para esse efeito um “hub”, a Primedrinks, 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. secção 31 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).
- 1727.Tais feixes verticais concretizam-se em contactos diretos e recíprocos entre o fornecedor e cada uma das empresas de distribuição visadas, através dos quais se concertam e coordenam 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 irá praticar em determinada data.
- 1728.É, por conseguinte, deste modo que a Primedrinks 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.
- 1729.Considera-se, portanto, verificado o elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE referente à existência de um concurso de vontades entre as Visadas.

32.3.4.1 Pronúncia das Visadas

- 1730.Em primeiro lugar, as Visadas afirmam que não há prova da existência de um acordo expresso entre as insígnias no sentido do alinhamento de PVP³⁸⁷.

³⁸⁷ Cf. PNI Auchan capítulo IV.2.2; Cf. PNI Pingo Doce páginas 156 e ss.; Cf. PNI ITMP capítulo IV.3. b).

1731. Em segundo lugar, as Visadas alegam que também não há prova da existência de uma prática concertada³⁸⁸.
1732. A Auchan alega que, *“de acordo com o desenho de infração proposto pela AdC (ou com as normas aplicáveis), os vários elementos do tipo exigidos para a verificação da infração não se encontram preenchidos no caso da Auchan. Pelo contrário, são inúmeros os elementos de prova constantes dos autos (e novamente referidos na presente pronúncia) que, de modo inequívoco e sem necessidade de interpretação, provam que a Auchan prosseguia uma política comercial independente e autónoma (face aos fornecedores e aos distribuidores concorrentes)”*.
1733. Mais defende que, mesmo que se verificasse um eventual paralelismo de preços, sempre estaria justificado pela transparência que caracteriza o mercado nacional de retalho alimentar³⁸⁹.
1734. Sustenta ainda que o facto de cada operador determinar de forma autónoma a sua política comercial, não preclude a possibilidade de adaptação inteligente ou paralelismo inteligente de preços de um concorrente face aos demais.
1735. A este propósito, a Auchan apresenta uma resenha da jurisprudência europeia sobre o conceito de prática concertada (referindo os casos *Dyestuffs*³⁹⁰, *Sugar*³⁹¹, *Pioneer*³⁹², *Polypropilene*³⁹³ e *Wood pulp*³⁹⁴) 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

³⁸⁸ Cf. PNI Auchan capítulos IV.1 e IV.2; Cf. PNI Pingo Doce capítulo III, em concreto parágrafo 664 e ss..

³⁸⁹ Cf. PNI Auchan capítulos IV.1 e IV.2.

³⁹⁰ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.07.1972, *Imperial Chemical Industries Ltd c. Comissão*, processo n.º 48/69.

³⁹¹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 16.12.1975, *Suiker Unie c. Comissão*, processo n.º 40/73.

³⁹² Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 07.06.1983, *Musique Diffusion Française c. Comissão*, processo n.º 100/80.

³⁹³ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 08.07.1999, *Hercules Chemicals NV c. Comissão*, processo n.º C-51/92 P.

³⁹⁴ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 31.03.1993, *Ahistrôm Osakeyhtiö e outros c. Comissão*, processo n.º C-89/85.

concorrentes, o que consubstancia um comportamento lícito porque resulta do normal funcionamento do mercado³⁹⁵.

1736.A Auchan alega ainda que, no caso concreto, se constata a total inexistência de contactos entre os concorrentes e a inexistência de qualquer sistema organizado de divulgação de intenções de comportamento comercial, pelo que não resulta provado que os movimentos de preços sejam consequência direta e necessária de uma prática concertada entre a Primedrinks e os distribuidores concorrentes.

1737.Conclui a Auchan que não existe da sua parte qualquer convergência de vontades com as restantes Visadas no sentido de participar na prática que a AdC lhe imputa.

1738.Para a Pingo Doce, *“não resulta dos elementos probatórios apresentados pela AdC que, pelo menos quanto ao Pingo Doce, estejam verificados todos aqueles pressupostos [que têm de se verificar para que estejamos perante o conceito de prática concertada] que, realce-se, são cumulativos”*.

1739.Assim, entende a Pingo Doce que, uma vez que a prática de *“hub and spoke”* se caracteriza por não existirem contactos diretos entre os retalhistas concorrentes, *“torna-se muito mais exigente a alegação de factos que demonstrem o i) contacto entre empresas retalhistas, ii) a cooperação entre estas empresas como forma de suprimir o grau de incerteza que existiria no mercado sem o contacto entre as mesmas, iii) a reciprocidade de comportamentos das empresas”*.

1740.De forma a justificar estas alegadas insuficiências, a Pingo Doce cita diversa jurisprudência e doutrina que, na sua ótica, corroboram que a AdC não demonstrou – e estava obrigada a demonstrar:

- i) Relativamente a um determinado período temporal, em relação ao mesmo produto/mercado relevante e envolvendo as mesmas empresas retalhistas, que ocorreu uma colusão por intermédio do seu fornecedor comum;
- ii) Que o alinhamento entre as empresas de distribuição visadas resulta da partilha de informação não pública, ou de informação sensível que não decorra da normal relação comercial entre distribuidor e fornecedor³⁹⁶;

³⁹⁵ Cf. PNI Auchan capítulo IV.2.2.

³⁹⁶ Uma vez que entende a Pingo Doce que a troca de informações comercialmente sensíveis entre empresas que operam em níveis diferentes da cadeia de produção/distribuição é aceite como fazendo parte da vida comercial habitual daquelas.

- iii) Que essa informação sensível foi transmitida aos concorrentes do distribuidor que a partilhou;
- iv) Que o retalhista transmitente tinha intenção e plena consciência de que essa informação ia ser transmitida aos seus concorrentes (o que dependeria da circunstância de o fornecedor ter informado a Pingo Doce de que teria utilizado as informações deste recebidas para interagir com os seus concorrentes);
- v) Que esse retalhista concorrente efetivamente utiliza essa informação sensível na definição da sua atuação no mercado;
- vi) Que a alegada cooperação da Pingo Doce com os seus concorrentes por intermédio do fornecedor tenha diminuído, ou fosse capaz de diminuir, a incerteza que existiria nos mercados em causa;
- vii) Qual a contribuição do fornecedor para a estabilidade da alegada prática restritiva e quais os incentivos dos retalhistas para se socorrerem do fornecedor como “hub”;
- viii) Que existia qualquer tipo de reciprocidade na alegada troca de informações entre a Pingo Doce e as restantes Visadas, ou que existia qualquer tipo de colusão³⁹⁷;

1741. Finalmente, entende a Pingo Doce que a AdC deve ter em consideração o princípio *in dubio pro reo*, uma vez que “a aplicação deste princípio transversal impõe-se com uma maior acuidade, posto que os indícios apresentados pela AdC são fragmentários e dispersos. O convencimento pela AdC (e pelo tribunal em sede de recurso, no caso de a AdC erradamente decidir adotar uma decisão condenatória) de que determinados factos estão provados só se poderá alcançar quando a ponderação conjunta dos elementos probatórios disponíveis permitirem excluir qualquer outra explicação lógica e plausível, o que não é o caso”³⁹⁸.

1742. A ITMP, por sua vez, defende que “a conduta só é punível se o agente tiver intenção de realizar o objeto previsto no tipo legal, ou se se tiver conformado com aquela realização (Art. 14.º/CP). Por conseguinte, como decorre dos autos de inquérito, a visada ITMP não participou - e era impossível participar - em qualquer acordo ou comportamento

³⁹⁷ Uma vez que entende a Pingo Doce que (i) a transmissão da informação comercialmente sensível entre os retalhistas (por via do fornecedor); e (ii) a respetiva consciência da sua finalidade anticoncorrencial por parte dos retalhistas, tem de ser bidirecional.

³⁹⁸ Cf. PNI Pingo Doce parágrafos 739 a 742.

*concertado com os objetivos atentatórios da concorrência, que constituem a infração legalmente prevista. Nem, de qualquer modo, seria possível participar em qualquer comportamento colusório com o objeto previsto na infração que lhe é imputada, como resulta do exposto*³⁹⁹.

32.3.4.2 Apreciação da Autoridade

1743. Na Nota de Ilícitude, a Autoridade concluía que os elementos de prova analisados, pormenorizadamente descritos na secção 31 da presente Decisão, revelavam indícios suficientemente sérios, precisos e concordantes de que, ao longo de cerca de uma década, a Primedinks e as empresas de distribuição visadas foram adaptando o seu comportamento em função de um objetivo comum de alinhamento dos PVP, mediante uma cooperação prática que lhes permitiu substituir os riscos da concorrência entre elas.
1744. Analisada a pronúncia das Visadas, em confronto com a matéria de facto considerada provada na presente Decisão e com a prova que a esteia, a Autoridade confirma a posição assumida na Nota de Ilícitude e acima retomada, pelas razões a seguir indicadas.
1745. Desde logo, em primeiro lugar, reitera-se que no âmbito do direito da concorrência a noção de *concurso ou 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, obrigando-se uma parte a determinada conduta ou eliminando-se a incerteza sobre ela.
1746. Em segundo lugar, a coordenação poderá ser expressa ou tácita; ou seja, do comportamento das partes poderão resultar indícios de que estas deixaram de atuar com independência, sem necessidade de se demonstrar que se comprometeram expressa e verbalmente nesse sentido.
1747. Em terceiro lugar, considera-se que existe *concurso ou consenso de vontades* caso os elementos de prova sejam suscetíveis de demonstrar que as empresas em causa substituíram efetivamente os riscos da concorrência por uma cooperação prática entre elas.

³⁹⁹ Cf. PNI ITMP parágrafos 328 a 330.

- 1748.No caso concreto, tal como referido na Nota de Ilícitude, não obstante não constar do acervo probatório do processo qualquer contrato/acordo em sentido estrito, estabelecido expressa e diretamente, por escrito, entre as empresas de distribuição visadas, a verdade é que a prova demonstra que as Visadas implementaram um esquema de entendimento e cooperação que eliminou o que deveria ser a independência, autonomia e a capacidade das empresas de distribuição visadas determinarem os PVP e demais condições comerciais aplicáveis à venda dos produtos da Primedrinks desde, pelo menos, maio de 2007, até, pelo menos, maio de 2017 (cf. secção 31 da presente Decisão).
- 1749.Por um lado, os comportamentos das Visadas revelam que estas desenvolveram condutas que, conjuntamente, resultaram na existência de um longo e contínuo processo de fixação dos PVP dos produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks, com o intuito de garantir o alinhamento horizontal dos PVP no mercado de distribuição retalhista de base alimentar (cf. secção 31 da presente Decisão).
- 1750.Ora, ao longo de pelo menos uma década, as empresas de distribuição visadas tiveram acesso a informação relativa ao posicionamento (*price point*) pretendido pelo fornecedor para os produtos por si comercializados/distribuídos, à calendarização para o reposicionamento e à intenção de cada empresa de distribuição concorrente em alinhar (ou não) o seu comportamento em concordância (v.g. os elementos descritos nos parágrafos 833 a 844, 871 a 875, ou ainda 897 a 903 *supra*).
- 1751.Ou seja, ao longo de todo esse período, cada uma dessas empresas de distribuição vem tendo acesso, através do fornecedor, e numa base regular, praticamente quotidiana, a informação com carácter estratégico de concorrentes no que respeita aos produtos comercializados por esse mesmo fornecedor, designadamente quais os PVP que devem efetivamente ser praticados no mercado quer por si, quer pelas suas concorrentes para um conjunto determinado de produtos (cf. secção 31 da presente Decisão).
- 1752.Com efeito, ficou provado que as orientações sobre preços e descontos que eram transmitidas a maior parte das vezes por escrito, via mensagem de correio eletrónico, pela Primedrinks às empresas de distribuição visadas, a que as Visadas atribuem o significado de meras recomendações ou orientações aplicáveis à estratégia comercial da própria Primedrinks, eram na realidade verdadeiros PVP, previamente definidos em

conjunto com o objetivo de serem implementados de forma alinhada em determinadas datas (v.g. parágrafos 918 a 921, 924 a 929 ou ainda 1362 a 1366 da presente Decisão).

1753. Para além de concertarem o seu comportamento em função do plano de ação comum, a prova demonstra ainda que as Visadas implementaram um sistema de controlo e monitorização sobre os PVP efetivamente praticados, confrontando o fornecedor com eventuais desvios, pressionando-o para que este atuasse junto das empresas de distribuição concorrentes desviantes, garantindo a correção dos desvios e o alinhamento horizontal dos PVP no mercado, chegando mesmo a dirigir ameaças mútuas quando era detetado um incumprimento do nível de preços concertado (v.g. corte de fornecimento ou de descontos, do lado do fornecedor; emissão de notas de crédito correspondentes à diferença entre o preço concertado e o preço mais baixo observado em caso de desvio, corte nas compras ou no portefólio, do lado das insígnias) (cf. secções 31.1.3 e 31.1.4 da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

1754. Aliás, as Visadas têm colaboradores cuja função é efetuar essa monitorização de PVP *in loco*, sendo presença diária nas instalações das empresas de distribuição visadas, chegando mesmo os colaboradores da Primedrinks a comprar os produtos em causa, para obter talões de compra, que posteriormente fotografam/digitalizam e são enviados para as empresas de distribuição concorrentes, servindo de comprovativo de que determinado PVP está efetivamente a ser praticado (i.e., já foi corrigido ou precisa de ser retificado).

1755. Recorde-se o documento Primedrinks185, melhor descrito *supra* nos parágrafos 1148 a 1150:

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 17 de Abril de 2012 17:26
To: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping

[REDACTED]

Tal como lhe disse ao telefone, ITMI Mafra já está ok.
Restantes lojas são situações pontuais que estamos atentos e empenhados em resolver.
Obrigada!

MC,
[REDACTED]

1756. Sendo enviado em anexo o seguinte talão comprovativo do descrito na mensagem:

MAFRA	
SODIMAFRA SUPERMERCADOS LDA	
R. Alameda Coutinho N.º 2640-487 MAFRA	
Telefone: 261816130 Fax: 261812637	
Nif-504.077.740 Reg. Cons. n.º 1987	
	Preço IVA
WHISKY GRANT'S NOVO	Eur10,49 B
VHT ALANDRA 0.75L	Eur1,99 D
ASTI GARCIA 0.75L	Eur5,99 B
VHT D.ERMELINDA RES.	Eur6,99 D
VVR CASAL GARCIA 0.7	Eur3,29 D
VHT VOPRO ALENT.ESPO	Eur15,99 D
VHT VINHA DA DEFESA	Eur5,99 D
WHISKY FAMOUS GROUSE	Eur13,49 B
VHT HERDADE GROSS O.	Eur9,99 D
VHT MONTE VELHO 0.75	Eur4,49 D
VHB MONTE VELHO 0.75	Eur3,89 D
VVB CASAL GARCIA 0.7	Eur3,29 D
12 Art., COM TOTAL DE	Eur85,88
NUMERARIO	Eur84,24
MULTIBANCO	Eur1,64
TROCO	Eur0,00
NUMERARIO	Eur0,00
RECAPITULATIVO DIA	
COD. TAXA	Ilícito DIA Líquido

1757. Por outro lado, o comportamento das empresas de distribuição visadas revela que estas adaptavam o seu comportamento em função da informação relativa ao posicionamento futuro das suas concorrentes que lhes é transmitida pelo fornecedor e transmitem ao fornecedor informação relativa ao seu posicionamento futuro de PVP com a intenção expressa de que o fornecedor transmita essa mesma informação às suas concorrentes, cumprindo, na grande maioria dos casos e por via de regra, os preços “recomendados” pela Primedrink (cf. parágrafos 1309, 1310 e 1311 da presente Decisão).
1758. 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 Primedrink.
1759. Ficou ainda provado que todas as empresas envolvidas (Primedrink e empresas de distribuição visadas) tinham plena consciência deste “modus operandi”.
1760. Na realidade, as empresas de distribuição visadas assentiam expressamente quanto aos PVP pré-fixados pela Primedrink e indicavam a data em que iam implementar a

mudança, de forma livre, espontânea e esclarecida, no único pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias nos movimentos de fixação conjunta dos PVP, nos termos da informação que lhes era transmitida pelo fornecedor (cf. secção 31 da presente Decisão).

1761. Recorde-se o documento MCH1349, melhor descrito *supra* nos parágrafos 833 a 842:

From: [REDACTED]
Sent: segunda-feira, 3 de Janeiro de 2011 14:41
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: Subida de PVP's

Boa tarde [REDACTED]

Com a entrada da nova tabela de preços e do novo ano, a Primedrinks solicitou-nos o alinhamento dos nossos PVP's para os PVP's que actualmente recomendamos por forma a conseguirem também que o mercado acompanhe a sua subida.

Aguardamos a sua validação.

I.A.B.A. EUR	IVA		Artigo	PVP
CHAMPAGNE				
0.000	23%		PIPER HEIDSIECK	35.99 €
ESPUMANTES				
0.000	23%		ASTI GANCIA	5.49 €
0.000	23%		ASTI GANCIA CLUSTER 4x20 CL	9.29 €
0.000	23%		Espumante Herdade Esporão	9.99 €
AGUARDENTES VELHAS				
2.756	23%		ADEGA VELHA	49.99 €
COGNAC				
2.826	23%		RÉMY MARTIN VSOP	37.49 €
SCOTCH WHISKIES				
3.038	23%		BALVENIE DOUBLEWOOD 12 ANOS	43.79 €
2.826	23%		GLENFIDDICH SPECIAL RES. 12 ANOS	25.99 €
2.826	23%		GLENFIDDICH 15 ANOS	38.19 €
2.826	23%		GLENFIDDICH 18 ANOS	51.49 €
2.826	23%		GRANT'S CASK SELECTION PREMIUM 12	18.39 €
2.826	23%		GRANT'S	9.99 €
4.037	23%		GRANT'S LITRO	13.79 €
12.112	23%		GRANT'S 3 LITROS	55.49 €
2.826	23%		THE FAMOUS GROUSE	12.99 €
2.826	23%		THE FAMOUS GROUSE 12 ANOS	24.99 €
2.826	23%		THE FAMOUS GROUSE BLACK	15.99 €
2.826	23%		THE FAMOUS GROUSE PORTWOOD	14.99 €
2.826	23%		CLAN MACGREGOR	8.29 €
LICORES				
1.413	23%		PISANG AMBON	11.19 €
1.413	23%		PISANG AMBON G.LIME	11.19 €
2.826	23%		COINTREAU	17.39 €
2.523	23%		GOLD STRIKE	12.79 €
1.484	23%		BOLS BLUE	11.09 €
1.201	23%		BOLS IOGURTE	9.99 €
BITTERS / OUTROS				
2.685	23%		VODKA MOSKOVSKAYA 38° 700ML/1	9.99 €
2.826	23%		VODKA STOLICHNAYA RED 40° 700ML/1	12.99 €

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 4 de janeiro de 2011 11:42
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Subida de PVP's

Bom dia,

Venho reforçar o email da Isabel nomeadamente para o artigo

2.826	23%		GRANTS		9.99 €
-------	-----	--	--------	--	--------

Uma vez que a Primedrinks tem o alinhamento combinado para amanhã a nível nacional.

Desta forma agradeço uma resposta para poder subir o PVP.

Desde já agradeço a atenção dispensada.
Aguardo a sua validação.

Obrigada.

Cumprimentos

[REDACTED]
Analista de Preço
Vinhos Sul, Vinhos Norte e Fortificados

[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 4 de Janeiro de 2011 12:58
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: FW: Subida de PVP's

[REDACTED]

Desta vez só depois do PDoce subir.

Atentamente,

[REDACTED]

[REDACTED]

From: [REDACTED]
Sent: terça-feira, 4 de Janeiro de 2011 15:56
To: [REDACTED]
Subject: FW: Subida de PVP's
Importance: High

Boa tarde [REDACTED]

Como sabe o PD apenas terá em consideração o alinhamento de mercado se nós, o maior operador, o fizermos. Estancando esta possibilidade de subida de PVP, e face às variáveis de IVA e IEC, não me restará nada mais do que fechar o artigo das nossas lojas (este é o actual líder de vendas nos whiskies novos). Como tem bem presente, a PrimeDrinks convergiu praticamente sempre no sentido dos valores solicitados e actualmente estamos a fragilizar a nossa posição perante eles. Solicito que nos dê autorização de uma semana para manutenção do PVP Recomendado indicado e, no caso deste não estabilizar, efectuemos um novo alinhamento face ao preço de mercado. Actualmente já detemos AUCHAN a praticar o preço reg.

Aguardo as suas indicações

Obrigado

Melhores cumprimentos / Best Regards

[REDACTED]
Gestor comercial bebidas espirituosas e espumantes
[REDACTED]

1762. 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, sendo inequívoca a expectativa da parte das insígnias quanto ao posicionamento dos PVP no mercado, o que permitiu reduzir o risco da pressão concorrencial e a incerteza normalmente associada ao comportamento estratégico de um concorrente.
1763. 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 relativa ao posicionamento futuro de PVP dos produtos da Primedrink e à calendarização de sucessivos movimentos de alinhamento e subida conjunta no mercado de distribuição retalhista alimentar português, 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 TFUE.
1764. Não pode a AdC deixar de referir, também, 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.
1765. 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.
1766. Em segundo lugar, como exposto em secções 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. secções 30 e 31.1 e 31.1.3.2 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).

1767. Para além disso, não obstante a ocorrência dos referidos 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 em função do plano de ação comum, adaptando o seu comportamento em função de uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes (cf. secção 31.1.3 *supra* da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).
1768. 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. secção 31 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).
1769. A Autoridade não pode ainda deixar de referir que a conclusão da existência de tal cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes também não é afastada pela matéria de facto que revela diferenças entre as Visadas quanto ao tipo de envolvimento ou ao grau de participação na prática investigada (cf. secção 31.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).
1770. Quanto ao grau de participação das Visadas, as respetivas diferenças decorrem do maior ou menor envolvimento de cada empresa de distribuição visada em cada comportamento analisado, conforme evidenciado pela prova junta aos autos.
1771. No entanto, as diferenças verificadas quanto ao grau de participação de cada empresa de distribuição visada não são suscetíveis de afastar a demonstração da participação de todas na cooperação prática que elimina a incerteza quanto ao comportamento das insígnias concorrentes, para além de que não existem elementos de prova que demonstrem que qualquer uma das Visadas se tenha expressamente e de forma efetiva distanciado da prática ou adotado quaisquer comportamentos para lhe pôr termo, resultando demonstrada a existência de um objetivo comum entre todas as Visadas (cf. secção 31 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).
1772. Finalmente, também é verdade que a matéria de facto considerada provada não inclui a demonstração da existência de um paralelismo de preços no mercado de retalho alimentar português durante o período de tempo em que ocorreu a prática investigada.

1773. Sucede que a Autoridade não procedeu a essa análise, nem tinha de o fazer no contexto da apreciação da infração em causa no âmbito do direito da concorrência, na medida em que, como se demonstrará *infra*, ocorreu uma infração por objeto baseada em prova de uma colusão explícita que tinha por objecto o alinhamento dos preços entre as insígnias visadas ao nível de PVP indicado pela Primedrinks, tornando desnecessária para a respetiva qualificação uma análise dos efeitos produzidos (cf. secção 32.3.5 da Decisão).
1774. 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, bem como uma clara expectativa quanto a essa mesma paridade de PVP (cf. secções 31.1.2 e 31.1.3 da presente Decisão, a propósito dos reportes de *shopping* trocados mutuamente entre as empresas de distribuição visadas e a Primedrinks).
1775. Independentemente de essa paridade de preços verificada poder, em tese e noutras circunstâncias, em especial na ausência da abundante prova de contactos diretos e indiretos entre as Visadas que consta dos autos, resultar de uma 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, nomeadamente do conhecimento de informação estratégica relativa aos referidos PVP.
1776. Por conseguinte, a Autoridade conclui que as empresas de distribuição visadas implementaram, através do fornecedor Primedrinks, 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 os PVP de forma concorrencial, 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, pelo menos, maio de 2007, até, pelo menos, maio de 2017.
1777. A Autoridade considera, portanto, improcedente a pronúncia das Visadas nesta matéria, dando por preenchido 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.

32.3.5 Objeto restritivo da concorrência

1778.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 concorrência⁴⁰⁰.

1779.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*”⁴⁰¹.

1780.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.

1781.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 concorrência⁴⁰².

1782.Com efeito, determinadas formas de coordenação entre empresas revelam um tal grau de perniciosidade para a concorrência, e são de tal modo suscetíveis de produzirem resultados negativos, que se considera não ser necessário examinar os seus efeitos concretos no mercado. Tal deve-se ao facto de 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 consumidores⁴⁰³.

1783.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,

⁴⁰⁰ 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.

⁴⁰¹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.06.1966, *Société Technique Minière (L.T.M.) e Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)*, processo n.º 56/65, Colet. 1965-1968, p. 381.

⁴⁰² Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.11.2008, *Beef Industry Development and Barry Brothers (BIDS)*, processo n.º C-209/07, parágrafos 16 e 17; Acórdão do Tribunal de Justiça de 01.02.1978, *Miller c Comissão Europeia*, processo n.º C-19/77, parágrafo 7.

⁴⁰³ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.06.1966, *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 14.03.2013, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e o. c. Gazdasági Versenyhivatal*, processo n.º C-32/11, parágrafo 34.

que seja concretamente apto a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

1784. É esta a jurisprudência unânime do Tribunal de Justiça⁴⁰⁴, 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”⁴⁰⁵ (sublinhados da Autoridade).

1785. 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

⁴⁰⁴ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 06.10.2009, *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 04.06.2009, *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 04.10.2011, *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 13.10.2011, *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, processo n.º C-439/09, Colet. 2011, p. 9419, parágrafo 34; e Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.12.2012, *Expedia Inc. c. Autorité de la Concurrence e o.*, processo n.º C-226-11.

⁴⁰⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.09.2014, *Groupement des cartes bancaires c. Comissão*, processo n.º C-67/13, parágrafos 49 e 50; cf., igualmente, Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.11.2008, *Beef Industry Development and Barry Brothers (BIDS)*, processo n.º C-209/07, parágrafo 15; Acórdão do Tribunal de Justiça de 30.01.1985, *Bureau national interprofessionnel du cognac c. Guy Clair*, processo n.º C-123/83, Colet. 1985, p. 391, parágrafo 22.

autoridades de concorrência tenham necessidade de proceder à análise dos seus efeitos.

1786.É certo que, no referido acórdão *Cartes Bancaires*, o Tribunal de Justiça refere também que, “[p]ara apreciar se uma coordenação entre empresas é por natureza prejudicial ao bom funcionamento do jogo normal da concorrência, importa (...) tomar em consideração qualquer elemento pertinente, tendo em conta, designadamente, a natureza dos serviços em causa, bem como as condições reais de funcionamento e da estrutura dos mercados, relativo ao contexto económico ou jurídico em que a referida coordenação se insere, independentemente de esse elemento ser ou não abrangido pelo mercado relevante”⁴⁰⁶.

1787.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 do presente caso, 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.

1788.A este respeito, importa reter as Conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet, apresentadas em 25.06.2015 no âmbito do processo n.º C-373/14 P, *Toshiba Corporation c. Comissão*, que procurou interpretar a orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça expressa no acórdão *Cartes Bancaires*⁴⁰⁷ de acordo com a

⁴⁰⁶ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.09.2014, *Groupement des cartes bancaires c. Comissão*, processo n.º C-67/13, parágrafos 53 e 78; cf., igualmente, Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.03.2013, *Allianz Hungária Biztosító Zrt. e o. c. Gazdasági Versenyhivatal*, processo n.º C-32/11, parágrafos 36 e 37 e jurisprudência referida.

⁴⁰⁷ 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 25.06.2015, 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 27.03.2014, no processo n.º C-67/13 P,

jurisprudência estabilizada do mesmo Tribunal quanto à matéria, considerando que “o critério jurídico essencial para determinar se uma coordenação entre empresas comporta tal restrição da concorrência ‘por objetivo’ reside na constatação de que essa coordenação apresenta, em si mesma, um grau suficiente de nocividade para a concorrência. Concretamente, considero que a experiência acumulada desde há mais de sessenta anos autoriza, doravante, que se considere que as hipóteses previstas no artigo 101.º, n.º 1, TFUE respondem à exigência de nocividade intrínseca. Entender a enumeração desta disposição como o “núcleo duro” das restrições da concorrência por objetivo responde ao duplo imperativo que decorre da jurisprudência do Tribunal de Justiça e que pretende, por um lado, que os tipos de acordos enunciados no artigo 101.º, n.º 1, TFUE não formem uma lista taxativa dos conluíus proibidos, ao mesmo tempo que precisa, por outro lado, que o conceito de restrição da concorrência por objetivo não pode ser interpretado de maneira extensiva”⁴⁰⁸ (sublinhados da Autoridade).

