



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

179236

CONCLUSÃO - 26-06-2017

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Hélder Roseiro)

=CLS=

SENTENÇA

I. RELATÓRIO.

1.1. A Autora Supermercado Nilo, Lda., NIPC 501 698 370, com sede na Rua Leonel Trindade, n.º 14, 2560-612 Torres Vedras veio interpor a presente acção administrativa de impugnação de acto administrativo contra a Ré **Autoridade da Concorrência** (doravante **AdC**), pessoa coletiva de Direito Público n.º 506.557.057, com sede na Avenida de Berna, n.º 19, 1050-037 Lisboa, **peticionando a anulação da decisão de arquivamento do conselho de administração da AdC de 13 de Outubro de 2016 e a condenação da Ré a abrir processo de contra-ordenação no caso concreto, com todas as consequências legais.**

1

Após enquadrar a legitimidade, interesse e a recorribilidade da decisão da AdC, discordando da decisão do conselho de administração da AdC de 13 de Outubro de 2016 no âmbito do procedimento registado com a referência DA/2014/3, a Autora sustenta a procedência dos pedidos formulados nos seguintes fundamentos (em síntese):

Dos Antecedentes:

- O Grupo “*Os Mosqueteiros*”, que integra as empresas ITMP Alimentar, S.A., e ITMP Portugal, S.A., é um grupo verticalmente integrado, que desenvolve a sua actividade, quer através de contratos de franquia, quer através de lojas próprias;
- As relações comerciais entre a Autora e as empresas ITMP Alimentar, S.A., e ITMP Portugal, S.A., pertencentes ao Grupo “*Os Mosqueteiros*”, têm subjacente um contrato de franquia;
- O estabelecimento explorado pela Autora em Torres Vedras gira sob a insígnia “*Intermarché*” do Grupo “*Os Mosqueteiros*”;
- Em 12/12/2013, a aqui Autora comunicou à **AdC** que tem vindo a ser alvo de preços e condições de venda discriminatórias por parte das empresas ITMP Alimentar, S.A., e ITMP Portugal, S.A., pertencentes ao Grupo “*Os Mosqueteiros*”;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

- Concretamente, denunciou a Autora que a ITMP tem anunciado promoções de determinados produtos, que, consequentemente, a Autora publicita aos seus clientes, mas depois, quando vai adquiri-los, tem de o fazer por um preço mais caro do que aquele que lhe fora anunciado e que publicitara;

- De igual modo, denunciou a Autora que os preços praticados pelo Grupo “*Os Mosqueteiros*”, nos produtos que lhe vende a si, têm sido mais gravosos do que os preços que são praticados, para os mesmos produtos, vendidos a outros agentes económicos que operam com a insígnia “*Intermarché*”;

- Esta denúncia foi, porém, arquivada pelo conselho de administração da **AdC**, em 13/10/2016, por se ter concluído que os factos denunciados não são susceptíveis de integrar práticas proibidas, em especial, pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 08/05 (cf. Doc. 1 já junto);

- A conclusão de que os factos constantes da denúncia não merecem a tutela da concorrência encontra-se, contudo, **insuficientemente fundamentada**, por insuficiência da própria **AdC** no desempenho da sua tarefa investigatória;

- Na verdade, dispensou-se a **AdC** de promover todas as diligências de investigação necessárias à identificação das práticas denunciadas e dos respectivos agentes, ordenando o arquivamento da denúncia por insuficiência de indícios, quando se lhe impunha a realização de um efectivo inquérito no qual se projectassem os seus poderes inquisitórios.

Dos Factos

- A ITMP, desde Setembro de 2013 e durante todo o ano de 2014, vendeu à Autora os mesmos produtos que vendeu a outros agentes económicos que giram sob a insígnia “*Intermarché*” por preços manifestamente superiores.

- Dessa forma, e por amostragem, consegue detectar-se uma diferença média acumulada de 13,36% entre 458 artigos comparáveis;

- De resto, os preços praticados para as lojas do Norte do país são diferentes dos preços praticados para as lojas do Sul;

- Paralelamente a ITMP actuou como concorrente directa da aqui Autora, explorando um ponto de venda em Bombarral;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

- A ITMP, em manifesto prejuízo da Autora, explorou esse ponto de venda em nome próprio, atribuindo-lhe condições e tratamento preferencial, com o intuito de alienar o mesmo em melhores condições;

- A Autora não tem alternativas aos produtos de marca própria, sendo que, se a Autora aumentar os preços indicados, perde o direito ao *rapel* das compras efectuadas ao referido grupo, sem o qual tem muita dificuldade em sobreviver economicamente;

- A dependência é tal que os próprios fornecedores da ITMP estão impedidos de vender directamente à Autora, estando assim o *core business* todo montado no pressuposto de entregas intermediadas pela ITMP;

- Nos produtos em promoção, a Autora não pode alterar o preço de venda ao público, na medida em que os mesmos já foram anunciados e publicitados em panfletos a determinado preço;

- Além disso, nos produtos em promoção, nem sempre o Grupo “*Os Mosqueteiros*” fornece as quantidades encomendadas pela Autora e, em algumas situações, quando esta tenta repor o seu stock, o referido grupo vende a preços superiores aos preços de venda ao público a praticar pela Autora;

Do Direito

- As visadas ITMP Alimentar, S.A., e ITMP Portugal, S.A., pertencentes ao Grupo “*Os Mosqueteiros*”, devem ser consideradas “*empresas*” para efeitos de aplicação do artigo 9.º da LdC, porquanto todas exercem uma actividade económica nos termos do n.º 1 do artigo 3.º da LdC;

- Decorre, também, dos factos acima expostos que as partes envolvidas estão situadas em diferentes estádios da cadeia de distribuição (acordos verticais), apresentando todas as características de um “*acordo*” na acepção do n.º 1 do artigo 9.º da LdC;

- Por outro lado, e considerando o comportamento das visadas relatado *supra*, conclui-se que a conduta em apreço tem por objecto restringir de forma sensível a concorrência, nos termos e para os efeitos do n.º 1 do artigo 9.º da LdC;

- Com efeito, um acordo vertical entre empresas, que tem por objecto a fixação de preços, constitui, por si só, uma prática que tem por objecto restringir, distorcer ou falsear a concorrência e que é, por consequência, proibida nos termos do n.º 1 do artigo 9.º da LdC;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

- Basta, pois, que o bem jurídico tutelado – a protecção da concorrência – seja posto em perigo para que a infracção se considere cometida;

- Todavia, mesmo esta referência à quota de mercado das empresas envolvidas – e que poderá sempre ser afastada perante as condições do caso concreto – não é sequer um elemento relevante para a apreciação de infracções que tenham objectivos restritivos graves;

- Neste contexto, há que recordar que os preços de venda ao público são enviados pelo Grupo “*Os Mosqueteiros*”, sendo que, se a Autora aumentar os referidos preços, é penalizada e não recebe o desconto *rapel* das compras efectuadas ao referido grupo;

- Ou seja, a Autora pode cumprir ou não os preços indicados pelo Grupo “*Os Mosqueteiros*”, mas, caso não cumpra, não recebe o *rapel* necessário para a sua sustentabilidade económica;

- Do mesmo modo, os preços de venda ao público dos produtos em promoção não podem ser alterados, na medida em que os mesmos já foram anunciados e publicitados em panfletos a determinado preço;

- Impõe-se, portanto, a conclusão de que a conduta descrita cabe, por inteiro, no campo de aplicação do n.º 1 do artigo 9.º da LdC, ao ter por objecto a restrição da concorrência através da fixação de preços no âmbito de um acordo vertical entre empresas (contrato de franquia);

- É, pois, irrelevante (contrariamente ao que propugna a **AdC**) a circunstância de o Grupo “*Os Mosqueteiros*” deter, no período da prática dos factos, uma quota ligeiramente inferior a 10% na distribuição a retalho de bens alimentares e não alimentares a nível nacional;

- Na verdade, o que se pretende com a consagração legal da figura do abuso de dependência económica é, precisamente, abranger aquelas empresas que, apesar de deterem grande poder económico, não possuem uma posição dominante de acordo com o artigo 11.º da LdC;

- Ora, no caso vertente, e conforme se referiu acima, a Autora não tem alternativas aos produtos de marca própria;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

- Por outro lado, o valor a pagar, pela Autora, em caso de denúncia do contrato de franquia, é muito elevado relativamente às margens praticadas durante a vigência do referido contrato, não sendo, por isso, concretizável;

- Além do mais, a análise comparativa das tabelas de preços praticados pela ITMP à Autora e a outros franquizados do Grupo “*Os Mosqueteiros*” é demonstrativa das distorções no preço de venda ao público praticado pelos vários franquizados;

- Sendo, ainda, certo que os preços de venda ao público têm de ser seguidos pela Autora nos termos enviados mensal, semanal e diariamente pelo referido grupo, sob pena de não ser pago o *rapel* necessário para a sua sustentabilidade económica;

- É, pois, forçoso concluir que o comportamento da ITMP se reconduz à imposição de preços e condições de transacção não equitativas (cf. artigo 11.º, n.º 2, alínea a), da LdC), bem como à aplicação de condições desiguais à Autora, comparativamente com os demais franquizados, colocando-a, por esse facto, em desvantagem na concorrência (cf. artigo 11.º, n.º 2, alínea c), da LdC).

Arrolou prova testemunhal e juntou prova documental.

1.2. As Contra-interessadas vieram apresentar contestação, opondo-se à procedência dos pedidos da Autora.

Para o efeito, e em síntese, contextualizaram os factos da decisão impugnada – artigos 1.º a 11.º; enquadraram a sua organização comercial – artigos 12.º a 26.º; pronunciaram-se sobre a imputação de prática de preços discriminatórios – artigos 27.º a 48.º; pronunciaram-se sobre as práticas relativas ao ponto de venda do Bombarral – artigos 49.º a 81.º; pronunciaram-se sobre a imputação de abuso de posição dominante e dependência económica – artigos 82.º a 109.º; enunciaram o Direito aplicável – artigos 110.º a 122.º; e procedeu à impugnação motivada das práticas restritivas descritas na petição inicial – artigos 123.º a 209.º.

Arrolaram prova testemunhal.

1.3. Cumprida a citação, a **AdC** veio remeter certidão do processo administrativo (cfr. requerimento de 30-01-2017) e apresentar contestação

Para o efeito, e em síntese, enunciou a razão e ordem da intervenção da **AdC** – artigos 1.º a 4.º; procedeu ao enquadramento da actuação da **AdC** e da decisão de arquivamento da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

denúncia, por referência à tramitação do processo e à decisão de arquivamento – artigos 5.º a 28.º; veio proceder à impugnação dos factos alegados pela Autora na petição inicial, pronunciando-se sobre a legalidade do acto administrativo, sobre o objecto da denúncia, sobre a suficiência da fundamentação da decisão, sobre o alegado vício de violação de lei – artigos 29.º a 90.º; procedeu ao enquadramento das atribuições da **AdC** no processamento de denúncias e quanto ao dever-poder discricionário da **AdC** para proceder à abertura de processos – artigos 91.º a 116.º, e enquadrou o âmbito do controlo jurisdicional – artigos 117.º a 122.º.

Indicou o processo administrativo sob a referência DA/2014/3 como prova documental, e arrolou prova testemunhal.

1.4. Em 15-03-2017, foi proferido despacho a designar dia para a realização de audiência prévia com as finalidades previstas no art.º 87.º-A, n.º 1 do C.P.T.A.

6

1.5. Realizada a audiência prévia com observância do legal formalismo e como decorre da respectiva acta, foi proferido despacho saneador **a fixar o valor da acção; a relegar para a sentença final o conhecimento dos vícios da decisão, justa-compostos em vício formal de falta de fundamentação e vício de violação de lei por erro nos pressupostos de facto e de Direito; a identificar o objecto do litígio, nos termos dos arts.º 87.º-A, n.º 1 al. f) e 89.º-A, n.º 1, ambos do C.P.T.A.; a enumerar os temas da prova, nos termos dos arts.º 87.º-A, n.º 1 al. f) e 89.º-A, n.º 1, ambos do C.P.T.A.; a conhecer dos requerimentos probatórios; a conhecer da reclamação apresentada pela Ré AdC; e a designar data para realização de audiência de julgamento com determinação da ordem dos actos probatórios.**

1.6. Designado data para a realização da audiência de julgamento, a mesma decorreu em inteira observância do legal formalismo, como decorre das respectivas actas, tendo as partes produzido alegações finais orais.

* * *

*

II. SANEAMENTO.

A instância mantém a validade e regularidade que lhe foram reconhecidas no despacho saneador proferido nos autos.

* * *



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

*

III. QUESTÕES A RESOLVER.

Impõe o conhecimento dos presentes autos que se decidam as seguintes questões:

- A decisão da AdC de arquivamento liminar proferida no processo DA/2014/34 é nula ou anulável com fundamento em vício de falta de fundamentação?

- A decisão da AdC de arquivamento liminar proferida no processo DA/2014/34 é nula ou anulável com fundamento em vício de violação de lei, por erro nos pressupostos de facto e de Direito, designadamente nos artigos 9.º e 12.º da LdC aplicável?

* * *

*

IV. FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO.

4.1. Factos indiciados¹.

Com relevância para a discussão da causa encontram-se indiciados os seguintes factos:

1. Em 12 de Dezembro de 2013 a Autora, apresentou comunicação escrita à AdC, denunciando alegado abuso de posição dominante e de dependência económica por parte das Contra-interessadas empresas ITMP Portugal, S.A. e ITMP Alimentar, S.A. (doravante ITMP), pertencentes ao Grupo “Os Mosqueteiros”, com quem a Autora celebrou contratos, sob a insígnia INTERMARCHÉ.

2. Após a realização de várias diligências, em 13 de Outubro de 2016, o Conselho da AdC adoptou a Decisão de Arquivamento, considerando que as condutas do **GRUPO OS MOSQUETEIROS** denunciada pela ora Autora não são susceptíveis de integrar práticas proibidas na aceção dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC, declarando a Denúncia sob a referência DA/2014/3 sem fundamento relevante, de acordo com o disposto nos n.º 4 a n.º 6 do artigo 8.º do mesmo regime.

3. A AdC procedeu à realização de pedidos de elementos de informação às denunciantes, nomeadamente: i) o envio dos contratos de franquia celebrados com a ITMP; ii)

¹ Utiliza-se aqui, como no saneamento com expressa advertência às partes, a referência a *factos indiciados* ao invés de *factos provados*, uma vez que esta segunda fórmula se adequa melhor a decisões finais da AdC ou do Tribunal em sede de recurso de impugnação judicial, enquanto a primeira servirá melhor ao conceito de *fundamentos bastantes* no regime do processamento de denúncias.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

a identificação de concorrentes na mesma área geográfica das denunciante, quer a nível de lojas próprias do **GRUPO OS MOSQUETEIROS**, quer de lojas de outras insígnias; e iii) as razões da actuação do Grupo na prática de preços discriminatórios entre os franquizados.

4. Na sequência da pronúncia da Autora relativa ao sentido provável de decisão de arquivamento de denúncia da **AdC**, foram efectuadas as seguintes diligências adicionais: i) pedido de elementos respeitantes à alegada imposição de preços; ii) diligência de inquirição nas instalações da Autora, em 17 de Abril de 2015; iii) pedido de elementos de informação e de esclarecimentos ao **GRUPO OS MOSQUETEIROS**, em 16 de Junho de 2016, relativos ao conteúdo das denúncias.

*

5. As relações comerciais entre a Autora e as empresas ITMP, pertencentes ao **GRUPO OS MOSQUETEIROS**, têm subjacente um contrato denominado “*contrato de franquia INTERMARCHÉ*”, constante de fls. 30 a 56 e que aqui se dá por reproduzido, celebrado entre ITMI NORTE-SUL PORTUGAL – Sociedade de Desenvolvimento e Investimento S.A., na qualidade de PRIMEIRA OUTORGANTE, sociedade Supermercado Nilo, Limitada, na qualidade de SEGUNDA OUTORGANTE, e entre José Carlos Polónia Taboleiros e Paula Isabel Ramalho Dias Taboleiros, na qualidade de ADERENTES ou TERCEIROS OUTORGANTES.

8

6. A Contra-interessada **ITMP Portugal, S.A.** exerce a sua actividade comercial de realização de estudos, pesquisas e acções no domínio da assistência, da informação, da formação e do aconselhamento de pessoas individuais e colectivas que exerçam a sua actividade no sector da distribuição de produtos, designadamente dos membros do agrupamento Os Mosqueteiros, e em particular à insígnia INTERMARCHÉ para a área alimentar, e Bricomarché e Roady para a área não alimentar.

7. A Contra-interessada **ITMP Portugal, S.A.** é a entidade que representa o **GRUPO OS MOSQUETEIROS**, que o promove e que aceita celebrar contratos de franquia com outras sociedades não pertencentes ao Grupo.

8. A Contra-interessada **ITMP Alimentar, S.A.** é a sociedade de aprovisionamento, que gere as mercadorias, compras a terceiros e vendas às sociedades franqueadas do **GRUPO OS MOSQUETEIROS**, suas clientes.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

9. O GRUPO OS MOSQUETEIROS, que integra a ITMP, é um Grupo verticalmente integrado, que desenvolve a sua atividade não apenas através de contratos de franquia mas, igualmente, através de lojas próprias.

10. O GRUPO OS MOSQUETEIROS detinham, no período da prática dos factos, uma quota ligeiramente inferior a 10% na distribuição a retalho de bens alimentares e não alimentares a nível nacional, nomeadamente quotas de 9,9% e 9,8% nos anos 2014 e 2015, respectivamente.

11. O estabelecimento explorado pela Autora em Torres Vedras gira sob a insígnia INTERMARCHÉ do **GRUPO OS MOSQUETEIROS**.

12. A Autora desenvolve a actividade comercial de distribuição a retalho na área geográfica da cidade de Torres Vedras em concorrência directa com as insígnias Jumbo, Continente, Pingo Doce, E.Leclerc, Minipreço, Lidl e Aldi.

*

13. A Loja com a insígnia INTERMARCHÉ mais próxima da Autora situa-se no Bombarral.

14. A distância entre o ponto de venda do Bombarral e o estabelecimento comercial da Autora é de cerca de 18km a 22km.

15. A abertura deste estabelecimento ocorreu no dia 4 de Fevereiro de 2014.

16. O INTERMARCHÉ do Bombarral foi explorado pela sociedade INTERBOMBARRAL – Supermercados, Lda., maioritariamente detida pela Contra-interessada **ITMP Alimentar, S.A.**, pelo menos, entre Fevereiro de 2014 e Maio de 2014.

17. O INTERMARCHÉ do Bombarral é explorado, actualmente, pela sociedade INTERARROTEIAS – Supermercados, Lda., participada pela Contra-interessada **ITMP Portugal, S.A.** que detém 2% do capital social em plena propriedade.

*

18. Os preços de cessão e preços de venda ao público praticados pela **ITMP Alimentar, S.A.** entre 2013 e 2014 para as lojas do Norte do país são diferentes dos preços praticados para as lojas do Sul, relevando para tal a divisão territorial da central de distribuição sita em Alcanena.

