Assinado em 05-12-2022, por
Paula Doria C. Pott, Juiz Desembargador

Assinado em 05-12-2022, por
Ana Mónica Mendonça Pavão, Juiz Desembargador

Assinado em 05-12-2022, por
Luís Manuel Chaves da Fonseca Ferrão, Juiz Desembargador

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Processo nº 184/19.4YUSTR-I.L1
Recurso de decisão judicial não final em matéria de contraordenações

Sumário: Efeito suspensivo do recurso mediante prestação de caução – Artigo 84.º n.º 5 do Regime Jurídico da Concorrência – Factores a levar em conta para fixar o valor da caução

Palavras chave: Concorrência - Recurso - Caução

Recorrentes/visadas

- *Modelo Continente Hipermercados, S.A., com sede na Rua João Mendonça 505, 4464-503, Senhora da Hora, Matosinhos, com o número de identificação fiscal e pessoa colectiva 502011475, doravante também Modelo Continente*

- *Auchan Retail Portugal, S.A com sede na Estrada de Paço de Arcos, n.º 48-A, 2770-129 Paço de Arcos, com o número de identificação fiscal e pessoa coletiva 602607920, doravante também Auchan*

- *Lidl & CIA, sociedade em nome colectivo, com sede na Rua Pé de Mouro, n.º 18, Linhó, 2714-510, Sintra, com o número de identificação fiscal e pessoa colectiva 503340855, doravante também Lidl*

Recorrida/autoridade administrativa

- *Autoridade da Concorrência, com sede na Avenida de Berna, n.º 19, 1050-037, Lisboa, doravante também AdC ou recorrida*

Acordam em conferência, na Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão, do Tribunal da Relação de Lisboa

Decisão proferida no incidente de prestação de caução aqui objecto de recurso

1. Por sentença de 27.7.2022, com a referência citius 365353, proferida pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (doravante também Tribunal *a quo* ou Tribunal recorrido) no apenso D dos presentes autos onde corre a impugnação da decisão condenatória e foi processado o incidente de prestação de caução, o Tribunal recorrido decidiu o seguinte:

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

"Assim sendo e em face do exposto, decido fixar efeito suspensivo aos recursos intentados pelas Recorrentes pessoas colectivas, ficando a atribuição deste efeito suspensivo condicionada à efectiva prestação de cauções, nas modalidades seguintes e à demonstração nos autos da prestação dessas cauções no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias:
(...)

b) a Recorrente Modelo Continente Hipermercados, S.A., mediante a prestação de caução na modalidade de fiança, com renúncia expressa ao benefício da excussão prévia a favor da primeira e tendo como beneficiário o tribunal, prestada pela Sonae MC, SGPS, pelo valor correspondente ao da coima única cominada pela AdC (coima única apurada pela AdC no âmbito do processo com o n.º originário 20/19.1YUSTR-H, apensado aos vertentes autos);

(...)

d) a Recorrente Auchan Retail Portugal, S.A., mediante a prestação de caução na modalidade de garantia bancária autónoma à primeira solicitação, tendo como beneficiário o presente tribunal, pelo valor correspondente a 50% (cinquenta porcento) do valor da coima única cominada pela AdC (coima única apurada pela AdC no âmbito do processo com o n.º originário 20/19.1YUSTR-H, apensado aos vertentes autos);

(...)

h) a Recorrente Lidl & CIA, mediante a prestação de caução na modalidade de garantia bancária autónoma à primeira solicitação, tendo como beneficiário o presente tribunal, pelo valor correspondente a 50% (cinquenta porcento) do valor da coima cominada pela AdC."

Recurso da Modelo Continente

2. A recorrente Modelo Continente interpôs recurso **da sentença mencionada no parágrafo 1, na parte em que lhe foi desfavorável.**

3. No seu recurso, a Modelo Continente, conclui **pedindo que seja:**

"A decisão a quo substituída por outra que determine a MCH a emitir, por via da sua sociedade-mãe MCretail, SGPS, SA., uma caução sob a forma de fiança num valor não superior a 50% da coima máxima aplicável neste processo (aqui de € 17.880.000,00), ou seja, no valor de €8.940.000,00".