1789. Na linha da jurisprudência do Tribunal de Justiça, também a Comissão Europeia distingue quais as formas de coordenação que consubstanciam tipicamente restrições por objeto.

1790. 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”⁴⁰⁹.

Groupement des cartes bancaires c. Comissão, parágrafos 46 e 47: “Afigura-se que a jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal Geral, ao recordar a distinção entre os dois tipos de restrições previstas no artigo 81.º, n.º 1, CE, foi, até certo ponto, fonte de interpretações divergentes, ou mesmo de confusão. Com efeito, algumas orientações jurisprudenciais parecem ter dificultado a necessária distinção entre o exame do objetivo anticoncorrencial e a análise dos efeitos concorrenciais dos acordos entre as empresas. De facto, em alguns processos, a consideração do contexto assemelha-se a uma verificação real dos efeitos potenciais das medidas em causa”.

⁴⁰⁸ Cf. Conclusões do Advogado-Geral Melchior Wathelet, apresentadas em 25.06.2015, 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 20.01.2016, *Toshiba Corporation c. Comissão*, processo n.º C-373/14 P, parágrafos 23 a 26.

⁴⁰⁹ 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 14.01.2011, C 11/1, parágrafo 24.

1791. Também nas Orientações da Comissão Europeia relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º do TFUE, a Comissão considera mesmo existir uma presunção de que estas práticas restringem a concorrência na medida em que se trata “*de restrições que, à luz dos objetivos prosseguidos pelas regras comunitárias da concorrência, têm um elevado potencial em termos de efeitos negativos na concorrência e relativamente às quais não é necessário, para efeitos da aplicação do n.º 1 do artigo 81.º, demonstrar os seus efeitos concretos no mercado. Esta presunção baseia-se na natureza grave da restrição e na experiência que demonstra ser provável que as restrições da concorrência por objetivo tenham efeitos negativos no mercado e contrariem os objetivos das regras comunitárias da concorrência. (...) No caso dos acordos horizontais, as restrições da concorrência por objetivo incluem a fixação dos preços, a limitação da produção e a partilha de mercados e clientes”⁴¹⁰ (sublinhado da Autoridade).*

1792. 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 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

⁴¹⁰ Cf. Comunicação da Comissão “Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado”, JO de 27.04.2004, C 101, parágrafo 23.

*retirada do benefício da isenção por categoria, que a Comissão considera que constituem, regra geral, restrições por objeto*⁴¹¹.

1793. 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.

1794. 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 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 cometida⁴¹².

1795. A título de exemplo, veja-se ainda 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.

⁴¹¹ 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 30.08.2014, C 291/01, parágrafos 2 e 13.

⁴¹² Cf. Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 09.12.2005, 2.º Juízo, processo n.º 1307/05.6TYLSB (*Ordem dos Médicos Dentistas*), p. 24 a 27; Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 12.01.2006, 3.º Juízo, processo n.º 1302/05.5TYLSB (*Ordem dos Médicos Veterinários*); Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 18.01.2007, 3.º Juízo, processo n.º 851/06.2TYLSB (*Ordem dos Médicos*), p. 35; Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 10.08.2007, 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 25.11.2008, 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 15.12.2010, 3.ª Secção, processo n.º 350/08.8TYLSB.L1 (*Abbott, Menarini e o.*), p. 161 a 167.

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”⁴¹³ (sublinhado da Autoridade).

1796.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.

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.”⁴¹⁴ (sublinhado da Autoridade)

1797.Mais recentemente, 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*

⁴¹³ Cf. Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 24.05.2012, processo n.º 18/12.0YUSTR, p. 69 e 70.

⁴¹⁴ Cf. Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 04.02.2015, processo n.º 38/13.8YUSTR, p. 147, confirmada pelo acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, 9.ª secção, de 19.11.2015.

necessária para efeitos de verificação de um objeto anticoncorrencial e de um efeito anticoncorrencial é de rejeitar”⁴¹⁵.

- 1798.É, por conseguinte, à luz da referida jurisprudência europeia e nacional e da prática decisória da Comissão Europeia, da Autoridade da Concorrência e das autoridades da concorrência de diversos Estados-Membros, que se compreende que a factualidade descrita no presente caso consubstancia 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.
- 1799.Na Nota de Ilícitude, a Autoridade concluía que os elementos de prova analisados, pormenorizadamente descritos na secção 31 da presente Decisão, revelavam indícios suficientemente sérios, precisos e concordantes da existência de uma fixação (indireta) de PVP com vista ao alinhamento horizontal dos PVP dos produtos comercializados/distribuídos pela Primedrink no mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, em que estiveram envolvidas todas as empresas Visadas.
- 1800.A prova analisada revela que, com o intuito de realizar alinhamentos conjuntos de PVP de mercado, essencialmente no sentido de subida, as empresas de distribuição visadas utilizavam o seu relacionamento com o fornecedor (bem como o relacionamento do fornecedor com insígnias concorrentes) para fixar um determinado posicionamento futuro de PVP, promovendo assim, entre elas e em conjunto com o fornecedor, a concertação dos PVP dos produtos deste último no mercado de distribuição retalhista de base alimentar.
- 1801.A prática de fixação (indireta) de preços de venda, a prática descrita revela 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 se atribuem a este tipo de comportamento anticoncorrencial, atentas a jurisprudência e a prática decisória existentes.

32.3.5.1 Prática de fixação indireta de preços (dita de “hub and spoke”)

- 1802.O referencial em toda a jurisprudência e prática decisória nacional e europeia sobre o conceito de acordo ou prática concertada proibida consiste, precisamente, no princípio

⁴¹⁵ Cf. Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 04.01.2016, 1.º Juízo, processo n.º 102/15.9YUSTR (GPL), p. 174.

de que cada agente económico deve determinar a sua política comercial de modo independente.

1803. Nesse sentido, qualquer fixação e/ou alinhamento dos preços de venda potencia, por si só, a redução da incerteza quanto ao comportamento concorrencial dos concorrentes, sendo, nessa medida, o critério chave para a aferição da existência ou inexistência de uma infração ao direito da concorrência, verificadas as demais condições normativas para o efeito.
1804. A jurisprudência nacional e europeia é unânime a considerar que uma fixação (direta ou indireta) dos preços de venda (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.
1805. No direito da concorrência, esta prática de fixação e alinhamento dos PVP entre empresas concorrentes, por intermédio do fornecedor, tem natureza híbrida (porquanto apresenta características simultaneamente verticais e horizontais), sendo designada na terminologia anglo-saxónica de “*hub and spoke*”, e traduzindo uma prática concertada que é equiparada pela doutrina e jurisprudência a um tradicional *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 contatarem diretamente entre si, utilizando para esse efeito um “*hub*”, neste caso, o referido fornecedor comum).
1806. Com efeito, é a empresa que se encontra no nível superior da cadeia de distribuição (o fornecedor – o “*hub*”) que, através de um conjunto reiterado 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.
1807. 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.
1808. Nas suas Orientações relativas às restrições verticais, a Comissão 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*⁴¹⁶ (sublinhado da Autoridade).

1809. Por outras palavras, mesmo que se considerasse estar apenas em causa uma prática de imposição ou fixação vertical dos PVP por parte do fornecedor, sempre teria de se ter em conta que, no presente caso, esta prática cria condições de atuação no mercado de distribuição retalhista de base alimentar que não correspondem às normais condições de funcionamento de um mercado concorrencial.
1810. Esta prática tem influência direta na formação dos preços de venda a praticar por todas as empresas de distribuição visadas (e não apenas pela empresa de distribuição que contactou diretamente com o fornecedor), designadamente diminuindo o risco associado a um comportamento concorrencial e contribuindo para estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover a estabilidade e o alinhamento horizontal dos PVP no mercado retalhista⁴¹⁷.
1811. A particularidade desta prática concertada consiste 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 as insígnias, através de um conjunto alargado de feixes de comunicação verticais, em que o fornecedor veicula informação relativa ao nível de PVP pretendido e à calendarização para o

⁴¹⁶ Cf. Comunicação da Comissão “*Orientações relativas às restrições verticais*”, JO de 19.05.2010, C 130/1, parágrafo 224.

⁴¹⁷ Especificamente no que concerne à gravidade da prática de imposição de PVP, decorre da alínea a) do artigo 4.º do Regulamento n.º 330/2010 (Regulamento de isenção por categoria) que os “*acordos verticais que, direta ou indiretamente, isoladamente ou em combinação com outros fatores que sejam controlados pelas partes, que tenham por objecto a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda (...) em resultado de pressões ou de incentivos oferecidos por qualquer uma das partes*” são consideradas restrições graves (*hardcore restrictions*) da concorrência, que implicam a retirada do benefício de isenção por categoria – cf. Regulamento (EU) n.º 330/2010 de 20.04.2010, 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 23.04.2010, L 102/1.

reposicionamento pelas várias empresas de distribuição visadas, tendo por consequência o alinhamento horizontal dos PVP no mercado retalhista.

1812.No âmbito da jurisprudência europeia, importa referir os casos *Treuhand I*⁴¹⁸ e *AC Treuhand II*⁴¹⁹, *Eturas*⁴²⁰ e *VM Remonts*⁴²¹.

1813.Os dois primeiros casos versam sobre o papel assumido por uma empresa de consultadoria suíça que, apesar de não estar ativa nos mercados em que ocorreu a infração foi, ainda assim, condenada pelo seu papel de *facilitador* da prática restritiva da concorrência em causa (cartel), nomeadamente por *"organizar múltiplas reuniões a que assistiu e nas quais participou ativamente, recolhendo e fornecendo aos produtores de estabilizadores térmicos dados sobre as vendas dos mercados em causa, propondo-se atuar enquanto moderadora em caso de tensão entre os referidos produtores e incentivando-os a chegarem a compromissos, e isto em troca de remuneração"*⁴²².

1814.No respetivo acórdão, o Tribunal de Justiça estabeleceu os critérios que a Comissão Europeia (e, por inerência, as autoridades da concorrência nacionais) terá de provar para demonstrar a participação de uma empresa numa infração deste tipo: (i) existência de um objetivo comum, prosseguido pelo conjunto de participantes; (ii) intenção, por parte dos participantes, de contribuir, através do seu próprio comportamento, para o objetivo comum; e (iii) conhecimento, por parte dos participantes, 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 risco⁴²³.

1815.Recentemente, no acórdão *Eturas*, o Tribunal de Justiça considerou as condições necessárias para que, no caso, várias agências de viagens fossem responsabilizadas por uma prática concertada de natureza horizontal, operada por intermédio de um fornecedor comum, um sistema de reservas em linha. Em essência, as agências de

⁴¹⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 08.07.2008, *AC-Treuhand AG c. Comissão*, processo n.º T-99/04, Colet. 2008, p. 1501.

⁴¹⁹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 22.10.2015, *AC-Treuhand AG c. Comissão*, processo n.º C-194/14 P.

⁴²⁰ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.01.2016, *Eturas UAB e outros c. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba*, Processo n.º C-74/14.

⁴²¹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 21.07.2016, *SAI VM Remonts e outros c. Konkurences padome*, Processo n.º C/542/14.

⁴²² Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *AC-Treuhand AG c. Comissão* supra citado, p. 37.

⁴²³ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *AC-Treuhand AG c. Comissão* supra citado, p. 30.

viagens utilizavam o mesmo sistema de reservas de viagens em linha (*E-TURAS*), que era integrado nas páginas eletrônicas das agências através de aquisição de licenças junto da *UAB Eturas* (titular da *E-TURAS*). A prática investigada no caso diz respeito a uma coordenação entre as empresas relativa aos descontos praticados pelas agências de viagens na sequência do envio de uma mensagem do diretor da *UAB Eturas*, na qual este lhes pedia que votassem a redução geral da taxa dos descontos concedida dentro de um determinado intervalo de valores e a subsequente introdução de uma restrição tecnológica em virtude da taxa de desconto concordada. Importa realçar que não existia qualquer cláusula quanto à possibilidade de o administrador alterar os preços dos serviços apresentados pelas agências de viagens que utilizavam o sistema, nos respetivos contratos.

1816. Neste contexto, o Tribunal de Justiça declarou que “o artigo 101.º, n.º 1, TFUE, deve ser interpretado no sentido de que (...) se pode presumir que, a partir do momento em que tiveram conhecimento da mensagem enviada pelo administrador do sistema, os referidos operadores participaram numa prática concertada na aceção da referida disposição [101.º, n.º 1 TFUE], se não se distanciaram publicamente dessa prática, não a denunciaram às entidades administrativas ou não apresentaram outras provas para ilidir esta presunção, como a prova de uma aplicação sistemática de um desconto superior à limitação em causa⁴²⁴.

1817. Já o caso VM Remonts surgiu na sequência de um concurso para fornecimento de produtos alimentares a estabelecimentos de ensino, tendo três empresas apresentado as suas propostas. Para o fazer, uma das empresas (*Partikas kompanija*) recorreu a uma empresa de assessoria jurídica. Essa empresa, por sua vez, recorreu a uma empresa subcontratante. A empresa subcontratante comprometeu-se, sem informar a primeira proponente (*Partikas*), a elaborar as propostas das outras duas proponentes e, para o fazer, baseou-se na proposta da primeira proponente (*Partikas*). Em concreto, no caso, foram questionados quais os requisitos necessários para se poder responsabilizar a primeira proponente (*Partikas*) por uma prática concertada assente em atos de um prestador de serviços independente.

1818. A este respeito, o Tribunal de Justiça recordou que “uma empresa pode ser responsabilizada por acordos ou práticas concertadas com um objeto anticoncorrencial,

⁴²⁴ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *Eturas supra* citado, p. 50.

*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 perspectivados ou postos em prática por outras empresas na prossecução dos mesmos objetivos ou os podia razoavelmente prever e estava pronta a aceitar o risco*⁴²⁵. (sublinhado da Autoridade).

1819. 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”⁴²⁶.

1820. Recorde-se que já em 1988, o Tribunal de Justiça, no acórdão *Erauw-Jacquery*, veio reconhecer os efeitos horizontais produzidos por um conjunto de restrições verticais similares. Neste sentido, considerou que “[o] n.º 1 do artigo 85.º do Tratado [atual n.º 1 do artigo 101.º do TFUE] indica expressamente como incompatíveis com o mercado comum os acordos que consistam “em fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de venda, ou quaisquer outras condições de transacção”. Segundo o despacho de reenvio, a recorrente no processo principal celebrou com outros negociantes preparadores contratos de teor idêntico ao do contrato impugnado, o que confere a estes contratos os mesmos efeitos que um regime de preços fixados por um acordo horizontal. Em tais circunstâncias, uma cláusula deste tipo tem por objectivo e por efeito restringir a concorrência no mercado comum”⁴²⁷ (sublinhado da Autoridade).

1821. Não é apenas na jurisprudência da União Europeia que a prática dita de “hub and spoke” encontra ecos.

1822. 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”⁴²⁸.

⁴²⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *VM Remonts* *supra* citado, p. 29.

⁴²⁶ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça *VM Remonts* *supra* citado, p. 31.

⁴²⁷ 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.

⁴²⁸ 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 BMW, Inc. v. BMW of North America, Inc.*

1823. Porém, a mais recente data já de 2011, no âmbito de um processo em que o OFT considerou que alguns das maiores cadeias de supermercado inglesas tinham ilicitamente trocado informações relativas aos preços a praticar no que respeita a produtos lácteos.
1824. 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.
1825. Com exceção da *Tesco*, todos os fornecedores e retalhistas admitiram as infrações que lhes foram imputadas, tendo consequentemente sido adotadas decisões de transação. Após recurso da *Tesco* da decisão de condenação, o tribunal deu como provada a participação da empresa em três ocasiões, 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 libras⁴²⁹.
1826. Anteriormente, em 2003, o OFT adotou uma decisão condenatória contra uma empresa fornecedora de equipamentos de futebol, a *Umbro Holdings Ltd*⁴³⁰, 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*)⁴³¹.
1827. 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 eram a *JJB Sports* e a *Allsports* quem exercia pressão junto da *Umbro* para que esta fixasse os referidos preços mínimos. Era também à *Umbro* que cabia depois exercer pressão junto da empresa de distribuição *Sports Soccer* para que também esta colocasse os produtos ao preço fixado, sob ameaça de cortes de fornecimento.

(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).

⁴²⁹ Cf. Decisão do OFT de 26.07.2011, processo n.º CE/3094-03 (*Dairy retail price initiatives*).

⁴³⁰ À data, a *Umbro* possuía licenças exclusivas para a produção de réplicas de camisolas oficiais da seleção inglesa e do Manchester United.

⁴³¹ Cf. Decisão do OFT de 01.08.2003, processo n.º CP/0871/01 (*Price-fixing of Replica Football Kit*).

- 1828.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.
- 1829.Num outro caso, em que eram visadas as empresas de distribuição *Argos* e *Littlewoods*, e uma das maiores fabricantes de brinquedos e jogos do Reino Unido (a *Hasbro*⁴³²), 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*”⁴³³.
- 1830.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.
- 1831.Em 2015, a autoridade da concorrência belga adotou uma decisão condenatória (em procedimento de transação) e aplicou coimas a 18 visadas, retalhistas na área da distribuição e fornecedores, pelo seu envolvimento numa prática colusiva de natureza vertical e horizontal no setor da perfumaria e higiene, no período compreendido entre 2002 e 2007. A coordenação de preços era realizada através contactos indiretos entre os retalhistas, atuando os fornecedores como intermediários dessas trocas de informação⁴³⁴.

⁴³² Cf. Decisão do OFT de 21.11.2003, 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*).

⁴³³ 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.

⁴³⁴ Cf. Decisão da Autorité Belge de la Concurrence de 22.06.2015, *Hausses coordonnées des prix de vente de produits de parfumerie, d'hygiène et de droguerie*, processo n.º CONC-I/O-06/0038.

1832.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)⁴³⁵, bem como o caso mais recente no panorama internacional em matéria de “*hub and spoke*”, o acórdão do *Tribunal de Defensa de la Libre Competencia* do Chile⁴³⁶, de 28.02.2019, Sentencia n.º 167/2019, caso Walmart.

1833.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 intenção para que uma infração por objeto seja punível:

"[A] fixação pela Lactogal de preços de revenda - nomeadamente através da proibição de descontos, na medida em que são fixadas também as margens de comercialização e outras remunerações - restringe a capacidade de [a]s empresas de distribuição poderem concorrer entre si, já que elimina a concorrência pelo preço dos produtos, em prejuízo dos consumidores finais que deixam de poder beneficiar de produtos a preços mais reduzidos" e porque "a restrição da liberdade de formação dos preços produz necessariamente uma distorção no mercado, como também expandido na sentença do 2.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, de 11.3.2008, nos seguintes termos: "[A] fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respetivo cliente, não havendo qualquer justificativo para que seja imposto (por uma entidade terceira que não está inserida no circuito prestador/comprador) ao primeiro e, 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

⁴³⁵ Tratam-se de casos clássicos de “*hub and spoke*” reconhecidos pela jurisprudência norte-americana como violações do *Sherman Act*, o último dos quais com uma configuração factual particularmente semelhante ao presente processo.

⁴³⁶ Confirmado pelo Supremo Tribunal Chileno que, a 08.04.2020, condenou as empresas *Cencosud*, *SMU* e *Walmart*, ao pagamento de uma coima equivalente a 21 milhões de dólares americanos.

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 preços⁴³⁷], pelo seu próprio objeto, interfere com o regular funcionamento do mercado na medida em que influencia necessariamente a formação da oferta e da procura (sendo o fator 'preço' decisivo neste binómio oferta/procura) e que elimina a incerteza do comportamento das empresas concorrentes⁴³⁸.

1834. Do mesmo modo, importa neste contexto fazer igualmente referência à sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa no caso *Baxter e Glintt* em que, no contexto de um acordo vertical, se voltou a clarificar que “[a] fixação dos preços faz parte da liberdade contratual do prestador do serviço e do respetivo cliente, não havendo justificação para que seja imposto por um terceiro ao primeiro e, conseqüentemente, também ao segundo. A fixação do preço deve resultar apenas e só do livre jogo do mercado, naturalmente com respeito pelas regras e princípios que regulam o funcionamento do próprio mercado⁴³⁹.

1835. No que respeita especificamente à utilização de ferramentas de controlo e monitorização cruzada dos PVP praticados no mercado e à 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 inteligentemente ao comportamento conhecido e previsível dos seus concorrentes, a verdade é que a existência de determinado tipo de contactos, diretos ou indiretos, entre empresas concorrentes é passível de restringir a concorrência⁴⁴⁰.

⁴³⁷ 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.

⁴³⁸ Cf., neste sentido, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 29.01.2014, processo n.º 18/12.0YUSTR.E1.L1, p. 32 a 35; cf., igualmente, Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 24.05.2012, processo n.º 18/12.0YUSTR (*Lactogal*).

⁴³⁹ Cf. Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 12.09.2011, 4.º Juízo, processo n.º 199/01.0TYLSB (*Baxter e Glintt*), p. 37.

⁴⁴⁰ 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 14.01.2011, C 11/1, parágrafo 72.

1836.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”⁴⁴¹.

1837.Segundo as referidas Orientações, tal pode acontecer através de diferentes vias:

*“Uma das formas consiste no facto de, através do intercâmbio de informações, as empresas poderem chegar a um entendimento comum relativamente às condições da coordenação, o que pode levar a um comportamento colusivo no mercado. O intercâmbio de informações pode criar expectativas mutuamente equivalentes no que se refere às incertezas presentes no mercado. Nesta base, as empresas podem subsequentemente chegar a um entendimento comum sobre as condições da coordenação do seu comportamento concorrencial, mesmo sem um acordo explícito de coordenação. É muito provável que o intercâmbio de informações acerca das intenções relativas ao comportamento futuro permita que as empresas cheguem a um entendimento comum”*⁴⁴² (sublinhado da Autoridade).

1838.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

⁴⁴¹ 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 14.01.2011, 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.

⁴⁴² 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 14.01.2011, 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.

*quando exercer retaliação. Esse mecanismo de controlo pode ser constituído pelo intercâmbio de dados presentes ou passados. Assim, as empresas podem adoptar um comportamento colusivo em mercados em que, de outra forma, não o conseguiriam fazer, ou podem reforçar a estabilidade de um comportamento colusivo já presente no mercado*⁴⁴³ (sublinhado da Autoridade).

1839.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 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 susceptível 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

⁴⁴³ 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 14.01.2011, C 11/1, parágrafo 67.

*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 3*⁴⁴⁴ (sublinhados da Autoridade).

1840.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.

(…) 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*⁴⁴⁵ (sublinhados da Autoridade).

1841.Concretamente quanto à verificação de comportamentos tendentes à correção de desvios e à adoção de medidas de pressão, coação e/ou retaliação, as Orientações sobre cooperação horizontal consideram que um dos “[e]feitos restritivos da

⁴⁴⁴ 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 14.01.2011, C 11/1, parágrafos 59, 73 e 74.

⁴⁴⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 04.06.2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafo 51 a 53; cf., igualmente, Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.03.2015, *Dole Food Company Inc. e Dole Fresh Fruit Europe c. Comissão*, processo n.º C-286/13 P, parágrafo 127.

*concorrência consiste no facto de aumentar a estabilidade interna de um comportamento colusivo no mercado. Em especial, pode fazê-lo ao permitir que as empresas envolvidas controlem os desvios. Por exemplo, o intercâmbio de informações pode tornar o mercado suficientemente transparente para permitir que as empresas participantes na colusão controlem, a um nível suficiente, se as restantes empresas se estão a desviar do comportamento colusivo, sabendo assim quando exercer retaliação. (...) Assim, as empresas podem adoptar um comportamento colusivo em mercados em que, de outra forma, não o conseguiriam fazer, ou podem reforçar a estabilidade de um comportamento colusivo já presente no mercado*⁴⁴⁶ (sublinhados da Autoridade).

1842.As referidas Orientações salientam especificamente a importância das retaliações serem suficientemente rápidas e credíveis em casos de desvios do comportamento colusivo. Com efeito, “[p]ara que um comportamento colusivo seja sustentável, devem existir probabilidades de retaliação suficientemente credíveis e rápidas. Os comportamentos colusivos não são sustentáveis em mercados em que as consequências do desvio não são suficientemente graves para convencer as empresas que participam na coordenação que têm todo o interesse em aderir às condições da coordenação. (...) A credibilidade do mecanismo de dissuasão depende igualmente do facto de as outras empresas que participam na coordenação terem um incentivo para exercerem uma retaliação, que será determinado pela comparação entre as perdas que sofrerão a curto prazo por iniciarem uma guerra em matéria de preços e os seus ganhos potenciais caso provoquem um restabelecimento da coordenação. Por exemplo, a capacidade de retaliação das empresas pode ser reforçada se estiverem igualmente interligadas através de relações comerciais verticais que possam utilizar como uma ameaça de sanção em caso de desvio⁴⁴⁷ (sublinhado da Autoridade).

1843.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 analisados à luz da *ratio* das disposições do TFUE e da legislação

⁴⁴⁶ 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 14.01.2011, C 11/1, parágrafos 65 a 67.

⁴⁴⁷ 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 14.01.2011, C 11/1, parágrafo 85.

nacional relativas à concorrência, segundo a qual qualquer operador económico deve determinar de forma autónoma a política comercial que tenciona seguir no mercado⁴⁴⁸.

1844. 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.

1845. Ou seja, opõe-se a que uma empresa revele a um concorrente seu, diretamente ou através de um intermediário, o comportamento que decidiu ter ou que projeta adotar no mercado com o objetivo (ou que tenha como efeito) de chegar a condições de concorrência que não correspondam às condições normais do mercado em causa, tendo em conta a natureza dos produtos, a sua importância, o número das empresas e o volume desse mercado⁴⁴⁹.

1846. 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 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 inteligentemente ao comportamento conhecido ou previsto dos seus concorrentes, opõe-se todavia rigorosamente a qualquer estabelecimento de contactos direto ou indireto entre tais operadores que tenha por objetivo ou efeito quer influenciar o comportamento no mercado de um concorrente atual ou potencial, quer revelar a tal concorrente o comportamento que se decidiu ou se pretende seguir por si próprio no mercado”*⁴⁵⁰ (sublinhado da Autoridade).

⁴⁴⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.03.2015, *Dole Food Company Inc. e Dole Fresh Fruit Europe c. Comissão*, processo n.º C-286/13 P, parágrafo 119.

⁴⁴⁹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 04.06.2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafo 32 e jurisprudência aí referida.

⁴⁵⁰ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 16.02.1975, *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 “[t]al impede qualquer contacto directo ou indirecto 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”.

1847.É, portanto, manifesto que uma prática que vise estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal dos preços no mercado, seja diretamente (entre os próprios concorrentes) ou indiretamente (através de um fornecedor comum ou “hub”), é suscetível de infringir as normas de concorrência⁴⁵¹, 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 prática⁴⁵², o que também confirma, manifesta e inequivocamente, o carácter restritivo pelo objeto destes comportamentos.

1848.Ora, no caso concreto, a matéria de facto considerada provada revela a fixação de PVP dos produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks, por via de uma prática concertada nos termos da qual o fornecedor e as empresas de distribuição visadas discutem efetivamente os PVP, manifestando a sua anuência de forma livre, espontânea e esclarecida, com um determinado posicionamento futuro (*price point*), no pressuposto comum da estabilização horizontal do nível dos preços de venda praticados no mercado de distribuição retalhista de base alimentar (cf. secção 31 da presente Decisão e toda a documentação aí citada, em particular, pelo carácter inequívoco do que demonstram, os parágrafos 833 a 844, 871 a 875, ou ainda 897 a 903 *supra*).