19. Indícios demonstrativos da existência de abuso de dependência económica:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

a) A Autora não tem alternativas aos produtos de marca própria vendidos e distribuídos pela contra-interessada **ITMP Alimentar, S.A.**;

b) Se a Autora aumentar os preços indicados, perde o direito ao *rapel* das compras efectuadas no âmbito do contrato celebrado;

c) Nos produtos em promoção, a Autora não pode alterar o preço de venda ao público, na medida em que os mesmos já foram anunciados e publicitados em panfletos a determinado preço;

d) Para denunciar o contrato de franquia, a Autora teria de pagar 10% do total do volume de negócios, acrescido de IVA;

e) O sistema informático do Grupo “Os Mosqueteiros” é de utilização obrigatória e exclusiva para as encomendas, para as linhas de caixas e para a contabilidade;

f) A Autora tem um cartão de fidelidade pelo qual deve efectuar as compras dos artigos em exclusivo ao **GRUPO OS MOSQUETEIROS**.

10

20. Indícios demonstrativos da existência de exploração do posto de venda do Bombarral com desvantagem concorrencial para a Autora:

a) O Intermarché do Bombarral teve folhetos promocionais próprios, como é o exemplo dos folhetos promocionais de 18 a 24 de Fevereiro e de 18 a 24 de Março de 2014 desse ponto de venda;

b) A Autora reclamou da discrepância de uma venda promocional de carapau médio – encomenda de 32 caixas e entrega de 6, publicitada no folheto nacional de 25 a 31 de Março de 2014, à ITMP, através da carta;

c) A ITMP justificou tal falta de produto com condições meteorológicas que impediram que a faina correspondesse às encomendas.

*

4.2. Factos não indiciados.

Com relevância para a discussão da causa não se encontram indiciados os seguintes factos:

21. Indícios demonstrativos da existência de abuso de posição dominante.

*

22. Indícios demonstrativos da existência de abuso de dependência económica:



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

a) As mercadorias nos secos, higiene pessoal e líquidos são compradas à ITMP na razão de 90%, só existindo alternativa passando a Autora a ser abastecida por outra insígnia, o que se revela impossível;

b) Fora do contrato de franquia celebrado, os preços de venda ao público têm de ser observados de acordo com as informações remetidas mensal, semanal e diariamente pela ITMP;

c) Sem o direito ao rapel a Autora *tem muita dificuldade em sobreviver economicamente*;

d) Os próprios fornecedores da ITMP estão impedidos de vender directamente à Autora;

g) Quer a realização de formação paga pela Autora e ministrada pelo Grupo “Os Mosqueteiros”, quer a compra de gama de produtos de higiene e qualidade, *são impostas* sob pena de não ser pago o rapel;

h) A obrigatoriedade do envio quadrimestral de informações do negócio, como o orçamento da loja, o balancete e os folhetos publicitários, para além da realização de compras mínimas, constitui obrigação de que depende a atribuição do rapel;

i) A Autora tem um cartão de fidelidade pelo qual deve efectuar as compras dos artigos em exclusivo ao Grupo “Os Mosqueteiros”, sob pena de não lhe ser creditado o valor do desconto;

j) A dinâmica de fornecimento é totalmente determinada pela ITMP, através da: i) encomenda dos folhetos 1 mês antes da campanha sem informação de preços ou produtos; da ii) encomenda das mercadorias dos secos 3 semanas antes do início do folheto; e da iii) encomenda de frescos 1 semana antes do início do folheto – durante este período temporal diversas alterações são efectuadas ao folheto, tais como, entrada e saída de artigos, corte de mercadoria previamente encomendada ou, em alternativa, a entrega total com preços mais caros do que os referidos em folheto.

k) A Autora desconhece antecipadamente o conteúdo dos folhetos semanais, quer em termos de produtos, quer em termos de preço, pelo que não tem qualquer possibilidade de negociação com o Grupo “Os Mosqueteiros”;

l) Nos produtos em promoção, nem sempre o Grupo “Os Mosqueteiros” fornece as quantidades encomendadas pela Autora e, em algumas situações, quando esta tenta repor o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

seu stock, o referido grupo vende a preços superiores aos preços de venda ao público a praticar pela Autora;

m) O sistema informático de actualização de preços e de etiquetagem é definido pelo Grupo “Os Mosqueteiros”, pagando a Autora uma renda pela utilização do mesmo.

n) O preço pago para denunciar o contrato de franquia, atendendo às margens praticadas durante a vigência do contrato, *não é concretizável*.

*

23. Indícios demonstrativos da existência de fixação de preços de revenda e de fixação de preços no âmbito de campanhas publicitárias:

a) A ITMP, desde Setembro de 2013 e durante todo o ano de 2014, vendeu à Autora os mesmos produtos que vendeu a outros agentes económicos que giram sob a insígnia “Intermarché” por preços *manifestamente superiores*;

b) Por amostragem, consegue detectar-se uma diferença média acumulada de 13,36% entre 458 artigos comparáveis;

c) Nas tabelas de preços para preparação de 06/12/2013 encontram-se 144 artigos idênticos, sendo que os mesmos foram vendidos à Autora com um acréscimo médio de preço de 14,22%;

d) Nas tabelas de preços para preparação de 09/12/2013 encontram-se 314 artigos idênticos, sendo que os mesmos foram vendidos à Autora com um acréscimo médio de preço de 12,50%.

*

24. Indícios demonstrativos da existência de exploração do posto de venda do Bombarral com desvantagem concorrencial para a Autora:

a) A ITMP actuou como concorrente directa da Autora, explorando um ponto de venda em Bombarral;

b) A Administração do INTERBOMBARRAL – Supermercados, Lda. é exercida por um dos administradores da **ITMP ALIMENTAR, S.A.**;

c) A ITMP, em manifesto prejuízo da Autora, explorou esse ponto de venda em nome próprio, atribuindo-lhe condições e tratamento preferencial, com o intuito de alienar o mesmo em melhores condições;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

d) Aquando da abertura ao público do estabelecimento do Bombarral, a ITMP fez folhetos promocionais por período superior a 3 semanas, contrariamente ao que era a prática do Grupo “Os Mosqueteiros”;

e) A Autora encomendou à ITMP 32 caixas de produto carapau médio, publicitada no folheto nacional de 25 a 31 de Março de 2014;

f) Dessas 32 caixas a ITMP apenas entregou 6, sendo que a Autora apenas teve conhecimento dessa discrepância no dia em que se iniciava a promoção, isto é, no dia em que a ITMP fez a descarga da encomenda.

g) Na loja de Bombarral, explorada pela ITMP, *não faltou carapau*;

h) O descrito nos pontos **20) e 24)** tem impacto na fuga de clientela para uma superfície comercial que dista menos de 20 quilómetros do estabelecimento da Autora, e na impossibilidade desta *escoar produtos*.

i) O Intermarché do Bombarral, enquanto ponto de venda explorado directamente pela ITMP, apresentava preços de venda ao público inferiores aos preços que a ITMP oferecia à Autora para o seu aprovisionamento;

j) No folheto de 28 a 30 de Março de 2014 do ponto de venda do Bombarral publicita-se a venda de “Lava Tudo APTA” (marca da insígnia), 2 litros, com um PVP com IVA de 0,89€, ao passo que a ITMP vende esse produto à Autora ao preço de 0,90€ acrescido de IVA, isto é, a 1,107€;

k) No folheto de 4 a 6 de Abril de 2014 do ponto de venda do Bombarral publicita-se a venda de “Água Serras de Fafe” (marca da insígnia), 6 litros, com um PVP com IVA de 0,59€, ao passo que a ITMP vende esse produto à Autora ao preço de 0,59€ acrescido de IVA, isto é, a 0,67€;

l) Nesse mesmo folheto de 4 a 6 de Abril de 2014 do ponto de venda do Bombarral publicita-se a venda de “Óleo Vaqueiro”, 1 litro, com um PVP com IVA de 1,59€, ao passo que a ITMP vende esse produto à Autora ao preço de 1,48€ acrescido de IVA, isto é, a 1,83€;

m) Nesse mesmo folheto de 4 a 6 de Abril de 2014 do ponto de venda do Bombarral publicita-se a venda de “Cerveja Sagres c/ álcool”, 6 x 0,33 l, com um PVP com IVA de 1,99€, ao passo que a ITMP vende esse produto à Autora ao preço de 3,00€ acrescido de IVA, isto é, a 3,69€.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

n) Tais diferenças de preços registam-se inclusivamente em produtos de marca branca, como por exemplo: i) Leite UHT Top Budget 1 Lt: diferença de 12,50%; ii) Lava Tudo Apta 2 Lt: diferença de 53,69%; iii) Guardanapos Apta 1 folha branco 30x30cm: diferença de 20,41%; iv) Pão de Forma Chabrior 550 g: diferença de 12,22%; e v) Fiambre da Pá Top Budget: diferença de 37,57%;

o) O preço de venda ao público do mesmo produto era, necessariamente, e de acordo com os próprios critérios da ITMP e do Grupo “Os Mosqueteiros”, mais caro em cerca de 32% no ponto de venda explorado pela Autora do que no ponto de venda do Bombarral explorado directamente pela ITMP.

* *

4.3. Motivação da matéria de facto.

A convicção do Tribunal quanto aos factos descritos nos pontos 1) a 21) fundou-se, desde logo, pelo efeito cominatório e admissão expressa decorrentes do exercício de contraditório pelas partes processuais, tendo sido consignados como matéria probatória indiciada² por acordo e mediante a mera consulta do processo DA/2014/3, devidamente corroborada pelos depoimentos testemunhais e prova documental junta no que respeita à prática de preços diferenciados entre a região Sul e Norte de Portugal Continental.

Vejamos então por pontos e núcleos da factualidade relevante trazida a debate pela petição inicial e sequente contraditório da Ré e Contra-interessadas.

Em primeiro lugar, quanto à matéria dos pontos 1) a 4) relevou-se o acordo das partes quanto à certificação da tramitação processual sob a referência DA/2014/3 sequente da comunicação de denúncia de práticas restritivas à **AdC** constante de fls. 57 e a corroboração conferida pelo ofício de notificação da decisão de arquivamento constante de fls. 15 a 28, pelo qual se descrevem a actuação da **AdC** no processamento das denúncias efectuadas pela Autora e pela sociedade Pinhalsodi Supermercados, S.A.

Não subsiste, portanto dúvida probatória sobre as incidências procedimentais do objecto do processo DA/2014/3.

² Utilizamos aqui os conceitos de indícios e indicição para exprimir a ideia de *possibilidade razoável* que deve presidir à decisão final de inquérito nos processos sancionatórios previstos no novo Regime do Direito da Concorrência.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

Em segundo lugar, no que respeita à matéria dos pontos **5)** a **12)** valemo-nos igualmente da sindicância feita em sede de saneamento do processo a propósito da discussão sobre o objecto do processo e sobre a delimitação dos termos do litígio, concordando as partes na consignação probatória das alegações das Contra-interessadas quanto à relação contratual estabelecida entre a Autora e as Contra-interessadas, vertida no contrato de franquia INTERMARCHÉ constante de fls. 30 a 56; quanto à identificação da intervenção de cada uma das interessas no **GRUPO OS MOSQUETEIROS** e no objecto comercial de gestão da insígnia Intermarché, quanto à organização empresarial vertical do **GRUPO OS MOSQUETEIROS** e, especialmente, quanto à quota de mercado na distribuição a retalho de bens alimentares e não alimentares a nível nacional apurada pela **AdC**, circunstância que não foi objecto de impugnação ou contestação por parte da Autora.

Por outro lado, também não subsistiu qualquer contradição na fixação da posição de interesse da Autora como empresa que explora o estabelecimento sito em Torres Vedras nem na identificação das insígnias concorrentes da Autora no espaço geográfico relevante para os seus clientes alvo.

Em terceiro lugar, sem prejuízo da sua relevância jurídica para efeitos de procedência da anulação do acto administrativo em crise, a matéria dos pontos **13)** a **17)** também foi admitida por todas as partes aquando do saneamento do processo e quanto à identificação da situação empresarial do ponto de venda Intermarché do Bombarral, relevando-se a seguinte instrução documental do processo, sujeita a contraditório sem impugnação do seu valor probatório:

- Documentos n.º 1 e 2 juntos com o requerimento de 28 de Abril de 2017, de fls. 427 e 428, correspondentes a registo realizado pela sociedade Alcapredial – Investimentos e Imobiliário, S.A., através do sistema informático SIMEI do Ministério da Economia, e respectivo print screen, da abertura da unidade comercial Intermarché do Bombarral, com a indicação da entidade exploradora respetiva “INTERBOMBARRAL – Supermercados, Lda.”, com “data prevista de abertura” (sic.) para 31/01/2014;

- Documentos n.º 3 e 4 juntos com o requerimento de 28 de Abril de 2017, de fls. 429 e 430, correspondentes a comunicação electrónica e confirmação da aceitação da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

“Comunicação de abertura e mudança de entidade exploradora” para INTERBOMBARRAL – Supermercados, Lda., pela da Direcção Regional da Economia de Lisboa e Vale do Tejo,

- Documentos n.º 5 e 6 juntos com o requerimento de 28 de Abril de 2017, de fls. 431 e 432, correspondentes a registo realizado pela referida sociedade Alcapredial - Investimentos e Imobiliário, S.A., através do sistema informático SIMEI do Ministério da Economia, e respectivo print screen, da alteração de titular da exploração da unidade comercial Intermarché do Bombarral, com menção de que a entidade exploradora, com “data prevista de abertura” (sic.) a 17/06/2014, passa a ser a sociedade “INTERARROTEIAS – Supermercados, Lda.”;

- Documentos n.º 7 e 8 juntos com o requerimento de 28 de Abril de 2017, de fls. 433 e 434, correspondentes a comunicação electrónica e confirmação da Direcção Regional da Economia de Lisboa e Vale do Tejo, datada de 29/05/2014, de que a indicada “comunicação de modificação do referido estabelecimento comercial foi aceite”, passando a entidade exploradora do estabelecimento comercial Intermarché do Bombarral a ser a sociedade INTERARROTEIAS – Supermercados, Lda.;

- Documento n.º 9 junto com o requerimento de 28 de Abril de 2017, de fls. 435, correspondente a certidão permanente do registo comercial da sociedade INTERARROTEIAS – Supermercados, Lda., pessoa coletiva nº. 513072586, da qual se retira que a contra-interessada ITMP PORTUGAL participa no capital social da mesma INTERARROTEIAS – Supermercados, Lda., detendo 2% do capital social em plena propriedade.

Em quarto lugar, o ponto **18)** dos factos indiciados foi objecto de unanimidade probatória decorrente da conjugação das alegações da Autora com a impugnação motivada das Contra-interessadas e com o objecto da denúncia, devidamente corroborado pelo depoimento das testemunhas ouvidas em audiência de julgamento, as quais, em função da sua razão de ciência, vieram sustentar o modelo de organização empresarial vertical do **GRUPO OS MOSQUETEIROS** nos anos de 2014 e 2015 que introduziu uma diferenciação objectiva entre a região norte e a região sul do continente quanto aos preços de cessão cobrados e quanto aos pvps recomendados, utilizando para tal diferenciação logística uma linha meridional fictícia ao longo da base de distribuição de Alcanena, evidenciada pelo documento n.º 1, de fls. 326, junto com a contestação das Contra-interessadas correspondente a mapa da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

região norte do território de Portugal e dos pontos de venda do Grupo Intermarché e ao documento n.º 2, de fls. 327, junto com a contestação das Contra-interessadas correspondente a mapa da região sul do território de Portugal e dos pontos de venda do Grupo Intermarché.

Neste conspecto, além da prova produzida em sede do processamento administrativo da denúncia, foram tomados depoimentos a **MARIA TERESA MARCIA ESPIRITO SANTO PROENÇA**, funcionária do Grupo Mosqueteiros, exercendo as funções de responsável área dos frescos entre 1999 a 2013 (actualmente reformada, a **AUGUSTO MANUEL GONÇALVES CARVALHO**, colaborador do Grupo Mosqueteiro, exercendo funções de director de compras de 1999 a 2005 e aderente de loja situada em Famões desde 2007 a 2011; a **JOAQUIM MANUEL PARREIRAS CANDEIAS**, funcionário do Grupo Mosqueteiros, exercendo as funções de responsável pela Regional Mercadorias entre 1998 a 2014, a **SUZETE ALEXANDRE ALVES AIRES**, funcionária da Autora; a **LUIS MANUEL RAMALHO RODRIGUES AIRES**, colaborador da Autora há 18 anos no ponto de venda do Intermarché de Torres Vedras e exercer actualmente as funções de chefe de secção há cerca de 6 anos; a **VÍTOR ANTÓNIO BATISTA RODRIGUES**, responsável de controlo de gestão e colaborador da ITMP Alimentar, S.A. desde 2006; a **ISAÍAS EUGÉNIO DE OLIVEIRA MARTINS**, funcionário do **GRUPO OS MOSQUETEIROS** entre 2006 a 2016 e actualmente gestor do ponto de venda de Santo António dos Cavaleiros aderente do Grupo; a **RUI MANUEL PATRICIO DIAS**, gestor dos pontos de venda de Alfena, de Valongo e de Jobim; a **JOÃO MANUEL BARATA PROENÇA** gestor ponto de venda do Intermarché de Castro D'Aire desde 1997 e **JEAN-CLAUDE FIRMINO**, responsável do **GRUPO OS MOSQUETEIROS**, secretário-geral da região sul desde Janeiro de 2013 e actualmente exercer as funções de responsável da direcção nacional de pontos de venda desde Janeiro de 2017 após ter exercido funções.

Assim, foi manifesta a amplitude da prova testemunhal submetida à apreciação do Tribunal, com destaque para a multiplicidade das perspectivas decorrentes das respectivas razões de ciência.

Assim, inquiridos e chamados a responder criticamente sobre os pontos controvertidos descritos a **18) a 24)** da matéria de facto, **MARIA PROENÇA**, **AUGUSTO CARVALHO**, **JOAQUIM CANDEIAS**, **VÍTOR RODRIGUES**, **ISAÍAS MARTINS** e **JEAN-CLAUDE**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

FIRMINO foram peremptórios e unívocos no esclarecimento de que a Autora nunca foi alvo de prática de preços discriminatórios além da divisão Norte-Sul, sendo que os preços de promoção e pvps recomendados eram exactamente os mesmos dos demais pontos de venda da região sul, explicando que essa diferenciação correspondeu a uma política empresarial do Grupo, durante os anos de 2013-2014, relacionada com o índice de competitividade da região Norte, cuja concorrência implicava maior agressividade nos preços promocionais.

Destaca-se o depoimento de **JEAN-CLAUDE FIRMINO**, o qual, com maior assertividade e razão de ciência, e através de um depoimento claro, espontâneo e sempre equidistante e razoável do ponto de vista da sua posição de interesse, explicou que a diferenciação de zonas existe desde 2012/2013 e foi criada para fazer face aos elevados prejuízos decorrentes da gestão de rede, e a diferenciação de preços (em cerca de 300 produtos com repercussão *psicológica* na escolha do cliente) foi praticada entre 2013 e 2015, precisamente para equilibrar a margem entre as duas regiões, permitindo, enquanto compromisso do Grupo, que as lojas do Norte se aproximassem na rentabilidade das lojas do Sul, mais admitindo que essa diferenciação era, na sua base, meramente fictícia e que actualmente o equilíbrio da margem entre sectores é garantido por um sistema de desconto no final do ano com emissão de notas de crédito.

Depois, todas estas testemunhas e as mencionadas **RUI DIAS** e **JOÃO PROENÇA**, com destaque pela sua razão de ciência destes enquanto gestores de pontos de venda, vieram afirmar, também peremptoriamente, que, aquando da abertura de uma nova loja, o GRUPO tem por prática e regra a criação, para o respectivo ponto de venda, de um folheto promocional com a duração de 2 a 3 semanas, pelo qual estabelece uma diferenciação dos preços promocionais e de pvp de modo a permitir uma implementação agressiva no mercado local e concorrencial com outras insígnias, mais informando que essa prática é generalizada e não é objecto de qualquer excepção subjectiva. Posteriormente a esse período promocional, de acordo com este acervo testemunhal, a respectiva loja dispõe de toda a autonomia negocial para determinar a sua margem e os pvp que pratica de acordo com as limitações do contrato no que respeita ao rapel e aos preços promocionais.

Quanto aos *indícios demonstrativos da existência de abuso de dependência económica* descritos no ponto 19) os mesmos decorrem das condições contratuais do contrato



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

de franquia, sendo de conhecimento público e notório que neste mercado relevante as insígnias dispõem da exclusividade dos seus produtos ditos de “marca branca”, estando enquadrada também num padrão de normalidade a utilização obrigatória e exclusiva do sistema informático e de cartão de compras.

Sem antecipar o enquadramento de direito, no que tange aos *indícios demonstrativos da existência de exploração do posto de venda do Bombarral com desvantagem concorrencial para a Autora* descritos no ponto 20) dos factos indiciados valemo-nos da seguinte instrução documental do processo, sujeita a contraditório, sem impugnação do seu valor probatório e corroborada pelas regras de normal aparência aplicadas ao funcionamento de posto de venda no mercado relevante:

- Comunicação escrita de fls. 93 a 94, enviada pelas Autora à Contra-interessada ITPM Portugal, S.A., datada de 3 de Abril de 2014, pela qual informa da existência de preços e condições de venda discriminatórios;

- Comunicação escrita de fls. 96 e 97, enviada pela Contra-interessada ITPM Alimentar, S.A., datada de 8 de Abril de 2014, pela qual recusa a imputação da prática de preços e condições de venda discriminatórios;

- Documento n.º 31 de fls. 98 e 99 junto com a petição inicial, correspondente a folheto publicitário do ponto de venda Bombarral, datado de 28 a 30 de Março;

- Documento n.º 34 de fls. 102 e 103 junto com a petição inicial, correspondente a folheto publicitário do ponto de venda Bombarral, datado de 4 a 6 de Abril;

- Anexo 1 de fls. 112 a 123 junto com a petição inicial, correspondente a folheto publicitário Intermarché de 18 a 24 de Fevereiro de 2014;

- Anexo 2 de fls. 124 a 131 junto com a petição inicial, correspondente a folheto publicitário do ponto de venda Bombarral de 18 a 24 de Fevereiro de 2014;

- Anexo n.º 23 de fls. 203 junto com a petição inicial, correspondente a folheto publicitário, datado de 18 a 24 de Março;

- Anexo n.º 22 de fls. 199 a 202 junto com a petição inicial, correspondente a folheto publicitário do ponto de venda Bombarral, datado de 21 a 24 de Março.

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

Em quinto lugar, sublinhando a impugnação motivada da matéria alegada pela Autora quanto aos pontos **21) a 24)** dos factos não indiciados, a prova testemunhal e documental produzida nos autos e em audiência revelou-se manifestamente insuficiente, incongruente ou contraditória para sustentar convicção probatória positiva quanto à existência de práticas anticoncorrenciais praticadas pelo **GRUPO OS MOSQUETEIROS** no âmbito da relação contratual estabelecida com a Autora ou quanto à exploração do ponto de venda do Bombarral.

Além da prova documental já referenciada, levaram-se em conta os seguintes documentos:

- Documento n.º 4 junto com a petição inicial epigrafado de *PREÇARIO AVES* de fls. 59 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 6/7 de Dezembro;
- Documento n.º 5 junto com a petição inicial epigrafado de *PREÇARIO NOVILHO* de fls. 60 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 6 de Dezembro;
- Documento n.º 6 junto com a petição inicial epigrafado de *PREÇARIO PORCO* de fls. 61 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 6 de Dezembro;
- Documento n.º 7 junto com a petição inicial epigrafado de *PREÇARIO PORCO* de fls. 61 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 6 de Dezembro;
- Documento n.º 8 junto com a petição inicial epigrafado de *PREÇARIO AVES* de fls. 63 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10 de Dezembro;
- Documento n.º 9 junto com a petição inicial epigrafado de *PREÇARIO NOVILHO* de fls. 64 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10 de Dezembro;
- Documento n.º 10 junto com a petição inicial epigrafado de *PREÇARIO PORCO* de fls. 65 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10 de Dezembro;
- Documento n.º 11 junto com a petição inicial epigrafado de *PREÇARIO PORCO* de fls. 66 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10 de Dezembro;
- Documento n.º 12 junto com a petição inicial epigrafado de *PREÇARIO FRUTAS E LEGUMES* de fls. 67 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10 de Dezembro;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

- Documento n.º 13 junto com a petição inicial epigrafado de *PREÇARIO FRUTAS E LEGUMES* de fls. 68 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10 de Dezembro;

- Documento n.º 14 junto com a petição inicial epigrafado de *PREÇARIO FRUTAS E LEGUMES* de fls. 69 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10 de Dezembro;

- Documento n.º 15 junto com a petição inicial epigrafado de *TABELA AVES* de fls. 70 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 6/7 de Dezembro;

- Documento n.º 16 junto com a petição inicial epigrafado de *TABELA PREÇOS NOVILHO* de fls. 71 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 6/7 de Dezembro;

- Documento n.º 17 junto com a petição inicial epigrafado de *TABELA PREÇOS PORCO* de fls. 72 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 6/7 de Dezembro;

- Documento n.º 18 junto com a petição inicial epigrafado de *TABELA PREÇOS PORCO* de fls. 73 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 6/7 de Dezembro;

- Documento n.º 19 junto com a petição inicial epigrafado de *TABELA AVES* de fls. 74 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10 de Dezembro;

- Documento n.º 20 junto com a petição inicial epigrafado de *TABELA PREÇOS NOVILHO* de fls. 75 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10/6/7 de Dezembro;

- Documento n.º 21 junto com a petição inicial epigrafado de *TABELA PREÇOS PORCO* de fls. 76 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10 de Dezembro;

- Documento n.º 22 junto com a petição inicial epigrafado de *TABELA PREÇOS PORCO* de fls. 77 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10 de Dezembro;

- Documento n.º 23 junto com a petição inicial epigrafado de *TABELA PREÇOS – FRUTAS E LEGUMES* de fls. 78 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10 de Dezembro;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

- Documento n.º 24 junto com a petição inicial epigrafado de *TABELA PREÇOS – FRUTAS E LEGUMES* de fls. 79 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10 de Dezembro;

- Documento n.º 25 junto com a petição inicial epigrafado de *TABELA PREÇOS – FRUTAS E LEGUMES* de fls. 80 de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 9/10 de Dezembro;

- Documento n.º 26 junto com a petição inicial epigrafado de fls. 81, correspondente a tabela comparativa;

- Documento n.º 27 de fls. 82 a 85 junto com a petição inicial, correspondente a comparação entre preços de cessão de vários produtos relacionados com carne de aves, novilho e porco;

- Documento n.º 28 de fls. 86 a 89 junto com a petição inicial, correspondente a comparação entre preços de cessão de vários produtos relacionados com carne de aves, novilho e porco;

- Documento n.º 29 de fls. 90 a 92 junto com a petição inicial, correspondente a comparação entre preços de cessão de vários produtos relacionados com frutas e legumes;

- Documento n.º 32 de fls. 100 junto com a petição inicial, correspondente a factura simplificada de compra efectuada no ponto de venda Bombarral, datado de 28 de Março de 2014;

- Documento n.º 33 de fls. 101 junto com a petição inicial, correspondente a factura de compras efectuadas pela Autora à Contra-Interessada ITMP Alimentar, S.A., datada de 31 de Março de 2014;

- Documento n.º 35 de fls. 104 a 106 junto com a petição inicial, correspondente a factura de compras efectuadas pela Autora à Contra-Interessada ITMP Alimentar, S.A., datada de 21 de Março de 2014, e prints de sistema informático;

- Documento n.º 36 de fls. 107 a 108 junto com a petição inicial, correspondente a prints de sistema informático;

- Documento n.º 37 de fls. 109 e 110 junto com a petição inicial, correspondente a factura de compras efectuadas pela Autora à Contra-Interessada ITMP Alimentar, S.A., datada de 4 de Abril de 2014;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

- Documento n.º 38 de fls. 111 junto com a petição inicial, correspondente a tabela comparativa entre Pvp's apresentados nos folhetos do ponto de venda do Bombarral no período de 18 a 24 de Fevereiro de 2014 e preços de compra do ponto de venda de Torres vedras ao Grupo Intermarché no período de 15 a 21 de Fevereiro de 2014;

- Anexos n.º 3, 4, 5, 6 e 7 de fls. 132 a 144 juntos com a petição inicial, correspondentes a facturas de compras efectuadas pela Autora à Contra-Interessada ITMP Alimentar, S.A., datadas de 21 de Fevereiro de 2014;

- Anexos n.º 8 a 11 juntos com a petição inicial epigrafados de *TABELA PREÇOS – FRUTAS E LEGUMES*, de fls. 145 a 160, de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 18 a 22 de Fevereiro;

- Anexos 12 a 21, de fls. 161 a 197, correspondentes a prints de sistema informático;

- Documento de fls. 198 junto com a petição inicial, correspondente a tabela comparativa entre Pvp's apresentados nos folhetos do ponto de venda do Bombarral no período de 21 a 24 de Março de 2014 e preços de compra do ponto de venda de Torres vedras ao Grupo Intermarché no período de 15 a 21 de Março de 2014;

- Anexos n.º 24 a 27 de fls. 204 a 211 juntos com a petição inicial, correspondentes a facturas de compras efectuadas pela Autora à Contra-Interessada ITMP Alimentar, S.A., datadas de 21 de Março de 2014;

- Anexo n.º 29 junto com a petição inicial epigrafados de *TABELA PREÇOS – FRUTAS E LEGUMES*, de fls. 212 a 215, de comparação entre preço de cessão e PVP com data de 20/21 de Março, e prints de fls. 216 e 217;

- Anexo n.º 30, junto com a petição inicial, de fls. 218 a 222, correspondente a preços de peixe fresco, com data de 20/21 de Março;

- Anexos 31 a 42, de fls. 223 a 248, correspondentes a prints de sistema informático.

Sobre os *indícios demonstrativos da existência de abuso de posição dominante* a produção de prova nesta fase judicial foi claramente inócua para a demonstração de quaisquer indícios que ultrapassassem a presunção judicial, decorrente de juízos jusconcorrenciais, decorrente da quota de mercado detida pelo **GRUPO OS MOSQUETEIROS**.

Efectivamente, dispondo o **GRUPO OS MOSQUETEIROS**, no período da prática dos factos, de uma quota ligeiramente inferior a 10% na distribuição a retalho de bens alimentares



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

e não alimentares a nível nacional, nomeadamente quotas de 9,9% e 9,8% nos anos 2014 e 2015, respectivamente, na absoluta ausência de outras circunstâncias e elementos indiciários submetidos à nossa apreciação, não se vislumbra de que modo possa ter existido posição dominante nem tão pouco abuso dessa posição dominante.

A alegação é, neste aspecto, excessiva, abusiva e vazia de factualidade relevante.

Assinalada a amplitude dos contributos probatórios documentais e testemunhais, ficaram por demonstrar, ainda que indiciariamente, os **indícios demonstrativos da existência de abuso de dependência económica** descritos no ponto 22) dos factos não indiciados.

Efectivamente, nenhuma das testemunhas ouvidas, incluindo **SUZETE AIRES** e **LUÍS AIRES** por via do seu conhecimento do modelo de negócio do ponto de venda da Autora, depôs, com conhecimento de causa, com fundamento em factos concretos ou circunstâncias empresarialmente perceptíveis, sobre as condições de compra da Autora nas mercadorias nos secos, higiene pessoal e líquidos; sobre a determinação dos pvp ao público, sobre a suposta “dinâmica de fornecimento”, sobre as sanções no preço de rapel e no desconto, ou sobre a possibilidade de conhecimento dos folhetos, sendo as alegações quanto à sobrevivência económica ou sobre a viabilidade económica da denúncia do contrato matéria excluída de percepção testemunhal.

Assim, a matéria inscrita no ponto 22) dos factos não indiciados não auferiu de suporte probatório suficiente para a formação de convicção indiciária.

Ora, passando aos **Indícios demonstrativos da existência de fixação de preços de revenda e de fixação de preços no âmbito de campanhas publicitárias** descritos no ponto 23) dos factos não indiciados e considerando a convicção firmada quanto ao ponto 18) dos factos indiciados, **as alegações da Autora vertidas nos artigos 22.º a 27.º da petição inicial surgem inatendíveis, seja pelo seu conteúdo vago, genérico ou conclusivo, seja pela inexistência de base probatória atendível para os juízos comparativos que procura demonstrar.**

Assim, quando a Autora alega que a *ITMP, desde Setembro de 2013 e durante todo o ano de 2014, vendeu à Autora os mesmos produtos que vendeu a outros agentes económicos que giram sob a insígnia “Intermarché” por preços manifestamente superiores* e que, através dos documentos n.º 4 a 14, *logrou reunir um conjunto de informações sobre as tabelas de*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

preços praticados pela ITMP com outros pontos de venda, procura veicular informações inidóneas e parciais sobre o relacionamento das contra-interessadas, ocultando que essa diferenciação ocorria de modo objectivo e entre as regiões norte-sul sem que fosse especialmente dirigida à Autora.

A expressão *preços manifestamente superiores* supõe um termo de comparação contabilística e de censura económica que, atenta a fonte dos dados, permanece inteligível ao Tribunal, uma vez que esses preços eram iguais em toda a região sul, diferenciados para a região norte e sujeitos a vicissitudes contratuais da mais variada índole e relacionados com a abertura ou reabertura de pontos de venda.

Depois, a comparação directa com as tabelas de preços praticados pela ITMP para com a Autora no período em referência e os resultados colhidos vem supostamente demonstrada pelos documentos 15 a 25.

Efectivamente, os documentos n.º 4 a 25 são documentos internos e exclusivamente elaborados pela própria Autora e pelos seus funcionários (mormente **SUZETE AIRES** que indicou como suposto termos de comparação os pontos de venda da Covilhã e Valença), mandatados para a averiguação de condutas lesivas da própria Autora, sem que se perceba qual o critério de selecção dos dados e dos pontos de venda comparados e qual o grau de fiabilidade dos dados recolhidos, impossibilitando ao Tribunal e às contrapartes o controlo sobre se tais pontos de venda beneficiam de alguma situação excepcional relacionada com circunstâncias especiais na atribuição dos preços de cessão.

Por outro lado, a credibilidade que se aportou às testemunhas **MARIA PROENÇA, AUGUSTO CARVALHO, JOAQUIM CANDEIAS, VÍTOR RODRIGUES, ISAÍAS MARTINS** e **JEAN-CLAUDE FIRMINO** afasta qualquer procedência do sentido destas alegações.

Nestes termos, o aproveitamento destes documentos, além do facto provado do ponto **18)**, afigura-se-nos impossibilitado pela irrelevância e inoperância probatória dos valores aí consignados, designadamente para a formação de convicção indiciária sobre os artigos 22.º a 27.º da petição inicial.

Daí o resultado probatório negativo do ponto **23)** dos factos não indiciados.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

Prosseguindo, quanto aos *indícios demonstrativos da existência de exploração do posto de venda do Bombarral com desvantagem concorrencial para a Autora* descritos no ponto **24)** dos factos não indiciados, importa cotejar as alegações dos artigos 32.º a 47.º da petição inicial com a prova documental e testemunhal, com destaque para os depoimentos de **SUZETE AIRES, LUIS AIRES, ISAÍAS MARTINS e JEAN-CLAUDE FIRMINO**, em função da sua intervenção pessoal e conhecimento directo das circunstâncias relacionadas com a exploração do ponto de venda do Bombarral (as demais testemunhas depuseram essencialmente por ouvir dizer e por referência ao padrão de actuação normal do Grupo).