1849.Ora, neste plano de coordenação, a indicação, imposição ou fixação vertical dos PVP – apesar de constituir, por si só, uma restrição à concorrência pelo objeto⁴⁵³ – não é, no

⁴⁵¹ Uma prática concertada, como a que está em causa nos presentes autos, que vise “fixar de forma direta ou indireta os preços de compra ou de venda ou outras condições de transação”, tem, sem si mesma, um evidente carácter restritivo da concorrência - Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 04.06.2009, *T-Mobile Netherlands BV e o. c. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, processo n.º C-8/08, Colet. 2009, p. 4529, parágrafo 36; cf., no mesmo sentido, Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.03.2015, *Dole Food Company Inc. e Dole Fresh Fruit Europe c. Comissão*, processo n.º C-286/13 P, parágrafo 123.

⁴⁵² Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça, de 04.06.2009, *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 02.10.2003, *Thyssen Stahl c. Comissão*, processo n.º C-194/99 P, Colet. 2003, p. 10821; Acórdão do Tribunal de Justiça de 16.12.1975, *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 14.07.1981, *Züchner*, proc. 172/80, Colet. 1981, p. 2021, parágrafo 13; Acórdão do Tribunal de Justiça de 31.03.1993, *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 28.05.1998, *Deere c. Comissão*, processo n.º C-7/95 P, Colet. 1998, p. 3111, parágrafo 86.

⁴⁵³ 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

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, assim afetando diretamente a concorrência entre insígnias rivais no mercado de distribuição retalhista de base alimentar.

1850. Nesse sentido, os preços indicados pela Primedrinks às empresas de distribuição visadas, sejam ou não expressamente designados por PVP fixos⁴⁵⁴, funcionam efetivamente como tal, não só porque determinam o *price point* com base no qual se desenrola todo o processo de concertação (i.e., de alinhamento) de PVP entre as diferentes empresas de distribuição visadas, sendo objeto de concordância conjunta num momento em que não são ainda do domínio público, e traduzindo mais que uma simples recomendação do fornecedor, como desempenham um papel decisivo na correção de desvios face ao nível de PVP pretendido por todas as Visadas – desvios esses que se prendem, designadamente, com a necessidade de escoar *stock* ou de cumprir objetivos de vendas, como referido anteriormente.

1851. Os anúncios consecutivos por parte da Primedrinks às empresas de distribuição visadas, seja dos PVP, dos PVPR ou dos PVP mínimos, apesar de poderem por si só configurar restrições graves da concorrência *per se*⁴⁵⁵, na medida em que tais preços não são 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 em que estão envolvidas todas as empresas Visadas e, portanto, o ponto de encontro entre elas, garantindo o alinhamento horizontal dos PVP no mercado, sendo esta uma prática concertada mais abrangente.

1852. Aliás, conforme se viu *supra*, o processo de concertação de PVP entre as empresas Visadas envolve vários elementos, incluindo a definição dos PVP (secção 31.1.1 da presente Decisão), o controlo e a monitorização cruzada dos PVP praticados (secção 31.1.2 da presente Decisão), a correção de desvios (secção 31.1.3 da presente

por categoria” – cf. Comunicação da Comissão “Orientações relativas às restrições verticais”, JO de 19.05.2010, C 130/1, parágrafo 224 (sublinhado da Autoridade).

⁴⁵⁴ Incluindo, portanto, também os PVPR ou PVP Recomendados.

⁴⁵⁵ Estas restrições da concorrência são conhecidas pela terminologia anglo-saxónica por “Resale Price Maintenance” (“RPM”), correspondente à fixação vertical dos preços.

Decisão) e a execução de pressões, coação e retaliações (secção 31.1.4 da presente Decisão).

1853. Assim, 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 combinados, suscitando ações de retaliação quando o alinhamento não acontece, pontual ou mais generalizadamente (cf. secções 31.1.1, 31.1.2, 31.1.3 e 31.1.4 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).

1854. Há, portanto e como já se demonstrou, 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 na secção 31 da presente Decisão, no sentido da fixação dos preços de venda dos produtos da Primedrink no mercado da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal.

1855. A AdC forma, assim, a sua convicção de que os comportamentos investigados se traduzem numa verdadeira prática concertada de alinhamento ao mesmo nível de PVP entre as empresas de distribuição visadas, alcançada de forma indireta, através do fornecedor.

1856. 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 concerta 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 brevemente⁴⁵⁶.

⁴⁵⁶ 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

1857. Assim, o comportamento de cada uma das empresas de distribuição visadas é ajustado quotidianamente em função de informação relativa ao comportamento futuro de insígnias concorrentes, veiculada através de sucessivas comunicações, estabelecidas pelo fornecedor (cf. secção 31 da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).
1858. Tais comunicações visam estabelecer uma concertação entre as empresas de distribuição visadas, relativa ao posicionamento de PVP pretendido em cada momento e à calendarização para o respetivo reposicionamento, tendo em vista garantir o alinhamento horizontal dos PVP dos produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks no mercado.
1859. Na medida em que as comunicações se efetuam na ausência de um contacto direto entre empresas de distribuição, poderia considerar-se, em tese, que as referidas empresas são “pressionadas” pelo fornecedor a não colocar os seus produtos a preços inferiores ou diferentes daqueles que são fixados e aceites pelas partes, ficando desse modo “impedidas” de praticar preços inferiores ou diferentes dos preços fixados pelo fornecedor, sob pena da aplicação de 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)⁴⁵⁷.
1860. 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, como tem vindo a demonstrar-se, não reflete os verdadeiros contornos do comportamento ilícito em causa⁴⁵⁸.

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 19.03.2015, *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 14.03.2013, *Dole Food Company e o. c. Comissão*, processo n.º T- 588/08.

⁴⁵⁷ 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.

⁴⁵⁸ 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

1861. Os 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 1309 e 1310 da presente Decisão);
- O fornecedor chega efetivamente a informar as insígnias visadas sobre as intenções de preços das concorrentes, eliminando a incerteza sobre o comportamento de cada uma entre elas (cf. parágrafos 828 a 832 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 1065 a 1069, 1143 a 1147, 1159 a 1163 da presente Decisão);
- As empresas de distribuição visadas exercem elas próprias pressão junto do fornecedor, para que este atue junto da concorrência no sentido de assegurar o alinhamento dos PVP, sempre que se regista um “desvio” aos termos previamente concertados (nível de PVP e data de execução dos aumentos) (cf. parágrafos 1070 a 1071, 1148 a 1150, 1155 a 1157, 1164 a 1166, 1167 a 1168 da presente Decisão);
- Em alguns casos, as empresas de distribuição visadas exercem mesmo ações de pressão, coação e/ou retaliação junto do fornecedor a fim de o induzir a pressionar a concorrência a manter o alinhamento de PVP no mesmo nível para as insígnias visadas, caso alguma concorrente não respeite o nível e datas previamente concertadas (cf. parágrafos 1201 a 1204, 1206 a 1208, 1209 a 1218, 1259 a 1260, 1219 a 1223, ou ainda, parágrafos 1224 a 1229 da presente Decisão).

1862. Não restam, portanto, dúvidas sobre a existência de um processo de alinhamento horizontal dos preços concretizado através da troca de informação de preços presente

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 19.05.2010, C 130/1, parágrafo 224 (sublinhado da Autoridade).

e futura, regular e frequente, entre empresas concorrentes (as empresas de distribuição visadas), através da relação vertical com um parceiro comercial comum (o fornecedor).

1863. A troca de informação neste caso é apenas um elemento de um procedimento complexo de coordenação entre as Visadas, que tem como consequência a redução de incerteza estratégica no mercado e que conduz, *a final*, ao alinhamento ao mesmo nível dos PVP praticados no mercado, tendo em vista realizar movimentos de subida conjunta, gradual e progressiva, dos PVP em todo o país.

1864. 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 reservas⁴⁵⁹).

1865. 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. (cf. secção 31.1.2 da presente Decisão).

1866. 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

⁴⁵⁹ 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 14.01.2011, C 11/1, parágrafo 93.

Por outro lado, no presente processo de contraordenação, a troca de informação de *shopping* é usada, essencialmente e conforme demonstrado *supra*, não como um referencial utilizado, de forma independente, para definir a postura concorrencial da empresa que recolheu a respetiva informação, mas como uma ferramenta de monitorização de comportamentos, de deteção de desvios e como comprovativo da respetiva correção, para controlo da implementação do alinhamento de preços previsto.

desvia dos PVP alinhados (cf. secção 31.1.3 da presente Decisão e documentação aí referenciada), seja ainda para aplicar uma sanção a uma empresa que não corrija esse desvio (cf. secção 31.1.4 da presente Decisão e documentação aí referenciada⁴⁶⁰).

1867.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. secção 31.1.3 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).

1868.Assim, sempre que o fornecedor ou uma determinada empresa de distribuição verifica 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. secção 31.1.3 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).

1869.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. O papel assim assumido pelo fornecedor no quadro da prática concertada entre todas as Visadas permite às insígnias visadas evitar contactos directos entre si, os quais constituiriam elementos ainda mais claramente reveladores e incontestáveis da cooperação prática entre elas estabelecida (cf. secção 31.1.3 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).

1870.As retaliações por parte do fornecedor consistem, em regra, em cortes de fornecimento, cortes de condições comerciais ou na recusa de comparticipar ações promocionais – neste sentido, veja-se, os documentos Primedrinks¹⁵⁷, referido e analisado nos parágrafos 1255 e 1256 da presente Decisão; Auchan³⁶⁸, referido e analisado nos parágrafos 1257 e 1258 da presente Decisão; Primedrinks⁴³⁵, referido e analisado nos

⁴⁶⁰ Quanto a este aspeto, as Orientações sobre cooperação horizontal referem que “[o] *intercâmbio de dados individualizados facilita um entendimento comum sobre o mercado e sobre as estratégias de sanção, permitindo que as empresas participantes na coordenação identifiquem uma empresa que se desvia*” – cf. Comunicação da Comissão “Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado do Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal”, JO de 14.01.2011, C 11/1, parágrafo 89.

parágrafos 1261 e 1262 da presente Decisão; Primedrink929, referido e analisado no parágrafo 1263 da presente Decisão; Primedrink926, referido e analisado nos parágrafos 1264 e 1265 da presente Decisão.

1871. Em certas ocasiões, verifica-se igualmente que as retaliações são também aplicadas por empresas de distribuição ao próprio fornecedor, pelo insucesso na obtenção de resultados (junto das insígnias desviantes) que se traduziam na correção dos desvios verificados.

1872. Nesse caso, as retaliações consistem, nomeadamente, na suspensão de compras dos produtos do *portfolio*, na compra de menores quantidades de um determinado produto, na imposição de notas de crédito, no bloqueio de ações promocionais, ou até mesmo na descida unilateral do PVP como “reação ao desvio”, alinhando com o “PVP desviado” enquanto este não for corrigido – neste sentido, veja-se, os documentos MCH2836 e Primedrink333, referidos *supra* nos parágrafos 1201 a 1204 da presente Decisão; Primedrink329, referido e analisado nos 1206 a 1208 da presente Decisão; Primedrink273, referido e analisado nos parágrafos 1209 a 1218 da presente Decisão; Primedrink979, referido e analisado nos parágrafos 1259 a 1260 da presente Decisão; MCH943 e MCH2929, referidos *supra* nos parágrafos 1219 a 1223 da presente Decisão; Primedrink948, referido *supra* nos parágrafos 1224 a 1229 da presente Decisão.

1873. Do exposto resulta que as medidas de retaliação são suficientemente credíveis e rápidas, garantindo a sustentabilidade do comportamento colusivo em causa.

1874. Dá-se, assim, por verificado o 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.

32.3.5.1.1 Pronúncia das Visadas

1875. Relativamente ao objeto restritivo da concorrência e à qualificação da AdC como sendo uma prática concertada restritiva de fixação de preços por via de um “*hub and spoke*”, as Visadas referem a escassa prática decisória com essa qualificação, ressaltando que a existente tem características diferentes do caso *sub judice*, bem como entendem que os elementos que teriam de estar presentes para tal qualificação não foram

demonstrados pela AdC. Finalmente, alegam que esta prática não configura uma restrição por objeto⁴⁶¹.

1876.A MCH entende que, no que respeita ao “*hub and spoke*”, estamos perante uma “*parca existência de precedentes*”, a que “*acresce a diminuta especificidade dos requisitos ou contornos da figura*”, que, por esse motivo, se situa na fronteira ténue entre o ilícito e a troca lícita de informação⁴⁶².

1877.Neste contexto, não só alega que existem incentivos da parte do fornecedor e da parte dos distribuidores para não serem totalmente transparentes na troca de informações prestadas, uma vez que ambos possuem interesses antagónicos na relação comercial e jogam com essa informação em seu proveito, como que há que destringar entre o que é conluio anticoncorrencial e o que é a ação independente das partes, sendo necessário salvaguardar a segurança jurídica e atender a realidade específica dos mercados em que tais comportamentos se verifiquem.

1878.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*”⁴⁶³.

- i) Nos casos *Argos e Littlewoods vs. OFT* e *JJB Sports vs. OFT*⁴⁶⁴, 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*⁴⁶⁵, 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;

⁴⁶¹ Cf. PNI MCH capítulos III.A, III.B e III.C; Cf. PNI Auchan capítulos IV.2.2.1, IV.2.2.3 e IV.2.3; Cf. PNI Pingo Doce páginas 129 e ss.; Cf. PNI ITMP capítulos IV.3.c), IV.4 e IV.5; Cf. PNI Lidl capítulos E.1, E.2, E.3 e E.4.

⁴⁶² Cf. PNI MCH capítulo III.

⁴⁶³ Cf. PNI MCH parágrafo 499.

⁴⁶⁴ Respectivamente, *Case No: 2005/1071, 1074 and 1623 (Neutral Citation Number: [2006]EWCA Civ 1318*; e *Caseno 1022/1/1/03 JJB Sports PLC v Office of Fair Trading [2004] CAT 17*.

⁴⁶⁵ *Toys “R” Us, Inc. v. Federal Trade Commission*, 221 F.3d 928 (7th Cir. 2000).

- iii) No caso inglês *Hasbro*⁴⁶⁶, foi revelada a intenção das partes e o conhecimento efetivo do plano comum mediante prova testemunhal;
- iv) No caso inglês *Replica Football Kids*⁴⁶⁷, existiu efetivamente uma reunião entre concorrentes;
- v) No caso inglês *British territorial cheeses*⁴⁶⁸, 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.

1879. Conclui a MCH que “[c]omo tal, não se afigura legítimo resolver essa dúvida em desfavor das Visadas, presumindo aquilo que uma leitura ponderada dos factos não permite presumir”⁴⁶⁹.

1880. A Auchan também recorre à doutrina e à jurisprudência europeia, que entende ser rara no que respeita aos casos de “*hub and spoke*”, não havendo ainda uma prática consolidada e com contornos claros sindicada pelos tribunais e que ofereça segurança jurídica, nem a que existe se assemelha ao caso concreto, para sustentar que a Autoridade teria de condicionar o preenchimento do tipo objetivo à verificação dos seguintes critérios, que entende não constarem do caso *sub judice*⁴⁷⁰:

- i) Prova que demonstre a existência de um plano estratégico comum, definido com base num conjunto de comunicações para alcançar o entendimento mútuo;
- ii) Prova que demonstre o tipo de participação e a existência de comunicação prévia e antecipada do acordo de cada insígnia relativamente ao plano estratégico comum (“*a conscious committment to a common scheme*”);

⁴⁶⁶ Não indica nota bibliográfica.

⁴⁶⁷ CA98/06/2003, 01.08.2003 [2004] CAT 24.

⁴⁶⁸ CA98/03/2011, 26.07.2011 (Case CE/3094-03).

⁴⁶⁹ Cf. PNI MCH parágrafo 500.

⁴⁷⁰ 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”*)⁴⁷¹.

1881. 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 causa⁴⁷².

1882. Finalmente, entende a Auchan que a AdC opta por um caminho de presunção simplista e afirma que nunca contactou direta ou indiretamente qualquer concorrente (inexistência de acordo horizontal), nunca celebrou qualquer acordo de fixação de PVP com o fornecedor (inexistência de acordo vertical), e atuou sempre de forma autónoma, independente e em rutura com qualquer tipo de plano estratégico comum (inexistência de prática concertada)⁴⁷³.

1883. Partindo da alegação de que os precedentes citados pela AdC para enquadrar o conceito de *“hub and spoke”* são desadequados, a Pingo Doce refere que, *“a AdC teria de analisar com rigor todos os elementos que o acervo jurisprudencial europeu tem vindo a exigir para a demonstração de uma infração por objeto, a saber: i) o teor das disposições das trocas de informações; ii) os objetivos visados por tal suposta troca; iii) o contexto económico e jurídico; iv) a natureza dos serviços afetados; v) as condições reais do funcionamento e das estruturas dos vários mercados relevantes (que não foram definidos pela NI)”*.

1884. Defende a Pingo Doce que *“só um elenco de condutas extremamente limitado e restritivo é que é censurável e ilícito, e que pode ser qualificado, pela sua própria natureza, uma restrição da concorrência por objeto”*, alegando 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

⁴⁷¹ Cf. PNI Auchan capítulo IV.2.2.3..

⁴⁷² Cf. PNI Auchan capítulo IV.2.2.3..

⁴⁷³ Cf. PNI Auchan capítulo IV.2.

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 nacional⁴⁷⁴.

1885. 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 PVP⁴⁷⁵.

1886. Segundo a Pingo Doce, o que a prova revela são as normais relações comerciais entre fornecedor e retalhistas, tituladas por contrato de fornecimento abrangidos pelo Regulamento n.º 330/2010⁴⁷⁶, havendo portanto uma presunção de legalidade sobre os comportamentos investigados⁴⁷⁷.

1887. Para além disso, a Pingo Doce afirma que não há qualquer evidência de fixação de preços pelo fornecedor e que sempre foi livre de praticar PVP diferentes dos PVPR⁴⁷⁸.

1888. Segundo a ITMP, a modalidade de “*hub and spoke*” não cabe na previsão legal do artigo 9.º da Lei da Concorrência, nem no artigo 101.º do TFUE, atento o princípio da legalidade, uma vez que se trata de um “comportamento híbrido”, com características horizontais e verticais, que não cabe no conceito de “acordo”. Entende que “*competirá ao legislador, se assim o entender, criar um novo tipo legal que enquadre este tipo de comportamento híbrido (...)*”.

1889. Ressalva a ITMP, no entanto, que não existem trocas de informações entre as empresas distribuidoras visadas e que a ITMP pode trocar impressões sobre preços com a Primedrinks e monitorizar os preços da concorrência, como é prática normal (aceitável) em direito da concorrência.

⁴⁷⁴ Cf. PNI Pingo Doce capítulo III.B.

⁴⁷⁵ *Idem*.

⁴⁷⁶ Regulamento (EU) n.º 330/2010 de 20.04.2010, 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 23.04.2010, L 102/1 (doravante designado “Regulamento n.º 330/2010”).

⁴⁷⁷ Cf. pág. 182 e ss. da PNI Pingo Doce.

⁴⁷⁸ *Idem*.

1890. A Lidl recorre à jurisprudência e doutrina para enumerar os elementos que deverão estar presentes numa prática de “*hub and spoke*”, para concluir que a AdC não cumpriu com o ónus da prova que sobre si impendia na demonstração da verificação desses elementos e do envolvimento da Lidl na prática *sub judice*.

1891. Acrescenta a Lidl que a informação comercial relevante nesta prática pode dividir-se em três tipos:

- i) Informação obtida pela Lidl através do *shopping* interno, tratando-se de dados comerciais acessíveis ao público em geral;
- ii) Informação prestada pela Primedrinks à Lidl, que exigiria alguma reciprocidade em resposta e tal não se verificou; e
- iii) Informação prestada pela Lidl à Primedrinks, que ocorreu estritamente no âmbito de um relacionamento comercial bilateral e exclusivamente para esse fim e que sempre supôs, da parte da Lidl, que estava a ser observado um dever de confidencialidade sobre a mesma.

32.3.5.1.2 Apreciação da Autoridade

1892. Na Nota de Ilícitude, a Autoridade concluíra que os comportamentos investigados eram suscetíveis de qualificar-se como uma infração por objeto, na medida em que revelavam indícios suficientemente graves, precisos e concordantes da prática concertada restritiva da concorrência de fixação e alinhamento de preços de forma indireta, designada de “*hub and spoke*”.

1893. Apreciada a defesa das Visadas em confronto com a matéria de facto considerada provada na presente Decisão, a Autoridade entende resultar plenamente demonstrada a posição assumida na Nota de Ilícitude pelas razões a seguir indicadas.

1894. Como ponto prévio, as Visadas desconsideram toda a jurisprudência e orientações da Comissão Europeia referidas na secção 9.2.3 da Nota de Ilícitude sobre a distinção “*objeto/efeito*” no âmbito do direito da concorrência e sobre as formas de coordenação que tipicamente se qualificam como restrição por objeto (cf. secção 32.3.5 da presente Decisão).

1895. Com efeito, o desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário destes conceitos há muito consagrou princípios basilares do direito da concorrência, sobejamente enraizados na

prática decisória da Comissão Europeia e das autoridades nacionais competentes em matéria de concorrência, dos quais decorrem três pressupostos fundamentais para a apreciação do presente caso.

1896. 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).
1897. Em segundo lugar, o referencial em toda a jurisprudência e prática decisória nacional e europeia sobre o conceito de acordo ou prática concertada proibida consiste no princípio de que cada agente económico deve determinar a sua política comercial de modo independente, constituindo, os acordos ou práticas concertadas de fixação de preços, um dos exemplos paradigmáticos das tais formas de coordenação que se qualificam, pela sua própria natureza, como restrições por objeto.
1898. 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.
1899. Partindo dos referidos pressupostos, não caberá à Autoridade analisar os efeitos que os comportamentos investigados no presente caso possam ter gerado no(s) mercado(s) em causa.
1900. Também não se revela aplicável qualquer presunção de legalidade decorrente do Regulamento n.º 330/2010, dado que nos presentes autos resulta demonstrada uma restrição grave (*hardcore restriction*) que implica a retirada do benefício de isenção por categoria, nos termos da alínea *a*) do artigo 4.º do referido Regulamento.
1901. Do ponto de vista da sua análise jurídica, os contornos da prática em causa exigem apenas 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.
1902. O argumento das visadas quanto à suposta ausência de precedente nacional e que os precedentes no panorama internacional são, ainda, poucos, apesar de serem serem

claros na qualificação e sanção deste tipo de comportamento, deve ser colocado em devida perspetiva.

1903. 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 Lei n.º 19/2012 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.
1904. 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.
1905. Os critérios seguidos pela AdC na presente decisão baseiam-se na jurisprudência relevante, designadamente no que toca a ações ilícitas pelas quais as empresas substituem conscientemente os riscos da concorrência por uma cooperação prática que elimina a incerteza quanto à conduta das suas rivais. A única particularidade deste caso, comum a outras investigações em curso na AdC, bem como ao PRC/2017/1, é a circunstância de as insígnias visadas conseguirem evitar um contacto direto entre si – que seria claramente incriminatório – atingindo a referida cooperação prática através da intervenção do fornecedor como pivot que assegura a comunicação indireta e, dessa forma, a concertação do comportamento das insígnias visadas em torno do já mencionado objectivo comum: o alinhamento dos PVP pelas insígnias visadas num movimento de subida de preços (cf. secção 32.3.5.1 da presente Decisão).
1906. Os referidos critérios são, na verdade, consentâneos com os critérios exigidos pelas Visadas nesta matéria (cf. parágrafos 1881, 1884 e 1886 da presente Decisão)
1907. Por fim, e não fazendo sentido uma discussão sobre categorias doutrinárias quando a natureza ilícita e de restrição por objeto é abundantemente estabelecida pela prova constante dos autos, sempre se dirá, a título superabundante que a alegada escassez de precedentes não poderiade 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.

1908. 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) a intenção dos participantes em contribuir, através do seu próprio comportamento, para o objetivo comum; e (iii) que os participantes têm conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo comum ou podem razoavelmente prevêê-los e estão prontos a aceitar o risco.

*Critério (i)*⁴⁷⁹

1909. A prática investigada visa um objetivo ou plano estratégico partilhado pelo fornecedor e pelas empresas de distribuição visadas, que se traduz na prossecução de um alinhamento de PVP no mercado retalhista, permitindo que todas as empresas de distribuição retalhista possam convergir os seus movimentos comerciais estratégicos (designadamente, a definição dos seus PVP) no mesmo sentido, eliminando o grau de incerteza estratégica sobre o funcionamento do mercado, em prejuízo do consumidor.

1910. Este objetivo comum ou plano estratégico é partilhado por todas as Visadas, Primedrinks, MCH, Pingo Doce, Auchan, Cooplecnorte, Lidl e ITMP, sendo revelado por provas muito concretas e irrefutáveis (cf. secção 31 da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

1911. Na verdade, a prova está repleta de referências a um esforço contínuo no sentido de “o alinhamento dos nossos PVP’s para os PVP’s que actualmente recomendam por forma a conseguirem também que o mercado acompanhe a sua subida” (cf. documento MCH1349, melhor descrito *supra* nos parágrafos 833 a 842) na implementação de um plano de “Subida de PVP’s” (cf. o assunto do mesmo documento).

1912. 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.

⁴⁷⁹ Existência de um plano estratégico ou objetivo comum, prosseguido pelo conjunto de participantes.

- 1913.Com efeito, a prova demonstra que fornecedor (v.g. documentos Primedrinks247, Primedrinks492, Primedrinks270, Primedrinks192, Primedrinks415, Primedrinks189, Primedrinks56, Primedrinks334, Primedrinks439, Primedrinks1008, Primedrinks592) e insígnias visadas (v.g. documentos MCH1480, Primedrinks269, Primedrinks893, Primedrinks849, Primedrinks219) 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.
- 1914.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 Primedrinks247, Primedrinks156, Primedrinks492, Primedrinks270, Primedrinks192, Primedrinks415, Primedrinks189, Primedrinks56, Primedrinks334, Primedrinks439, Primedrinks1008, Primedrinks592, Primedrinks633).
- 1915.São, aliás, muitas vezes, as próprias insígnias que solicitam à Primedrinks que forneça esses meios de prova para poderem justificar internamente a implementação de determinado posicionamento de PVP, designadamente uma subida de PVP (cf. documentos JM703, MCH1500, Primedrinks170, Primedrinks41, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29, Primedrinks970, Primedrinks37, Primedrinks81, Primedrinks580).
- 1916.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 MCH1385, Primedrinks327, Primedrinks336, Primedrinks80, Primedrinks1003, Primedrinks569, Primedrinks 575, Primedrinks617, Primedrinks624, Primedrinks623, Primedrinks622, Primedrinks621, Primedrinks620, Primedrinks91, Primedrinks619, Primedrinks147, Primedrinks619, Primedrinks137, Primedrinks199, Primedrinks968, Primedrinks1021, Primedrinks18, Primedrinks283, Primedrinks284, Primedrinks41, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29, Primedrinks970, Primedrinks37, Primedrinks81, Primedrinks580).
- 1917.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 Primedrinks91, Primedrinks327, Primedrinks185).

1918.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)⁴⁸⁰

1919.Do exposto resulta também que cada uma das empresas envolvidas, designadamente Primedrinks, MCH, Pingo Doce, Auchan, Cooplecnorte, Lidl e ITMP, participou ativamente na prática investigada, tendo intenção expressa de contribuir, e contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum de subida de PVP de mercado (cf. secção 31 da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

1920.Em concreto, a Primedrinks: (i) concertou com as empresas de distribuição visadas o posicionamento de PVP a implementar futuramente no mercado retalhista, (ii) solicitou expressamente às empresas de distribuição que implementassem determinado posicionamento de PVP futuro, (iii) recebeu, das empresas de distribuição visadas, informação relativa ao seu posicionamento de PVP futuro e veiculou essa informação para empresas de distribuição concorrentes, (iv) monitorizou o posicionamento de PVP no mercado retalhista, (v) solicitou às empresas de distribuição visadas que corrigissem eventuais desvios face ao PVP fixado e/ou indicado, por sua própria iniciativa e em virtude da pressão exercida por empresas de distribuição concorrentes não desviantes, e (vi) exerceu ações de retaliação sobre empresas de distribuição com o intuito de as levar a corrigir desvios e garantir um alinhamento no mercado (cf. secção 31 da presente Decisão e toda a documentação aí referenciada).