Assim, para melhor explicitação da nossa razão de convencimento deste ponto, **enunciamos as seguintes preposições:**

- As alegações da Autora fazem coincidir, erroneamente, a exploração empresarial do ponto de venda do Bombarral com a actividade comercial das contra-interessadas, sem atender à diferenciação jurídica entre contra-interessadas e as sociedades **INTERBOMBARRAL – Supermercados, Lda. e INTERARROTEIAS – Supermercados, Lda.;**

- Tal indefinição prejudica, desde logo, o aproveitamento probatório dessas alegações, sendo que se procurou, aquando do saneamento dos autos, perceber os termos do litígio quanto ao enquadramento da exploração do ponto de venda do Bombarral como prática restritiva da concorrência;

- Não obstante, a convicção firmada no ponto **16)** dos factos indiciados (sustentada na prova documental que lhe é adjacente) permite auxiliar a percepção destas alegações no sentido em que, também de acordo com o modelo de negócio contextualizado pelas testemunhas **MARIA PROENÇA, AUGUSTO CARVALHO, JOAQUIM CANDEIAS, VÍTOR RODRIGUES, ISAÍAS MARTINS e JEAN-CLAUDE FIRMINO**, a exploração de novos pontos de venda (mesmo em situações reabertura após fecho) é feita por sociedades juridicamente autónomas das contra-interessadas, mas detidas maioritariamente Contra-interessada **ITMP Alimentar, S.A.**, de modo a incrementar e tornar mais eficiente a implementação no mercado local, incentivando e promovendo o interesse pela gestão desse ponto de venda;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

- Por conseguinte, é certo que, assente o resultado dos pontos **16)** e **17)** dos indiciados (sustentado na prova documental que lhes é adjacente), a alegação de que *a ITMP actuou como concorrente directa da aqui Autora, explorando um ponto de venda em Bombarral* apresenta-se falaciosa e desgarrada de atendibilidade factual, além de que não se demonstrou, ou sequer aflorou, a circunstância de a Administração do INTERBOMBARRAL – Supermercados, Lda. ser exercida por um dos administradores da contra-interessada ITMP ALIMENTAR, S.A.;

- Por outro lado, considerando a abertura do estabelecimento do Bombarral no dia 4 de Fevereiro de 2014 e as práticas de folhetos promocionais de 3 semanas, considerando o depoimento de **ISAÍAS MARTINS** quanto à gestão dos *stocks* sobrantes da campanha promocional (de modo peremptório e confrontado com produtos específicos recusou a prática de dumping e contextualizou a existência de *stocks*), as alegações sobre a atribuição de condições e tratamento preferencial ao posto de venda do Bombarral surgem vazias de atendibilidade probatória;

- Na verdade, o período temporal da diferenciação de preços (sequente da abertura), a explicação fornecida pela testemunha, a inexistência de indícios que permitam ultrapassar a dúvida razoável e a aparente fiabilidade da testemunha (não contestada por qualquer outro elemento de prova) conjugadas pela autonomia da exploração pela sociedade INTERBOMBARRAL – Supermercados, Lda. (nomeadamente quanto à criação de folhetos promocionais próprios), não permite assacar qualquer censurabilidade, escopo anticoncorrencial ou intensão lesiva da Autora imputável à suposta exploração pelas contra-interessadas;

- Por conseguinte, a circunstância do Intermarché do Bombarral ter folhetos promocionais próprios, como é o caso dos folhetos promocionais de 18 a 24 de Fevereiro e de 18 a 24 de Março de 2014 desse ponto de venda, representa um elemento remotamente acessório e sem utilidade para a demonstração dos referidos indícios;

- A factualidade inerente à encomenda, entrega e venda do produto carapau médio não auferiu de qualquer suporte probatório atendível;

- Neste conspecto, nenhuma das testemunhas soube ou pode depor, com o mínimo de conhecimento de causa, sobre a venda de carapau no estabelecimento Bombarral, sendo que as testemunhas **MARIA PROENÇA, AUGUSTO CARVALHO, JOAQUIM CANDEIAS,**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

VÍTOR RODRIGUES, ISAIÁS MARTINS e JEAN-CLAUDE FIRMINO foram peremptórias na indicação de que este tipo de produtos está dependente de condições de fornecimento naturalmente aleatórias, incertas ou precárias, sendo que apontaram como critério de distribuição o rateio em função da quota de aquisição dos postos de venda;

- Atento este enquadramento e admissível a ocorrência de eventos meteorológicos que afectem a fauna do referido produto, se as testemunhas **SUZETE AIRES** e **LUÍS AIRES** não souberam depor concretamente sobre os termos da encomenda e entrega do produto carapau no período de 25 a 31 de Março de 2014 pela Autora, a expressão “*não faltou carapau*” é factualmente inócua para a demonstração probatória destes indícios;

- O depoimento de **SUZETE AIRES** sobre o documento n.º 32 de fls. 100 junto com a petição inicial, correspondente a factura simplificada de compra efectuada por si no ponto de venda Bombarral, datado de 28 de Março de 2014, não permite imputar às contra-interessadas qualquer actuação determinativa e ilícita desses preços de venda;

- O confronto entre o documento 31 de fls. 98 e o documento 33 de fls. 101 não permite estabelecer qualquer correspondência entre a venda publicitada de “Lava Tudo APTA” (marca da insígnia) e a referência assinalada *Lava Tudo Perf Floral 2L*, denotando-se a impossibilidade de identificação entre a publicidade e a referência contabilística;

- O confronto entre o documento 34 de fls. 103 e o documento 35 de fls. 104 não permite estabelecer qualquer correspondência entre venda publicitada de “Água Serras de Fafe” (marca da insígnia) e a referência assinalada *PAL AGUA S/ GAS 6L*, denotando-se a impossibilidade de identificação entre a publicidade e a referência contabilística;

- O confronto entre o documento 34 de fls. 103 e o documento 36 de fls. 107 não permite estabelecer qualquer correspondência entre venda publicitada de “Óleo Vaqueiro” e a referência assinalada *OLEO ALIMENTAR 1L*, denotando-se a impossibilidade de identificação entre a publicidade e a referência contabilística;

- O confronto entre o documento 34 de fls. 103 e o documento 36 de fls. 107 não permite estabelecer qualquer correspondência entre venda publicitada de “Cerveja Sagres c/ álcool 6x0,33l” e a referência assinalada *SAGRES 6X0.33L TR*, denotando-se a impossibilidade de identificação entre a publicidade e a referência contabilística;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

- No que respeita ao documento 38 e respectivos anexos valem as mesmas inconsistências probatórias aportadas aos demais documentos internos elaborados pela própria Autora para a demonstração de factos que lhe são favoráveis, inutilizando os resultados comparativos pela precariedade dos dados supostamente recolhidos e tratados pela mesma Autora, sendo que os documentos contabilísticos supra mencionados e juntos com os anexos 6 e 12, 3 e 20, 3 e 21, 7 e 10 e 19 não permitem estabelecer uma imediata correspondência entre a referência de aquisição e o produto publicitado, desconhecendo as demais condições inerentes à aquisição desses mesmos produtos pelo ponto de venda do Bombarral;

- Comprometidos os indícios sobre a exploração do ponto de venda do Bombarral pelas contra-interessadas, em nome próprio, e com atribuição de condições e tratamento preferencial face à Autora, perde atendibilidade a conclusão probatória pela prática ilícita de preços de venda ao público inferiores aos preços que a ITMP oferecia à Autora para o seu aprovisionamento ou pela impossibilidade da mesma em *escoar produtos*;

Em suma e por tudo o que vai dito, consignou-se o resultado probatório negativo do ponto **24)** dos factos não indiciados.

Nestes termos, os temas de prova definidos no despacho saneador, melhor concretizados nos pontos **21)** a **24)** dos factos indiciados, não auferiram de qualquer representação fáctica susceptível de promover a formação de convicção judicial bastante.

As demais alegações da petição inicial e das contestações revestem carácter argumentativo, conclusivo ou repetitivo dos factos acima vertidos e/ou integram matéria da impugnação motivada trazida pela Ré e pelas Contra-interessadas.

* * *

*

V. FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO.

5.1. Do regime jurídico aplicável à decisão de arquivamento e do controlo jurisdicional da decisão de arquivamento.

A Autora pretende a sindicância da decisão de arquivamento de denúncia proferida pela Ré **AdC** tramitada sob o n.º DA/2014/3, proferida pelo Conselho de Administração da Autoridade da Concorrência em 3 de Setembro de 13 de Outubro de 2016, à luz do regime



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

jurídico aplicável por referência ao novo regime jurídico da concorrência (doravante NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio.

Lê-se no art.º 8.º do NJRC relativo ao *processamento de denúncias que a Autoridade da Concorrência procede ao registo de todas as denúncias que lhe forem transmitidas, procedendo à abertura de processo de contraordenação ou de supervisão se os elementos referidos na denúncia assim o determinarem, nos termos do artigo anterior (n.º 1); sendo que, sempre que a Autoridade da Concorrência considere, com base nas informações de que dispõe, que não existem fundamentos bastantes para lhe dar seguimento nos termos do artigo anterior, deve informar o autor da denúncia das respectivas razões e estabelecer um prazo, não inferior a 10 dias úteis, para que este apresente, por escrito, as suas observações (n.º 2), não havendo obrigação de pronúncia em caso de preterição do prazo de resposta (n.º 3).*

No entanto, *se o autor da denúncia apresentar as suas observações dentro do prazo estabelecido pela Autoridade da Concorrência, e estas não conduzirem a uma alteração da apreciação da mesma, a Autoridade da Concorrência declara a denúncia sem fundamento relevante ou não merecedora de tratamento prioritário, mediante decisão expressa, da qual cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (n.º 4), sendo a denúncia arquivada se o autor da denúncia não apresentar as suas observações dentro do prazo fixado pela Autoridade da Concorrência (n.º 5).*

Como tal, *a Autoridade da Concorrência procede ao arquivamento das denúncias que não dão origem a processo (n.º 6).*

Nos termos e para os efeitos do art.º 17.º, n.º 1 do NRJC a **AdC** *procede à abertura de inquérito por práticas proibidas pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º da presente lei ou pelos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, oficiosamente ou na sequência de denúncia, respeitando o disposto no artigo 7.º relativo às prioridades da AdC no exercício da sua missão, devendo promover as diligências de investigação necessárias à determinação da existência de uma prática restritiva da concorrência e dos seus agentes, bem como à recolha de prova (n.º 2).*

Conforme se expõe no art.º 24.º, n.º 3 do NRJC e terminado o inquérito no prazo, sempre que possível no prazo ordinatório de 18 meses (n.º 1), a **AdC** decide: a) *Dar início à instrução, através de notificação de nota de ilicitude ao visado, sempre que conclua, com*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

base nas investigações realizadas, que existe uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória; b) Proceder ao arquivamento do processo, quando as investigações realizadas não permitam concluir pela possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória; c) Pôr fim ao processo, por decisão condenatória, em procedimento de transacção; d) Proceder ao arquivamento do processo mediante imposição de condições.

*

A Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio, e que aprovou o NRJC, entrou em vigor 60 dias após a sua publicação (cfr. art.º 101.º), o que implica que o registo de entrada da denúncia apresentada pela Autora ocorreu sob a vigência do actual regime.

Tendo presente as circunstâncias relativas à tramitação processual do processo n.º DA/2014/3, melhor expostas nos pontos 1) a 4) dos factos indiciados, importará proceder à **definição do objecto do controlo judicial da decisão de arquivamento e do dever legal de agir pela abertura da inquérito.**

O objecto da presente acção de impugnação, além do conhecimento das invalidades e questões procedimentais invocadas pela Autora, deverá analisar os motivos jurídicos do arquivamento consignados na decisão de arquivamento proferida ao abrigo do art.º 8.º, n.º 4 do NRJC e que dizem respeito, em síntese, **à declaração da denúncia sem fundamento por inexistência de indícios de práticas restritivas da concorrência com relevância sancionatória.**

Por outro lado, a recorribilidade das decisões de arquivamento proferidas pela AdC e o sequente controlo judicial terão que apreciar o *stato quo* do processo da denúncia, situando o conhecimento judicial da legalidade administrativa no preciso momento em que a decisão foi tomada.

Ou seja, **nesta acção administrativa o Tribunal não se pronunciará sobre a efectiva existência de práticas restritivas da concorrência por violação do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (doravante TFUE³) nem do regime jurídico da concorrência, mas tão-somente sobre a conformidade legal da decisão de arquivamento**

³ Com efeitos desde de 1 de Dezembro de 2009, os artigos 81.º e 82.º o do Tratado CE passaram a ser, respectivamente, os artigos 101.º e 102.º do TFUE.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

proferida no âmbito do art.º 8.º, n.º 4 do NRJC, sempre sem prejuízo do conhecimento das questões suscitadas pelas partes e sobre os termos do controlo de mérito da decisão.

* *

5.1.2.Em atenção dirigida à contestação trazida pela Ré **AdC**, a posição rudimentar acima expressa merece melhor elucidação, tangente com a definição do objecto do controlo judicial da decisão de arquivamento e do dever legal de agir pela abertura da fase de inquérito previsto no ser.º 17.º e seguintes do NRJC.

O regime de processamento de denúncias do NRJC, em sentido lato e previsto seminalmente nos artigos 8.º e 24.º do mesmo regime, mercê da sua estrutura normativa e por confronto com o processo sancionatório, merece algumas considerações de índole descritiva:

(1) O regime representa uma novidade no ordenamento jurídico da concorrência, sendo que esta fase não se encontrava prevista na anterior Lei da Concorrência.

(2) Inspirado no Capítulo IV do Regulamento 773/2004, o regime aplicável às denúncias abrange processos relativos a práticas restritivas da concorrência, com aplicação subsidiária do R.G.CO. e processos relativos a procedimentos de supervisão como os procedimentos oficiosos de controlo de concentrações, cuja variação há-de corresponder a diferentes direitos e níveis de protecção dos denunciante (neste sentido, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e MIGUEL SOUSA FERRO, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, pág. 75).

(3) O registo da denúncia é um acto totalmente vinculado, em sentido estrito, prevendo-se expressamente a audição do denunciante, sendo que não resulta do regime legal e subsidiário qualquer exigência de forma ou limitação do direito de petição.

(4) À abertura de processo de contra-ordenação ou de supervisão corresponde o acto administrativo de procedência de denúncia, que se rege pelas normas do procedimento administrativo.

(5) A abertura de processo de contra-ordenação é um acto vinculado, em sentido lato, aos princípios de actuação administrativa definidos no art.º 7.º do NRJC, em especial no n.º 2;

(6) A recorribilidade da declaração de denúncia sem fundamento relevante está expressamente prevista no art.º 8.º, n.º 4 do NRJC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

(7) O legislador tratou separadamente a decisão de arquivamento e a declaração de denúncia sem fundamento relevante após audição do denunciante.

(8) A decisão de arquivamento de denúncias é processualmente diferente da decisão de arquivamento do processo prevista no art.º 24.º, n.º 1 e n.º 3 al. b) do NRJC⁴.

(9) A decisão de arquivamento do processo corresponde a uma decisão final do processo sancionatório, após abertura de inquérito (cfr. art.º 17.º do NRJC).

(10) A decisão de arquivamento do processo, correspondente a uma decisão final do processo sancionatório, está vinculada a uma conclusão pela falta de probabilidade razoável de condenação, prevendo-se expressamente a audição do denunciante.

(11) A recorribilidade da decisão de arquivamento do processo, correspondente a uma decisão final do processo sancionatório, originado por denúncia, está expressamente prevista no art.º 24.º, n.º 5, parte final, do NRJC.

* *

5.1.2. Este regime de processamento de denúncias, mercê destes elementos descritivos, merece algumas considerações de índole analítica:

(1) *“A recepção de uma denúncia pela AdC implicará, como corolário do princípio da decisão e do dever de fundamentação, não apenas o registo da denúncia, mas ainda o dever de examinar atentamente o conjunto dos elementos de facto e de direito levados ao seu conhecimento pelos denunciantes”, com realce que, “por força do princípio da boa administração (i) a AdC deve realizar uma análise diligente e imparcial da denúncia, (ii) não é exigível que se analisem e refutem todos os elementos da denúncia, desde que a decisão de rejeição seja devida e suficientemente fundamentada e (iii) a aferição pela AdC da probabilidade de poder demonstrar a existência de uma infracção e o alcance das medidas de instrução necessárias para esse efeito, deve ter em conta todos os elementos de prova em seu poder e não pode limitar-se a apreciar separadamente os indícios apresentados por cada uma dos queixosos para concluir que cada uma das queixas, isoladamente, não está apoiada em elementos de prova suficientes” - MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e MIGUEL SOUSA*

⁴ Para melhor diferenciação discursiva, propomos que o arquivamento previsto no art.º 8.º, n.º 4 do NRJC seja tratado como **arquivamento liminar**, por oposição à decisão final de arquivamento prevista no mencionado art.º 24.º, n.º 1 e n.º 3 al. b) do NRJC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

FERRO, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, pág. 78, com referência a jurisprudência comunitária.

(2) O critério do interesse público de promoção e defesa da concorrência serve, à luz do art.º 7.º, n.º 1, como princípio orientador do desempenho das atribuições e missão da AdC, previstas no art.º 1.º, n.º 3⁵ dos Estatutos aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de Agosto, **o qual não deixa de configurar um conceito indeterminado** a concretizar ao nível infra legal.

*“Trata-se, ademais, de circunscrever o mandato da AdC e dos tribunais na aplicação e interpretação das regras de concorrência, garantindo que estas são **neutrais e autónomas** relativamente a outras políticas estatais”, visando demonstrar que as regras da concorrência visam a defesa do processo competitivo entre agentes económicos com vista à maximização do bem-estar dos consumidores, traduzida na obtenção de preços baixos, qualidade, diversidade e inovação - CRUZ VILAÇA e MARIA JOÃO MELÍCIAS, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, pág. 62.*

Há então uma limitação da discricionariedade administrativa da AdC, ou por outras palavras, subsiste um espaço de vinculação no cometimento geral das suas atribuições atinente à obediência do critério geral de prossecução do interesse público de promoção e defesa da concorrência.

(3) Sempre que o processamento de denúncias pela AdC envolver uma afectação daquele interesse público na acepção agora enunciada, designadamente por privilegiar razões de ordem não concorrencial que conduzam à subversão do processo concorrencial e dos interesses dos consumidores, o princípio da tutela jurisdicional efectiva permite o controlo judicial da decisão de arquivamento de denúncia, devidamente enquadrado pelos artigos 20.º; 266.º, n.º 2 e 268.º, n.º 4, todos da Constituição da República Portuguesa.

⁵ A AdC tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos sectores 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 afectação óptima dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos presentes estatutos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

(4) A actividade administrativa discricionária imediatamente resultante do art.º 7.º, n.º 1 do NRJC corresponde à atribuição de graus de prioridade no tratamento dos pedidos e não a admissibilidade legal de negação arbitrária de desempenho de atribuições.

(5) O art.º 7.º, n.º 2 do NJRC prevê, especialmente, os critérios de actuação administrativa no âmbito do exercício dos poderes sancionatórios.

(6) O art.º 7.º, n.º 2 do NJRC prevê um princípio de legalidade mitigada ou, de outra forma, não prevê a vinculação da AdC a um princípio de legalidade estrita, no sentido em que o conhecimento/comunicação da ocorrência de práticas proibidas não equivale à abertura de processo sancionatório.

Aqui o princípio de legalidade estrita corresponderia à obrigação de praticar o acto administrativo devido – *abertura de inquérito* – em caso de comunicação/conhecimento de eventuais práticas proibidas.

Outrossim, a mitigação do princípio vem estipular que esse acto administrativo não tem de ser obrigatoriamente praticado, mesmo em caso de comunicação/conhecimento de eventuais práticas proibidas.

(7) A mitigação da legalidade ou a concessão ao princípio de oportunidade no tratamento de denúncias envolve, necessariamente, a conformação prática de determinadas prioridades na organização dos recursos disponíveis para a prossecução das atribuições da AdC, *em homenagem a um interesse de eficiência e celeridade na aplicação da lei* (CRUZ VILAÇA e MARIA JOÃO MELÍCIAS, ob. cit., pág. 63).

Quer isto dizer [graus de prioridade] que o regime legal nos parece evidente ao recusar “*um poder discricionário ilimitado no que respeita à apreciação de denúncias e à consequente decisão de abertura do processo de inquérito e promoção de diligências de investigação, pois que não se trata aqui de uma consagração de um princípio de oportunidade propriamente dito, mas do reconhecimento de uma lógica de eficiência organizativa vinculada*” (idem, ob. cit., pág. 64).

(8) No caso **Automec Sri contra Comissão das Comunidades Europeias**, processo T-24/90 do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, que tinha por objecto a anulação da decisão da Comissão de 28 de Fevereiro de 1990, que indeferiu o pedido apresentado pela recorrente nos termos do artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 FI p. 22), relativo ao comportamento das sociedades BMW AG e BMW Itália SpA⁶, estava em causa a determinação do poder discricionário da Comissão no que respeita à atribuição de prioridades no tratamento de denúncias e, sequentemente, à obrigação de iniciar um inquérito de cada vez que lhe é apresentada uma denúncia.

O Tribunal apreciou a questão, salientando que “os Regulamentos n.º 17 e n.º 99/63 conferiram direitos processuais às pessoas que tenham apresentado uma denúncia à Comissão⁷ e que o legislador comunitário submeteu assim a Comissão a certas obrigações específicas”.

Então, “se o alcance das obrigações da Comissão no domínio do direito da concorrência deve ser examinado à luz do artigo 89.º, n.º 1, do Tratado”, que, neste domínio, constitui a manifestação específica da missão geral de vigilância confiada à Comissão pelo artigo 155.º do Tratado, “esta missão não implica, para a Comissão, a obrigação de instaurar processos para provar eventuais violações do direito comunitário”⁸.