1921.Por sua vez, as empresas de distribuição visadas (Auchan, Cooplecnorte, ITMP, Lidl, MCH e Pingo Doce): (i) concertaram antecipadamente com a Primedrinks e, indiretamente, através dela, com empresas concorrentes, o posicionamento de PVP a implementar futuramente no mercado, (ii) implementaram efetivamente o posicionamento concertado, (iii) partilharam com a Primedrinks e, indiretamente, através dela, com empresas concorrentes, informação relativa ao seu posicionamento de PVP

⁴⁸⁰ O propósito ou a intenção dos participantes em contribuir, através do seu próprio comportamento, para o objetivo comum.

futuro, (iv) receberam, indiretamente, através da Primedrinks, informação relativa ao posicionamento de PVP futuro de empresas concorrentes, (v) monitorizaram o posicionamento de PVP no mercado, por sua própria conta e através de informação que exigiam, ou que era veiculada, pela Primedrinks, (vi) sinalizaram à Primedrinks comportamentos desviantes de insígnias concorrentes e pressionaram a Primedrinks para que garantisse a correção de desvios e o alinhamento do mercado, e (vii) exerceram ações de retaliação com o intuito de pressionar a Primedrinks a reposicionar os PVP das empresas concorrentes de acordo com o nível previamente concertado (cf. secção 31 *supra*, bem como toda a documentação aí referenciada).

1922. 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 JM703, MCH1500, Primedrinks170, Primedrinks41, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29, Primedrinks970, Primedrinks37, Primedrinks81, Primedrinks580).

1923. 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 MCH1385, Primedrinks327, Primedrinks336, Primedrinks80, Primedrinks1003, Primedrinks569, Primedrinks 575, Primedrinks617, Primedrinks624, Primedrinks623, Primedrinks622, Primedrinks621, Primedrinks620, Primedrinks91, Primedrinks619, Primedrinks147, Primedrinks619, Primedrinks137, Primedrinks199, Primedrinks968, Primedrinks1021, Primedrinks18, Primedrinks283, Primedrinks284, Primedrinks41, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29, Primedrinks970, Primedrinks37, Primedrinks81, Primedrinks580).

1924. As insígnias desviantes anuem na maioria dos casos ao pedido de correção, alterando os PVP que estão “mal” ou comprometendo-se a corrigir em determinada data ou verificada determinada condição (cf. documentos MCH1385, Primedrinks327, Primedrinks336, Primedrinks80, Primedrinks1003, Primedrinks569, Primedrinks 575, Primedrinks617, Primedrinks624, Primedrinks623, Primedrinks622, Primedrinks621, Primedrinks620, Primedrinks91, Primedrinks619, Primedrinks147, Primedrinks619, Primedrinks137, Primedrinks199, Primedrinks968, Primedrinks1021, Primedrinks18, Primedrinks283, Primedrinks284, Primedrinks41, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29, Primedrinks970, Primedrinks37, Primedrinks81, Primedrinks580).

1925. Há efetivamente prova irrefutável de que as insígnias desviantes corrigiram efetivamente o posicionamento ou indicaram a data em que o iriam fazer (cf. documentos MCH1385, Primedrinks327, Primedrinks336, Primedrinks80, Primedrinks1003, Primedrinks569, Primedrinks 575, Primedrinks617, Primedrinks624, Primedrinks623, Primedrinks622, Primedrinks621, Primedrinks620, Primedrinks91, Primedrinks619, Primedrinks147, Primedrinks619, Primedrinks137, Primedrinks199, Primedrinks968, Primedrinks1021, Primedrinks18, Primedrinks283, Primedrinks284, Primedrinks41, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29, Primedrinks970, Primedrinks37, Primedrinks81, Primedrinks580).
1926. 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 que estavam “mal” foram corrigidos (cf. documentos Primedrinks91, Primedrinks327, Primedrinks185).
1927. Para além disso, fornecedor (cf. documentos Primedrinks333, Primedrinks157, Auchan368, Primedrinks979, Primedrinks435, Primedrinks929, Primedrinks926) e empresas de distribuição visadas (cf. documentos Primedrinks329, Primedrinks273, MCH943, MCH2929, Primedrinks948) adotam comportamentos que configuram verdadeiras ações de pressão, coação e/ou retaliação, em reação a um “*shopping abaixo da política comercial*” (cf. documento Primedrinks948), que é expressamente identificado nos elementos de prova como uma desconformidade ou um desvio face ao “*respeito pelos pvp de mercado*” (cf. documento Auchan368) ou a um “*nível promocional não recomendado de todo pela Primedrinks*” (cf. documento Primedrinks979).
1928. 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)⁴⁸¹

1929. Do exposto resulta ainda que cada uma das empresas envolvidas, designadamente a Primedrinks, MCH, Pingo Doce, Auchan, Cooplecnorte, Lidl e ITMP, tinha conhecimento dos comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas de

⁴⁸¹ Os participantes têm conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo comum ou podem razoavelmente prevêê-los e estão prontos a aceitar o risco.

distribuição visadas na prossecução do objetivo comum (cf. secção 31 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).

1930. Na presente Decisão ficou demonstrado que as empresas de distribuição visadas tomam decisões relativas ao seu posicionamento futuro de PVP e ao respetivo calendário de implementação com base na informação relativa ao posicionamento futuro (ainda não implementado) das suas concorrentes que lhes é transmitida pelo fornecedor (cf. documentos MCH1385, Primedrinks327, Primedrinks336, Primedrinks80, Primedrinks1003, Primedrinks569, Primedrinks 575, Primedrinks617, Primedrinks624, Primedrinks623, Primedrinks622, Primedrinks621, Primedrinks620, Primedrinks91, Primedrinks619, Primedrinks147, Primedrinks619, Primedrinks137, Primedrinks199, Primedrinks968, Primedrinks1021, Primedrinks18, Primedrinks283, Primedrinks284, Primedrinks41, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29, Primedrinks970, Primedrinks37, Primedrinks81, Primedrinks580, Primedrinks185).

1931. As empresas de distribuição visadas dão, portanto, o seu consentimento expresso quanto aos PVP pré-fixados, de forma livre, espontânea e esclarecida, no pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias nos movimentos de subida conjunta, nos termos da informação que lhes é transmitida pelo fornecedor.

1932. Para além disso, o fornecedor reporta às insígnias que sinalizaram os desvios o resultado das suas diligências junto das insígnias concorrentes, informando-as sobre o motivo do desvio e a data para a respetiva correção (cf. documentos MCH1385, Primedrinks327, Primedrinks336, Primedrinks80, Primedrinks1003, Primedrinks569, Primedrinks 575, Primedrinks617, Primedrinks624, Primedrinks623, Primedrinks622, Primedrinks621, Primedrinks620, Primedrinks91, Primedrinks619, Primedrinks147, Primedrinks619, Primedrinks137, Primedrinks199, Primedrinks968, Primedrinks1021, Primedrinks18, Primedrinks283, Primedrinks284, Primedrinks41, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29, Primedrinks970, Primedrinks37, Primedrinks81, Primedrinks580).

1933. 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 combinado para a futura subida de PVP no mercado (cf. documentos JM703, MCH1500, Primedrinks170, Primedrinks41, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29, Primedrinks970, Primedrinks37, Primedrinks81, Primedrinks580).

1934. 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.
1935. Em conclusão, considerada a matéria de facto dada como provada na presente Decisão, está em causa a implementação de um plano de coordenação comum a várias empresas de distribuição e ao fornecedor Primedrinks, que se traduz no objetivo de alcançar um alinhamento de PVP no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar, resultando numa clara derrogação do princípio da independência de cada agente económico na determinação a sua política comercial, o qual enforma o conceito de acordo ou prática concertada anticoncorrencial.
1936. É com base nessa derrogação que a Autoridade forma a sua convicção quanto à nocividade dos comportamentos em causa.
1937. 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 atingido⁴⁸², nem o facto de a infração em causa se ter mantido ininterruptamente desde, pelo menos, 2007, até, pelo menos, 2017, não podendo excluir-se, na realidade, que esteja ainda em curso.
1938. Encontra-se, assim e nos termos expostos, preenchido nos presentes autos mais um elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, verificando-se a existência de uma prática concertada entre empresas, com o objeto de impedir, falsear ou restringir a concorrência nos mercados visados, pelo que a Autoridade não pode deixar de concluir pela improcedência dos argumentos de defesa apresentados a este respeito pelas Visadas.

⁴⁸² Cf., designadamente, documentos MCH1385, Primedrinks327, Primedrinks336, Primedrinks80, Primedrinks1003, Primedrinks569, Primedrinks 575, Primedrinks617, Primedrinks624, Primedrinks623, Primedrinks622, Primedrinks621, Primedrinks620, Primedrinks91, Primedrinks619, Primedrinks147, Primedrinks619, Primedrinks137, Primedrinks199, Primedrinks968, Primedrinks1021, Primedrinks18, Primedrinks283, Primedrinks284, Primedrinks41, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29, Primedrinks970, Primedrinks37, Primedrinks81, Primedrinks580, Primedrinks185.

32.3.6 Caráter sensível da restrição da concorrência

1939. 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*”.

1940. 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 à concorrência, ainda que os mesmos não atinjam os limiares de quotas de mercado estabelecidos pela Comissão na sua Comunicação *de minimis*⁴⁸³.

1941. Tal como salientou o Tribunal de Justiça no acórdão *Expedia*, “*importa recordar que, segundo jurisprudência constante, para a aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, a partir do momento em que se verifique que este tem por objeto restringir, impedir ou falsear a concorrência (...)*”⁴⁸⁴. 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”⁴⁸⁵.

1942. 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*

⁴⁸³ 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 JO n.º C 291/01 de 30.08.2014, parágrafos 2 e 13; e “Commission Staff Working Document (SWD(2014) 198 final), Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the *De Minimis Notice*” de 25.06.2014, páginas 5, 6 e 7.

⁴⁸⁴ Neste sentido, cf., igualmente, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.07.1966, *Consten e Grundig c. Comissão*, processos apensos n.ºs 56/64 e 58/64, Colet. 1965-1968, p. 423.

⁴⁸⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 13.12.2012, *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 20.11.2008, *Beef Industry Development and Barry Brothers (BIDS)*, processo n.º C-209/07, parágrafos 16 e 17; Acórdão do Tribunal de Justiça de 04.06.2009, *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 se verifique que este tem por objecto restringir, impedir ou falsear a concorrência (...). Tal é nomeadamente o caso, como no presente, dos acordos que incluem restrições patentes à concorrência, como a fixação dos preços e a repartição do mercado. Se um cartel fixa o estado do mercado no momento em que é celebrado, a sua longa duração pode tornar rígidas as estruturas, diminuindo o incentivo à inovação e ao desenvolvimento para os participantes no cartel. O regresso ao estado de livre concorrência será assim tanto mais difícil e longo quanto a própria duração do cartel foi longa. Mesmo se a intensidade e a eficácia do cartel variarem no tempo, a verdade é que o referido cartel continuará a existir e, por conseguinte, a tornar ainda mais rígidas as estruturas do mercado*⁴⁸⁶.

1943. Por conseguinte, são proibidos os acordos ou as práticas concertadas entre empresas que tenham por objeto fixar, de forma direta ou indireta, os PVP.
1944. Tais acordos ou práticas concertadas configuram-se como restrições sensíveis da concorrência, não negligenciáveis.
1945. 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.
1946. 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.
1947. Essa restrição é materializada na substituição da incerteza e dos riscos da concorrência por uma cooperação entre a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas no mercado em causa.
1948. 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

⁴⁸⁶ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 08.12.2011, *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 08.12.2011, *KME Germany e o./Comissão*, processo n.º C-389/10 P, Colet., p. I-13125, parágrafo 75.

deste tipo de acordos ou práticas concertadas que contêm restrições graves da concorrência não é negligenciável.

1949. E se, por um lado, a Primedrinks é uma das principais empresas comercializadoras/distribuidoras de bebidas em Portugal, por outro lado, as empresas de distribuição visadas são empresas de grande dimensão, cujo conjunto representa uma parte preponderante do mercado em que operam, exercendo a sua atividade em todo o território nacional, conforme já referido *supra* nas secções 29 e 30 da presente Decisão.

1950. 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.

1951. 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 euros⁴⁸⁷.

1952. Conclui-se assim, no presente caso, em conformidade com o sentido da jurisprudência anteriormente mencionada, atendendo ao tipo de condutas em causa, ao âmbito de atuação das empresas Visadas e à sua posição no mercado em apreço, 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.

32.3.6.1 Pronúncia das Visadas

1953. Relativamente ao carácter sensível da restrição da concorrência, a Pingo Doce⁴⁸⁸ defende que *“entre os fatores que relevam para a questão de saber, relativamente ao caso em concreto, se determinado acordo ou prática concertada constitui ou é suscetível de constituir uma restrição sensível da concorrência, contam-se: as quotas de mercado das empresas envolvidas, a estrutura/grau de concentração do mercado, ou a natureza do produto”*⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷ 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, consultado em 04.11.2020 e disponível a fls. 8167 do processo.

⁴⁸⁸ Cf. PNI Pingo Doce páginas 209 e ss.

⁴⁸⁹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 08.12.2011, *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 08.12.2011, *KME Germany e o./Comissão*, processo n.º C-389/10 P, Colet., p. I-13125, parágrafo 75.

1954. Entende a Pingo Doce que a AdC fundamentou a sua conclusão sobre o carácter sensível da restrição da concorrência apenas no facto de que tal troca de informações envolveu o fornecedor Primedrinks e as demais empresas de distribuição visadas, com grande dimensão e poder preponderante, mas que a Pingo Doce não pode ser incluída nessa conclusão, porque:

- i) Existe um conjunto de sub-mercados em que não existem quaisquer elementos alegadamente incriminatórios (brandy/conhaque, vodka, vinhos fortificados (Porto/Moscatel) e aperitivos);
- ii) Relativamente aos produtos em que existem trocas de informação envolvendo a Pingo Doce (vinhos tranquilos, whisky, gin, licor, vinhos ou espumantes), a AdC apresenta elementos probatórios escassos, num período temporal lato; e
- iii) A alegada prática concertada entre a Pingo Doce e a Primedrinks não permitiria a nenhuma aumentar o grau de poder de mercado e dele tirar partido, considerando a atonicidade dos mercados de bebidas no canal alimentar (*off-trade*) em Portugal e a posição relativa da Primedrinks na faturação da Pingo Doce.

1955. Mais entende a Pingo Doce que a AdC recorreu erradamente à noção de Unidade Comercial de Dimensão Relevante (UCDR), uma vez que esta *“contempla muitas realidades no seu seio, quando a AdC pretende contraditoriamente limitar a imputação de práticas de “hub and spoke” meramente a fornecedores e às cadeias de supermercados e hipermercados (e lojas discount) que comercializam produtos no canal alimentar ao consumidor final”* e assim se extrair a conclusão de que estamos perante uma restrição sensível da concorrência.

1956. Finalmente, defende a Pingo Doce que, de acordo com as orientações da Comissão Europeia, esta entende que não são suscetíveis de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros os acordos que preencham, cumulativamente, determinadas condições, pelo que, em função das quotas de mercado e dos volumes de negócio das Visadas, verifica-se a presunção negativa aplicável à pretensa prática concertada na aceção do n.º 1 do artigo 101º do TFUE, de modo que inexistente um efeito sensível no comércio entre Estados-Membros.

32.3.6.2 Avaliação da Autoridade

1957. Na Nota de Ilícitude, a Autoridade concluiu que uma vez que estava em causa uma restrição da concorrência pelo objeto, a prática investigada teria, necessariamente, de qualificar-se também como uma restrição sensível da concorrência.
1958. Apreciada a defesa da Pingo Doce em confronto com a matéria de facto provada, com os elementos de prova que a sustentam e com a qualificação jurídica desenvolvida na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição assumida na Nota de Ilícitude, pelas razões a seguir indicadas.
1959. Em primeiro lugar, a pretensão da Pingo Doce não poderá ser acolhida pela Autoridade porque não tem correspondência com a realidade do caso, nos termos já demonstrados (cf. análise *supra* nas secções 31 e 31.2).
1960. Do ponto de vista da sua análise no âmbito do direito da concorrência, os contornos da prática em causa exigem que a Autoridade aprecie os comportamentos das empresas Visadas na sua globalidade, pois é na sua globalidade que se verificam os elementos que preenchem o tipo objetivo da infração em causa.
1961. No que respeita à prova de práticas anticoncorrenciais, em especial, as que assentam em comportamentos colusivos, como no presente caso, cumpre recordar a jurisprudência europeia sobre o tratamento da matéria de prova no caso de 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 homogêneas e tinham incontestavelmente o mesmo objetivo primordial, a saber, debater problemas internos do sector industrial em causa”⁴⁹⁰.

1962. Nestes termos, a existência 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 feixes de elementos graves, precisos e concordantes.
1963. Neste quadro, o envolvimento da Pingo Doce (e das demais Visadas) foi objeto de apreciação detalhada na presente Decisão (cf. secção 31.2 *supra*), resultando dessa apreciação, inequivocamente, a constatação de um conjunto de condutas das Visadas orientadas estabelecer, facilitar, promover e garantir um alinhamento horizontal dos preços de venda no mercado relativamente aos vários produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks.
1964. Mercado esse cuja dimensão, abrangência e impacto foram abundantemente explicitados na presente Decisão (cf. secções 30.1 e 30.2 *supra*), em termos a que se voltará *infra*.
1965. 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. secção 32.3.6 da presente Decisão).
1966. 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, configuram restrições sensíveis da concorrência.
1967. É nesse sentido que o benefício da isenção (referido pela Pingo Doce enquanto presunção de legalidade) estabelecido pelo Regulamento n.º 330/2010 é liminarmente afastado no caso das restrições graves da concorrência previstas no seu artigo 4.º (*hardcore restrictions*), entre elas, explicitamente, “a restrição da capacidade de o comprador estabelecer o seu preço de venda”.

⁴⁹⁰ Cf. conclusões do Juiz Vesterdorf, enquanto Advogado-geral, no Acórdão do TJCE, de 24.10.1991, Rhône-Poulenc vs. Comissão, n.º T-1/89, Rec. II-867.

1968. 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 6 dos 9 Grandes Grupos Retalhistas a operar no mercado de retalho alimentar português⁴⁹¹, visando eliminar a concorrência entre eles quanto a PVP.
1969. Conforme referido anteriormente, este mercado caracteriza-se pela existência de nove Grandes Grupos Retalhistas, 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.
1970. “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”⁴⁹².
1971. Assim sendo, sempre se diria, em todo e qualquer caso, que o impacto dos comportamentos investigados seria, na melhor das hipóteses, não negligenciável.
1972. Acresce o facto de a Primedrinks ser uma das principais empresas de distribuição/comercialização de bebidas em Portugal, comercializando/distribuindo as marcas preferidas de muitos consumidores portugueses (e.g. Grant's, The Famous Grouse, Hendrick's ou os vinhos tranquilos dos produtores Esporão, Aveleda, Casa Ermelinda Freitas ou Herdade dos Grous), pelo que também por aqui o impacto dos

⁴⁹¹ Cf. parágrafo 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.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribicao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf, consultado em 04.11.2020 e disponível a fls. 8167 do processo).

⁴⁹² Cf. parágrafo 22 do Relatório Final sobre Relações Comerciais entre a Distribuição Alimentar e os seus Fornecedores.

comportamentos seria, em todo o caso, atendível (cf. secção 30.2.1 da presente Decisão).

1973. Se, por um lado, a produção e comercialização/distribuição de bebidas (em particular, de vinhos) 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.

1974. Neste sentido, 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 ocorreu⁴⁹³.

1975. A Autoridade conclui, assim, pela verificação do quarto elemento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, estando, indubitavelmente, em causa uma restrição *sensível* da concorrência, pelo que im procedem os argumentos de defesa apresentados a este respeito pela Pingo Doce.

32.3.7 Restrição da concorrência na totalidade do mercado nacional

1976. O preenchimento do tipo objetivo previsto no n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 depende, por fim, da verificação de uma restrição sensível da concorrência “*no todo ou em parte do mercado nacional*”.

32.3.7.1 Pronúncia das Visadas

1977. Relativamente à restrição da concorrência na totalidade do mercado nacional, a Pingo Doce⁴⁹⁴ entende que a AdC não efetuou a delimitação dos mercados relevantes de forma economicamente sustentável e que os *emails* mencionados na Nota de Ilícitude que, segundo a AdC, demonstram as referências a inúmeras zonas do território

⁴⁹³ 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. secção 30 da presente Decisão).

⁴⁹⁴ Cf. PNI Pingo Doce páginas 221 e ss.

português ou mesmo a um “nível nacional”, são insuficientes e não permitem sustentar uma restrição da concorrência na totalidade do mercado nacional, conforme alegadamente a AdC expressamente reconhece ao afirmar na Nota de Ilícitude que “*não pode[m] tais elementos de prova serem considerado[s] isoladamente*”.

32.3.7.2 Avaliação da Autoridade

1978. Na Nota de Ilícitude, a Autoridade concluiu que a prática investigada afeta todo o território português, incluindo os arquipélagos das regiões autónomas da Madeira e dos Açores, na medida em que essa corresponde à dimensão geográfica da atividade desenvolvida pelas empresas Visadas e à dimensão geográfica dos mercados relevantes considerados e dos comportamentos investigados.
1979. Analisada a pronúncia da Pingo Doce em confronto com a matéria de facto provada, com a prova que a sustenta e com a qualificação jurídica operada na presente Decisão, a Autoridade não pode deixar de concluir pela improcedência dos argumentos de defesa.
1980. Pelos motivos aduzidos nas secções 30.1.2 e 32.2.2, a Autoridade concluiu na presente Decisão pela manutenção da posição adotada na Nota de Ilícitude quanto à dimensão geográfica nacional dos mercados envolvidos.
1981. Não obstante e como decorre da avaliação da Autoridade nas referidas secções desta Decisão, a atribuição de uma dimensão geográfica diferente aos mercados envolvidos não teria impacto relevante na avaliação jurídica dos comportamentos investigados.
1982. Com efeito, tal como decorre da jurisprudência constante dos tribunais europeus, reitera-se que a definição dos mercados relevantes não é indispensável em processos, como o presente, por práticas restritivas da concorrência no âmbito de acordos, práticas concertadas ou decisões de associações de empresas a que seja atribuído um objeto restritivo da concorrência.
1983. No presente caso, tanto a Visada Primedrink, como as empresas de distribuição visadas, exercem a sua atividade em todo o território português, incluindo as regiões autónomas da Madeira e dos Açores (cf. secções 29, 30.1.2 e 32.2.2 da presente Decisão).
1984. Por outro lado, todos os mercados relevantes considerados na presente Decisão possuem dimensão nacional (cf. secções 30.1.2 e 32.2.2 da presente Decisão).

1985.No que respeita aos elementos probatórios, os contornos da prática em causa exigem que a Autoridade aprecie os comportamentos das empresas Visadas na sua globalidade, pois é dessa globalidade que decorrem os elementos que preenchem o tipo objetivo da infração e que formam o conjunto de meios de prova que fundamenta a declaração de existência de uma prática restritiva da concorrência.

1986.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.

1987.Por um lado, a matéria de facto provada revela que o objetivo partilhado por todas as empresas Visadas se traduz um plano estratégico de alinhamento horizontal dos preços de mercado em todo o país (cf. secção 31 da presente Decisão).

1988.Para que fique mais claro, recordem-se as seguintes passagens:

- “[A] *Primedrinks tem o alinhamento combinado para amanhã a nível nacional*” (cf. documento MCH1349);
- “*Auchan – Sobe para amanhã as lojas que ainda não estão a 4,49 e 3,89, a nível nacional*” (cf. documento Primedrinks247);
- “[O]s *preços de CG não estarão alinhados no âmbito nacional antes de dia 23/08*” (cf. documento Primedrinks156); e
- “[I]sto em *várias zonas do país*” (cf. documento Primedrinks622).

1989.Por outro lado, do acervo probatório constam inúmeras referências à localização das lojas das empresas de distribuição visadas e que estas se situam dispersas por todo o território nacional (v.g. documentos Primedrinks156, Primedrinks492, Primedrinks192, Primedrinks189, Primedrinks439, Primedrinks633, MCH1480, Primedrinks849, Primedrinks219, MCH1385, Primedrinks1003, Primedrinks617, Primedrinks624, Primedrinks623, Primedrinks622, Primedrinks621, Primedrinks620, Primedrinks91, Primedrinks147, Primedrinks619, Primedrinks137, Primedrinks968, JM703, Primedrinks185, Primedrinks284, Primedrinks170, Primedrinks41, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29 e Primedrinks970).

1990.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, tais asserções não bastariam para afastar a prova constante dos autos de que a prática se concretizou em todo o mercado nacional.

1991. 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.

1992. 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 e no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, pelo que improcedem os argumentos de defesa apresentados a este respeito pela Pingo Doce.

32.4 Afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia

1993. Para além do preenchimento dos elementos analisados nas secções precedentes, o n.º 1 do artigo 101.º deverá ser aplicado pela AdC sempre e quando a prática em causa se enquadre na correspondente disposição do ordenamento jurídico nacional, o n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, e seja suscetível de afetar sensivelmente o comércio entre Estados-Membros.

1994. Ou seja, para que se dê por preenchido o tipo objetivo do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, revela-se necessário que o acordo ou prática concertada seja suscetível de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros, aferindo-se a restrição da concorrência no “*mercado interno*”.

1995. O critério da suscetibilidade de afetação do comércio intracomunitário constitui assim um critério autónomo de direito da União Europeia, que deve ser apreciado numa base casuística. Trata-se de um critério de determinação da jurisdição, que define o âmbito de aplicação do direito da concorrência da União Europeia.

1996. 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 entrem a realização de um mercado único entre Estados-Membros*⁴⁹⁵.

1997. 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”⁴⁹⁶.

1998. O pressuposto da sua aplicação é que a violação das regras da concorrência afete ou seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, implicando a possibilidade de prever, com um grau de probabilidade suficiente com base num conjunto de fatores objetivos de direito ou de facto, que o acordo ou a prática concertada pode ter uma influência – direta ou indireta, efetiva ou potencial – na estrutura do comércio entre os Estados-Membros.

1999. Se se verificar que a infração 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 aplicáveis⁴⁹⁷.

2000. 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

⁴⁹⁵ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 25.01.2007, *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 23.04.2009, *AEPI Elliniki Etaireia pros Prostatian tis Pnevmatikis Idioktisias AE c. Comissão*, processo n.º C-425/07 P, Colet. 2009, p. 3205, parágrafos 50 e 51; Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.01.1999, *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 25.10.2001, *Firma Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz*, processo n.º C-475/99, Colet. 2001, p. 8089, parágrafo 47.

⁴⁹⁶ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 28.04.1998, *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 09.07.1969, *Franz Völk c. SPRL Éts J. Vervaecke*, processo n.º 5/69, Colet. 1969, p. 95, parágrafo 5.

⁴⁹⁷ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.11.2006, *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 25.01.2007, *Dalmine SpA c. Comissão*, processo n.º C-407/04 P, Colet. 2007, p. 829, parágrafo 90.

boa indicação acerca da possibilidade de os factos afetarem o comércio entre os Estados-Membros⁴⁹⁸.

2001.Desde o acórdão *Cementhandelaren* de 1972⁴⁹⁹, e posteriormente em 1985 com o acórdão *Remia*⁵⁰⁰, que o Tribunal de Justiça tem vindo a considerar que um acordo ou prática concertada 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.

2002.Com efeito, nas palavras do Tribunal de Justiça no caso *Club Lombard - Erste Group Bank AG e o. c. Comissão*:

"(...) o facto de um acordo ter apenas por objeto a comercialização de produtos num único Estado-Membro não basta para excluir a possibilidade de afetar o comércio entre Estados-Membros.

Com efeito, um acordo que abranja todo o território de um Estado-Membro tem como efeito, pela sua própria natureza, consolidar barreiras de carácter nacional, entretendo assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado CE (...)"

2003.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)⁵⁰¹.

2004.Para além de outras indicações relevantes a que se fará referência *infra* na presente secção, as Orientações da Comissão confirmam o acima referido a propósito da jurisprudência dos tribunais da União Europeia quanto a acordos que afetam todo o território de um Estado-Membro:

⁴⁹⁸ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.02.2002, *Wouters*, C-309/99, ponto 95.

⁴⁹⁹ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.10.1972, *Vereeniging van Cementhandelaren c. Comissão*, processo n.º 8/72, Colet. 1972 p. 333.

⁵⁰⁰ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.07.1985, *Remia B.V. e o. c. Comissão*, processo n.º 42/84, Colet. 1985, p. 2545.

⁵⁰¹ 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 27.04.2004, C 101, parágrafo 18.

“(...) 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”⁵⁰².

2005. Este entendimento foi também já sufragado pela jurisprudência nacional, conforme resulta da sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão no caso *Firmo c. AdC*, no qual é, aliás, citada a jurisprudência dos tribunais da União Europeia já acima referida, bem como as Orientações da Comissão:

“Por fim, quanto à aplicação do artigo 101.º, n.º 1 do TFUE, é ainda necessário que o acordo seja suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros.

É jurisprudência assente que para um acordo entre empresas ser suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, deve ser possível prever com um grau suficiente de probabilidade, com base num conjunto de elementos objetivos de direito ou de facto, que tem influência direta ou indireta, efetiva ou potencial, nos fluxos comerciais entre Estados-Membros de modo a poder prejudicar a realização dos objetivos de um mercado único entre Estados-Membros.

*A jurisprudência comunitária tem também entendido, desde o acórdão *Remia e o. c.* Comissão, proc. 42/84, que um acordo que se estende a todo o território de um Estado-Membro tem, pela sua própria natureza, por efeito consolidar barreiras de carácter nacional, entravando assim a interpenetração económica pretendida pelo Tratado.*

Partindo destes e de outros princípios afirmados pela jurisprudência comunitária, a Comissão Europeia emitiu as Orientações da Comissão sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado [atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE], publicadas no JO 2004/C 101/07. Não são vinculativas, é certo, mas desenvolvem de forma bastante aprofundada a matéria.

E no que respeita aos acordos horizontais que são restritivos da concorrência por objeto e que abrangem o território de um Estado-Membro exarou que os mesmos “são, em princípio, suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros. Os tribunais comunitários sustentaram numa série de processos que os acordos que cobrem a

⁵⁰² Cf. Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado” [atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE], JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 78.

totalidade do território de um Estado-Membro têm, pela sua própria natureza, o efeito de reforçar a segmentação dos mercados numa base nacional, na medida em que dificultam a penetração económica pretendida pelo Tratado (...).

Por conseguinte, há que concluir que, nestes casos, a natureza do acordo permite sustentar a existência de uma probabilidade suficiente de afetação do comércio entre Estados-Membros, face à inexistência de elemento suscetíveis de afastar essa probabilidade”⁵⁰³.

2006.O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, nesta mesma sentença respeitante ao caso *Firmo c. AdC*, seguiu este racional para concluir que, estando em causa um acordo de natureza horizontal restritivo da concorrência extensivo à totalidade do território nacional, tal acordo estava abrangido pelo disposto no artigo 101.º do TFUE (e violava o mesmo preceito legal em virtude do preenchimento dos restantes elementos típicos):

“Tais acordos são restritivos da concorrência por objeto, conforme resulta do seu conteúdo em conjugação com os parâmetros supra enunciados, foram extensivos à totalidade do território nacional, pelo que se conclui que afetam o comércio entre Estados-Membro e de forma sensível”⁵⁰⁴.

2007.Não obstante, remete-se de seguida para as considerações efetuadas pela Comissão Europeia nas suas Orientações sobre a afetação do comércio entre Estados-Membros, no sentido de evidenciar os elementos que sustentam esta conclusão resultante da aplicação da jurisprudência europeia e nacional ao caso concreto.

2008.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 “*suscetível de afetar*”; (iii) o conceito de “*carácter sensível*”.

⁵⁰³ Cf. Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 25/05/2017, *Firmo c. AdC*, processo n.º 36/17.2YUSTR, página 125.

⁵⁰⁴ Cf. Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 25/05/2017, *Firmo c. AdC*, processo n.º 36/17.2YUSTR, página 127.

32.4.1 Conceito de comércio entre os Estados-Membros

2009. 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 capitais⁵⁰⁵.

2010. Esclarecem ainda as Orientações da Comissão que este conceito, tal como configurado pela jurisprudência dos tribunais da União Europeia, abrange situações em que os acordos ou práticas concertadas afetam a estrutura concorrencial do mercado. No caso de uma empresa ser eliminada ou correr o risco de ser eliminada em resultado de um acordo ou de uma prática concertada restritiva da concorrência, a estrutura concorrencial no mercado comum é necessariamente afetada, bem como as atividades económicas que a empresa desenvolve⁵⁰⁶.

2011. 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-Membro⁵⁰⁷.

2012. Sendo certo que a suscetibilidade de afetação dos fluxos comerciais entre Estados-Membros é mais evidente nos casos em que a prática anticoncorrencial cobre ou está implantada em vários Estados-Membros, tal não significa, no entanto, que uma prática anticoncorrencial que cubra apenas um Estado-Membro não seja igualmente capaz de produzir tal impacto⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ 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 27.04.2004, C 101, parágrafo 19.

⁵⁰⁶ Cf. Comunicação da Comissão Europeia "*Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado* (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 20.

⁵⁰⁷ 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 27.04.2004, C 101, parágrafo 21.

⁵⁰⁸ Cf., neste sentido, Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 04.06.2014, 1.º juízo, processo n.º 204/13.6YUSTR, p. 210 (*Sport TV*) e Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de 04.01.2016, 1.º Juízo, processo n.º 102/15.9YUSTR (*GPL*), p. 198.

2013. 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*”⁵⁰⁹, prejudicando os objetivos comuns previstos pelo TFUE, designadamente as trocas comerciais entre Estados-Membros.

2014. 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.

32.4.2 Noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros

2015. No sentido de aferir como deve ser avaliado o potencial efeito de afetação do comércio entre Estados-Membros acima referido, importa concretizar o que se entende por uma restrição concorrencial que seja “*suscetível de afetar*” o comércio entre Estados-Membros, tal como desenvolvida pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e explicada nas Orientações da Comissão.

2016. Segundo as Orientações sobre a afetação do comércio entre Estados-Membros, para que o direito da União Europeia seja aplicável, não é necessário que o acordo ou a prática restritiva tenha, ou tenha tido, efetivamente, um efeito no comércio entre os Estados-Membros, bastando que seja “*suscetível*” de ter esse efeito⁵¹⁰.

2017. Refira-se ainda que, de acordo com as Orientações da Comissão, a avaliação da suscetibilidade da afetação do comércio entre Estados-Membros baseia-se em fatores

⁵⁰⁹ Cf., Acórdão do Tribunal de Justiça de 24.09.2009, *Club Lombard - Erste Group Bank AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG e Österreichische Volksbanken AG c. Comissão*, processos apensos n.ºs C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, Colet. 2009, p. 8681, parágrafo 38; cf., igualmente, Acórdão do Tribunal de Justiça de 11.07.1985, *Remia B.V. e o. c. Comissão*, processo n.º 42/84, Colet. 1985, p. 2545; Acórdão do Tribunal de Justiça de 23.11.2006, *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.

⁵¹⁰ Cf. Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado” (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 26.

objetivos, não sendo necessária uma intenção subjetiva por parte das empresas em causa⁵¹¹.

2018. 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-Membros⁵¹².

2019. A expressão “*suscetível de afetar*” e a referência do Tribunal de Justiça a “*um grau de probabilidade suficiente*” determinam 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.

2020. 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 causa⁵¹³.

2021. Neste sentido, destaca-se a jurisprudência europeia que tem sido clara na adoção de uma interpretação ampla relativamente ao conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros, preconizando uma conceção segundo a qual o facto de uma prática anticoncorrencial abranger apenas um único Estado-Membro não ser impeditiva de afetar a estrutura do comércio entre concorrentes de outros Estados-Membros, podendo, implicar um encerramento do mercado nacional a concorrentes estrangeiros, desencorajando-os de exportar ou de entrar no mercado de qualquer outra forma⁵¹⁴.

⁵¹¹ Cf. Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado” (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 25.

⁵¹² 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 27.04.2004, C 101, parágrafo 23.

⁵¹³ 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 27.04.2004, C 101, parágrafos 26 e 27.

⁵¹⁴ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 25/03/1981, Coöperatieve Stremsel – en Kleurselfabriek c. Comissão, processo n.º 61/80 - parágrafo 15; Acórdão do Tribunal de Justiça de 24/09/2009, Club Lombard - Erste Group

2022.Com efeito, 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*”⁵¹⁵, prejudicando os objetivos comuns previstos pelo TFUE, designadamente as trocas comerciais entre Estados-Membros.

32.4.3 Conceito de carácter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia

2023.Por fim, as Orientações da Comissão estabelecem ainda que o acordo seja suscetível de afetar “*sensivelmente*” o comércio entre Estados-Membros. Deste modo, o conceito de afetação do comércio integra um elemento quantitativo que limita a aplicabilidade do direito da União Europeia a acordos e práticas restritivas suscetíveis de produzir efeitos de certa importância⁵¹⁶.

2024.De acordo com as Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros, o carácter sensível pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas no mercado em causa. Assim, segundo as Orientações, “[q]uanto mais forte for a posição de mercado das 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”⁵¹⁷.

2025.Partindo desta premissa, a Comissão estabelece duas presunções elidíveis: uma presunção negativa elidível, aplicável a todos os acordos e práticas concertadas na

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.

⁵¹⁵ 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.

⁵¹⁶ Cf. Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado” (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 44.

⁵¹⁷ Cf. Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado” (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 44.

ação 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 empresas⁵¹⁸; 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%.

2026. A Comissão frisa ainda que “[n]o caso de redes de acordos concluídos pelo mesmo fornecedor com diferentes empresas de distribuição, são tidas em conta as vendas realizadas por toda a rede” e que “[p]ara efeitos da aplicação da regra NASC, os contratos que fazem parte da mesma operação global constituem um único acordo. As empresas não podem, para beneficiar destes limiares, segmentar um acordo que, numa perspectiva económica, constitua um todo”⁵¹⁹ (sublinhado da Autoridade).

2027. Daqui resulta que o caráter sensível pode ser apreciado, nomeadamente, por referência à posição e à importância das empresas envolvidas nos mercados em causa, sendo a avaliação desse caráter sensível determinada em função das circunstâncias específicas do caso concreto, designadamente da natureza do acordo ou da prática concertada em apreço, da natureza dos produtos abrangidos e das quotas de mercado das empresas em causa⁵²⁰.

2028. Nos parágrafos 86 a 92 das referidas Orientações, a Comissão fornece exemplos de acordos verticais suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros:

⁵¹⁸ “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.

⁵¹⁹ Cf. Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafos 56 e 57.

⁵²⁰ Cf. Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE), JO de 27 de abril de 2004, C 101, parágrafo 45.

“[o]s acordos verticais que abrangem a totalidade de um Estado-Membro e que têm por objecto produtos susceptíveis de ser exportados podem igualmente ser susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros, mesmo que não criem obstáculos directos ao comércio. Acordos no âmbito dos quais as empresas acordam na imposição de preços de venda podem ter efeitos directos no comércio entre os Estados-Membros ao aumentarem as importações de outros Estados-Membros e ao diminuírem as exportações do Estado-Membro em causa. Acordos que prevêem a imposição de preços de venda podem ainda afectar a estrutura do comércio de forma muito similar à dos cartéis horizontais. Se os preços de venda impostos forem superiores aos preços praticados noutros Estados-Membros, o seu nível só é sustentável se as importações de outros Estados-Membros puderem ser controladas” (sublinhado da Autoridade).

2029. A jurisprudência nacional proferida em processos contraordenacionais por infrações ao direito da concorrência tem adotado entendimento idêntico ao acima exposto quanto ao critério da suscetibilidade da afetação do comércio entre Estados-Membros.

2030. 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 Decisão de Inquérito] a conclusão de que estamos perante uma actividade que afecta de forma sensível o comércio entre os Estados-membros é casuística. Ou seja, importa analisar a actividade económica e o impacto da mesma, tendo [p. 62] como base critérios objetivos de direito ou de facto, a fim de concluirmos pela violação ou não do mencionado normativo. O próprio facto da existência de uma empresa com posição dominante em todo o território de um Estado-Membro poderá bastar, por si só, para dificultar a penetração no mercado e nessa medida estaria preenchida a previsão do artigo 102.º do Tratado. Entendeu a Autoridade da Concorrência que a circunstância de a arguida deter uma posição dominante que abrange a totalidade de um Estado-Membro e desenvolver uma prática abusiva que tem por objecto ou como efeito a exclusão de concorrentes dificulta a penetração dos concorrentes de outros Estados-Membros no mercado nacional, o que se revela susceptível de afectar a estrutura do comércio intracomunitário. Considerando o quadro factual em causa nos presentes autos, entende o Tribunal que assiste razão à Autoridade da Concorrência. [...] Resta então definir se essa decisão é suscetível de afectar o comércio entre os Estados-Membros.

A decisão aqui em causa estende-se a todo o território nacional [...]. Ora, desde logo, importa concluir que, abrangendo todo o território de um Estado-Membro, o Regulamento é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros na acepção dos artigos 81.º do Tratado [atual artigo 101.º do TFUE], pois dificulta o acesso de outros prestadores ao mercado português de formação de técnicos oficiais de contas, restringindo o exercício da actividade nesta área [...], p. 63]. Face a todo o exposto, entende o tribunal que a conduta da arguida é também violadora do artigo 81.º, n.º 1, al. a), do Tratado CE [p.64]”⁵²¹.

2031. O Tribunal da Relação de Lisboa 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 autos⁵²²), tendo afirmado o seguinte:

“Deve ainda atentar-se em que, tal como decorre do afirmado quer pelo Tribunal do Comércio quer pelo TJUE, o mercado relevante em causa é todo o território nacional e o art. 101.º, 1, do TFUE abrange quer os efeitos actuais quer os potenciais da decisão em apreço, havendo, pois, que considerar não apenas a produção pretérita ou actual do Regulamento de efeitos nefastos na concorrência no mercado interno, como também a possibilidade de esse risco se verificar no futuro (sendo necessário não olvidar que a [p. 76] contra-ordenação ao art.º 4.º, 1, da Lei 18/2003, de 11-6 exige apenas o mero perigo concreto e não o resultado). Acresce que, uma vez que se aplica ao conjunto do território do Estado-Membro em questão, um regulamento como o regulamento controvertido é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, na acepção do art. 101.º do TFUE. Ora, as condições de acesso ao mercado de formação obrigatória dos TOC impostas pelo regulamento controvertido são susceptíveis de ter uma importância não despreciable 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]”⁵²³.

⁵²¹ Cf. Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 29.04.2011, 1.º Juízo, processo n.º 938/10.7TYLSB.

⁵²² Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 28.02.2013, processo n.º C-1/12, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas*.

⁵²³ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 07.01.2014, 5.ª Secção, processo n.º 938/10.7 TYLSB.L1.

32.4.4 Afecção do comércio entre Estados-Membros da União Europeia no caso concreto

2032. Cotejados estes elementos com a factualidade decorrente do presente processo, pode concluir-se que, no caso concreto, como decorre da descrição dos elementos probatórios constante da secção 31 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.
2033. Com efeito, a prática concertada de “*hub and spoke*” aqui em causa visa, precisamente, que as empresas de distribuição visadas conheçam o posicionamento atual e futuro de PVP de insígnias concorrentes, possibilitando assim o alinhamento das respetivas políticas comerciais no mercado retalhista de base alimentar.
2034. Só por si, esta prática é suscetível de influenciar as características do mercado nacional, globalmente considerado.
2035. Acresce o facto de o volume de negócios anual agregado das Visadas ser bastante superior a 40 milhões de euros em Portugal (cf. secção 29 da presente Decisão), e de as quotas de mercado agregadas das Visadas, nomeadamente das empresas de distribuição visadas, bem como da Primedrinks nos mercados de whisky e de vinhos tranquilos, ultrapassarem o limiar de 5%.
2036. De facto, a prática em causa abrange uma das maiores empresas portuguesas no setor da distribuição e comercialização de bebidas e as principais empresas de distribuição retalhista a operar no território nacional, o que contribui (ou, pelo menos, tem a suscetibilidade de contribuir) para o isolamento do mercado nacional e, conseqüentemente, para o reforço das barreiras nacionais (cf. secções 29 e 30.2 da presente Decisão).
2037. Efetivamente, a Primedrinks tem como principal atividade a comercialização/distribuição por grosso de bebidas alcoólicas, sendo vastamente reconhecida em termos de portefólio, comercializando/distribuindo desde logo mais 30 marcas de reconhecimento nacional e internacional (por exemplo, marcas estrangeiras como Grant’s, Monkey Shoulder, Tullamore Dew, Clan MacGregor, The Famous Grouse, Hendrick’s, Bols, Stolichnaya, ou marcas nacionais de produtores como Esporão, Casal Garcia, Quinta

da Aveleda, Casa Ermelinda Freitas, Herdade dos Grous, Luís Pato, Fiúza ou Quinta dos Murças).

2038. Ora, muitos dos produtos distribuídos/comercializados pela Primedrinks são produzidos no Espaço Económico Europeu (E.E.E.)⁵²⁴, entre os quais, o whisky Grant's (Escócia), Monkey Shoulder (Escócia), Tullamore Dew (Irlanda), Clan MacGregor (Escócia), The Famous Grouse (Escócia), o gin Hendrick's (Escócia), o vodca Stolichnaya (Letónia) que, por conseguinte, têm todos estes produtos de ser importados para Portugal.

2039. Mais do que isso, a Primedrinks é detida (em 35%) por uma empresa de capital estrangeiro, no caso, a William Grant & Sons Investments Limited, uma empresa de direito britânico com sede na Escócia⁵²⁵.

2040. Existe pois, pelo menos no que à Primedrinks se refere, uma verdadeira suscetibilidade de influenciar as trocas comerciais entre Estados-Membros.

2041. Sucede que também as empresas de distribuição visadas pertencem a alguns dos grupos económicos com maior peso em Portugal.

2042. Por um lado, a Auchan, a Cooplecnorte e a ITMP são detidas por empresas sedeadas noutros Estados-Membros (cf. secções 29.2, 29.3 e 29.4 da presente Decisão).

2043. Por outro lado, a MCH e a Pingo Doce têm uma forte presença internacional, em especial noutros Estados-Membros da União Europeia, sendo que o Grupo Jerónimo Martins têm mais de 2.800 estabelecimentos comerciais na Polónia, e o Grupo Sonae tem presença em mais de 20 países da União Europeia (cf., respetivamente, secções 29.5 e 29.7 da presente Decisão).

2044. Acresce que, conforme referido anteriormente, o conjunto das empresas de distribuição visadas tem um peso significativo no setor da distribuição retalhista de base alimentar em Portugal, pelo que, também no que se refere à atividade das empresas de distribuição visadas, sempre seria manifesto o carácter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros decorrente da prática adotada (cf. secção 30.2.3 da presente Decisão).

2045. Adicionalmente, como foi também amplamente referido *supra*, os acordos e práticas concertadas que abrangem a totalidade do território de um Estado-Membro têm, pela

⁵²⁴ Definido de acordo com o período da presente infração.

⁵²⁵ Integrante do E.E.E. à data da presente infração.

sua própria natureza, o efeito de reforçar a segmentação ou compartimentação dos mercados numa base nacional, na medida em que dificultam a interpenetração económica pretendida pelo TFUE, assim prejudicando os objetivos comuns ali previstos, designadamente as trocas comerciais entre Estados-Membros.

2046. 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 grande empresa de distribuição/comercialização 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.

2047. Por conseguinte, é de concluir que a prática concertada em causa é suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros, estando verificados os pressupostos de facto indicados nas referidas Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros e na jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente, a afetação da totalidade do território nacional, compartimentando-o e, desta forma, impedindo a interpenetração económica de forma significativa nos mercados relevantes considerados.

2048. Considera-se, portanto, aplicável, *in casu*, o disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.

32.4.5 Pronúncia das Visadas

2049. Relativamente à afetação do comércio entre Estados-Membros da União Europeia, a Auchan⁵²⁶ considera que a AdC não logrou fazer prova dos três elementos fundamentais do requisito que determina a aplicação do direito da União Europeia, que são:

- O conceito de comércio entre Estados-Membros, já que não procurou caracterizar a existência de um impacto mínimo nas atividades económicas transfronteiriças entre pelo menos dois Estados-Membros;
- A noção de suscetibilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros, uma vez que a atividade em causa (distribuição retalhista) desenvolve-se

⁵²⁶ Cf. PNI Auchan capítulo IV.2.4.; Cf. PNI Pingo Doce páginas 222 e ss.

necessariamente a nível nacional e não resulta qualquer restrição à entrada de empresas que visasse concorrer com as Visadas no mercado português; e

- O conceito de carácter sensível, uma vez que a informação constante dos autos diz respeito a dados de *shopping*, pelo que não entende como poderá a alegada prática concertada ter contribuído para um grau de transparência adicional no mercado que de outra forma não existiria.

2050. Adicionalmente, defende a Auchan que os mercados retalhistas em causa têm uma natureza local e que, no caso concreto, sempre estariam circunscritos aos mercados do produto que foram considerados (e que representam uma percentagem ínfima das vendas da Auchan e das demais insígnias) ou, no mesmo sentido, uma parte inexpressiva das compras dos portugueses em supermercados e hipermercados.

2051. Para a Pingo Doce, *“o facto de determinada prática ocorrer na totalidade de um mercado nacional não leva necessariamente, e sem mais, à conclusão de que a mesma seja ou pudesse ter sido suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros”*.

2052. Assim, a Pingo Doce recorre à jurisprudência e doutrina para recusar a aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE à prática *sub judice*, alegando que:

- Seriam necessários factos em que, a existir qualquer tipo de afetação do comércio entre os Estados-Membros, esta teria de considerar-se como sensível, isto é, significativa ou notória;
- Para se avaliar a “suscetibilidade de afetação”, há que ter em conta determinados fatores, nos quais se incluem a natureza da prática concertada em causa, a natureza dos produtos abrangidos, a posição no mercado das empresas envolvidas, o contexto jurídico e factual em que o acordo ou prática ocorre e se determinada prática criou ou seria suscetível de criar ou reforçar barreiras ao comércio entre os Estados-Membros;
- Os mercados geográfico e de produto relevantes têm de estar claramente identificados, para que se possa concluir (ou não) que o comércio entre os Estados-Membros em tal mercado foi ou era suscetível de ter sido sensivelmente afetado; e
- Seria necessário demonstrar de que forma ocorreu uma segmentação do mercado interno, ou que medidas é que as empresas de distribuição visadas adotaram para excluir os concorrentes de outros Estados-Membros.

2053. Deste modo, de acordo com a Pingo Doce, a AdC, ao tentar demonstrar a existência dos elementos mencionados, que se devem verificar de forma cumulativa, entra em diversas contradições e não demonstra estarem verificados os pressupostos de que depende a aplicabilidade do artigo 101.º do TFUE.
2054. Finalmente, defende a Pingo Doce que, de acordo com as orientações da Comissão Europeia, esta entende que não são suscetíveis de afetar sensivelmente o comércio entre os Estados-Membros os acordos que preencham, cumulativamente, determinadas condições, pelo que, em função das quotas de mercado e dos volumes de negócio das Visadas, verifica-se a presunção negativa aplicável à pretensa prática concertada na aceção do n.º 1 do artigo 101º do TFUE, de modo que inexistente um efeito sensível no comércio entre Estados-Membros.
2055. Concluem as visadas em causa que não se vislumbra a probabilidade de afetação do comércio entre os Estados-Membros.

32.4.6 Apreciação da Autoridade

2056. Na Nota de Ilícitude, a Autoridade concluiu verificar-se, *in casu*, a suscetibilidade de afetação dos fluxos comerciais transfronteiriços entre os Estados-Membros, nos termos descritos nas Orientações da Comissão, tendo aplicação o disposto no n.º 1 do artigo 101.º do TFUE.
2057. Apreciada a defesa das Visadas em confronto com a matéria de facto provada, com os elementos de prova que a esteiam e com a qualificação jurídica operada na presente Decisão, a Autoridade entende resultar plenamente demonstrada a posição assumida na Nota de Ilícitude a respeito da afetação do comércio entre Estados-Membros.
2058. A Autoridade começa por recordar dois pressupostos fundamentais nesta matéria, que as Visadas parecem pretender afastar.
2059. Em primeiro lugar, sendo certo que a suscetibilidade de afetação dos fluxos comerciais é mais evidente nos casos em que a prática restritiva da concorrência cobre ou está implantada em vários Estados-Membros, tal não significa que uma prática restritiva da concorrência que cobre apenas um Estado-Membro não seja igualmente suscetível

dessa afetação⁵²⁷, sendo jurisprudência consolidada da União Europeia que *“as práticas restritivas que se estendem a todo o território de um Estado membro têm por efeito, pela sua própria natureza, consolidar uma compartimentação dos mercados a nível nacional, entrando assim a interpenetração económica pretendida pelo tratado”*⁵²⁸.

2060. 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 concertada 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)⁵²⁹.

2061. 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 prática⁵³⁰, podendo apreciar-se o tal *caráter sensível* por referência, por exemplo, à posição e à importância das empresas envolvidas no caso concreto⁵³¹.

2062. 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, a Autoridade destacava, relativamente ao caso concreto, os seguintes aspetos:

- i) Como decorre da descrição da matéria de facto constante da secção 31.1 da presente Decisão, a prática concertada implementada permite a cada uma das empresas de distribuição visadas conhecer a estratégia comercial adotada pelas empresas de distribuição suas concorrentes e o respetivo impacto no mercado, criando um nível de transparência entre empresas concorrentes que de outra forma não existiria;

⁵²⁷ 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.

⁵²⁸ 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.

⁵²⁹ *Idem*, parágrafo 26.

⁵³⁰ *Idem*, parágrafo 27.

⁵³¹ *Idem*, parágrafo 45.

- ii) A prática concertada de “*hub and spoke*” em causa visa, precisamente, que todas as empresas de distribuição alinhem horizontalmente os seus PVP e as respetivas políticas comerciais no mercado retalhista, através do conhecimento do posicionamento futuro dos PVP das empresas de distribuição concorrentes;
- iii) Conforme referido, 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. secção 30.2.3 *supra*);
- iv) Acresce ainda o facto de, por um lado, a Auchan, a Cooplenorte e a ITMP integrarem grupos internacionais sedeados noutros Estados-Membros (cf. secções 29.2, 29.3 e 29.4 *supra*);
- v) Por outro lado, 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 Polónia⁵³², e o Grupo Sonae tem presença em mais de 20 países da União Europeia⁵³³ (cf. secções 29.5 e 29.7 *supra*);
- vi) Verifica-se, igualmente, que a Primedrinks é detida (em 35%) por uma empresa de capital estrangeiro, no caso, a William Grant & Sons Investments Limited, uma empresa de direito britânico com sede na Escócia⁵³⁴;
- vii) Acresce ainda o facto de a Primedrinks ter como principal atividade a comercialização/distribuição por grosso de bebidas alcoólicas, muitas delas produzidas no Espaço Económico Europeu (E.E.E.), entre os quais, o whisky Grant’s (Escócia), Monkey Shoulder (Escócia), Tullamore Dew (Irlanda), Clan MacGregor (Escócia), The Famous Grouse (Escócia), o gin Hendrick’s (Escócia),

⁵³² 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 31.12.2017) – cf. <https://www.jeronimomartins.com/pt/sobre-nos/o-que-fazemos/distribuicao-alimentar/biedronka/>

⁵³³ 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_13253617025abd46af4fdd.pdf, consultado em 04.11.2020 e disponível a fls. 8167 do processo.

⁵³⁴ Cf. <https://carlsberggroup.com/who-we-are/about-the-carlsberg-group/> (último acesso em 29.11.2018).

o vodca Stolichnaya (Letónia) que, por conseguinte, têm todos estes produtos de ser importados para Portugal⁵³⁵;

viii) Nesse sentido, também no que à Primedrinks se refere, sempre se terá de admitir igualmente a existência de uma verdadeira suscetibilidade de influenciar as trocas comerciais entre Estados-Membros;

ix) A prática investigada visa e produziu, de facto, efeitos “a nível nacional” (v.g. documento Primedrinks247).

2063. Adicionalmente, a Autoridade salienta 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 761 da Nota de Ilícitude e parágrafo 2047 da presente Decisão).

2064. 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 importante empresa de comercialização e distribuição de bebidas alcoólicas, 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 ⁵³⁶.

2065. 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.

2066. 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

⁵³⁵ Do ponto de vista da dimensão do produto, tal como referido *supra*, estas bebidas constituem mercados distintos na medida em que não são substituíveis na perspetiva da procura.