Todavia, o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias acaba, neste aresto, por notar espaço de controlo judicial da decisão de arquivamento de denúncias: “sempre que, como no caso vertente, a Comissão tenha tomado a decisão de arquivar a denúncia, sem efectuar instrução, a fiscalização da legalidade a que o Tribunal de Primeira Instância deve proceder visa verificar se a decisão controvertida não assenta em factos materialmente inexactos, não está ferida de qualquer erro de direito nem de qualquer erro

⁶ Das questões que relevam para a presente decisão, veja-se o ponto 63: a Comissão observa que a questão de saber se dispõe ou não de poder discricionário para indeferir os pedidos que lhe são submetidos, sem proceder a um inquérito prévio, é uma questão de princípio importante relativamente ao exercício dos seus poderes de controlo. Seria a primeira vez que o juiz comunitário teria de conhecer uma decisão em que a Comissão indefere um pedido, sem ter aprofundado os factos apresentados pelo denunciante nem emitido uma apreciação sobre esses factos. Esta decisão basear-se-ia na existência de um poder da Comissão de atribuir, no interesse público comunitário, diferentes graus de prioridade à instrução dos pedidos.

⁷ No Ac. GEMA contra Comissão das Comunidades Europeias, processo 125/78 de 18 de Outubro de 1979, o Tribunal de Justiça havia consignado que, entre os direitos conferidos aos denunciantes pelos Regulamentos n.º 17 e n.º 99/63, não se inclui o de obter uma decisão, na acepção do artigo 189.º do Tratado, relativa à existência ou não da infracção alegada.

⁸ No Ac. StarFruit contra Comissão, processo 247/87 de 14 de Fevereiro de 1989, o Tribunal de Justiça assenta, inclusive quer resulta da economia do artigo 169.º do Tratado que a Comissão não é obrigada a instaurar o processo nele previsto, dispondo, pelo contrário, de um poder discricionário de apreciação que exclui o direito de os particulares exigirem dela uma tomada de posição em determinado sentido.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

manifesto de apreciação ou de desvio de poder, e que, é à luz destes princípios que incumbe ao Tribunal de Primeira Instância verificar, em primeiro lugar, se a Comissão procedeu ao exame da denúncia a que estava obrigada, avaliando, com toda a atenção exigida, os elementos de facto e de direito apresentados pela recorrente na sua denúncia, e, em seguida, se a Comissão fundamentou correctamente a sua decisão de arquivar a denúncia, invocando, por um lado, o seu poder de «conceder diferentes graus de prioridade no tratamento dos processos que lhe são submetidos», e, por outro, referindo como critério de prioridade o interesse comunitário que o processo apresenta» (cfr. considerandos 80 e 81).

Esta assinalada utilidade e conteúdo do controlo judicial da decisão de arquivamento, cabe ao Tribunal verificar se “foi promovido um exame atento da denúncia, no âmbito do qual teve não apenas em conta os elementos de facto e de direito apresentados na própria denúncia, mas procedeu igualmente a uma troca informal de pontos de vista e de informações com a recorrente e os seus advogados”⁹.

(9) No Ac. do Tribunal de Justiça, processo T 427/08, caso **Confédération européenne des associations d’horlogers réparateurs (CEAHR) contra Comissão Europeia**, a propósito de uma decisão de rejeição de denúncia respeitante à recusa dos fabricantes de relógios suíços de fornecerem peças sobressalentes aos reparadores de relógios independentes, considerou-se que “a Comissão, investida pelo artigo 85.º, n.º 1, CE da missão de velar pela aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE, é chamada a definir e a pôr em prática a política da concorrência da União, dispondo para esse efeito de um poder discricionário para o tratamento das denúncias”, pelo qual pode atribuir graus de prioridade diferentes às denúncias que lhe são apresentadas, incluindo “rejeitar uma **denúncia** por falta de interesse comunitário suficiente para a prossecução da análise do processo, sem deixar de salvaguardar que esse poder discricionário não é ilimitado.”

Deste modo, a “Comissão deve, no exercício do seu poder discricionário, ter em consideração todos os elementos de direito e de facto pertinentes a fim de decidir do seguimento a dar à **denúncia**. Mais especialmente, a Comissão é obrigada a examinar atentamente todos os elementos de facto e de direito levados ao seu conhecimento pelo

⁹ O Ac. prossegue na análise ao fundamento do arquivamento de inexistência de interesse comunitário suficiente em prosseguir o exame do processo (cfr. pontos 84 a 89).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

*denunciante. Do mesmo modo, a Comissão está sujeita a uma obrigação de fundamentação quando recusa prosseguir o exame de uma **denúncia**, devendo essa fundamentação ser suficientemente precisa e detalhada para colocar o Tribunal em condições de exercer um controlo efectivo sobre o exercício pela Comissão do seu poder discricionário de definição das prioridades”.*

No entanto, *“a fiscalização do órgão jurisdicional da União sobre o exercício do poder discricionário da Comissão que lhe é reconhecido no processamento das denúncias não deve levá-lo a substituir a apreciação do interesse comunitário da Comissão pela sua própria apreciação, antes se destinando a verificar se a decisão em litígio não se baseia em factos materialmente inexactos e não está ferida de qualquer erro de direito nem de qualquer erro manifesto de apreciação ou de desvio de poder”* (cfr. pontos 67-70, 79-80, 102, 105, 108).

38

(10) Esta orientação volta a constar no Ac. do Tribunal de Justiça, processo T-273/09, caso **Associazione «Giùlemanidallajuve» contra Comissão Europeia**, adiantando-se que *“para, rejeitar uma denúncia de alegadas violações dos artigos 81.º CE e 82.º CE em dois pilares, a saber, a falta de interesse legítimo e a inexistência de interesse comunitário, e que cada um destes pilares, por si só, é suficiente para fundamentar a rejeição da denúncia, a análise do segundo fundamento, relativo a uma violação, pela Comissão, do conceito de interesse legítimo, deixa de ser necessária se o fundamento relativo a uma violação de interesse comunitário for rejeitado”*.

Reiterando que *“a Comissão decide conceder graus de prioridade diferentes às denúncias que lhe são apresentadas, relativas à violação dos artigos 81.º CE e 82.º CE”* e apreciando o fundamento do interesse comunitário, o Ac. reforça a nota de que o controlo judicial é somente uma fiscalização de legalidade sobre o exercício do poder discricionário que não pode redundar na substituição da competência para processar e tratar as denúncias relativas ao Direito da Concorrência (cfr. pontos 31 e 32).

(11) No Ac. do Tribunal Geral de 21 de Janeiro de 2015, processo T-355/13, caso **easyJet Airline Co. Ltd**, contra **Comissão Europeia**, apoiada por **Luchthaven Schiphol NV** (que tem por objecto um pedido de anulação da Decisão C(2013) 2727 final da Comissão, de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

3 de Maio de 2013, que indefere a denúncia apresentada pela recorrente contra a Luchthaven Schiphol, por um alegado comportamento anticoncorrencial no mercado dos serviços aeroportuários), a jurisprudência comunitária volta a recordar que “a Comissão, investida pelo artigo 105.º, n.º 1, TFUE da missão de velar pela aplicação dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE, é chamada a definir e a pôr em prática a política da concorrência da União, dispondo para esse efeito de um poder discricionário para o tratamento das denúncias” (remetendo para o acórdão de 16 Outubro 2013, Vivendi/Comissão, T-432/10, EU:T:2013:538) e que o poder discricionário da Comissão não é ilimitado, devendo a Comissão ter em consideração todos os elementos de direito e de facto pertinentes a fim de decidir do seguimento a dar à denúncia, aqui se incluindo, especialmente, a obrigação de “examinar atentamente todos os elementos de facto e de direito levados ao seu conhecimento pelo denunciante” (remetendo para o acórdão de 17 de maio de 2001, IECC/Comissão, C-450/98 P, Colet., EU:C:2001:276).

39

“Resulta de jurisprudência constante que, quando as instituições dispõem de um amplo poder de apreciação, o respeito pelas garantias conferidas pela ordem jurídica da União nos processos administrativos assume uma importância ainda mais fundamental e que, entre essas garantias, figura, designadamente, a obrigação de a instituição competente examinar, com cuidado e imparcialidade, todos os elementos pertinentes do caso concreto” (remetendo para o acórdão de 17 de Dezembro de 2008, HEG e Graphite India/Conselho, T-462/04, Colet., EU:T:2008:586), concluindo-se que “a fiscalização pelo juiz da União sobre o exercício do poder discricionário que lhe é reconhecido no tratamento das denúncias não deve levá-lo a substituir a apreciação do interesse comunitário da Comissão pela sua própria apreciação, antes se destinando a verificar que a decisão controvertida não se baseia em factos materialmente inexactos e não está ferida de um erro de direito nem de um erro manifesto de apreciação ou de desvio de poder” (repetindo o Ac. CEAHR) e estendendo essa jurisprudência à fiscalização jurisdicional exercida sobre uma decisão da Comissão baseada no artigo 13.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, consolidando, transversalmente, a interpretação do controlo judicial sobre decisões da Comissão no que respeita ao tratamento de denúncias: “no que diz respeito à fiscalização jurisdicional exercida sobre uma decisão da Comissão baseada no artigo 13.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, esta tem por objecto



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

verificar que a decisão controvertida não assenta em factos materialmente inexactos e que a Comissão não cometeu um erro de direito, um erro manifesto de apreciação ou um desvio de poder ao considerar que uma autoridade de concorrência de um Estado-Membro já apreciou uma denúncia”¹⁰.

(12) Sendo doutrinaria e jurisprudencialmente certo que o “*princípio da divisão ou da separação de poderes não implica hoje uma proibição absoluta ou sequer uma proibição-regra do juiz condenar, dirigir injunções ou orientações, intimar, sancionar, proibir ou impor comportamentos à Administração e que tal princípio implica tão-só uma proibição funcional do juiz afectar a essência do sistema de administração executiva, ou seja, não pode ofender a autonomia do poder administrativo [o núcleo essencial da sua discricionariedade], enquanto medida definida pela lei daquilo que são os poderes próprios de apreciação ou decisão conferidos aos órgãos da Administração, deve-se sempre assinalar que os poderes dos tribunais administrativos abarcam apenas as vinculações da Administração por normas e princípios jurídicos, ficando de fora da sua esfera de sindicabilidade o ajuizar sobre a conveniência e oportunidade da actuação da Administração, mormente o controlo actuação ao abrigo de regras técnicas ou as escolhas/opções feitas pela mesma na e para a prossecução do interesse público, salvo ofensa dos princípios jurídicos enunciados no art. 266.º, n.º 2 da CRP*”, cabendo aos Tribunais, no exercício da sua função, apreciar “*da conformidade dos requisitos formais dos actos administrativos, inclusivamente da competência do ente que decidiu, ou se foi observado o procedimento legal adequado, ou se ainda correspondem à realidade os pressupostos de facto em que os mesmos assentaram, bem como se ocorreu desvio de poder ou violação dos princípios gerais de direito (v.g., da justiça, da proporcionalidade, da igualdade, da imparcialidade, etc.)*” – Ac. TCAN de 01-10-2010,

40

¹⁰ Cfr. também, no mesmo sentido, Ac. Tribunal de Justiça , processo T-355/13, caso **easyJet Airline Co. Ltd.** contra **Comissão Europeia**; Ac. do Tribunal de Justiça de 18 de Novembro de 2010, processo C-322/09 P, caso **NDSHT Nya Destination Stockholm Hotell & Teaterpaket** contra **Comissão Europeia**; Ac. Ac. do Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 2010 processo C-28/08 P, caso **The Bavarian Lager Co. Ltd** contra **Comissão Europeia**, apoiada por **Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte**, Ac. do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 2001, processo C-450/98 P, caso **International Express Carriers Conference (IECC)** contra **Comissão das Comunidades Europeias**; Ac. do Tribunal de Justiça de 22 de Fevereiro de 2005, processo C-141/02; Ac. do Tribunal de Justiça de 19 de Setembro de 2013, caso **EFIM** contra **Comissão Europeia**, processo C-56/12 P, Ac. do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 2010, caso **Athinaiki Techniki AE** contra **Comissão das Comunidades Europeias**, processo C 362/09 P.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

proc. n.º 00514/08.4BEPNF, Relator LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO, em dgsi.pt., nosso destacado.

A génese desta dinâmica relacional entre poder administrativo e judicial encontra-se no espaço de livre valoração e conformação do interesse público pelas entidades administrativas e, especialmente, no preenchimento de conceitos indeterminados.

“O domínio da sindicabilidade jurisdicional do mérito administrativo concentra-se no conhecimento dos limites positivos de competência, de finalidade, de imparcialidade e de proporcionalidade, na medida em que só existem a discricionariedade e a margem de livre apreciação de conceitos jurídicos indeterminados que a lei especificamente conceder. No juízo de valoração por recurso a conceitos jurídicos indeterminados nos primeiros têm lugar as regras próprias da interpretação jurídica em via de aplicação puramente subsuntiva passível de controlo judicial. No juízo de valoração de conceitos técnicos regem os conhecimentos e regras próprias da ciência ou da técnica que estejam em causa, não cabendo ao Tribunal controlar a boa ciência ou a boa técnica empregues pela entidade administrativa, por manifesta falta de competência nas matérias extrajurídicas para tanto necessária” – Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte de 16-03-2006, proc. n.º 01459/06, Relator CRISTINA DOS SANTOS, disponível em dgsi.pt.

41

Tal vale por dizer que, em respeito pela discricionariedade técnica da administração, por princípio, não compete ao juiz actuar como um decisor administrativo, com repetição da decisão discricionária, mas somente como instância de controlo e fiscalização da juridicidade da decisão, nos pontos axiais da apreciação da violação de direitos fundamentais, dos princípios jurídicos e de legalidade ínsitos à actuação administrativa.

(13) No que respeita à articulação entre actos administrativos de conteúdo discricionário e condenação jurisdicional à prática do acto devido, importa relevar que *“as acções administrativas especiais de condenação à prática do acto devido destinam-se a obter a condenação da entidade competente à prática de um acto administrativo que o autor reputa ter sido ilegalmente omitido ou recusado, visando a sua condenação na prolação de um acto que, substituindo aquele que é sindicado, emita pronúncia sobre o caso concreto ou dê satisfação à pretensão deduzida, sendo, por isso, desnecessária a dedução de pedido de*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

anulação, declaração de nulidade ou inexistência do acto de indeferimento sindicado, já que da pronúncia condenatória resulta directamente a eliminação desse acto da ordem jurídica¹¹, por isso, o pedido de condenação à prática do acto devido não se basta com a apreciação da legalidade do acto administrativo sindicado, impondo ao Tribunal a análise da legalidade da pretensão do interessado aferida no momento em que é proferida a decisão final da acção” – Ac. do Supremo Tribunal Administrativo de 16-01-2013, proc. n.º 0232/12, relator FRANCISCO ROTHES, acessível em dgsi.pt, nosso destacado.

Todavia, *“a dedução duma pretensão condenatória à prolação de acto devido não se reconduz unicamente àquelas situações em que o “acto devido” é um acto cujo conteúdo se mostra legalmente “pré-determinado” por exercido ao abrigo de poderes estritamente vinculados, mas também às situações em que a Administração age no âmbito de poderes discricionários*” – Ac. do Tribunal Central Administrativo Norte de 28-09-2006, proc. n.º 00121/04.0BEPRT, relator LUÍS MEDEIROS DE CARVALHO, em dgsi.pt.

42

Ultrapassada qualquer pretensão de caracterização do poder discricionário como possibilidade de arbitrariedade, valendo antes *como um poder de resolver, de decidir pelo discernimento sem vínculos estreitos*, qualquer acto administrativo está subordinado à lei, nos termos do princípio da legalidade, sendo que *umas vezes a regulamentação legal é precisa (vinculação) e noutras é imprecisa (discricionariedade)*.

A variação da amplitude da discricionariedade depende, pois, do conteúdo da habilitação legal para a administração decidir de entre várias soluções possíveis em adequação ao interesse público, sendo certo que *“não existem poderes totalmente vinculados ou poderes totalmente discricionários já que os actos administrativos são quase sempre uma mistura ou combinação, em doses variadas, entre exercício de poderes vinculados e o exercício de*

¹¹ Em sentido diferente quanto à estrutura do pedido e da causa cfr. Ac. Ac. Tribunal Central Administrativo Norte de 25-10-2007, proc. n.º 00236/04.5BECBR, relator ARAÚJO VELOSO: *de acordo com o CPTA, a acção administrativa especial tem por objecto, além do mais, pretensões emergentes da prática ou omissão ilegal de actos administrativos, nela podendo ser formulados, como pedidos principais, o de anulação de acto administrativo [ou de declaração da sua nulidade ou inexistência jurídica] e o de condenação à prática de um acto administrativo legalmente devido, sendo que o primeiro deles pode ser cumulado com o pedido de condenação à prática do acto devido em substituição, total ou parcial, do acto praticado; Assim, a acção administrativa especial para condenação à prática de acto legalmente devido constitui uma subespécie da própria acção administrativa especial, sempre que através desta se visa obter a condenação do demandado à prática, dentro de determinado prazo, de um acto administrativo ilegalmente omitido ou recusado.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

poderes discricionários”, pelo que a “discricionariedade na Administração está ou pode ser limitada de duas formas.

- Uma primeira por intermédio de limites legais, nos quais se incluem: a) a adequabilidade subjectiva do comportamento escolhido à realização do fim legal (o interesse público como meta padrão da escolha discricionária) (cfr. art. 266.º, n.º 1 da CRP); b) o princípio da justiça que se traduz no dever da Administração harmonizar o interesse público específico que lhe cabe prosseguir com os direitos e interesses legítimos dos particulares eventualmente afectados (cfr. art. 266.º, n.º 2 da CRP); c) o princípio da imparcialidade (cfr. art. 266.º, n.º 2 da CRP).

- Uma segunda por força dos limites decorrentes da auto-vinculação que a Administração, no âmbito estrito das suas competências, cria com a elaboração de regulamentos externos pelos quais limita a sua própria discricionariedade, sendo que, no entanto, tal auto-vinculação só é legítima e válida quando não impeça a Administração Pública da ponderação do caso concreto enquanto liberdade concedida pela lei para discricionariamente prosseguir o interesse público” - Ac. TCAN, acima citado.

Primacial é a distinção entre controlo judicial da legalidade e apreciação de mérito: *“Nas acções administrativas especiais de condenação à prática de acto devido do que se trata é de apreciar a pretensão material do interessado e não a legalidade do acto da Administração; estamos perante um processo de plena jurisdição, no qual o Tribunal aprecia o mérito dessa pretensão” – Ac. do Tribunal Central Administrativo Sul de 11-06-2015, proc. n.º 06459/10, relator CONCEIÇÃO SILVESTRE, em dgsi.pt.*

Neste caminho, *“no plano dos princípios, a recente evolução do direito administrativo tende a valorizar o princípio da plena jurisdição dos tribunais administrativos, que exerceram demasiado tempo uma jurisdição de poderes limitados, inclusive no plano dos poderes de condenação que lhe são conferidos, de onde reveste especial importância o novo poder de condenarem a Administração à prática de actos administrativos ilegalmente omitidos ou recusados, que o CPTA regula nos artigos 66º e seguintes” - Ac. do Tribunal Central Administrativo Sul de 21-02-2013, proc. n.º 06303/10, relator COELHO DA CUNHA, disponível em dgsi.pt.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

Ou seja, a discricionariedade dos elementos da decisão e o controlo judicial que sobre os mesmos seja possível efectuar não devem afastar, de *per se*, a existência de um dever legal de agir e da admissibilidade processual de condenação à prática do acto quando, da conformação daqueles elementos, sobrestar uma conclusão pela inevitabilidade jurídica da prática do acto como resultado vinculado da apreciação casuística.