⁵³⁶ A este respeito, refira-se igualmente que o elevado grau de concentração no mercado de distribuição retalhista de base alimentar em Portugal reflete que os investimentos necessários para que um potencial novo concorrente, com abrangência nacional, possa entrar neste mercado são relativamente elevados, funcionando deste modo como uma barreira à entrada.

empresas envolvidas no caso concreto, designadamente a comercialização e a distribuição de bebidas alcoólicas.

2067. Em segundo lugar, recorde-se que o pressuposto de que o acordo ou prática concertada afeta fluxos comerciais poderá verificar-se mesmo que a prática cubra apenas um Estado-Membro quando ela se estende a todo o território nacional, tendo por efeito reforçar a segmentação ou a compartimentação dos mercados a nível nacional, circunstância que se verifica no caso concreto, na medida em que dificultam a penetração económica pretendida pelo TFUE⁵³⁷, assim prejudicando os objetivos comuns previstos, designadamente as trocas comerciais entre Estados-Membros.

2068. Efetivamente, a prática acontece em mercados de âmbito geográfico nacional e visa e produziu efeitos “a nível nacional”, sendo aliás esse mesmo o objetivo prosseguido pelas Visadas.

2069. 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.

2070. 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 2063 da presente Decisão.

2071. 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”⁵³⁸. “[D]ado que se trata de efeitos potenciais, não é determinante saber se

⁵³⁷ Cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 24.09.2009, *Club Lombard - Erste Group Bank AG, Raiffeisen Zentralbank Österreich AG, Bank Austria Creditanstalt AG e Österreichische Volksbanken AG c. Comissão*, processos apensos n.ºs C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, Colet. 2009, p. 8681; cf., igualmente, Acórdão do Tribunal Geral de 11.12.2003, *Adriatica di Navigazione c. Comissão*, processo n.º T-61/99, Colet. 2003, p. 5349 e a Comunicação da Comissão Europeia “Orientações sobre o conceito de afetação do comércio entre os Estados-Membros previsto nos artigos 81.º e 82.º (atuais artigos 101.º e 102.º do TFUE) do Tratado”, JO de 27.04.2004, C 101, parágrafo 78.

⁵³⁸ 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.

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)”⁵³⁹.

2072. Sucede que, nas palavras das próprias Visadas, o mercado nacional de retalho alimentar caracteriza-se por:

- i) Existência de nove Grandes Grupos Retalhistas (seis 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;
- ii) Grande transparência que decorre da intensa publicidade associada às promoções e do progressivo aumento dos meios de disseminação de informação; 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”⁵⁴⁰.*

2073. Conclui-se, assim, que a prática investigada visa um mercado em que existem já barreiras à entrada e, sobretudo, à expansão de um novo concorrente, impedindo a penetração económica de forma significativa nos mercados relevantes considerados.

2074. Neste sentido, a conjugação dos fatores referidos *supra* (parágrafo 2063 da presente Decisão) com as barreiras identificadas, 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 esses efeitos, dada a natureza da prática em causa, o tipo de produtos a ela associados, a posição de

⁵³⁹ 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.

⁵⁴⁰ Cf. PNI Pingo Doce parágrafo 1001.

mercado das empresas envolvidas e, finalmente, as características dos mercados envolvidos e as barreiras nacionais existentes.

2075.A Autoridade forma, assim, a sua convicção de que sempre seria manifesto, *in casu*, o carácter sensível da afetação do comércio entre Estados-Membros⁵⁴¹, considerando-se verificado o critério de jurisdição do TFUE e a aplicação ao caso concreto do respetivo n.º 1 do artigo 101.º, pelo que improcedem os argumentos de defesa apresentados a este respeito pelas Visadas.

32.4.7 Conclusão quanto ao tipo objetivo da infração

2076.Concluída a análise de todos os elementos constitutivos do tipo objetivo constante do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, a Autoridade forma a sua convicção quanto à verificação da prática concertada de fixação indireta de preços, através da qual as empresas Visadas fixam, de forma indireta, através do fornecedor, os PVP dos produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks, tendo em vista o objetivo comum de garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal desses preços no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, existente desde, pelo menos, o ano de 2007, e até, pelo menos maio de 2017, tendo esta uma natureza intrinsecamente restritiva, consubstanciando uma restrição da concorrência por objeto.

32.5 Tipo subjetivo da infração

2077.Para imputação às Visadas da infração que resulta da restrição por objeto identificada nos presentes autos, é ainda necessário demonstrar a verificação dos elementos subjetivos do tipo de infração tipificada 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.

2078.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*

⁵⁴¹ O Tribunal Geral já considerou sensível a afetação do comércio quando as empresas visadas representavam cerca de 37% a 40% do mercado - cf., neste sentido, Acórdão do Tribunal Geral *Stichting Certificatie Kraanverhuurbedrijf e Federatie van Nederlandse Kraanverhuurbedrijven c. Comissão*, de 22 de outubro de 1997, processos apensos T-213/95 e T-18/96, Coletânea de Jurisprudência 1997, p. II-1739, parágrafo 181.

previstos na lei, com negligência”, sendo neste âmbito a negligência punível, nos termos do n.º 3 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012.

2079. 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”*⁵⁴².

2080. Nos termos melhor desenvolvidos e detalhadamente descritos na secção 31 da presente Decisão, a matéria de facto considerada provada constitui fundamento para a verificação da existência de uma prática concertada de *“hub and spoke”*, que se traduziu numa fixação de PVP, com o objetivo de alinhamento horizontal dos PVP entre empresas de distribuição concorrentes, promovido entre todas as empresas de distribuição visadas, de forma indireta, através do fornecedor.

2081. Com a implementação desta estratégia concertada de alinhamento horizontal dos PVP, as empresas de distribuição visadas (mas também o próprio fornecedor) pretenderam que os produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks fossem vendidos no mercado retalhista a preços semelhantes ou nivelados, garantindo assim um determinado nível de preços no mercado, estável e alinhado transversalmente (v.g. os documentos MCH1349, Primedrinks25, Primedrinks137, Primedrinks334, Primedrinks170 e Primedrinks80 referidos nos parágrafos 833 a 842, 871 a 875, 1090 a 1091, 987, 1155 a 1157 e 1072, respetivamente).

2082. Recorde-se que, nos termos melhor desenvolvidos na secção 31.1.1.2 da presente Decisão, a AdC conclui que, independentemente da designação (*“PVP”, “PVPR” ou “PVP mínimos”*), os preços indicados pela Primedrinks às empresas de distribuição visadas são considerados e discutidos efetivamente como PVP, manifestando as Visadas o seu consentimento de forma livre, espontânea e esclarecida, com um determinado posicionamento futuro, no único pressuposto de estarem alinhadas com as restantes insígnias.

⁵⁴² Cf. Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 12.01.2006, 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”*.

2083. Assim se cristalizam os PVP pré-fixados que são identificados nos meios de prova, traduzindo mais que uma simples recomendação, uma prática concertada de fixação indireta de preços.
2084. A implementação dos PVP pré-fixados é posteriormente objeto de verificação cruzada por todas as empresas intervenientes, num esforço contínuo de monitorização, identificação, sinalização e correção de desvios ao posicionamento e calendário combinados, suscitando ações de retaliação quando o alinhamento não acontece (cf. secção 31 da presente Decisão).
2085. Portanto, ao longo do tempo, cada uma das Visadas adotou comportamentos que contribuíram para a qualificação da prática descrita na presente Decisão como a infração que agora lhes é imputada.
2086. Em concreto, os comportamentos da Primedrinks revelam que: (i) concertou com as empresas de distribuição visadas o posicionamento de PVP a implementar futuramente no mercado retalhista, (ii) solicitou expressamente às empresas de distribuição que implementassem determinado posicionamento de PVP futuro, (iii) recebeu, das empresas de distribuição visadas, informação relativa ao seu posicionamento de PVP futuro e veiculou essa informação para empresas de distribuição concorrentes, (iv) monitorizou o posicionamento de PVP no mercado retalhista, (v) solicitou às empresas de distribuição visadas que corrigissem eventuais desvios face ao PVP fixado e/ou indicado, por sua própria iniciativa e em virtude da pressão exercida por empresas de distribuição concorrentes não desviantes, e (vi) exerceu ações de retaliação sobre empresas de distribuição com o intuito de as levar a corrigir desvios e garantir um alinhamento no mercado (cf. secção 31.1 *supra*, bem como toda a documentação aí referenciada).
2087. Por sua vez, as empresas de distribuição visadas (Auchan, Cooplecnorte, ITMP, Lidl, MCH e Pingo Doce): (i) concertaram antecipadamente com a Primedrinks e, indiretamente, através dela, com empresas concorrentes, o posicionamento de PVP a implementar futuramente no mercado, (ii) implementaram efetivamente o posicionamento combinado, (iii) partilharam com a Primedrinks e, indiretamente, através dela, com empresas concorrentes, informação relativa ao seu posicionamento de PVP futuro, (iv) receberam, indiretamente, através da Primedrinks, informação relativa ao posicionamento de PVP futuro de empresas concorrentes, (v) monitorizaram o posicionamento de PVP no mercado, por sua própria conta e através de informação que

exigiam, ou que era veiculada, pela Primedrinks, (vi) sinalizaram à Primedrinks comportamentos desviantes de insígnias concorrentes e pressionaram a Primedrinks para que garantisse a correção de desvios e o alinhamento do mercado, e (vii) exerceram ações de retaliação com o intuito de pressionar a Primedrinks a reposicionar os PVP das empresas concorrentes de acordo com o nível previamente concertado (cf. secção 31 *supra*, bem como toda a documentação aí referenciada).

2088. Para além disso, cada uma das empresas envolvidas (Primedrinks⁵⁴³, Auchan⁵⁴⁴, Cooplenorte⁵⁴⁵, ITMP⁵⁴⁶, Lidl⁵⁴⁷, MCH⁵⁴⁸ e Pingo Doce⁵⁴⁹) tinha conhecimento dos

⁵⁴³ Cf. documentos Primedrinks563, Primedrinks643, MCH1349, Primedrinks25, Primedrinks56, Primedrinks334, Primedrinks338, Primedrinks575, Primedrinks968, Primedrinks1021, Primedrinks156, Primedrinks619, Primedrinks269, MCH1500, Primedrinks170, Primedrinks327, MCH1480, Primedrinks247, Primedrinks270, Primedrinks439, Primedrinks492, Primedrinks592, Primedrinks633, Primedrinks1003, MCH1480, Primedrinks219, Primedrinks336, Primedrinks849, Primedrinks893, Primedrinks435, Primedrinks926, Primedrinks929, Primedrinks1016, Primedrinks61.

⁵⁴⁴ Cf. documentos Primedrinks563, Primedrinks643, JM703, Primedrinks15, Primedrinks61, Primedrinks89, Primedrinks270, Primedrinks415, Primedrinks63, Primedrinks244, Primedrinks978, Primedrinks11, Primedrinks109, Primedrinks259, Primedrinks283, Primedrinks284, Primedrinks39, Primedrinks43, Primedrinks47, Primedrinks59, Primedrinks110, Primedrinks111, Primedrinks116, Primedrinks172, Primedrinks201, Primedrinks206, Primedrinks244, Primedrinks250, Primedrinks464, Primedrinks470, Primedrinks509, Primedrinks580, Primedrinks598, Primedrinks610, Primedrinks614, Primedrinks644, Primedrinks777, Primedrinks856, Primedrinks858, Primedrinks918, Primedrinks968, Primedrinks1004, Primedrinks1037, Primedrinks192, Primedrinks597, Primedrinks1023, Primedrinks123, Primedrinks218, Primedrinks4, Primedrinks103.

⁵⁴⁵ Cf. documentos Primedrinks320, Primedrinks643, Primedrinks199, Primedrinks257, Primedrinks591, Primedrinks62, Primedrinks64, Primedrinks65, Primedrinks110, Primedrinks166, Primedrinks244, Primedrinks249, Primedrinks258, Primedrinks262, Primedrinks462, Primedrinks506, Primedrinks246, Primedrinks260, Primedrinks382, Primedrinks836.

⁵⁴⁶ Cf. documentos Primedrinks183, Primedrinks643, Primedrinks415, Primedrinks58, Primedrinks172, Primedrinks462, Primedrinks508, Primedrinks55, Primedrinks257, Primedrinks278, Primedrinks509, Primedrinks614, Primedrinks118, Primedrinks1041, Primedrinks1048, Primedrinks1047, Primedrinks1046.

⁵⁴⁷ Cf. documentos Primedrinks247, Primedrinks643, Primedrinks118, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29, Primedrinks970, Primedrinks132, Primedrinks1004, Primedrinks129.

⁵⁴⁸ Cf. documentos Primedrinks563, Primedrinks100, MCH1349, MCH1385, MCH1413, Primedrinks25, Primedrinks61, Primedrinks270, Primedrinks415, Primedrinks630, Primedrinks1021, Primedrinks7, Primedrinks31, Primedrinks196, Primedrinks978, Primedrinks188, Primedrinks867, Primedrinks870, MCH865, Primedrinks47, Primedrinks139, Primedrinks141, Primedrinks197, Primedrinks244, Primedrinks245, Primedrinks307, Primedrinks464, MCH1480, Primedrinks269, Primedrinks327, Primedrinks250, Primedrinks335, Primedrinks507, Primedrinks327, MCH283, Primedrinks333, MCH2054, Primedrinks51, Primedrinks81, Primedrinks106, Primedrinks212, MCH1480, MCH1500, Primedrinks569, Primedrinks893, Primedrinks1003, Primedrinks27, Primedrinks36, Primedrinks60, Primedrinks97, Primedrinks114, Primedrinks207, Primedrinks326, Primedrinks331, Primedrinks341, Primedrinks342, Primedrinks355, Primedrinks610, Primedrinks636, Primedrinks834, Primedrinks916, Primedrinks917, MCH1385, Primedrinks37, Primedrinks219, Primedrinks336, Primedrinks849, MCH818, Primedrinks3, Primedrinks14, Primedrinks19, Primedrinks32, Primedrinks50, Primedrinks122, Primedrinks116, Primedrinks124, Primedrinks595 e Primedrinks598, Primedrinks856, Primedrinks954, MCH943, MCH2929, MCH2836, Primedrinks273, Primedrinks329, Primedrinks948, Primedrinks594, MCH994.

⁵⁴⁹ Cf. documentos JM703, Primedrinks643, Primedrinks630, Primedrinks1021, Primedrinks7, Primedrinks251, Primedrinks270, Primedrinks338, Primedrinks415, Primedrinks221, Primedrinks307, Primedrinks467, Primedrinks978, Primedrinks189, Primedrinks327, Primedrinks592, Primedrinks633, Primedrinks186, Primedrinks241, Primedrinks272, Primedrinks636, Primedrinks56, Primedrinks86, Primedrinks257,

comportamentos perspetivados ou postos em prática pelas restantes empresas de distribuição visadas na prossecução do objetivo comum (cf. secção 31.2 da presente Decisão).

2089. Objetivo comum esse que se traduz num plano estratégico partilhado por todas as Visadas no sentido de fixar, estabilizar, alinhar ou nivelar os PVP no mercado retalhista de base alimentar em Portugal, essencialmente no sentido de subida, eliminando o grau de incerteza estratégica sobre o funcionamento do mercado em causa, numa clara violação às normas de concorrência, em benefício das empresas Visadas.
2090. Com efeito, todas as empresas Visadas sempre estiveram perfeitamente conscientes de que os seus comportamentos e, de forma mais abrangente, a ação concertada que implementaram em conjunto no mercado durante cerca de uma década (pelo menos), criavam um entrave à concorrência, pois era aliás esse mesmo o seu objetivo (v.g. os documentos MCH1721, Primedrinks194, Primedrinks1052, Primedrinks153, MCH994 e Primedrinks61 referidos *supra* nos parágrafos 1343 a 1345, 1349 a 1350, 1351 a 1352, 1353 a 1355, 1550 a 1552 e 1399 a 1401, respetivamente).
2091. Por sua vez, a implementação desta estratégia de alinhamento horizontal dos PVP no mercado beneficia igualmente o fornecedor, na medida em que este não só evita que os produtos por si comercializados/distribuídos sejam vendidos a preços diferentes nas várias empresas de distribuição, como também que sejam vendidos a preços diferentes dos que a própria Primedrinks entende serem os adequados, garantindo-se desta forma um determinado nível de preços no mercado, estável e alinhado transversalmente (v.g. os documentos Primedrinks25, Primedrinks251, Primedrinks338, Primedrinks56, Primedrinks1008 e Primedrinks61 referidos nos parágrafos 871 a 875, 935, 936 a 938, 985 a 986, 990 a 991 e 1399 a 1401, respetivamente).
2092. De todo o exposto se conclui que todas as Visadas participaram ativamente na prática investigada, tendo intenção expressa de contribuir, e contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, para a prossecução do objetivo comum, estando sempre perfeitamente conscientes de que os seus comportamentos e, de forma mais

Primedrinks327, Primedrinks971, Primedrinks30, Primedrinks29 e Primedrinks970, Primedrinks172, Primedrinks137, Primedrinks83, Primedrinks108, Primedrinks41, Primedrinks170, Primedrinks185, Primedrinks971, Primedrinks506, Primedrinks332, Primedrinks173.

abrangente, a ação concertada que implementaram em conjunto no mercado durante, pelo menos, uma década, criava um entrave à concorrência.

2093. Portanto, o fornecedor (Primedrinks) e cada uma das empresas de distribuição visadas (Auchan, Cooplenorte, ITMP, Lidl, MCH e Pingo Doce) atuaram ao longo de, pelo menos, uma década 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.

2094. Neste sentido, o fornecedor (Primedrinks) e as empresas de distribuição visadas (Auchan, Cooplenorte, ITMP, Lidl, MCH e Pingo Doce) agiram com dolo, nos termos do n.º 1 do artigo 14.º do Código Penal, aplicável subsidiariamente *ex vi* artigos 32.º do RGCO e artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, praticando de forma deliberada os factos descritos na presente Decisão.

2095. Ainda que assim não fosse, sempre teria de concluir-se que a matéria de facto considerada provada revela que o fornecedor (Primedrinks) e as empresas de distribuição visadas (Auchan, Cooplenorte, ITMP, Lidl, MCH e Pingo Doce) 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 demonstre que a Primedrinks ou as empresas de distribuição visadas tenham afastado ou querido afastar essa possibilidade.

32.5.1 Ilícitude

2096. Os comportamentos da Primedrinks e das empresas de distribuição visadas detalhadamente descritos ao longo da 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, bem como 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.

2097. 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 o objeto proibido de fixação e alinhamento dos PVP

no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, entre empresas concorrentes, através do fornecedor ou o “*hub*” (cf. secção 31.1 da presente Decisão).

2098. 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*.

2099. 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 das empresas Visadas em particular.

2100. Ainda que assim não fosse, a prática de fixação dos PVP, que é concretizada através de cada um dos diferentes feixes de comunicação bilateral estabelecidos entre a Primedrinks e cada uma das empresas de distribuição visadas, que prossegue o mesmo objetivo, configura, em toda e qualquer circunstância, um ilícito contraordenacional, previsto e punido 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).

2101. 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.

2102. 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.

2103. Mesmo admitindo, em tese, que este tipo de prática restritiva da concorrência, apesar da sua gravidade, pudesse ser justificada pelas partes envolvidas (sendo claro na prática decisória e jurisprudência nacional e europeia que não pode), benefício que nenhuma das Visadas reclamou na pronúncia escrita sobre a Nota de Ilícitude, 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 preços, o que inviabiliza a sua aplicação.

2104. Em suma, a conduta adotada pelas empresas Visadas, 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.

32.5.2 Culpa

2105. 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”.

2106. No presente caso, é irrefutável que todas as empresas 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.

2107. 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. secção 31.1.6 da presente Decisão).

2108. Por outro lado, a Autoridade não pode ignorar que as empresas Visadas não só têm a consciência de que a estratégia de alinhamento horizontal dos preços tem por consequência a criação de um entrave à concorrência nos mercados relevantes identificados, como é, aliás, precisamente essa a sua intenção (cf., em particular, a secção 31.1 *supra*, em especial, os documentos MCH1349, Primedrinks25, Primedrinks251, Primedrinks56, Primedrinks1008, Primedrinks61, Primedrinks91 e Primedrinks80 referidos nos parágrafos 833 a 842, 871 a 875, 935, 985 a 986, 990 a 991, 1399 a 1401, 1084 a 1088 e 1072, respetivamente).

2109. Em todo e qualquer caso, os acordos ou as práticas concertadas que têm por objeto a fixação ou o alinhamento de PVP, bem como a ingerência dos fornecedores na determinação desses preços, são práticas sobejamente reconhecidas por todos os agentes económicos como restrições da concorrência muito graves e ilegais.
2110. 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 empresa de distribuição 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.
2111. Em concreto, a Primedrink tem conhecimento, ou não pode desconhecer, que qualquer ingerência sua no mecanismo de formação do PVP de empresas que comercializam/distribuem os seus produtos, tanto mais com o propósito de, igualmente, garantir o alinhamento destas, configura uma restrição muito grave da concorrência⁵⁵⁰.
2112. Os documentos MCH1721, Primedrink183, Primedrink194, Primedrink1052 e Primedrink153, referidos e analisados *supra* na secção 31.1.6, são aliás bem reveladores de que as empresas Visadas sempre estiveram perfeitamente conscientes de que os comportamentos em causa por si praticados e, de forma mais abrangente, a ação concertada que implementaram em conjunto no mercado durante cerca de uma década (pelo menos), criam um entrave à concorrência.
2113. Tais documentos demonstram que as empresas Visadas têm plena consciência dessa censurabilidade uma vez que, em todas estas vezes, são as próprias a dar o alerta interno, nalguns casos com veemência, para a ilegalidade das condutas praticadas, tal como demonstra o teor das seguintes passagens:
- Documento MCH1721, referido e analisado nos parágrafos 1343 a 1345 *supra*, no qual Diretora Comercial da MCH para Produtos de Grande Consumo (nos quais se inserem os produtos do *portfolio* da Primedrink) instruiu expressamente os seus colaboradores a eliminar todos os *emails* com comunicação que verse sobre preços com os fornecedores e também entre as equipas:

⁵⁵⁰ A prática de fixação vertical dos PVP constitui, aliás, um dos exemplos paradigmáticos de práticas restritivas da concorrência, sendo comumente identificada por quem exerce uma atividade económica como uma prática violadora das regras legais da concorrência.

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

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.

- Documento Primedrinks183, referido e analisado no parágrafo 1346 a 1348 *supra*:

From: [REDACTED]
Sent: sexta-feira, 12 de Fevereiro de 2010 18:44
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping semanal 06_07 (2ª versão)

Envia sms a todos os receptores a informar q estes emails devem ser apagados depois de lidos e tomadas as notas em papel q entendam.
Nunca imprimir.
obrigada

- Documento Primedrinks194, referido e analisado nos parágrafos 1349 a 1350 *supra*:

De: [REDACTED]
Enviado: 29 de março de 2012 11:33
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Jumbo Santarém

Este e-mail deverá ser apagado, sff!

- Documento Primedrinks1052, referido e analisado nos parágrafos 1351 a 1352 *supra*:

De: [REDACTED]
Enviado: 27 de junho de 2013 12:26
Para: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Assunto: RE: Shopping

puffffffff

From: [REDACTED]
Sent: quinta-feira, 27 de Junho de 2013 12:22
To: [REDACTED]
Cc: [REDACTED]
Subject: RE: Shopping

Esta mensagem vai auto destruir-se dentro de 20 seg. ☺

- Documento Primedrinks153, referido e analisado nos parágrafos 1353 a 1355 *supra*:

De: [REDACTED]
Enviado: 17 de novembro de 2015 18:20
Para: [REDACTED]
Assunto: RE: urgente - Shopping Semanal

O shopping não está registado.
Atenção ao que se escreve, tens frases/palavras altamente ilegais.

2114. Acresce que todas as empresas Visadas conhecem, ou no mínimo têm obrigação de conhecer, atendendo à sua dimensão e preponderância nos mercados em que operam, 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.

2115. Não se pode, assim, aceitar que uma prática como aquela que se descreve na presente Decisão possa resultar de uma falta de cuidado ou desatenção das empresas Visadas ou de uma consequência inadvertida da sua atuação no mercado, até porque estas empresas dispõem de aconselhamento jurídico especializado na área do direito da concorrência.

2116. Não obstante, a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas, conhecendo a ilicitude da prática que lhes é imputada, quiseram implementá-la e quiseram o seu resultado, mostrando total insensibilidade perante as suas consequências, nomeadamente à sua eventual responsabilidade contraordenacional.

2117. Deste modo, a Autoridade forma a sua convicção que a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas⁵⁵¹ agiram deliberadamente, com dolo e de forma ilícita e culposa, implementando uma prática concertada de fixação e alinhamento horizontal dos PVP dos produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, 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.

32.5.3 Punibilidade

2118. No presente caso, não se vislumbram quaisquer factos que possam contender com ou mesmo determinar a extinção de quaisquer condições objetivas de punibilidade da Primedrinks ou das empresas de distribuição visadas.

2119. Nesse sentido, os comportamentos descritos na presente Decisão são puníveis nos termos do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012 e do artigo 101.º do TFUE.

32.5.4 Pronúncia das Visadas

2120. 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 Ilícitude⁵⁵².

2121. 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 concorrencial de “*hub and spoke*”;
- ii) Pelo contrário, a Auchan agiu frequentemente como empresa “desviante”, prossequindo a sua política comercial autónoma, distanciando-se de uma alegada prática de alinhamento e fixação de PVP;

⁵⁵¹ Sem prejuízo do grau de participação na infração, melhor analisado *infra*.

⁵⁵² Cf. PNI Auchan capítulo IV.3.1., PNI ITMP capítulo IV.6.a) e PNI Pingo Doce fls. 231 e ss.;

- iii) Face à escassez de base jurídica e jurisprudencial sobre o ilícito tipificado, a única conclusão possível é a de que a Auchan agiu com falta de consciência da ilicitude, excluindo-se a culpa;
- iv) Em todo o caso, não se pode aceitar a existência de dolo, não estando preenchidos os dois elementos de que o artigo 14.º do Código Penal faz depender a existência do mesmo (o conhecimento e a vontade de realização do tipo objetivo de ilícito), tendo a Auchan agido com falta de consciência da ilicitude, excluindo-se a culpa, nos termos do n.º 1 do artigo 17.º do Código Penal.
- v) Finalmente, entende a Auchan que caso a AdC não entenda pela presença da referida causa de exclusão da culpa, nunca se pode aceitar a existência de dolo, mas meramente de negligência inconsciente, *“uma vez que, a admitir-se que a visada infringiu o dever de cuidado imposto pelas circunstâncias (por não ter consciência da ilicitude), fê-lo sem sequer conceber a possibilidade de, através da sua conduta, estar a participar numa ação concertada restritiva da concorrência”*.

2122. Segundo a ITMP, uma vez que resulta *“provado que existem mecanismos de coação ou de retaliação por parte da Primedrinks para induzir a cumprir os PVP indicados, como, por exemplo, corte de fornecimento ou de descontos e que a Primedrinks condiciona a realização e/ou participação de ações promocionais à implementação e/ou manutenção de determinado PVP, se a visada ITMP comunicou à Primedrinks informações sobre os preços praticados pelos pontos de venda que abastece - não obstante tal não constituir qualquer ilicitude - fê-lo no exercício do direito de livre iniciativa privada e para se defender das ameaças de sanções por parte do fornecedor Primedrinks, que afetam o seu comércio. O que sempre constituiria uma causa de exclusão da ilicitude”*.

2123. Mais, a ITMP também defende *“que não havia jurisprudência, nacional ou da UE, integradora das citadas disposições leais no sentido de abranger os comportamentos híbridos em que se consubstancia a denominada prática de hub&spoke. E ainda nem sequer existe, presentemente, uma jurisprudência assente no sentido da proibição dessas condutas, para além de umas poucas decisões perfunctórias. O que sempre constituiria uma causa de exclusão de culpabilidade”*.

2124. Por sua vez a Lidl menciona que *“a NI apresenta uma narrativa retórica de deduzir o envolvimento do Lidl através da interpretação de expressões genéricas (...) sem qualquer relação com o Lidl⁵⁵³”*.

2125. Relativamente à culpa⁵⁵⁴, a Primedrinks entende que a AdC não esclarece a motivação da alegada participação da Primedrinks na prática de *“hub and spoke”*, o que entende ser um elemento que assumiria crucial relevância, designadamente, para efeitos da aferição da culpa.

32.5.5 Apreciação da Autoridade

2126. Apreciada a defesa das Visadas em confronto com a matéria de facto provada, com a prova da mesma e com a qualificação jurídica operada na presente Decisão, a Autoridade confirma a posição assumida na Nota de Ilícitude quanto ao tipo subjetivo da infração, pelas razões a seguir indicadas.

2127. Em primeiro lugar, a Autoridade procedeu à apreciação 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 and spoke”*) (cf. secção 32.3 da presente Decisão).

2128. Em segundo lugar, a Autoridade procedeu à apreciação 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 empresas Visadas adotaram, de forma perfeitamente livre, voluntária, consciente e intencional, comportamentos que consubstanciam um ilícito contraordenacional.

2129. 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 nas secções 32.3 e 32.5 (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

⁵⁵³ Cf. PNI Lidl capítulo D.3, v.g. parágrafo 128.

⁵⁵⁴ Cf. PNI Primedrinks capítulo II.; Cf. PNI Auchan capítulo IV.3.2; Cf. PNI ITMP capítulo IV.6.b).

na comunicação entre as insígnias visadas (designada pela doutrina como “*hub and spoke*”) são os indicados na secção 32.3.5.1 (existência de um objetivo comum, para o qual os participantes têm o propósito de contribuir, contribuindo de facto, tendo conhecimento dos comportamentos materiais perspetivados ou postos em prática pelos restantes membros na prossecução do objetivo ou podendo razoavelmente prevêê-los, estando prontos a aceitar o risco).

2130. Assim, na realidade, os sub-comportamentos identificados na secção 31 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.

2131. 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 de desvios e na prática de formas de retaliação/coação, 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. secção 31.2.2 da presente Decisão).

2132. 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. secção 31.2.2 da presente Decisão).

2133. Efetivamente, a matéria de facto provada revela que algumas lojas da insígnia Auchan se desviam do posicionamento de PVP pré-fixado, em algumas referências, em determinadas alturas do movimento conjunto de alinhamento dos preços, essencialmente no sentido de subida.

2134. Não obstante, a matéria de facto provada também revela que a Visada Auchan (designada “central” em alguns dos elementos de prova juntos aos autos) adota comportamentos que se traduzem na sua manifestação de concordância 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. secção 31.2.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2135. 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. secção 31.2.2 da presente Decisão e toda a prova aí citada).

2136. 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 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 a sua intenção e efetiva participação resultam provados nos autos.

2137. Pelo que, esta circunstância não afasta a ilicitude, a culpa ou exclui 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.

2138. 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 697 da PNI Auchan).

2139. O mesmo se aplica, necessariamente, quando o desvio se regista em apenas algumas lojas de insígnia.

2140. Mais, em relação às motivações da Visada Primedrinks, além de resultarem explícitas da Nota de Ilcitude, a Autoridade reitera os elementos expressos do parágrafo 1570, salientando, como a mesma bem saberá, que a prática em causa possibilita à Primedrinks gerir de forma mais estável a sua própria política comercial e garantir um determinado nível mínimo de preços no mercado face aos seus concorrentes, bem como as suas margens.

2141. 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.
2142. Com efeito, há muito que os acordos, as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas que visam a fixação de preços, de forma direta ou indireta, constituem uma prática restritiva da concorrência à luz da legislação aplicável em Portugal (cf. secção 32.3 da presente Decisão).
2143. Há muito também que o mesmo acontece no ordenamento jurídico europeu.
2144. 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 Primedlinks 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. secção 32.3.6 da presente Decisão).
2145. 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 *“hub and spoke”*), que se traduzem afinal, de forma simplista e numa linguagem corrente, num mecanismo indireto de fixação de preços entre empresas concorrentes, não pode deixar de encarar-se com alguma perplexidade.
2146. 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. A prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como pivot na comunicação entre as insígnias visadas integra, de resto, o tipo exemplificativo da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como pela alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, o que refuta inequivocamente a alegada “lacuna”.
2147. Em suma, 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 apodar a designação de “*hub and spoke*” que afastam a respetiva tipicidade.

2148. Inexiste, pois, qualquer lacuna a esse respeito.

2149. Conclui, pois, a Autoridade pela improcedência dos argumentos de defesa apresentados quanto ao tipo subjetivo da infração, formando a sua convicção sobre a inexistência de qualquer causa de exclusão da ilicitude, da culpa ou da punibilidade das Visadas.

2150. Finalmente, em resposta ao referido pela Lidl no capítulo D.3.1. da sua PNI quanto a alegadas “imputações indeterminadas” no que respeita ao tipo subjetivo da infração, cumpre à AdC esclarecer que a Nota de Ilcitude notificada à Lidl e às restantes Visadas contém todos os elementos de facto e de direito que permitem sustentar a possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória no processo e que permitem às Visadas exercer plenamente o seu direito de audição e defesa.

2151. Nomeadamente, a Nota de Ilcitude notificada no processo contém a identificação das Visadas, a descrição dos factos imputados, a indicação das provas que constam dos autos, a indicação das normas que se consideram infringidas e respetiva fundamentação e a moldura da coima e demais sanções abstratamente aplicáveis, com exposição das circunstâncias que podem ser consideradas na sua determinação concreta a final.

2152. Analisada a Nota de Ilcitude, poderá constatar-se que a AdC apreciou um conjunto extenso de meios de prova, nos quais identificou vários indícios que considerou suficientemente graves, precisos e concordantes e suscetíveis de, no seu conjunto, fundamentar a possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória.

2153. Neste contexto, 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 anticoncorrenciais⁵⁵⁵.

⁵⁵⁵ Cf. conclusões do Advogado-Geral Sir Gordon Slynn no processo *Musique Diffusion*, Acórdão de 07.06.1983, *SA Musique Diffusion Française et al./Comissão* (Procs. Apensos 100 a 103/80) do Tribunal de Justiça. Cf. também Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 08.11.1995, processo n.º 48.149, Boletim do Ministério da Justiça 452, 81, p. 90, no qual pode ler-se: “*um juízo de acerto da matéria de facto pertinente para a decisão releva de*

2154. Nos termos do n.º 2 do artigo 282.º do CPP, *“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”*.

2155. 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 ao visado vir a ser aplicada, na decisão final, uma coima ou outra sanção aplicável nos termos da Lei n.º 19/2012.

2156. Concluindo, nada impede a AdC de apreciar e valorar prova indiciária ou circunstancial, desde que os indícios se revelem suficientemente sérios, precisos e concordantes, contribuindo para a formação de um conjunto de meios de prova suscetível de fundamentar a declaração de existência de uma prática restritiva da concorrência.

32.6 Execução temporal da infração

2157. De acordo com a factualidade descrita considerada relevante para efeitos de prova, a infração contraordenacional imputada às empresas Visadas teve uma duração de, pelo menos, 10 anos, tendo sido cometida, de forma ininterrupta desde, pelo menos, 05.05.2007 (cf. documento Primedrinks563, que consiste numa troca de mensagens de correio eletrónico realizada entre 5 e 22.05.2007, entre a Primedrinks e a Auchan) até 18.05.2017 (cf. documento Primedrinks643, que consiste numa mensagem interna de correio eletrónico de 18.05.2017, entre colaboradores da Primedrinks).

2158. A Autoridade deu como provada a relevância probatória destes documentos na presente Decisão, pelo que os utilizará também como meios de prova para determinar o início e o fim da prática investigada, dado que os documentos se revelam, respetivamente, o mais antigo e o mais recente de toda a documentação relevante para efeitos de prova no processo.

2159. De qualquer forma, a Autoridade não poderá ignorar que não é possível excluir que a prática restritiva em causa se tenha iniciado antes e/ou se encontre em curso, dado que inexistente no processo qualquer elemento de prova que demonstre que as Visadas

um conjunto de meios de prova, que pode inclusivamente ser indiciária, contanto que os indícios sejam graves, precisos e concordantes”.

tenham posto fim aos comportamentos descritos na presente Decisão ou deles se tenham expressamente distanciado.

2160.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.

2161.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. secção 31.1.6 da presente Decisão).

2162.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.

2163.Com efeito, é possível constatar uma componente de continuidade temporal nos comportamentos das empresas Visadas, que decorre não só do facto de existirem várias mensagens de correio eletrónico em todos os anos do período de tempo considerado, mas também do facto de inexistirem quaisquer indícios de que os referidos comportamentos se tenham interrompido ou suspenso em algum momento ou circunstância do período de tempo considerado (cf. secção 31.2 *supra* da presente Decisão).

2164.Conforme *supra* exposto (cf. secção 32.1.1 da presente Decisão), a referida continuidade temporal nos comportamentos descritos na presente Decisão leva a Autoridade a concluir estar perante uma infração permanente, cujo momento da consumação perdura no tempo, enquanto subsistem os comportamentos ilícitos das Visadas.

2165.Está-se, assim, perante uma ação indivisível no tempo, devendo imputar-se às Visadas uma única infração, com a duração de, pelo menos, dez anos⁵⁵⁶.

⁵⁵⁶ Para efeitos de cálculo de duração de uma infração, os períodos inferiores a um semestre serão contados como meio ano e os períodos superiores a seis meses e inferiores a doze meses serão contados como um ano completo - cf. *Linhas de Orientação da Autoridade sobre a metodologia a utilizar na aplicação de coimas no âmbito do n.º 8 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012* (doravante “*Linhas de Orientação para o cálculo de coimas*”), parágrafo 29.

2166.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 aos visados —, considerando que o momento da consumação perdurou no tempo (i.e., enquanto subsistiu o comportamento ilícito), o agente comete uma única infração, sendo a sua ação indivisível.

2167.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.

2168.Recorde-se a jurisprudência do Tribunal do 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”⁵⁵⁷ (sublinhado da Autoridade).

2169.A referida jurisprudência do Tribunal do Comércio de Lisboa esclarece ainda que “*uma vez que a conduta das Arguidas se prolongou durante a vigência da lei nova (...), tendo as Arguidas, no seu domínio continuado a praticar todos os atos integradores do tipo, a consumação do ilícito foi-se dando ao longo de todo o tempo até à data da cessação. Assim, uma vez que a atual lei da concorrência entrou em vigor “antes de esgotada a*

⁵⁵⁷ Cf. Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 02.05.2007, 2.º Juízo, processo n.º 965/06.9TYLSB (*cartel do sal*), p. 78.

última possibilidade de intervenção jurídico-penalmente adequada” (Taipa de Carvalho, in Sucessão de Leis Penais, Cª Editora, 1990, p. 62) é esta que se aplica e é relativamente a esta que a conduta das Arguidas se tem de subsumir”⁵⁵⁸.

2170.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”⁵⁵⁹.

2171.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”⁵⁶⁰.

2172.Importa, por fim, realçar que, apesar de se tratar de uma única infração de natureza permanente, em que a prática do facto censurável pelas empresas Visadas se prolongou no tempo, quer a duração da participação individual de cada uma das Visadas, quer o seu grau do envolvimento na prática restritiva, foram distintos, conforme demonstrado na secção 31.2 *supra*.

2173.Em particular, considerados os elementos de prova constantes dos presentes autos, a duração da infração para a Primedrinks prolongou-se de 05.05.2007 a 18.05.2017; para a Auchan de 22.05.2007 a 18.05.2017; para a Cooplecnorte de 13.01.2010 a 18.05.2017; para a ITMP de 12.02.2010 a 18.05.2017; para a Lidl de 05.08.2010 a 18.05.2017; para a MCH de 22.05.2007 a 15.05.2017; e para a Pingo Doce de 19.05.2009 a 18.05.2017.

⁵⁵⁸ Cf. Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 02.05.2007, 2.º Juízo, processo n.º 965/06.9TYLSB (*cartel do sal*), p. 79.

⁵⁵⁹ Cf. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 05.12.2007, 9.ª Secção, processo n.º 5352/07 (*Ordem dos Médicos*), p. 88.

⁵⁶⁰ Cf. Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão 19.07.2013, 1.º Juízo, processo n.º 88/12.1YUSTR (*Restauração coletiva*), p. 251.

33 Determinação das sanções

33.1 Prevenção geral e prevenção especial

2174. 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.

2175. 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.

2176. É aliás essa a missão principal da Autoridade da Concorrência, tal como sintetiza o n.º 1 do artigo 5.º da Lei n.º 19/2012: “[o] *respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência, que, para o efeito, dispõe dos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação estabelecidos na presente lei e nos seus estatutos*”.

2177. Deve, por conseguinte, atender-se às exigências da prevenção, geral e especial, que visam, por um lado, tutelar a confiança dos agentes económicos na promoção do equilíbrio e da transparência das relações entre agentes económicos e, por outro lado, dissuadir os agentes económicos que manifestam uma elevada insensibilidade aos bens jurídicos tutelados, restabelecendo a confiança dos agentes económicos e dos consumidores no ordenamento jurídico.

2178. Em sede contraordenacional, a prevenção geral assume um lugar primordial na finalidade da coima.

2179. 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).

2180. 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.

2181. 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).
2182. Neste contexto, deve ainda atender-se ao desvalor da ação e ao resultado da mesma, bem como à intensidade da realização típica.
2183. 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.
2184. 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.
2185. São estes elementos que permitem concretizar, dentro da medida abstrata da coima, o *quantum* a aplicar no caso concreto.

33.2 Medida legal e determinação da coima

2186. 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.
2187. Nos termos do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a coima aplicável no caso da infração ao artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e ao artigo 101.º do TFUE, não pode exceder 10% do volume de negócios realizado por cada empresa visada no exercício imediatamente anterior à decisão final condenatória proferida pela Autoridade.
2188. Assim, as coimas aplicáveis às empresas Visadas não poderão exceder:
- i. No caso da Primedrinks, o montante total de 7.015.617 € (sete milhões, quinze mil, seiscentos e dezassete euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2019 foi de 70.156.177 € (setenta milhões, cento e cinquenta e seis mil, cento e setenta e sete euros)⁵⁶¹;

⁵⁶¹ Cf. secção 29.1 da presente Decisão.

- ii. No caso da Auchan, o montante total de 147.155.809 € (cento e quarenta e sete milhões, cento e cinquenta e cinco mil, oitocentos e nove 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)⁵⁶²;
- iii. No caso da Cooplecnorte, o montante total de 13.626.439 € (treze milhões, seiscentos e vinte e seis mil, quatrocentos e trinta e nove euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2019 foi de 136.264.399 € (cento e trinta e seis milhões, duzentos e sessenta e quatro mil, trezentos e noventa e nove euros)⁵⁶³;
- iv. No caso da 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)⁵⁶⁴;
- v. No caso da Pingo Doce, o montante total de 428.247.589 € (quatrocentos e vinte e oito milhões, duzentos e quarenta e sete mil, quinhentos e oitenta e nove 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)⁵⁶⁵;
- vi. No caso da Lidl, o montante total de 185.269.658 € (cento e oitenta e cinco milhões, duzentos e sessenta e nove mil, seiscentos e cinquenta e oito euros), dado que o volume de negócios realizado pela empresa no exercício de 2019 foi de 1.852.696.586 € (mil oitocentos e cinquenta e dois milhões, seiscentos e noventa e seis mil, quinhentos e oitenta e seis euros)⁵⁶⁶; e

⁵⁶² Cf. secção 29.2 da presente Decisão.

⁵⁶³ Cf. secção 29.3 da presente Decisão.

⁵⁶⁴ Cf. secção 29.4 da presente Decisão.

⁵⁶⁵ Cf. secção 29.5 da presente Decisão.

⁵⁶⁶ Cf. secção 29.6 da presente Decisão.

- vii. 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 € (três mil novecentos e oitenta e nove milhões, vinte e três mil, quarenta euros)⁵⁶⁷.

33.2.1 Critérios de determinação da medida concreta da coima

2189. Na determinação concreta das coimas aplicáveis, a Autoridade utiliza a metodologia apresentada nas suas Linhas de Orientação sobre a aplicação de coimas⁵⁶⁸.

2190. Assim, para calcular o montante base da coima, a Autoridade utilizará o volume de negócios realizado pelas empresas Visadas nos mercados afetados (cf. secções 30.2.1 e 30.2.4) nos anos em que participaram na infração, de acordo com a Tabela 19⁵⁶⁹ *infra*:

Tabela 11: Volume de negócios realizado das Visadas nos mercados afetados (€) - 2007 a 2017⁵⁷⁰

Ano	Primedrinks	Pingo Doce	MCH	Auchan*	ITMP	Cooplenorte	Lidl
2007	[30 000 000 – 40 000 000]	-	-	-	-	-	-
2008	[30 000 000 – 40 000 000]	-	-	-	-	-	-
2009	[20 000 000 – 30 000 000]	-	-	-	-	-	-
2010	[30 000 000 – 40 000 000]	[80 000 000 – 90 000 000]	[80 000 000 – 90 000 000]	-	[30 000 000 – 40 000 000]	-	-
2011	[20 000 000 – 30 000 000]	[80 000 000 – 90 000 000]	[90 000 000 – 100 000 000]	-	[30 000 000 – 40 000 000]	[5 000 000 – 10 000 000]	-
2012	[20 000 000 – 30 000 000]	[80 000 000 – 90 000 000]	[90 000 000 – 100 000 000]	[20 000 000 – 30 000 000]	[30 000 000 – 40 000 000]	[5 000 000 – 10 000 000]	-
2013	[20 000 000 – 30 000 000]	[80 000 000 – 90 000 000]	[100 000 000 – 200 000 000]	[20 000 000 – 30 000 000]	[30 000 000 – 40 000 000]	[5 000 000 – 10 000 000]	-
2014	[10 000 000 – 20 000 000]	[90 000 000 – 100 000 000]	[100 000 000 – 200 000 000]	[20 000 000 – 30 000 000]	[30 000 000 – 40 000 000]	[5 000 000 – 10 000 000]	[40 000 000 – 50 000 000]
2015	[20 000 000 – 30 000 000]	[90 000 000 – 100 000 000]	[100 000 000 – 200 000 000]	[20 000 000 – 30 000 000]	[30 000 000 – 40 000 000]	[5 000 000 – 10 000 000]	[40 000 000 – 50 000 000]
2016	[20 000 000 – 30 000 000]	[100 000 000 – 200 000 000]	[100 000 000 – 200 000 000]	[20 000 000 – 30 000 000]	[30 000 000 – 40 000 000]	[5 000 000 – 10 000 000]	[40 000 000 – 50 000 000]
2017	[20 000 000 – 30 000 000]	[100 000 000 – 200 000 000]	[100 000 000 – 200 000 000]	[20 000 000 – 30 000 000]	[30 000 000 – 40 000 000]	[5 000 000 – 10 000 000]	[40 000 000 – 50 000 000]

Fonte: Visadas. Elaboração: AdC

*categoria interna "Garrafeiras"

⁵⁶⁷ Cf. secção 29.7 da presente Decisão.

⁵⁶⁸ 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.

⁵⁶⁹ Dados facultados pelas Visadas em resposta a pedidos de elementos de informação.

⁵⁷⁰ A Auchan não apresenta informação relativa aos anos de 2007 a 2011, a Cooplenorte não apresenta informação relativa ao ano de 2010, a Pingo Doce não apresenta informação relativa ao ano de 2009, a MCH não apresenta informação relativa aos anos de 2007 a 2009 e a Lidl não apresenta informação relativa aos anos de 2010 a 2013.

- 2191.No exercício de determinação concreta das coimas aplicáveis a Autoridade terá ainda, necessariamente, 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 RGCO.
- 2192.A determinação da medida concreta da coima é realizada num único ato, por via da qual o aplicador considera, simultaneamente e num único momento, o fator da culpa, conjuntamente com os demais critérios, incluindo a situação económico-financeira do agente.
- 2193.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. 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.
- 2194.Na determinação da medida concreta da coima de cada uma das Visadas devem ainda aplicar-se os princípios e a metodologia constante das Linhas de Orientação para o cálculo das coimas, com base na ponderação dos critérios elencados no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, nos termos adiante descritos em detalhe.
- 2195.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.
- 2196.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. 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.
- 2197.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.

2198.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 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. 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.

33.2.1.1 Gravidade da infração para a afetação de uma concorrência efetiva no mercado nacional

2199.Como resulta do exposto nas secções 31 e 32.3.5.1 da presente Decisão, a fixação de preços por meios indiretos, como no presente caso, em que a fixação dos PVP dos produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks no mercado de distribuição retalhista de base alimentar 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 por objeto da concorrência.

2200.Mais, a fixação de preços constitui também, sempre e em qualquer caso, uma restrição sensível da concorrência, dado o seu grau elevado de nocividade para a concorrência, consubstanciando, por definição e inerência, uma infração muito grave da concorrência

2201.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. secções 32.3.5, 32.3.6 e 32.5.1 da presente Decisão).

2202.Ora, resulta da matéria de facto considerada provada na presente Decisão, que a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas concertaram, executaram e implementaram, com a participação ativa de todas, um plano concertado para estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover a fixação e o alinhamento dos PVP dos produtos da Primedrinks no mercado retalhista de base alimentar.

2203. Fizeram-no de forma livre, esclarecida, voluntária e consciente (v.g. documentos MCH1721, Primedrinks183, Primedrinks194, Primedrinks1052 e Primedrinks153 referidos *supra* nos parágrafos 1343 a 1345, 1346 a 1348, 1349 a 1350, 1351 a 1352 e 1353 a 1355, respetivamente), apesar de serem empresas com importância nos mercados em que atuam, de atuarem em todo o território nacional, de disporem de aconselhamento jurídico especializado na área do direito da concorrência e aceitando as consequências geradas pela conduta das mesmas num mercado de elevado relevo económico e social.
2204. Fizeram-no, aliás, com esse mesmo intuito, 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.
2205. A prática concertada em causa teve uma influência decisiva no mecanismo de formação dos PVP praticados pelas empresas de distribuição visadas e visou um propósito concreto e comum a todas as empresas Visadas: o de proceder à fixação e estabilização dos preços no mercado retalhista tendo em vista a manutenção de um alinhamento no mercado nacional para um conjunto determinado de produtos comercializados/distribuídos pelo fornecedor.
2206. Como referido na secção 32.5.2 da presente Decisão, a Primedrinks e as empresas de distribuição visadas agiram com dolo e de forma ilícita e culposa, sem que se vislumbre qualquer causa de exclusão da ilicitude, da culpa ou de qualquer circunstância que afaste a da punibilidade das Visadas.
2207. A violação das regras da concorrência é, neste caso e atento o contexto em que é executada, particularmente grave.
2208. Desde logo, como referido anteriormente, a prática investigada traduziu-se numa cooperação prática estabelecida entre 6 dos 9 GGR a operar no mercado de retalho alimentar português⁵⁷¹, visando eliminar a concorrência entre eles (cf. secção 32.3.4 da presente Decisão).

⁵⁷¹ 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

2209. Conclui-se, enfim, que a infração em causa deve ser considerada muito grave, nos termos e para os efeitos do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como do artigo 101.º do TFUE.

33.2.1.2 Natureza e dimensão do mercado afetado pela infração

2210. Conforme identificado na secção 30.1 da presente Decisão, a prática restritiva em causa é implementada em todos os setores de bebidas alcoólicas em que a Primedrinks se encontra ativa, designadamente os de whisky, gin, brandy/conhaque, vodca, licor, vinhos tranquilos, vinhos espumantes, vinhos fortificados e aperitivos, no canal da distribuição retalhista de base alimentar (*off-trade*), sendo atribuída uma dimensão nacional a todos os mercados relevantes identificados (cf. secção 30.1.2 da presente Decisão).

2211. Ora, são relevantes todos os mercados em que a Primedrinks comercializa/distribui 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.

2212. 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.

2213. Do ponto de vista geográfico, todos os mercados identificados têm uma dimensão nacional, para além dos referidos setores assumirem uma importância fulcral para o bem-estar dos consumidores em geral, bem como para a competitividade da economia nacional, a Autoridade não pode ignorar que, tanto o fornecedor, como as empresas de distribuição visadas, são empresas constituídas e estruturadas para operar em todo o país, assim acontecendo de facto, como revela a prova, definindo as suas estratégias “a nível nacional” (cf. secções 30.1.2 e 32.3.7 da presente Decisão).

2214. A Visada Primedrinks é reconhecidamente um importante *player* na comercialização e distribuição de importantes marcas de bebidas alcoólicas em Portugal,

http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribicao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf).

comercializando/distribuindo, de forma exclusiva, reconhecidas marcas de bebidas alcoólicas, muitas delas produzidas no Espaço Económico Europeia (E.E.E.), e que, por conseguinte, têm todos estes produtos de ser importados para o território português Portugal (cf. parágrafo 585 da presente Decisão), bem como das maiores empresas portuguesas nestes mercados (cf. secções 29 e 30 da presente Decisão).

2215. Da mesma forma, as empresas de distribuição visadas representam uma parte preponderante do setor retalhista de base alimentar em Portugal (cf. secção 30.2.3 da presente Decisão).

2216. Por estes motivos, é forçoso concluir que a dimensão dos mercados afetados é significativa.

33.2.1.3 Duração da infração

2217. Pelas razões aduzidas na secção 32.6 da presente Decisão, a AdC formou a sua convicção de que a infração em causa nos presentes autos tem a duração de 10 (dez) anos, tendo sido cometida, de forma permanente e ininterrupta entre, pelo menos, 05.05.2007 até 18.05.2017.

2218. 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 indiciem que as Visadas tenham posto fim aos comportamentos descritos na presente Decisão ou deles se tenham expressamente distanciado.

2219. Assim, a prática desenvolvida pela Primedrink e pelas empresas de distribuição visadas consubstancia uma infração permanente, tendo-se mantido de forma ininterrupta ao longo de, pelo menos, dez anos.

2220. Não obstante, a duração da participação individual de cada uma das Visadas foi distinta, conforme resulta do exposto na secção 32.6 da presente Decisão, e conforme analisado na secção seguinte.

33.2.1.4 Grau de participação das empresas Visadas na infração

2221. 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 Primedrinks e pelas empresas de distribuição visadas.

2222. Concluiu, assim, a Autoridade que as empresas Visadas implementaram uma prática concertada no qual cada uma participou ativamente, tendo propósito expresso de contribuir, e contribuindo efetivamente, através do seu próprio comportamento, na prossecução do objetivo comum de estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover um alinhamento horizontal dos PVP dos produtos comercializados/distribuídos pela Primedrinks no mercado de distribuição retalhista de base alimentar (cf. secções 31.1 e 32.3.5.1 da presente Decisão).

2223. Neste sentido, a Autoridade formou também a sua convicção de que tanto a Primedrinks, 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, enquadrando-se a referida prática nas estratégias comerciais quer do fornecedor, quer das empresas de distribuição visadas, designadamente no que respeita à política de preços de venda aos consumidores finais (cf. secções 32.5.1 e 32.5.2 da presente Decisão).

2224. A este respeito, cumpre ainda salientar que não constam dos autos elementos em número, extensão ou relevância suficientes que demonstrem que qualquer uma das empresas Visadas tenha feito algo para efetivamente rejeitar ou se distanciar da prática anticoncorrencial em causa, nem se vislumbra qualquer causa de exclusão da ilicitude, da culpa ou da punibilidade da Primedrinks ou de qualquer uma das empresas de distribuição visadas.

2225. Não obstante tratar-se da realização de um objetivo comum mediante a execução de uma cooperação prática que elimina a incerteza concorrencial estabelecida entre todas as empresas Visadas, a globalidade da prova analisada nos presentes autos demonstra que o grau de participação de cada empresa infratora pode divergir, desde logo em função da duração do envolvimento concreto de cada empresa Visada, mas também em função da factualidade detalhadamente descrita na presente Decisão (cf. secção 31.2 da presente Decisão), pelo que a determinação da medida concreta das coimas aplicáveis não deixará, portanto, de refletir essas diferenças.

2226. 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 tratar-se de uma infração permanente (cf. secção 32.6 da presente Decisão).

2227. 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. secção 31.2 da presente Decisão).