A tutela adjectiva conferida pela acção administrativa de condenação à prática do ato devido e prevista nos artigos 66.º e seguintes do C.P.T.A. não deve ser delimitada por uma qualificação jurisprudencial apriorística incidente sobre o poder administrativo discricionário e sequente da circunscrição dos poderes de cognição e controlo por parte do Tribunal.

Esta qualificação (*várias soluções possíveis vs uma solução legalmente possível*) pode ser cerceadora da própria tutela jurisdicional reclamada pelo caso concreto e enquadrada pelo direito de acção e, como vimos, não é sequer assertiva perante a coexistência de domínios de discricionariedade e vinculação na decisão administrativa.

Mais depurada nos parece ser a distinção entre “*discricionariedade na autonomia administrativa de conformação do sentido da decisão* e *discricionariedade na autonomia administrativa de valoração e prognose* ou *discricionariedade de margem de apreciação*” pela qual é conferida à Administração um poder jurídico de avaliação subjectiva sobre “*propriedades não jurídicas decerto componente da decisão a regular*”, de modo a que o resultado corresponda a uma adequada prossecução dos interesses públicos tutelados pela norma (neste sentido, cfr. JOÃO CAUPERS, Conceitos jurídicos indeterminados e âmbito do controlo judicial, Cadernos da Justiça Administrativa n.º 70, 2008, pág. 42-45).

A determinação do sentido e alcance de conceitos eminentemente valorativos (discricionariedade de previsão) não equivale, apodictamente, a escolha discricionária (discricionariedade de estatuição).

À luz deste entendimento o processamento de denúncias previsto nos artigos 8.º e 7.º, n.º 1 e 2 do NRJC está mais próximo de uma discricionariedade de valoração e prognose, incidente sobre os elementos da decisão, do que de uma discricionariedade de conformação do sentido da decisão, no sentido em que o conteúdo do acto administrativo em sindicância – declaração da denúncia sem fundamento contra abertura de inquérito –



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

não oferece qualquer amplitude de conformação no seu resultado. Ou seja, concluída a margem de livre apreciação dos critérios de decisão previstos no art.º 7.º, n.º 1 e 2 do NRJC, a decisão final só pode ser de procedência ou improcedência, positiva de tramitação processual ou negativa de arquivamento do processo.

(14) A importação para o quadro nacional dos princípios estabelecidos na jurisprudência Automec deve relevar a circunstância daquela jurisprudência assentar num sistema de competências paralelas no que respeita à aplicação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, relevando-se naquele acórdão, para justificar inexistência de interesse comunitário, o facto de as instâncias nacionais se encontrarem a examinar o caso em fase adiantada Por outro lado, a jurisprudência citada sublinha o entendimento de que, no Direito Comunitário, os direitos dos denunciantes não incluem o direito a uma decisão final sobre a existência ou inexistência de uma infracção às regras da Concorrência. Ora, se assim não será quando a Comissão tratar de uma denúncia que se enquadre numa competência exclusiva, importar reter que a missão de vigilância do respeito pelos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC compete em exclusivo à AdC, podendo o Tribunal sindicar o direito dos denunciantes a uma decisão final (neste sentido CRUZ VILAÇA e MARIA JOÃO MELÍCIAS, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, pág. 66) e através de um controlo judicial mais efectivo.

(15) *“Seja como for, cumpre reiterar que, apesar de o legislador haver afastado o princípio da legalidade formal, tão pouco reconheceu à AdC, no preceito em anotação, um poder arbitrário para definir o que é ou não é oportuno, em função das suas prioridades. O que o artigo 7.º reconhece à AdC, numa óptica de pragmatismo, é uma margem de apreciação vinculada à obediência a critérios objectivos, transparentes e judicialmente sindicáveis”, o que vale por dizer que, “mostrando-se verificados os factores enumerados no n.º 2, máxime, atendendo à gravidade da infracção denunciada e à disponibilidade dos indícios de prova trazidos ao conhecimento da AdC, esta deve abrir o processo contra-ordenacional”, tratando-se de um imperativo de ordem pública e da salvaguarda dos direitos dos visados, evitando-se a difusão de sentimentos de impunidade e garantindo-se uma tutela acrescida, pelo que o “controlo judicial exercido pelo TCRS, no quadro nacional, se reveste de natureza distinta, de ordem para-penal, incluindo um controlo de plena jurisdição (...) podendo o Tribunal substituir-se ao juízo de mérito da AdC” - CRUZ*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

VILAÇA e MARIA JOÃO MELÍCIAS, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, pág. 68 e 69, nosso destacado.

(16) Neste conspecto, o princípio de legalidade previsto no art.º 3.º do Código de Procedimento Administrativo, enquanto exigência de compatibilidade ou conformidade com a lei¹², e os limites dos poderes dos Tribunais Administrativos previstos no art.º 3.º do C.P.T.A., circunscritos aos aspectos vinculados da decisão, devem valer na exacta medida em que enformam os critérios de decisão previstos no art.º 7.º, n.º 1 e 2 do NRJC, por via do art.º 8.º, n.º 1 do mesmo regime.

Assim, seja por via do princípio da efectividade do Direito Comunitário, seja por intermédio de uma interpretação acerca do pensamento e *ratio* legiferanda da norma, o regime de processamento de denúncias delimita a decisão da AdC a **seis critérios ou vectores de decisão**: **razões de interesse público; prioridades da política de concorrência; elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados; gravidade da eventual infração; probabilidade de prova da infracção e à extensão das diligências de investigação necessárias**¹³.

46

Por sua vez, estes critérios ou vectores podem ser incluídos em dois grupos:

i. Critérios de ampla discricionariedade administrativa, em que a dimensão da valoração e prognose implicam uma maior autonomia administrativa de conformação do sentido da decisão: **razões de interesse público; prioridades da política de concorrência e extensão das diligências de investigação necessárias;**

ii. Critérios de reduzida discricionariedade administrativa, em que a natureza eminentemente técnica dos critérios permite, por sua vez, um controlo judicial de natureza jurídica correspondente (ainda que de contornos precários e perfunctórias) ao controlo judicial do recurso de impugnação de decisão condenatória: **elementos de facto e de direito que lhe sejam apresentados; gravidade da eventual infração; probabilidade de prova da infracção.**

¹² Cfr. para melhor desenvolvimento do debate doutrinário, ESTEVES DE OLUVEIRA, PACHECO AMORIM, COSTA GONÇALVES, Código de Procedimento Administrativo, 2.ª Edição, Almedina.

¹³ O entendimento da AdC acerca destes critérios encontra-se vertido nas respectivas “Linhas de Orientação sobre as prioridades no exercício dos poderes sancionatórios relativas à aplicação do artigo 7.º da Lei 19/2012 de 8 de Maio.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

Se cada um destes grupos assume uma dupla vertente, dicotómica ou dialéctica, de **discrecionariedade versus legalidade**, o que queremos deixar expresso é que o controlo do Tribunal perante o conteúdo de uma decisão final do processamento de denúncias fundamentada na inexistência de interesse público na investigação dos factos ou fundamentada na reduzida gravidade da infracção tem de ser, forçosamente, um reflexo da diferente margem de livre apreciação administrativa que cada um desses critérios transporta.

Efectivamente, o primeiro grupo de vectores não é susceptível de vinculação jurisdicional sobre o resultado da valoração e prognose a que a AdC chegue a partir dos respectivos critérios, ao passo que no segundo grupo de vectores o Tribunal dispõe de competência jurisdicional plena no âmbito da fase judicial do processo sancionatório.

Numa palavra, **este Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão pode exercer apenas um controlo judicial de legalidade administrativa sobre o concreto interesse público no desempenho das atribuições da AdC, sobre as prioridades da política de concorrência ou sobre a afectação dos meios de investigação, mas pode decidir, de plena jurisdição, sobre a subsunção de elementos de facto e de Direito, sobre a gravidade das infracções ou sobre a probabilidade probatória dos indícios recolhidos.**

47

(17) Por outro lado, considerando a competência do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão de plena jurisdição para apreciar infracções ao Direito da Concorrência no âmbito de recursos de impugnação (a subsunção jurídica às infracções contra-ordenacionais configura uma operação de interpretação vinculada); considerando a natureza e o conteúdo do acto administrativo em causa inserido no exercício de funções públicas sancionatórias por uma autoridade administrativa; afigura-se-nos excessivo, contraproducente e ablativo do regime processual da tutela jurisdicional da acção administrativa que, excedidas as prerrogativas de livre avaliação da AdC na elaboração dos juízos inerentes aos critérios previstos no art.º 7.º, n.º 1 e 2 do NRJC, o Tribunal esteja impedido de exercer qualquer controlo judicial sobre a decisão administrativa, seja nos momentos e aspectos vinculados dos actos administrativos (incompetência, forma, formalidades do procedimento, dever de fundamentação, desvio de poder subjectivo), seja nos momentos e aspectos discrecionários desses actos (erro de facto, erro manifesto de apreciação, desvio de poder objectivo), seja nos aspectos tecnicamente jurisdicionais desses actos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

“Fundamentos deste género [conclusões legais sobre o enquadramento em causa nas proibições suscitadas] são susceptíveis de um controlo judicial efectivo que se reconduz, essencialmente, à interpretação do direito. Mas outro tipo de fundamentos (maxime um baixo nível de prioridade na política da concorrência...) implicam juízos que necessariamente repousam num grau significativo grau de discricionariedade da Administração, relativamente aos quais o controlo judicial se poderá vir a limitar à identificação de erros manifestos de apreciação” - MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES e MIGUEL SOUSA FERRO, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, pág. 78¹⁴, com referência a jurisprudência comunitária.

Um exercício meramente ilustrativo é capaz de melhor descrever esta ordem de argumento: imagine-se uma decisão da AdC de declaração da denúncia sem fundamento (ao abrigo do art.º 8.º, n.º 4) em que a motivação da rejeição da denúncia não é a atribuição de graus de prioridade (art.º 7.º, n.º 1) nem nenhum dos aspectos referidos no art.º 7.º, n.º 2, primeira parte, do NRJC. Outrossim, na hipotética decisão consta que, ultrapassados aqueles critérios, a rejeição da denúncia deve-se à falta de tipicidade ou falta de preenchimento de elementos objectivos e subjectivos previstos nas infracções relativas a práticas restritivas dos artigos 9.º a 12.º do NRJC.

A decisão é legal e regular do ponto de vista procedimental, está devidamente fundamentada sem nenhum erro grosseiro ou incoerência interna, não resulta de qualquer intenção finalisticamente ilícita, mas procede a uma interpretação subsuntiva contrária à interpretação vigente do Direito contra-ordenacional.

De acordo com o princípio de separação de poderes, dispondo a AdC de liberdade interpretativa dos tipos contra-ordenacionais, tanto mais sendo essa interpretação legítima, veríamos com dificuldade a fundamentação de uma decisão procedente de mera anulação do acto administrativo, devolvendo à autoridade administrativa o dever de proferir uma decisão de resultado absolutamente vinculado (abertura de inquérito) quando a lei adjectiva processual já confere ao Tribunal o poder de condenar na prática

¹⁴ Estes autores incluem neste tipo de fundamentos com maior grau de discricionariedade a prova da existência da infração, pelo que não seguimos essa parte do pensamento no sentido nem que a prova é, também, matéria de interpretação legal e pronúncia judicial em processo sancionatório.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

do acto devido. Há aqui uma notória preferência e prevalência de princípios de eficiência, eficácia e materialidade subjacente da tutela judicial.

Como argumento de índole sistemática, ainda que de razão lateral, atente-se que noutras áreas do Direito sancionatório de maior dignidade e tutela, como é o caso do Direito Penal, a lei processual reconhece mecanismos processuais próprios que permitem ao Tribunal decidir pelo prosseguimento do processo após uma decisão de arquivamento quando não estejam em causa vícios formais ou procedimentais, impedindo que a decisão sobre o perseguimento criminal de determinados factos seja exclusivo da entidade responsável pela investigação e instrução dos autos.

(18) Por fim, o crescente avanço e importância dogmática do Direito Contra-ordenacional, especialmente no domínio da Concorrência, aconselha, no mínimo, que os institutos de controlo judicial previstos no NRJC, especialmente nas fases preliminares do processo sancionatório, sejam submetidos a uma permanente revisão e actualização interpretativa, evitando-se a consolidação jurisprudencial sobre pressupostos susceptíveis de debate doutrinário e contribuindo-se para a efectivação das garantias processuais e substantivas dos respectivos intervenientes.

49

* *

5.1.3. A definição do objecto do controlo judicial da decisão de arquivamento e do dever legal de agir pela abertura de processo de inquérito, mercê destes elementos descritivos e analíticos do regime de processamento de denúncias, merece a seguinte síntese:

(1) O NRJC consagra um regime especial de legalidade/discrecionariedade da decisão de declaração de denúncia sem fundamento relevante no âmbito do processamento de denúncias;

(2) A decisão de declaração de denúncia sem fundamento relevante no âmbito do processamento de denúncias não equivale à decisão de arquivamento do processo sancionatório relativo a práticas restritivas da concorrência prevista no art.º 24.º, n.º al. b) do NRJC;

(3) O controlo judicial da decisão de declaração de denúncia sem fundamento deve respeitar a discrecionariedade administrativa de valoração e prognose dos critérios de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

decisão previstos no art.º 7.º, n.º 1 e 2 do NRJC, por via do art.º 8.º, n.º 1 do mesmo regime, designadamente quanto aos aspectos vinculados dos actos administrativos (incompetência, forma, formalidades do procedimento, dever de fundamentação, desvio de poder subjectivo), e quanto aos aspectos discricionários desses actos (erro de facto, erro manifesto de apreciação, desvio de poder objectivo);

(4) O controlo judicial da decisão de declaração de denúncia sem fundamento deve abranger a legalidade administrativa do sentido vinculado da decisão de abertura de inquérito quando estiver em causa o conhecimento/comunicação da ocorrência de práticas proibidas cuja decisão final do processamento de denúncias estiver fundamentada nos elementos de facto e de direito apresentados; gravidade da eventual infração ou probabilidade de prova da infracção;

(5) A condenação à prática do acto devido no regime do processamento de denúncias previsto nos artigos 8.º e 7.º, n.º 1 e 2 do NRJC corresponde à abertura do inquérito nos termos do art.º 17.º do mesmo regime, quando estiver em causa o conhecimento/comunicação da ocorrência de práticas proibidas cuja decisão de arquivamento do processamento de denúncias estiver fundamentada nos elementos de facto e de direito apresentados; gravidade da eventual infração ou probabilidade de prova da infracção.

50

* *

5.2. Da nulidade e anulabilidade da decisão da AdC.

Neste conspecto, o direito da Autora a valer nesta acção principal – *impugnação do acto administrativo de decisão de arquivamento de inquérito tramitada o n.º DA/2014/3 e condenação da Ré à prática de acto legalmente devido* – **fundamenta-se na arguição de duas ordens de vícios da decisão, justa-compostos em vício formal de omissão e/ou contradição de fundamentação; e em vício substantivo de violação de lei.**

*

Nos termos do Código de Procedimento Administrativo (doravante C.P.A.), na versão anterior à conferida pelo Decreto-lei n.º 4/2015, de 07 de Janeiro, o legislador optou pela *sanção-regra* da anulabilidade, mantendo a nulidade como a sanção excepcional, ainda que tenha alargado o campo da sua aplicação, deixando de haver apenas casos de nulidade por



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

determinação legal e prevendo-se casos de nulidade por natureza (neste sentido, MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇAVES e J. PACHECO DE AMORIM, Código do Procedimento Administrativo, Comentado, 2.ª Edição, Almedina, pág. 641)¹⁵.

O art.º 133.º, n.º 1 do C.P.A. dispõe que *são nulos os actos a que falte qualquer dos elementos essenciais ou para os quais a lei comine expressamente essa forma de invalidade*.

Sobre os elementos essenciais, estes correspondem, antes de mais, “ao elenco de referências que devem conter-se no documento pelo qual o acto se exterioriza” e, depois, a todos aqueles “elementos que se ligam a momentos ou aspectos legalmente decisivos e graves dos actos administrativos”, além dos que são referidos no n.º 2 do artigo mencionado, podendo incorrer em nulidade o “acto que esteja inquinado com um vício anormal ou especialmente grave, ou até um vício normal mas resultante de uma anormal má-fé ou intenção dolosa” (MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇAVES e J. PACHECO DE AMORIM, ob. cit., pág. 642).

51

Nos termos do art.º 134.º do C.P.A. *o acto nulo não produz quaisquer efeitos jurídicos, independentemente da declaração de nulidade (n.º 1), e, salvo disposição legal em contrário, a nulidade é invocável a todo o tempo por qualquer interessado e pode, também a todo o tempo, ser conhecida por qualquer autoridade e declarada pelos tribunais administrativos ou pelos órgãos administrativos competentes para a anulação (n.º 2), não se prejudicando a possibilidade de atribuição de efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de atos nulos, de harmonia com os princípios da boa-fé, da protecção da confiança e da proporcionalidade ou outros princípios jurídicos constitucionais, designadamente associados ao decurso do tempo (n.º 3)*.

O art.º 135.º do C.P.A. prevê que *são anuláveis os atos administrativos praticados com ofensa dos princípios ou outras normas jurídicas aplicáveis, para cuja violação se não preveja outra sanção*.

¹⁵ Nos termos do art.º 8.º do Decreto-lei n.º 4/2015, de 07 de Janeiro que o disposto nas partes I e II, no capítulo III do título I da parte III e na parte IV do novo C.P.A. aplica-se aos procedimentos administrativos em curso à data da sua entrada em vigor, sendo as restantes disposições do Código aplicáveis apenas aos procedimentos administrativos que se iniciem após a entrada em vigor do presente decreto-lei, isto é, 90 dias após a sua publicação. Ora, uma que o procedimento em causa se iniciou antes da entrada em vigor da nova versão, sendo a decisão posterior ao início da vigência, fazemos referência à versão anterior do C.P.A. uma vez que a invalidade suscitada se refere ao cumprimento do direito de audição, ainda que o regime de invalidade do acto administrativo previsto nos artigos 161.º a 164.º do novo C.P.A. seja aplicável à decisão de arquivamento.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

Se a previsão legal está formulada “*com amplitude demasiada*” e se o regime regra decorre dos “*tópicos caracterizadores da posição da Administração e do modelo de relação que se estabelece entre ela e os cidadãos nos sistemas ditos de Administração Executiva*”, devem-se evitar alguns “*absurdos de interpretações cingidas à lei e de modo a retirar força invalidante à inobservância de algumas normas*”, mesmo perante omissão legal que o permita (MARIO ESTEVES DE OLIVEIRA, PEDRO COSTA GONÇAVES e J. PACHECO DE AMORIM, ob. cit., pág. 657 e 658)¹⁶.