2228. Recorde-se, para o efeito, que a Primedrinks está envolvida na prática investigada, pois apesar de não estar ativa no mercado de retalho alimentar, participa ativamente na prática investigada, determinando, com a anuência das empresas de distribuição visadas, o PVP a praticar, veiculando informação relativa ao posicionamento futuro de PVP, aos pedidos de correção de desvios e à prova do alinhamento entre as empresas de distribuição visadas, monitorizando a implementação dos PVP concertados no calendário definido, pressionando as insígnias a manterem-se alinhadas num esforço conjunto e contínuo de subida de PVP, contra elas retaliando quando tal não acontece (cf. secção 31.2.1 da presente Decisão).

2229. A Pingo Doce, a MCH, a ITMP, a Lidl, a Cooplecnorte 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. secção 31 da presente Decisão).

2230. 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. secção 31.2.6 da presente Decisão).

2231. 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. secção 31.2.7 da presente Decisão).

2232. Quanto à ITMP, não há prova que demonstre o seu envolvimento direto em todos os comportamentos identificados (inexistindo designadamente na deteção de desvios e

nas formas de pressão, coação ou retaliação) 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 ITMP (cf. secção 31.2.4 da presente Decisão).

2233.Quanto à Auchan, não há prova que demonstre o seu envolvimento direto em todos os comportamentos identificados (inexistindo designadamente na deteção de desvios e nas formas de pressão, coação ou retaliação) 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. secção 31.2.2 da presente Decisão).

2234.Quanto à Lidl, não há prova que demonstre o seu envolvimento direto em todos os comportamentos identificados (inexistindo designadamente no controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado, na deteção de desvios e nas formas de pressão, coação ou retaliação) 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 Lidl (cf. secção 31.2.5 da presente Decisão).

2235.Quanto à Cooplecnorte, não há prova que demonstre o seu envolvimento direto em todos os comportamentos identificados (inexistindo designadamente no controlo e monitorização dos PVP praticados no mercado, na deteção de desvios e nas formas de pressão, coação ou retaliação) 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 Cooplecnorte (cf. secção 31.2.3 da presente Decisão).

2236.Concluindo, na determinação da medida concreta das coimas aplicáveis, a Autoridade terá em consideração os seguintes aspetos relativamente ao grau de participação de cada Visada:

- i) A Primedrinks esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 05.05.2007 e 18.05.2017, em todos os comportamentos identificados;
- ii) A Auchan esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 22.05.2007 e 18.05.2017, com um grau menor de participação face às demais Visadas;

- iii) A Cooplecnorte esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 13.01.2010 e 18.05.2017, com um grau menor de participação face às demais Visadas;
- iv) A ITMP esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 12.02.2010 e 18.05.2017, com um grau menor de participação face às demais Visadas;
- v) A Lidl esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 05.08.2010 a 18.05.2017, com um grau menor de participação face às demais Visadas;
- vi) A MCH esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, de 22.05.2007 a 15.05.2017, em todos os comportamentos identificados e com um grau de participação preponderante face às demais Visadas;
- vii) A Pingo Doce esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 19.05.2009 a 18.05.2017, em todos os comportamentos identificados.

2237. Uma última nota para referir que, para efeitos do cálculo de duração da participação das Visadas na infração, será aplicado o princípio segundo o qual os períodos inferiores a um semestre serão contados como meio ano e os períodos superiores a seis meses e inferiores a doze meses serão contados como um ano completo, adotando o referencial mais favorável às Visadas⁵⁷².

33.2.1.5 Vantagens de que beneficiaram as empresas Visadas em consequência da infração

2238. Tal como referido na secção 32.3.5 da presente Decisão, tratando-se de uma infração pelo objeto, a Autoridade fica dispensada de averiguar os efeitos concretos no mercado.

2239. 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 não poderá deixar de considerar os seguintes elementos na apreciação deste critério para a determinação da medida concreta das coimas aplicáveis.

2240. Em primeiro lugar, a infração em causa constitui uma prática restritiva gravemente nociva para a concorrência e para o bem-estar dos consumidores, em especial, estando

⁵⁷² Cf. parágrafo 29 das Linhas de Orientação sobre a aplicação de coimas.

em causa mercados de fulcral importância para a competitividade da economia nacional, em que os efeitos restritivos negativos têm um impacto direto e imediato no bem-estar dos consumidores, e empresas de média e de grande dimensão com um peso preponderante nesses mercados.

2241. Em segundo lugar, os elementos de prova existentes no Processo demonstram que a prática concertada de fixação e alinhamento de preços que lhes é imputada produziu efetivamente efeitos (v.g. os documentos Primedrinks25, referido *supra* nos parágrafos 871 a 875, Primedrinks867, referido *supra* nos parágrafos 885 a 887, Primedrinks188, referido *supra* nos parágrafos 888 a 889, Primedrinks415, referido *supra* no parágrafo 981, Primedrinks1008, referido *supra* nos parágrafos 990 a 991, MCH1480, referido *supra* nos parágrafos 1021 a 1022) e tem vindo a manter-se ininterruptamente entre, pelo menos, 05.05.2007, e 18.05.2017, não podendo excluir-se que esteja ainda em curso.
2242. Em terceiro lugar, as empresas de distribuição visadas têm conjuntamente um peso muito significativo no mercado da distribuição retalhista de base alimentar, para além da prática concertada em causa visar todo o país, como se constatou anteriormente (cf. secção 30.1.2 da presente Decisão), pelo que as vantagens de que as empresas Visadas hajam beneficiado são necessariamente quantificáveis à escala nacional.
2243. Com efeito, os elementos de prova constantes do processo demonstram que as empresas de distribuição visadas implementam a estratégia de alinhamento horizontal dos PVP, de forma generalizada, em todos os seus estabelecimentos comerciais.
2244. Em quarto lugar, a prática em causa provoca inevitavelmente um abrandamento da concorrência entre as empresas de distribuição visadas, na medida em que aumenta a transparência entre elas, reduzindo os níveis de concorrência *intramarca*.
2245. Designadamente, possibilita às empresas de distribuição visadas ajustar em conformidade a suas estratégias individuais, alterar as condições concorrenciais no mercado e coordenar, deste modo, os seus comportamentos no mercado, em benefício próprio e em detrimento não só das empresas de distribuição concorrentes que se desviam desta prática mas, principalmente, dos próprios consumidores.
2246. Em quinto lugar, a prática em causa provoca inevitavelmente um desagravamento da pressão concorrencial que, em circunstâncias normais, seria exercida pelas empresas de distribuição sobre a Primedrinks, na medida em que esta prática garante às

empresas de distribuição visadas uma margem de lucro que acaba por salvaguardar a margem de lucro do próprio fornecedor.

2247. A prática em causa possibilitou, desta forma, à Primedrinks gerir de forma mais estável a sua própria política comercial e garantir um determinado nível mínimo de preços no mercado face aos seus concorrentes.

2248. A alteração das condições concorrenciais do mercado que a prática concertada de fixação de PVP *sub judice* possibilita representa, assim, uma clara vantagem para a Primedrinks, mas também para a Auchan, a Cooplecnorte, a ITMP, a Lidl, a MCH e a Pingo Doce, constituindo uma garantia de não concorrência ou de falseamento da concorrência de que estas empresas são, necessariamente, as principais beneficiárias.

2249. Em sexto lugar, não pode ignorar-se que a Primedrinks é uma das principais empresas comercializadora/distribuidora de bebidas alcoólicas em Portugal, comercializando marcas estrangeiras como Grant's, Monkey Shoulder, Tullamore Dew, Clan MacGregor, The Famous Grouse, Hendrick's, Bols, Stolichnaya, ou marcas de produtores nacionais como Esporão, Casal Garcia, Quinta da Avelada, Casa Ermelinda Freitas, Herdade dos Grous, Luís Pato, Fiúza ou Quinta dos Murças.

2250. Independentemente das quotas de mercado da Primedrinks, estes são produtos sobejamente reconhecidos por qualquer consumidor médio, que congregam a preferência e são consumidos diariamente por milhões de consumidores através do canal alimentar em Portugal (cf. secção 30.2.1 da presente Decisão).

2251. Em sétimo lugar, a prática em causa constitui uma das práticas mais nocivas para os consumidores, na medida em que a produção de efeitos negativos tem um impacto direto e imediato sobre eles, em especial, nos setores identificados no presente caso, das bebidas espirituosas e dos vinhos, no canal alimentar (*off-trade*).

2252. A Autoridade conclui, deste modo, que da alteração das condições concorrenciais verificadas decorrem, óbvia e necessariamente, potenciais vantagens significativas para as empresas, constituindo uma garantia de redução de incerteza e de anulação dos riscos da concorrência de que estas empresas são, necessariamente, as principais beneficiárias.

2253. 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.

2254. As vantagens que as Visadas retiraram da infração encontram-se, de resto e de qualquer modo, subjacentes ao método empregue pela AdC para cálculo das coimas, o qual tem em consideração o volume de negócios das Visadas nos mercados afetados pela infração.

33.2.1.6 Comportamento das empresas Visadas na eliminação das práticas proibidas e na reparação dos prejuízos causados à concorrência

2255. 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.

33.2.1.7 Situação económica das empresas Visadas

2256. Até à presente data, a Autoridade não recebeu quaisquer indicações de qualquer das Visadas, no sentido da sua eventual incapacidade para o pagamento das coimas aplicáveis.

2257. Em todo o caso, não poderia ignorar-se o facto de as empresas de distribuição visadas representarem 6 dos 9 GGR a operar no mercado de retalho alimentar português⁵⁷³, bem como o facto de todas as empresas Visadas se integrarem, por via das suas acionistas, em conglomerados empresariais com dimensão internacional (cf. secções 29 e 30 da presente Decisão).

2258. 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.

⁵⁷³ 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.concorrenca.pt/SiteCollectionDocuments/Estudos_e_Publicacoes/Outros/AdC_Relatorio_Final_Distribicao_Fornecedores_Outubro_2010.pdf).

33.2.1.8 Antecedentes contraordenacionais das empresas Visadas no âmbito do direito da concorrência⁵⁷⁴

2259. Uma das empresas Visadas tem já antecedentes contraordenacionais em matéria de Direito da Concorrência.

2260. Com efeito, a MCH foi recentemente condenada, por decisão proferida pelo Conselho de Administração da Autoridade da Concorrência de 04.05.2017, 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 concorrência⁵⁷⁵, decisão que foi confirmada por sentença proferida em 30.09.2020 pelo 1.º Juízo do TCRS, que reduziu o valor da coima para € 6.120.000 (seis milhões e cento e vinte mil euros)⁵⁷⁶.

2261. Ainda assim, considerando a inexistência de trânsito em julgado da questão, não será o mesmo valorado enquanto agravante na determinação concreta das sanções aplicáveis à Visada.

2262. Desconhecem-se eventuais antecedentes contraordenacionais das restantes Visadas por infração às regras da concorrência.

33.2.1.9 Colaboração prestada à Autoridade pelas Visadas, até ao termo do processo administrativo

2263. 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.

2264. Sem prejuízo dos direitos processuais que naturalmente assistem às empresas, a Autoridade manifestou o entendimento de que, durante a fase de inquérito, se constatou 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.

⁵⁷⁴ O concurso de infrações aplicável no caso das Visadas Auchan, ITMP, MCH e Pingo Doce é tratado em secção própria – cf. secção 33.3 da presente Decisão.

⁵⁷⁵ Cf. decisão da Autoridade de 04.05.2017, processo n.º PRC/2014/5 (*EDP/Continente*).

⁵⁷⁶ Cf. Proc. n.º 322/17.1YUSTR.

2265. 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 84 da presente Decisão).

2266. Sem prejuízo da divergência comportamental da Visada MCH (que tangeu a fronteira da falta de colaboração), 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.

2267. As empresas Visadas Primedrink, Auchan, Cooplecnorte, ITMP, Lidl e Pingo Doce 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.

33.3 Concurso de infrações

2268. No que respeita ao concurso de infrações⁵⁷⁷, o artigo 19.º do RGCO, aplicável ex vi artigo 13.º da Lei n.º 19/2012, determina que:

“1 - Quem tiver praticado várias contraordenações é punido com uma coima cujo limite máximo resulta da soma das coimas concretamente aplicadas às infrações em concurso.

2 - A coima aplicável não pode exceder o dobro do limite máximo mais elevado das contraordenações em concurso.

3 - A coima a aplicar não pode ser inferior à mais elevada das coimas concretamente aplicadas às várias contraordenações.”

2269. As empresas Visadas Auchan, ITMP, MCH e Pingo Doce foram condenadas pela prática de uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, no âmbito do PRC/2017/1.

2270. Ora, tratando-se de uma pluralidade de contraordenações praticadas pelos mesmos agentes, conclui-se pela existência de concurso efectivo de infrações, devendo ser

⁵⁷⁷ Refira-se que esta figura é inexistente no quadro do direito União Europeia, e bem assim da respetiva prática decisória.

calculado o cúmulo jurídico em termos que permitam a aplicação de uma coima de concurso.

2271. Consequentemente, a coima aplicada às Visadas Auchan, ITMP, MCH e Pingo Doce deverá ter como limite máximo a soma das coimas concretamente aplicadas às infrações em concurso, não podendo exceder o dobro do limite máximo mais elevado das contraordenações em concurso, e como limite mínimo a mais elevada das coimas concretamente aplicadas às várias contraordenações.

2272. Concretamente no âmbito do PRC/2017/1 foram aplicadas coimas no valor de € 14.200.000 (catorze milhões e duzentos mil euros), no caso da Auchan, de € 10.710.000 (dez milhões e setecentos e dez mil euros), no caso da ITMP, de € 61.370.000 (sessenta e um milhões e trezentos e setenta mil euros), no caso da MCH e de € 56.890.000 (cinquenta e seis milhões e oitocentos e noventa mil euros), no caso da Pingo Doce.

33.4 Pronúncia das Visadas

2273. Relativamente à determinação de uma eventual coima que lhe seja aplicável, a Primedrinks⁵⁷⁸ entende que a AdC deverá especialmente ter em conta “*o montante da coima, a que, mercê desta imputação, a Primedrinks poderá ver-se sujeita, quer a ressonância ética associada à conduta imputada e ao devastador impacto que tal imputação poderá ter na atividade e na reputação da Primedrinks*”.

2274. Da mesma forma, argumenta a Auchan⁵⁷⁹ que:

- i) Não se verificam quaisquer exigências de prevenção porque a Visada agiu sem culpa;
- ii) A alegada prática não provocou um impacto relevante no mercado, dado que, como a Auchan se posiciona consistentemente abaixo dos preços de mercado, não existiu um aumento generalizado dos preços;
- iii) A Auchan posiciona-se tipicamente como a empresa “desviante”, pelo que a Autoridade deve considerar que a visada adotou comportamentos que dificultaram

⁵⁷⁸ Cf. PNI Primedrinks capítulo II.

⁵⁷⁹ Cf. PNI Auchan capítulo IV.4.2.

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 jusconcorrencial⁵⁸⁰.

2275. Por sua vez, a Pingo Doce⁵⁸¹ 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 a Pingo Doce sempre cumpriu, à cautela, as determinações da AdC).

33.5 Apreciação da Autoridade

2276. Quanto à determinação da coima aplicável à Primedrinks, a Autoridade recorda que a coima aplicável à infração constituída pela prática *sub judice* resulta de previsão legal plasmada no n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 e, conforme se refere *supra* em maior detalhe, aquando da determinação da mesma serão tidos em consideração todos os critérios de determinação da medida concreta definidos no n.º 1 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 – no qual se inclui a situação económica das empresas Visadas – bem como a metodologia adotada nas Linhas de Orientação da AdC sobre a aplicação de coimas.

⁵⁸⁰ Cf. PNI Auchan capítulo IV.4.

⁵⁸¹ Cf. PNI Pingo Doce fls. 232 e ss.

2277. Relativamente à determinação da coima aplicável à Auchan, a Autoridade entende dever esclarecer-se o que se segue.
2278. Quanto ao grau de participação a considerar, a Autoridade recorda que, não obstante a prática em causa se referir à realização de um objetivo comum mediante a execução de uma prática concertada entre todas as empresas Visadas de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como pivot na comunicação entre as insígnias visadas, confrontada com a matéria de facto provada, a Autoridade formou a convicção de que há diferenças a refletir na determinação das coimas concretamente aplicáveis às empresas Visadas, designadamente quanto à duração e ao grau de participação na prática em causa (cf. parágrafos 1460 a 1463 da presente Decisão).
2279. 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 comportamentos identificados e de algumas lojas da insígnia estarem mais vezes desalinhas face ao posicionamento concertado, a Autoridade concluiu, pelas razões aduzidas nas secções 31.2.2 e 32.5.5 da presente Decisão, que esses dois motivos não são suficientemente atendíveis para afastar a participação da Auchan, tão-pouco a ilicitude, a culpa ou a punibilidade associadas à infração que lhe é imputada.
2280. Para além disso, a Autoridade recorda que 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 Visadas, tão-pouco na determinação da coima aplicável, demonstrando a matéria de facto provada que a infração foi cometida de forma permanente e ininterrupta.
2281. 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 a algumas das demais Visadas.
2282. Deste modo, conforme referido anteriormente, a Autoridade considerará que Auchan esteve envolvida na prática investigada, de forma ininterrupta, entre 22.05.2007 e 18.05.2017, na fixação de PVP, ainda assim, com um grau menor de participação face a algumas das demais Visadas.
2283. 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 atingido.

2284. 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. secção 31.2.2 da presente Decisão e toda a documentação aí citada).

2285. Pelo exposto, a Autoridade conclui pela improcedência do argumento daquela Visada e pela evidente relevância do impacto da infração no mercado.

2286. Por fim, quanto aos antecedentes contraordenacionais, a Autoridade reitera que, conforme referido *supra*, se desconhecem efetivamente eventuais antecedentes contraordenacionais da Visada Auchan.

2287. 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.

2288. Quanto à alegada inconstitucionalidade do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012, a Autoridade remete para a sua apreciação sobre esta questão constante do capítulo II da presente Decisão, recordando que, pelas razões ali indicadas, não assiste razão à visada, inexistindo a alegada desconformidade constitucional.

2289. 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 na secção 33.2 da presente Decisão.

2290. Quanto à apreciação da atuação da Visada ao longo do processo, a Autoridade remete para a secção 33.2.1.9 da presente Decisão, nos termos do qual a Autoridade conclui inexistir qualquer circunstância agravante das coimas aplicáveis que decorra do exercício do dever de colaboração das visadas.

33.6 Conclusão

2291. Para efeitos do cálculo do montante de base das coimas aplicáveis, a Autoridade considerará, para todas as Visadas, o volume de negócios no mercado afetado, à luz dos princípios definidos nos parágrafos 19 a 22 das Linhas de Orientação para o cálculo de coimas.

2292. Seguidamente, a Autoridade considerará os critérios analisados na presente secção, mormente os referentes 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 para o cálculo de coimas, que se determina ser de 6,5% (seis e meio por cento) no caso da Primedrinks, de 7% (sete por cento) no caso da MCH, de 6% (seis por cento) no caso da Pingo Doce, de 4% (quatro por cento) no caso da Auchan, de 4% (quatro por cento) no caso da ITMP, de 3% (três por cento) no caso da Cooplecnorte e de 3% (três por cento) no caso da Lidl.
2293. Por força do parágrafo 29 das Linhas de Orientação para o cálculo de coimas, a AdC aplicará um multiplicador correspondente à duração da respetiva participação na infração, de dez anos no caso das Visadas Primedrinks, Auchan e MCH, oito anos no caso da Pingo Doce, sete anos quanto à Cooplecnorte e ITMP e seis anos e meio no caso da Lidl.
2294. A coima aplicada às Visadas Auchan, ITMP, MCH e Pingo Doce corresponde a uma coima de concurso, tendo sido aplicada uma redução de 11% à soma das coimas concretamente aplicadas às infrações em concurso.
2295. Determinado o montante de base das coimas, a Autoridade terá novamente em consideração os critérios analisados na presente secção, 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 para o cálculo de coimas. No entanto, no presente caso não foram aplicados no cálculo da coima fatores agravantes ou atenuantes.
2296. 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 para o cálculo de coimas, a Autoridade não considera necessário proceder ao referido aumento no presente caso.
2297. Por fim, no que respeita às Visadas Auchan, ITMP, MCH e Pingo Doce, após determinação concreta das coimas aplicáveis às respetivas Visadas, será calculado o cúmulo jurídico, aplicando-se, respetivamente, uma coima de concurso.

33.7 Sanções acessórias aplicáveis

2298. Nos termos da alínea a) 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 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.

2299. Confrontada a matéria de facto provada e a qualificação jurídica operada na presente Decisão, tendo em conta a gravidade da infração imputada às Visadas e a afetação sensível do comércio entre os Estados-Membros, bem como as exigências de prevenção geral e especial referidas *supra*, a Autoridade conclui que se justifica a aplicação da sanção acessória referida no parágrafo anterior.

V. CONCLUSÃO

- A. Os comportamentos das empresas Visadas Primedrinks, Auchan, Cooplecnorte, ITMP, Lidl, MCH e Pingo Doce, detalhadamente descritos na presente Decisão, consubstanciam a participação numa prática concertada de fixação indireta de preços, usando o fornecedor como pivot na comunicação entre as insígnias visadas (prática dita de “*hub and spoke*”), que se concretiza na existência de contactos entre as empresas de distribuição visadas, efetuados de forma indireta, através do fornecedor, para fixar os PVP de um conjunto determinado de produtos da Primedrinks e, dessa forma, promover, garantir ou manter um alinhamento horizontal desses PVP no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar por um determinado período temporal;
- B. A prática de fixação, de forma indireta, dos preços dos produtos da Primedrinks qualifica-se e que constitui como uma restrição da concorrência por objeto, proibida nos termos das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, bem como do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, nos termos expressos *supra* na presente Decisão;
- C. Nesse sentido, a infração em causa consubstancia uma contraordenação punível com coima que não pode exceder, em cada uma das empresas Visadas, 10% do volume de negócios realizado no ano de 2019, nos termos conjugados das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 68.º e do n.º 2 do artigo 69.º da Lei n.º 19/2012;
- D. 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;
- E. Acessoriamente, a Autoridade promove a publicação de extrato da presente Decisão no *Diário da República* e num dos jornais de maior circulação nacional a expensas das Visadas, nos termos e para os efeitos da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 71.º da Lei n.º 19/2012;
- F. Sem prejuízo da nulidade dos acordos e práticas concertadas por efeito do disposto no n.º 2 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e no n.º 2 do artigo 101.º do TFUE, e não sendo possível excluir que os comportamentos investigados estejam ainda em curso, deverá ordenar-se a imediata cessação da prática em causa e a impossibilidade de a mesma voltar a ser implementada pelas visadas, nos termos do n.º 4 do artigo 29.º da Lei n.º 19/2012;

- G. Nesta medida, tendo em conta as características da infração cometida, as Visadas devem abster-se do tipo de comportamentos objeto da presente decisão.

VI. DECISÃO

Tudo visto e ponderado, o Conselho de Administração da AdC decide:

Primeiro

Declarar que a Visada Primedrinks – Comercialização de Bebidas Alcoólicas e Produtos Alimentares, Lda., ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indireta, de preços em todo o território nacional entre 05.05.2007 e 18.05.2017, praticou uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 7.010.000 (sete milhões e dez mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Segundo

Declarar que a Visada Modelo Continente Hipermercados, S.A., ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indireta, de preços em todo o território nacional entre 22.05.2007 e 15.05.2017, praticou uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea *a)* do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas *a)* e *b)* do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 75.630.000 (setenta e cinco milhões e seiscentos e trinta mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Terceiro

Fixar o montante da coima de concurso aplicável à Visada Modelo Continente Hipermercados, S.A., em € 121.930.000 (cento e vinte e um milhões e novecentos e trinta mil euros), atento o concurso de infrações (PRC/2017/1 e PRC/2017/7), nos termos do disposto no artigo 19.º do RGCO.

Quarto

Declarar que a Visada Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A., ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indireta, de preços em todo o território nacional entre 19.05.2009 e 18.05.2017, praticou uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 45.450.000 (quarenta e cinco milhões e quatrocentos e cinquenta mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Quinto

Fixar o montante da coima de concurso aplicável à Visada Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A., em € 91.090.000 (noventa e um milhões e noventa mil euros), atento o concurso de infrações (PRC/2017/1 e PRC/2017/7), nos termos do disposto no artigo 19.º do RGCO.

Sexto

Declarar que a Visada Auchan Retail Portugal, S.A., ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indireta, de preços em todo o território nacional entre 22.05.2007 e 18.05.2017, praticou uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 10.790.000 (dez milhões e setecentos e noventa mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Sétimo

Fixar o montante da coima de concurso aplicável à Visada Auchan Retail Portugal, S.A., em € 22.250.000 (vinte e dois milhões e duzentos e cinquenta mil euros), atento o concurso de infrações (PRC/2017/1 e PRC/2017/7), nos termos do disposto no artigo 19.º do RGCO.

Oitavo

Declarar que a Visada ITMP Alimentar, S.A., ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indireta, de preços em todo o território nacional entre 12.02.2010 e 18.05.2017, praticou uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 11.070.000 (onze milhões e setenta mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Nono

Fixar o montante da coima de concurso aplicável à Visada ITMP Alimentar, S.A., em €19.390.000 (dezanove milhões e trezentos e noventa mil euros), atento o concurso de infrações (PRC/2017/1 e PRC/2017/7), nos termos do disposto no artigo 19.º do RGCO.

Décimo

Declarar que a Visada Lidl & Cia., ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indireta, de preços em todo o território nacional entre 05.08.2010 e 18.05.2017, praticou uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 10.550.000 (dez milhões e quinhentos e cinquenta mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Décimo Primeiro

Declarar que a Visada Cooplecnorte – Aquisição e Fornecimento de Bens e Serviços, C.R.L., ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indireta, de preços em todo o território nacional entre 13.01.2010 e 18.05.2017, praticou uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a)

do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas *a*) e *b*) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 2.060.000 (dois milhões e sessenta mil euros), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012.

Décimo Segundo

Ordenar às 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 na alínea *a*) do n.º 1 do artigo 71.º da Lei n.º 19/2012.

Décimo Terceiro

Impor às Visadas, a título de medida de conduta, a imediata cessação da prática restritiva da concorrência objeto da presente Decisão, nos termos e para os efeitos do n.º 4 do artigo 29.º da Lei n.º 19/2012.

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 Visada Primedrinks – Comercialização de Bebidas Alcoólicas e Produtos Alimentares, Lda. 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 € 6.000 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Visada Auchan Retail Portugal, S.A. 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 € 6.000 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Visada Cooplecnorte – Aquisição e Fornecimento de Bens e Serviços, C.R.L. no presente processo.

Décimo Sétimo

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e na alínea *b*) do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em € 6.000 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Visada ITMP Alimentar, S.A. no presente processo.

Décimo Oitavo

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e na alínea *b*) do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em € 6.000 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Visada Lidl & Cia. no presente processo.

Décimo Nono

Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 92.º e na alínea *b*) do n.º 2 e no n.º 3 do artigo 94.º do RGCO, é fixado em € 6.000 (seis mil euros), o montante das custas a suportar pela Visada Modelo Continente Hipermercados, S.A. no presente processo.

Vigésimo

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 Visada Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A. no presente processo.

Vigésimo Primeiro

Advertir as Visadas, nos termos do disposto no artigo 58.º do RGCO, de que:

- a)* A presente decisão é recorrível judicialmente no prazo de 30 (trinta) dias úteis, nos termos do disposto nos artigos 87.º da Lei n.º 19/2012 e 59.º do RGCO;
- b)* Em caso de impugnação judicial, o Tribunal pode decidir mediante audiência de julgamento ou, caso as Visadas, o Ministério Público ou a Autoridade não se oponham, mediante simples despacho;

- c) Nos termos do n.º 1 do artigo 88.º da Lei n.º 19/2012, o Tribunal conhece com plena jurisdição dos recursos interpostos nos termos da alínea *a) supra*, podendo, nessa medida, reduzir ou aumentar as coimas;
- d) A coima aplicada a cada uma das Visadas, bem como as respetivas custas, deverão ser pagas, nos termos do n.º 5 do artigo 84.º da Lei n.º 19/2012:
- no prazo de 10 (dez) dias subsequentes à Decisão de indeferimento da atribuição do efeito suspensivo e de prestação de caução por parte do Tribunal competente;
 - ou
 - no prazo de 10 (dez) dias subsequentes ao termo do prazo para a interposição de recurso judicial.
- e) Em caso de impossibilidade de pagamento tempestivo, deverá o facto ser comunicado por escrito à Autoridade.

Lisboa, 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