* *

5.2.1 Dos vícios formais e dos vícios procedimentais.

A Autora veio arguir vício formal da decisão da AdC nos seguintes termos expostos nos artigos 19.º e 20.º da petição inicial: *a conclusão de que os factos constantes da denúncia não merecem a tutela da concorrência encontra-se fundamentada, por insuficiência da própria AdC no desempenho da sua tarefa investigatória, sendo que a AdC dispensou-se de promover todas as diligências de investigação necessárias à identificação das práticas denunciadas e dos respectivos agentes, ordenando o arquivamento da denúncia por insuficiência de indícios, quando se lhe impunha a realização de um efectivo inquérito no qual se projectassem os seus poderes inquisitórios.*

52

*

Como decorre da conjugação dos artigos 7.º, n.º 2 e 8.º, n.º 2 e 4 do NRJC, a recorribilidade das decisões de arquivamento da AdC pelo denunciante, no caso a Autora, está etiologicamente dependente do objecto da denúncia e do objecto resultante do consequente processamento e arquivamento por inexistência de fundamento.

O controlo da legalidade da decisão e arquivamento deve ser efectuado nos termos definidos no ponto 5.1. por referência ao motivo de arquivamento liminar, designadamente *a probabilidade de poder provar a sua existência.*

¹⁶ Na sequência da nota anterior, por tal não implicar diferente análise, o art.º 161.º, n.º 2 do novo C.P.A. procede a uma enumeração dos vícios susceptíveis de gerarem nulidade, equivalendo-se nas demais disposições ao regime precedente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

Diametralmente, a **AdC** não arquivou a denúncia com fundamento **em razões de interesse público; prioridades da política de concorrência e extensão das diligências de investigação necessárias.**

O objecto da denúncia, constante de fls. 57 e 57v dos autos, refere como núcleos factuais a subsumir às práticas proibidas do NRJC, a aquisição de produtos pela Autora às Contra-interessadas por um preço superior ao anunciado e publicitado; prática discriminatória de preços aplicados a outras superfícies comerciais da insígnia Intermarché; prática de condições de transacção não equitativas, concluindo pela existência de infracções previstas pelo art.º 11.º, n.º 2 als. a) e c) e 12.º do NRJC consubstanciadas em práticas restritivas da concorrência, abuso de posição dominante e de dependência económica, juntando tabelas comparativas de preços.

Alumiados por estes parâmetros de amplo controlo jurisdicional e avisados pelos fundamentos da impugnação vertidos na petição inicial, tentemos sindicarmos o excursus da fundamentação contida na decisão de arquivamento, por remissão para os respectivos pontos, e indagando dos assinalados vícios geradores de ilegalidade:

- A decisão de arquivamento liminar começa por contextualizar o processamento de duas denúncias recebidas em 26 e 31 de Dezembro de 2013 (cfr. pontos 1 a 6) em sentido totalmente correspectivo do objecto da denúncia da Autora;

- Nos pontos 7 e 8, enumera as diligências de investigação realizadas incluindo pedidos de elementos suplementares às denunciadas quanto à identificação de concorrentes da mesma área geográfica e razões de actuação do **GRUPO OS MOSQUETEIROS** para a prática de preços discriminatórios, mais descriminando as diligências adicionais efectuadas na sequência da pronúncia da Autora quanto ao sentido provável da decisão;

- Nos pontos 9 a 22, a **AdC** enuncia a sua apreciação preliminar dos factos denunciados e apurados, circunstanciando a relação contratual e comercial da Autora com o **GRUPO OS MOSQUETEIROS**, a integração vertical do grupo, a quota de mercado, os concorrentes directos das denunciadas, concluindo que *inexistem nos autos elementos concretos que permitam determinar a existência de posição e domínio por parte da ITMP* (cfr. ponto 14), e que, mercê dos elementos a subsumir à figura do abuso de dependência económica, sendo certo que se está em presença de uma relação vertical entre a ITMP e as denunciadas, *da*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

análise dos contratos de franquia remetidos decorre que os mesmos têm uma duração e 10 anos, prevendo-se a possibilidade de denúncia decorrido o prazo estabelecido e, após o termo do contrato, não existe qualquer obrigação que impeça as denunciantes de prosseguirem a sua actividade quer de forma independente, quer como franquizados de outra insígnia (cfr. pontos 17 e 18), em concorrência com a insígnia Intermarché, existindo alternativas no mercado, sem que as situações descritas sejam susceptíveis de alterar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência (cfr. ponto 20);

- Por conseguinte, a decisão indica a tomada de sentido provável da decisão nos pontos 23 e 24, com perspectiva de encerramento nos termos e para os efeitos do art.º 8.º, n.º 2 do NRJC;

- Após a comunicação da intenção de arquivamento, a **AdC** enuncia a respectiva pronúncia da Autora nos pontos 25 a 32, concretizando a comunicação de nova factualidade pela Autora, melhor descrita no ponto 28, tendo-se diligenciado pela obtenção de elementos que permitissem sustentar as afirmações de envio regular de pvps sob pena de não recebimento do rapel (cfr. ponto 31);

- Depois, a decisão enumera, nos pontos 33 a 38, as diligências adicionais efectuadas em função da pronúncia da Autora, nomeadamente diligência de inquirição nas instalações da Autora ao seu representante legal (sumariadas no ponto 35), pedido de elementos ao **GRUPO OS MOSQUETEIROS**, que incluíram envio do mapa de todas as lojas dos franquizados e alegações escritas sobre os factos imputados (sumariadas no ponto 38);

- Concluída a enumeração destas diligências, a **AdC** procede à apreciação dos alegados abusos de posição dominante e de dependência económica nos pontos 39 a 46, consignando que os esclarecimentos prestados permitiam confirmar a conclusão da análise preliminar e no sentido em que a discriminação de preços se refere a um conjunto de 300 produtos num total de 20.000 produtos, com racional justificativo em estratégias de política empresarial, em hábitos de consumo de clientes e em práticas de concorrência regional (cfr. ponto 41), procedendo decomposição deste racional;

- No mesmo sentido, procede à apreciação da alegada fixação de preços de revenda nos pontos 47 a 58, concretizando que, no âmbito do Regulamento (EU) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 e das Orientações da Comissão Europeia relativa às



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

restrições verticais da Comunicação da Comissão n.º 2110/C 130/01, a prática de fixação de preços de revenda é abrangida pela isenção por categoria; queque a Autora pode praticar preços mais baixos dos que os pvp recomendados (cfr. ponto 51 e 53), sendo apenas penalizada no rapel quando praticar preços mais elevados (cfr. ponto 53); que a fixação de preços em campanhas publicitárias é admissível com vista à organização coordenada de um sistema de franquia ou de distribuição uniforme e com benefício para o consumido (cfr. ponto 56);

- Neste conspecto, a **AdC** conclui que as condutas em causa não são susceptíveis de integrar práticas proibidas na acepção dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC, e não justificam intervenção ao abrigo dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, e decide pelo arquivamento da DA/2014/3, declarando-se sem fundamento relevante (cfr. pontos 59 e 60).

Analizada a decisão da **AdC** e enquadrada a tramitação da mesma decisão de arquivamento, **afigura-se-nos manifesta a improcedência da pretensão da Autora quanto à anulação da decisão da AdC por vícios de forma e vícios procedimentais**, conduzindo à inexistência de qualquer vício ou invalidade com este fundamento.

Veiculamos, para tanto, os seguintes argumentos:

- Não vislumbramos, das alegações da Autora, quais as diligências que a mesma reputaria de suficientes para a prossecução da tarefa investigatória da denúncia;

- A arguição de eventuais vícios de fundamentação por omissão de diligências é formulada de modo vazio, sem substrato atendível e sem conteúdo perceptível, desmerecendo e frontalmente ignorando as diligências levadas a cabo durante a pendência do processo;

- A arguição acerca da dispensa de todas as *diligências de investigação necessárias à identificação das práticas denunciadas e dos respectivos agentes*, além de desgarrada de concretização, afigura-se-nos abusiva perante a actuação da **AdC** no tratamento do impulso processual da Autora ao longo de toda a fase preliminar, submetendo o processo a repetidas instâncias de contraditório e acedendo à comprovação indiciária das alegadas práticas;

- Não foi arguido qualquer incumprimento/cumprimento deficiente do direito de consulta e acesso a documentos ou a outra prova veiculada na decisão administrativa;

- Não foi arguido qualquer incumprimento/cumprimento deficiente do exercício do direito de audiência prévia;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

- Na sequência do referido, os termos da Autora que visam sustentar a arguição do vício, não promovem entendimento diferente ou correctivo da fundamentação transmitida pela **AdC**, principalmente porque são apresentados sem conteúdo ou consequência perceptível na petição inicial;

- O sentido provável do acto administrativo de arquivamento liminar foi devidamente comunicado para que a Autora, na qualidade de denunciante, pudesse exercer um amplo direito de defesa perante a prognose de arquivamento da sua pretensão;

- Se em qualquer acto administrativo a *fundamentação tem que ser expressa, clara, suficiente e congruente, e deve ter-se por suficientemente fundamentado o acto em relação ao qual foram dados a conhecer as razões que o suportam de forma clara e congruente, através de externação coeva ao acto, permitindo assim ao seu destinatário optar entre conformar-se com ele ou atacá-lo graciosamente ou contenciosamente* - Ac. TCAN de 15-10-2010, proc. n.º 01619/09.0BEBRG e Ac. TCAN de 24-05-2012, proc. n.º 00731/09.0BEPNF, ambos disponíveis em dgsi.pt., não se pode conceber que a Autora, ao alegar da forma supra explanada, ignore a análise da **AdC** a todas as observações apresentadas aquando da comunicação do sentido provável da decisão;

- Neste conspecto, temos que a **AdC** deu a conhecer os motivos que a determinaram a actuar como actuou, as razões de facto e de Direito em que fundou o arquivamento;

- Os pontos **1)** a **4)** dos factos indiciados assinalam a diligente actuação da **AdC** na prossecução das suas finalidades de investigação preliminar no processamento de denúncias, sem que a Autora tenha aventado, nesta instância, diligências que deveriam ter sido realizadas naquela fase, demonstrando igualmente o seu contributo para a fundamentação da decisão de arquivamento;

- Todas as diligências efectuadas nesta instância – *inquirição de prova testemunhal e junção de documentação* – não foram oportunamente requeridas pela Autora na fase preliminar do processamento de denúncias, além de que, como resulta da presente motivação da matéria de facto, não alteraram o acervo factual relevado na decisão de arquivamento;

- Pelo contrário, toda a fundamentação jurídica da **AdC** foi construída em torno da eventual verosimilhança das alegações da Autora enquanto denunciante, concluindo que tais alegações sempre seriam insuficientes para o preenchimento dos tipos contra-ordenacionais;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

- Por assim dizer e cotejada a tramitação da denúncia, a **AdC** efectivamente procedeu a todas as diligências necessárias à identificação das práticas denunciadas e dos respectivos agentes de acordo com o escopo da fase preliminar do art.º 8.º do NRJC, tendo concluído pela inexistência de fundamento relevante quanto ao preenchimento dos tipos contra-ordenacionais;

- Depois, importa considerar que não se afigura de que modo ou por que meio outras diligências poderiam contribuir, modificar ou delimitar os fundamentos da análise económica e jusconcorrencial constantes da decisão de arquivamento liminar, relevando que a **AdC** teve presente todo o enquadramento jurídico, legal e contratual, aplicável à relação comercial estabelecida entre a Autora e as Contra-interessadas;

- Os motivos inerentes à falência do juízo subsuntivo foram expressamente consignados na decisão administrativa por referência aos tipos legais de proibição;

- Concretamente, a **AdC** pronunciou-se sobre as características do mercado relevante de distribuição a retalho de bens alimentares e não alimentares a nível nacional, sobre o enquadramento das relações contratuais na figura do contrato de franquia e sobre a integração vertical dos franquizados;

- Concretamente, a **AdC** procedeu a uma análise sobre a prática discriminatória de preços e sobre as condições de fixação de pvp e de preços em campanhas promocionais, concluindo, expressamente pela sua justificação económica e pela presunção de justificação no âmbito da aplicação de regulamento por isenção de categoria;

- Concretamente, a **AdC** afastou a existência de uma posição dominante das Contra-interessadas no mercado relevante, improcedendo a subsunção dos factos à figura do abuso de posição dominante;

- Concretamente, a **AdC** pronunciou-se sobre a existência de abuso de dependência económica, concluindo, fundamentadamente, pela insusceptibilidade de afectação do funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência;

- A Autora, de modo abusivo no que respeita à sindicância da legalidade da decisão de arquivamento liminar, trouxe aos presentes autos matéria factual não denunciada ou comunicada à **AdC**, nomeadamente os factos relativos à existência de exploração do posto de venda do Bombarral com desvantagem concorrencial para a Autora;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

- Tais factos não foram investigados, apurados e apreciados no processo de denúncia n.º DA/2014/3 por evidente e manifesta falta de impulso processual da denunciante;

- Por conseguinte, **considerando que a AdC não se pronunciou sobre a probabilidade razoável de condenação em prática restritiva por tais factos; considerando que o objecto do processo de denúncia n.º DA/2014/3 não versou sobre a exploração do posto de venda do Bombarral; não pode este Tribunal sindicar a legalidade da fundamentação da decisão de arquivamento sobre tais factos, inexistindo qualquer omissão de pronúncia sobre questão previamente suscitada perante a AdC;**

- A fundamentação da decisão de arquivamento liminar vem esteirada em elementos de factos e de Direito submetidos a contraditório e tratados por referência às fontes jurídicas aplicáveis e ao contexto dos factos denunciado;

- A **AdC** procedeu ao enquadramento jurídico de todas as práticas denunciadas pela Autora.

- Neste conspecto, a **AdC** promoveu uma extensa e complexa análise das práticas restritivas denunciadas de acordo com a fase processual respectiva, sem que se alcance quais as conclusões argumentativas da decisão de arquivamento liminar que contrariam os elementos recolhidos, sendo a decisão, também neste aspecto, coerente e proficiente;

- A discussão sobre se essas conclusões procedem e se, procedendo, são suficientes para legitimar a concreta actuação administrativa é um problema de validade substancial, a conhecer infra.

*

Sublinhando a tramitação do processo e as diligências de audição e consulta da Autora, reiterando-se a ordem de fundamentos e razões para o arquivamento liminar, afastando-se a conclusão por uma absoluta omissão de pronúncia e salvaguardado o espaço de discricionariedade na realização de diligências complementares, **o pedido de declaração de nulidade ou de anulação da decisão de arquivamento com fundamento nos vícios formais ora apreciados tem-se por manifestamente improcedente.**

* *

5.2.2. Do vício de violação de lei.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

Avançando sobre o mérito da decisão de arquivamento liminar no âmbito do controlo jurisdicional do conceito de *probabilidade de prova da existência de infracção* como explicitado no ponto 5.1., a **Autora veio defender a ilegalidade da decisão de arquivamento por erro nos pressupostos de facto e de direito e a vinculação da AdC à decisão de abertura da fase de inquérito nos termos do art.º 17º do NRJC, concluindo pela existência de indícios de práticas proibidas e previstas, concomitantemente, nos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC.**

Vejamus cada um dos tipos de previsão, fazendo operar a subsunção dos factos apurados à previsão legal.

* *

i) Das alegadas práticas restritivas da concorrência por acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas.

59

Dispõe o art.º 9.º do NRJC que *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 directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transacção;

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.

Assim, sem prejuízo da sua justificação, tais acordos e decisões são nulos nos termos do art.º 9.º, n.º 2.

Por conseguinte, no que tange à justificação de acordos, práticas concertadas e decisões de associações de empresas, pertina o art.º 10.º, n.º 1 do NRJC ao prever que: *podem ser*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas referidas no artigo anterior que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição de bens ou serviços ou para promover o desenvolvimento técnico ou económico desde que, cumulativamente:

a) Reservem aos utilizadores desses bens ou serviços uma parte equitativa do benefício daí resultante;

b) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis para atingir esses objectivos;

c) Não dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência numa parte substancial do mercado dos bens ou serviços em causa, competindo às empresas ou associações de empresas que invoquem o benefício da justificação fazer a prova do preenchimento das condições previstas no número anterior – art.º 10.º, n.º 2, e sendo considerados justificados os acordos entre empresas, as práticas concertadas entre empresas e as decisões de associações de empresas proibidos pelo artigo anterior que, embora não afectando o comércio entre os Estados membros, preencham os restantes requisitos de aplicação de um regulamento adoptado nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – art.º 10.º, n.º 3.

Ainda assim, a AdC pode retirar o benefício referido no número anterior se verificar que, em determinado caso, uma prática abrangida produz efeitos incompatíveis com o disposto no n.º 1 – art.º 10.º, n.º 4.

*

Ora, aferindo da comprovação judicial da decisão de arquivamento proferida pela AdC, concluímos que os factos indiciados não permitem concluir pela probabilidade razoável da condenação das Contra-interessadas no âmbito do art.º 9.º do NRJC pelas seguintes razões:

- Não ficou indiciado qualquer acordo entre empresas, práticas concertadas entre empresas ou decisões de associações de empresas¹⁷ que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do

¹⁷ Cfr. para a melhor elucidação dos elementos do tipo CARLOS BOTELHO MONIZ (COORD), ob. cit., pág. 86 a 98.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

mercado nacional da distribuição a retalho de bens alimentares e não alimentares a nível nacional;

- De acordo com os factos indiciados nos pontos **5) a 12)**, a única matéria subsumível ao art.º 9.º do NRJC na modalidade de restrição vertical (consubstanciada na figura de *resale price maintenance*), seria a actuação da contra-interessada pela **ITMP Alimentar, S.A.**, no âmbito da relação do acordo de insígnia, de determinação dos preços de revenda decorrentes da aplicação do contrato de franquia;

- A fixação, de forma directa ou indirecta, dos preços de compra ou de venda ou quaisquer outras condições de transacção pode consubstanciar a prática restritiva prevista pelo art.º 9.º, n.º 1 al. a) do NRJC;

- No entanto, considerando a relações verticais estabelecidas entre a Autora e o GRUPO OS MOSQUETEIROS reguladas por contrato de franquia, importa considerar o **Regulamento (EU) n.º 330/2010 da Comissão de 20 de Abril de 2010 (doravante R330/2010)** para efeitos da justificação da prática no âmbito do art.º 10.º, n.º 3 do NRJC;

- Assim, relevando os conceitos de *acordo vertical*¹⁸ e de *restrição vertical*¹⁹ previstos no art.º 1.º do R330/2010, o art.º 2.º do mesmo regulamento estabelece que, *nos termos do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado e sem prejuízo do disposto no presente regulamento, o artigo 101.º, n.º 1, do Tratado, é declarado inaplicável aos acordos verticais*, significando tal que, por regra e presunção, qualquer acordo entre empresas, práticas concertadas entre empresas ou decisões de associações de empresas que afectem outras empresas em diferentes níveis de distribuição não são considerados ilícito, desde que *a quota de mercado do fornecedor não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que vende os bens ou serviços contratuais e de a quota de mercado do comprador não ultrapassar 30 % do mercado relevante em que compra os bens ou serviços contratuais* (art.º 3.º do R330/2010);

- Ora, é precisamente a situação do contexto da denúncia apresentada pela Autora, o que vale por dizer que a restrição da concorrência criada pela fixação de preços no âmbito de

¹⁸ *Um acordo ou prática concertada entre duas ou mais empresas, exercendo cada uma delas as suas actividades, para efeitos do acordo ou da prática concertada, a um nível diferente da cadeia de produção ou distribuição e que digam respeito às condições em que as partes podem adquirir, vender ou revender certos bens ou serviços* – art.º 1.º, n.º 1 al. a).

¹⁹ *Uma restrição da concorrência num acordo vertical abrangida pelo n.º 1 do artigo 101.º do Tratado* - art.º 1.º, n.º 1 al. a).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

campanhas promocionais e a recomendação de preços de revenda são práticas que se presumem justificadas;

- Não se encontra indiciada qualquer situação subsumível ao art.º 4.º do R330/2010 que implique a retirada do benefício da isenção por categoria, nomeadamente pela existência de acordos verticais que, directa ou indirectamente, isoladamente ou em combinação com outros factores que sejam controlados pelas partes, tenham por objecto restrições graves à concorrência;

- Não se encontra indiciada qualquer situação subsumível ao art.º 5.º do R330/2010 que implique a inaplicabilidade da isenção, nomeadamente pelo acordo vertical em causa não restringir a capacidade da Autora estabelecer o seu preço de venda (a Autora pode praticar preços diferentes do que os pvp recomendados, ainda que os preços mais altos sejam penalizados com perda de rapel), por não restringir a área geográfica da Autora, e por não restringir as vendas a grupos específicos de compradores.

- Conforme se expõe no parágrafo **226) das Orientações da Comissão Europeia relativa às restrições verticais da Comunicação da Comissão n.º 2110/C 130/01**, *a prática de recomendar um preço de revenda a um revendedor ou exigir ao revendedor o respeito de um preço de revenda máximo é abrangida pelo Regulamento de Isenção por Categoria, quando a quota de mercado de cada uma das partes no acordo não ultrapassa o limiar de 30 %, desde que tal preço não seja equivalente a um preço de venda mínimo ou fixo resultante de pressão ou incentivos de qualquer das partes;*

- No mesmo sentido, o parágrafo **225) das Orientações** evidencia que *a imposição dos preços de revenda não se limita a restringir a concorrência, podendo também, em especial quando é introduzida pelo fornecedor, conduzir a ganhos de eficiência, que serão apreciados nos termos do artigo 101.º, n.º 3; que a imposição dos preços de revenda pode proporcionar aos distribuidores os meios necessários para intensificar os seus esforços de venda e, se os distribuidores neste mercado estiverem sujeitos a pressões concorrenciais, esta situação poderá induzi-los a expandir a procura global do produto e contribuir para o êxito do seu lançamento, o que beneficiará igualmente os consumidores; e que, da mesma forma, os preços de revenda fixos, e não apenas os preços de revenda máximos, podem ser necessários para organizar, num sistema de franquia ou num sistema de distribuição semelhante que*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

utilize um formato de distribuição uniforme, uma campanha coordenada de preços baixos a curto prazo (2 a 6 seis semanas na maior parte dos casos), que será igualmente benéfica para os consumidores, podendo tal margem adicional proporcionada pela imposição dos preços de revenda permitir que os retalhistas forneçam serviços pré-venda (adicionais), em especial quando possuem experiência ou quando se trata de produtos complexos;

- Presumindo-se justificadas e na ausência de outros factos indiciados, o prosseguimento do procedimento para a fase da abertura de instrução com notificação de nota de ilicitude afigura-se manifestamente desrazoável por redundar numa probabilidade séria e evidente de absolvição de prática proibida pelo art.º 9.º do NRJC;

- Por outro lado, a **discriminação de preços entre as regiões Norte e Sul do país são insusceptíveis de colocar a Autora em desvantagem concorrencial face às lojas do Norte pela maior razão de que a mesma não está em concorrência geográfica com tais pontos de venda, sendo a discriminação inócua na afectação das condições de concorrência da Autora para com as insígnias indicadas no ponto 12) dos factos indiciados;**

- Por conseguinte, a prática de preços diferentes para lojas do Norte e para as lojas do Sul não agrava, restringe ou potencia qualquer desvantagem concorrencial entre essas lojas nem falseia as condições normais de funcionamento do mercado;

- Ainda que assim não fora - o que não se concede pela obediência ao elemento normativo do tipo decorrente do conceito de desvantagem concorrencial - o racional económico apresentado para essa discriminação é susceptível de integrar as condições cumulativas previstas no art.º 10.º, n.º 1, nomeadamente por reservar aos consumidores finais do Norte a possibilidade de compra desses produtos a um preço inferior aos consumidores do Sul, a restrição imposta visa servir a margem de lucro dos pontos de venda do Norte sujeitos a maior índice de competição e não confere a essas empresas, por si só, a possibilidade de eliminarem a concorrência do mercado geográfico relevante para qualquer posto de venda no Norte;

- Não se encontram indiciados ou denunciados factos susceptíveis de integrarem as alíneas b) e d) do n.º 1 do art.º 9.º do NRJC;

- A nossa análise é imediatamente corresponsiva da apreciação jusconcorrencial da **AdC**, sem que se tenha aquilatado de qualquer erro de facto ou de Direito susceptível de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

alterar o juízo indiciário da decisão de arquivamento liminar proferida no âmbito do art.º 8.º, n.º 4 do NRJC;

*

Pelo exposto e nos termos dos fundamentos enunciados, por não haver qualquer probabilidade razoável de condenar as Contra-interessadas por **alegadas práticas proibidas na aceção do art.º 9.º, n.º 1 do NRJC, julgo improcedente, nesta parte, a presente acção administrativa.**

* *

ii) Das alegadas práticas restritivas da concorrência por abuso de posição dominante.

Dispõe o art.º 11.º do NRJC que *é proibida a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante no mercado nacional ou numa parte substancial deste (n.º 1), podendo ser considerado abusivo, nomeadamente: a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) 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 tenham ligação com o objeto desses contratos; e) Recusar o acesso a uma rede ou a outras infra-estruturas essenciais por si controladas, contra remuneração adequada, a qualquer outra empresa, desde que, sem esse acesso, esta não consiga, por razões de facto ou legais, operar como concorrente da empresa em posição dominante no mercado a montante ou a jusante, a menos que esta última demonstre que, por motivos operacionais ou outros, tal acesso é impossível em condições de razoabilidade (n.º 2).*

Indo cerce à questão, considerando que a impugnação da decisão de arquivamento não veio suscitar qualquer tergiversação quanto à definição do mercado relevante, correspondente ao mercado de distribuição a retalho de bens alimentares e não alimentares a nível nacional em que opera o **GRUPO OS MOSQUETEIROS**, e quanto às quotas detidas de 9,9% e 9,8% nos anos 2014 e 2015 nesse mesmo mercado; afigura-se-nos que não subsiste qualquer erro de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

facto ou de Direito inerente à aplicação dos elementos normativos do tipo susceptível de contrariar a conclusão pela inexistência de indícios de abuso de posição dominante.

Efectivamente, se as pressões concorrências assinaladas pela denúncia e às quais a Autora se encontra sujeita definem-se pelo mercado de distribuição a retalho ínsito à actividade das insígnias identificadas no ponto 12) dos factos indiciados; se a análise jusconcorrencial da AdC nessa determinação instrumental e prévia da análise substantiva não foi impugnada nem posta em crise; se a presente acção não suscitou qualquer controvérsia sobre os factores inerentes à definição do conceito jurídico-económico de mercado relevante - *substituibilidade da procura, substituibilidade da oferta e concorrência potencial*; se a presunção jusconcorrencial de não dominância do mercado relevante pelas Contra-interessadas decorrente da quota de mercado também não foi colocada em dúvida ou confrontada com outros critérios determinativos do conceito de posição dominante; considerando que o mercado de distribuição a retalho é, publica e notoriamente, um mercado sujeito a forte pressão concorrencial com a intervenção e participação de vários agentes económicos, *ergo* não estão preenchidos os elementos objectivos do tipo de proibição na vertente de *abuso de posição dominante*.

*

Pelo exposto e nos termos dos fundamentos enunciados, por não haver qualquer probabilidade razoável de condenar as Contra-interessadas por **alegadas práticas proibidas na acepção do art.º 11.º, n.º 1 do NRJC, julgo improcedente, nesta parte, a presente acção administrativa.**

* *

iii) Das alegadas práticas restritivas da concorrência por abuso de dependência económica.

Dispõe o art.º 12.º do NRJC que *é proibida, na medida em que seja susceptível de afectar o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, do estado de dependência económica em que se encontre relativamente a elas qualquer empresa fornecedora ou cliente, por não dispor de alternativa equivalente (n.º 1), podendo ser considerados como abuso, entre outros, os seguintes casos: a) a adopção de qualquer dos comportamentos previstos nas alíneas a) a d) do n.º 2 do artigo*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

anterior; b) a ruptura injustificada, total ou parcial, de uma relação comercial estabelecida, tendo em consideração as relações comerciais anteriores, os usos reconhecidos no ramo da atividade económica e as condições contratuais estabelecidas (n.º 2), sendo que, para efeitos do n.º 1, entende-se que uma empresa não dispõe de alternativa equivalente quando: a) o fornecimento do bem ou serviço em causa, nomeadamente o serviço de distribuição, for assegurado por um número restrito de empresas; e b) a empresa não puder obter idênticas condições por parte de outros parceiros comerciais num prazo razoável (n.º 3).

*

Ora, aferindo da comprovação judicial da decisão de arquivamento proferida pela AdC, concluímos que os factos indiciados não permitem concluir pela probabilidade razoável da condenação das Contra-interessadas no âmbito do art.º 12.º, n.º 1 e 2 do NRJC pelas seguintes razões:

66

- A figura do abuso de dependência económica representa um desvio à emulação Direito da União Europeia pelo Direito nacional, no sentido em que a aprovação de legislação mais restritiva sobre actos unilaterais de empresas que impliquem o preenchimento desta figura não encontra respaldo no art.º 101.º do TFUE mas na cláusula permissiva prevista no art.º 3.º, n.º 2 do Regulamento (CE) n.º 1/2003;

- Assim, o escopo de protecção conferido pelo art.º 12.º do NRJC visa, especialmente, aquelas práticas que, não podendo integrar a figura do abuso de posição dominante, envolvem *comportamentos abusivos de empresas com determinado poder de mercador perante os seus fornecedores ou cliente, em particular distribuidores que se encontrem numa situação de dependência económica (designado pela doutrina como domínio relativo), caso tais comportamentos afectem o funcionamento do mercado ou a estrutura da concorrência* (neste sentido CARLOS BOTELHO MONIZ (COORD), Lei da Concorrência Anotada, Almedina., pág. 136);

- O preenchimento do tipo objectivo do ilícito de abuso de dependência económica dependerá da verificação cumulativa dos seguintes pressupostos: existência efectiva de um estado de dependência económica de uma empresa face a outra empresa no âmbito de uma relação contratual por referência ao conceito de “alternativa equivalente”; ocorrência de comportamentos qualificados como exploração abusiva da dependência; afectação do



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

funcionamento do mercado ou da estrutura de concorrência e a ausência de justificação objectiva;

- Quanto ao estado de dependência económica e chamando à colação os critérios doutrinários e jurisprudenciais de referência aplicados para determinação da dependência económica perante fornecedores – *notoriedade da marca; quota do mercado do fornecedor; peso dos produtos do fornecedor no volume de negócios do distribuidor e ausência de solução equivalente* – ainda que os factos alegados e indiciados se revelem pouco consistentes para um exercício definitivo da aplicação desses critérios (especialmente quanto ao peso dos produtos), afigura-se-nos que - de acordo com os indícios descritos no ponto **19)** dos factos indiciados - a duração do contrato de insígnia, as quotas de mercado indiciadas nos autos, a dependência dos produtos ditos de marca branca e o seu presumível peso na captação de clientes, e principalmente a impossibilidade de a Autora obter condições idênticas de fornecimento desses produtos num prazo razoável, permite aventar a hipótese, a benefício de uma decisão proficiente, de dependência económica da Autora para com o **GRUPO OS MOSQUETEIROS**, mormente a Contra-interessada **ITMP Alimentar, S.A.**

- - De acordo com os factos indiciados nos pontos **5) a 12), 18), 19) e 20)** a matéria subsumível ao art.º 12.º, n.º 1 e 2 do NRJC seria a actuação da contra-interessada pela **ITMP Alimentar, S.A.**, no âmbito da relação do acordo de insígnia, de imposição, de forma directa ou indirecta, preços de compra à Autora - art.º 11.º, n.º 2 al. a) ex vi art. 12.º, n.º 2 al a) do NRJC; a prática diferenciada de preços entre a região Norte e Sul dos pontos de venda franquizados e exploração do posto de venda do Bombarral como *aplicação, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência*- art.º 11.º, n.º 2 al. c) ex vi art. 12.º, n.º 2 al a) do NRJC;

- No que respeita ao comportamento previsto no n.º 2 al. a) ex vi art. 12.º, n.º 2 al a) do NRJC valem as considerações enunciadas no ponto **5.2.2.-i)**, a propósito da admissibilidade de tais práticas no âmbito de acordos verticais, da não afectação da concorrência e da justificação de tais condutas;

- Por outro lado, a **discriminação de preços entre as regiões Norte e Sul do país são insusceptíveis de colocar a Autora em desvantagem concorrencial face às lojas do Norte**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

pela maior razão de que a mesma não está em concorrência geográfica com tais pontos de venda, sendo a discriminação inócua na afectação das condições de concorrência da Autora para com as insígnias indicadas no ponto 12) dos factos indiciados;

- Por conseguinte, a prática de preços diferentes para lojas do Norte e para as lojas do Sul **não agrava, restringe ou potencia qualquer desvantagem concorrencial** entre essas lojas nem falseia as condições normais de funcionamento do mercado;

- Ainda que assim não fora - *o que não se concede pela obediência ao elemento normativo do tipo decorrente do conceito de desvantagem concorrencial* - o racional económico apresentado para essa discriminação é susceptível de integrar justificação objectiva e relevante, nomeadamente por encontrar suporte em dados económicos admissíveis (estratégia comercial de implementação empresarial e hábitos de consumo); por reservar aos consumidores finais do Norte a possibilidade de compra desses produtos a um preço inferior aos consumidores do Sul, por visar servir a margem de lucro dos pontos de venda do Norte sujeitos a maior índice de competição; e por não conferir a essas empresas, por si só, a possibilidade de eliminarem a concorrência do mercado geográfico relevante para qualquer posto de venda no Norte;

- Quanto à exploração do posto de venda do Bombarral, sem prejuízo do que disse quanto à inoperacionalidade destes factos para sindicância da legalidade da decisão de arquivamento, os factos indiciados no ponto **20)** da matéria de facto, atenta a autonomia comercial de cada ponto de venda em criar os seus próprios folhetos e campanhas publicitárias, consubstanciam facticidade inócua e desgarrada de atendibilidade para o critério da afectação da concorrência;

- O mesmo vale para a alegada limitação ou recusa de fornecimento de carapau médio no folheto nacional de 25 a 31 de Março de 2014, porquanto tal facticidade foi considerada não indiciada, apesar de ser assentado convicção quanto à troca de correspondência a respeito desse incidente;

- Não obstante, os indícios recolhidos nos autos sempre claudicariam perante o pressuposto cumulativo da restrição da concorrência ou de afectação do funcionamento do mercado ou da estrutura de concorrência;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

- Concluída a instrução dos autos, não conseguimos alcançar de que modo, os factos alegados seriam susceptíveis de afectar a concorrência no mercado relevante da distribuição a retalho de bens alimentares e não alimentares a nível nacional, porquanto todas as práticas denunciadas seriam, em tese, aplicáveis, pelo menos, a todas as lojas de franquizados da região Sul, assinalando que as denunciantes descreveram um ambiente de intensa competitividade de insígnias na respectiva zona geográfica, além da possibilidade de, após o termo do prazo do contrato de franquia, poderem concorrer com a própria insígnia Intermarché;

- Na verdade, não ficou demonstrado indiciariamente que as supostas práticas restritivas seriam susceptíveis (ou teriam como efeito no caso das práticas do art.º 9.º do NRJC) de afectar ou limitar o poder concorrencial dos distribuidores perante o **GRUPO OS MOSQUETEIROS**, de condicionar o funcionamento do mercado ou de alterar a sua estrutura além de um padrão *de minimis*;

- Não se encontram indiciados ou denunciados factos susceptíveis de integrarem as alíneas b), d) e e) do n.º 2 do art.º 11.º ou da alínea b) do n.º 2 do art.º 12.º, ambos do NRJC;

- A nossa análise é, no essencial, correspectiva da apreciação jusconcorrencial da **AdC** (mesmo considerado a posição argumentativa quanto à situação de dependência económica), sem que se tenha aquilatado de qualquer erro de facto ou de Direito susceptível de alterar o juízo indiciário da decisão de arquivamento proferida no âmbito do art.º 8.º, n.º 4 do NRJC.

*

Pelo exposto e nos termos dos fundamentos enunciados, por não haver qualquer probabilidade razoável de condenar as Contra-interessadas por **alegadas práticas proibidas na acepção do art.º 12.º, n.º 1 e 2 do NRJC, julgo improcedente, nesta parte, a presente acção administrativa.**

* * *

*

VI. DAS CUSTAS PROCESSUAIS.

Nos termos do art.º 527.º do NCPC, ex vi art.º 1.º do C.P.T.A. a decisão que julgue a acção ou algum dos seus incidentes ou recursos condenará em custas a parte que a elas houver dado causa ou, não havendo vencimento da acção, quem do processo tirou proveito.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria

2005-345 Santarém

Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 3/16.3YQSTR

Acrescenta o n.º 2 do citado normativo legal o seguinte: “*entende-se que dá causa às custas do processo a parte vencida, na proporção em que o for*”.

Considerando que o Tribunal não concedeu qualquer procedência à pretensão da Autora, importa conferir aplicabilidade às regras de tributação processual que seguem um critério de condenação em respeito pelo vencimento e proveito das pretensões tratadas pela decisão jurisdicional, concretizando a responsabilidade pelas custas processuais consignada na sentença, em função do decaimento supra assinalado.

Pelo exposto, dever-se-á tributar **custas pela Autora**, nos termos do art.º 427.º, n.º 1 e 2 do NCPC e art.º 6.º, n.º 1 e TABELA I-A do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei nº 34/2004 de 26 de Fevereiro.

* * *

*

70

VII. DECISÃO.

Pelo exposto, e nos termos dos fundamentos enunciados, **decido julgar totalmente improcedente a presente acção administrativa interposta pela Autora Supermercado Nilo, Lda. e, em consequência, absolvo a Ré Autoridade da Concorrência do pedido de declaração de nulidade da decisão de arquivamento do Conselho de Administração de 13 de Outubro de 2016 no âmbito do procedimento registado com a referência DA/2014/3, e do pedido de condenação da Ré a abrir processo de contra-ordenação, com todas as consequências legais.**

*

Custas pela Autora, nos termos dos arts.º 527.º do novo Código de Processo Civil, por via do art.º 1.º do C.P.T.A. e art.º 6.º, n.º 1 e TABELA I-A do Regulamento das Custas Processuais, aprovado pelo Decreto-Lei nº 34/2004 de 26 de Fevereiro.

Registe e notifique.

*

Texto elaborado em computador e integralmente revisto pelo signatário

Santarém, 19-07-2017

O Juiz de Direito

Alexandre Leite Baptista