4. Invoca, em síntese:

- O presente recurso abrange os processos instaurados pela AdC com os nºs PRC/2017/1 e PRC/2017/7, cujas decisões a Modelo Continente impugnou judicialmente e nos quais foi condenada na coima única de € 121 930 000, 00 por decisão que fez o cúmulo jurídico, proferida no PRC/2017/7;

Recurso Penal

- Para atribuição de efeito suspensivo ao recurso judicial, a Modelo Continente ofereceu caução, a prestar mediante fiança no valor de 10% de cada uma das coimas em que foi condenada, a prestar pela sociedade mãe do grupo, a MCretail, SGPS, S.A.;

Primeiro motivo de discordância: o desvio que resulta do erro de cálculo do valor anual das vendas que a AdC levou em conta para fixar as coimas é superior a € 100 000 000,00

- Nos processos PRC/2017/1 e PRC/2017/7, a AdC levou em conta, como elemento para calcular as coimas, o valor anual de todas as vendas da Modelo Continente em cada um dos mercados de produto alegadamente afectados pela infracção, incluindo produtos não comprados às co-visadas Sociedade Central de Cervejas e Bebidas S.A. e Primedrinks – Comercialização de bebidas alcoólicas e produtos alimentares Lda., e produtos da própria marca ou vendidos por fornecedores concorrentes dessas duas últimas sociedades;
- A AdC rectificou esse modo de calculo nas seis decisões seguintes que proferiu, respectivamente, nos processos PRC/2017/13, PRC/2017/8, PRC/2017/4, PRC/2017/5, PRC/2017/11 e PRC/2017/3 de onde resulta que reconhece implicitamente que errou no cálculo das coimas aqui em crise;
- No PRC/2017/1 a coima parcelar de € 61 370 000,00 passaria a € 14 272 093,00 e no PRC/2017/7 a coima parcelar de € 75 630 000,00 passaria a € 5 817 692,00, aplicando o modo de cálculo rectificado, aplicado pela AdC nos restantes processos;
- Como, em resultado do cúmulo jurídico, houve redução de 11%, aplicada a mesma percentagem aos valores acima indicados, a coima única aqui em crise passaria de € 121 930 000,00 para € 17 879 909,00, valor que, arredondado seria de € 17 880 000,00;

Segundo motivo de discordância: os custos da fiança não foram levados em conta

- A fiança, no valor imposto pelo Tribunal recorrido, implica um custo de 0,6% de imposto de selo que ascende ao valor de € 731 580,00, que não foi ponderado pelo Tribunal *a quo,* contrariamente a idêntica ponderação de custos da garantia bancária feita na fixação da caução a prestar pela co-visada Auchan;
- Acresce que o Tribunal *a quo* não levou em conta, como devia ter levado, que a Modelo Continente tem pendentes outros oito processos instaurados pela AdC, por infracções ao direito da concorrência, o que pode acarretar a prestação de sucessivas cauções e o risco de não ter disponibilidade financeira para as oferecer;

Terceiro motivo de discordância: violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade

- O Tribunal *a quo* julgou que a caução deve ser proporcional ao valor da coima para

acautelar o risco de dissipação do património, no entanto, no caso das restantes visadas fixou a caução a prestar em valores de 40% ou 50% dos respectivos valores das coimas, de onde resulta a incoerência e aplicação desigual dos critérios para fixação da caução;

- Também no caso da Modelo Continente, a caução não deve ser superior a 50% do valor da coima única de € 17 880 000,00 que resultará da correcção do cálculo do valor anual das vendas erradamente feito pela AdC, ou seja, a caução a prestar não deverá ser superior a € 8 940 000,00.

Recurso da Auchan

5. A recorrente Auchan, interpôs recurso **da sentença mencionada no parágrafo 1, na parte em que lhe foi desfavorável.**

6. No seu recurso, Auchan, conclui **formulando os seguintes pedidos:**

"1. Deverá a Decisão recorrida ser revogada por erro sobre os pressupostos de direito, em violação do n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência (e do artigo 154.º do CPC e do n.º 2 do artigo 374.º do CPP), ao limitar a decisão sobre o valor da caução à função de garantia para tendencial pagamento da totalidade da coima, em violação da norma em causa, que determina a necessidade de esse juízo ser feito desde logo em função do potencial caráter meramente dilatório do recurso;
2. Deverá a Decisão recorrida ser revogada por erro sobre os pressupostos de facto, em violação do n.º 5 do artigo 84.º da Lei da Concorrência (e do artigo 154.º do CPC e do n.º 5 do artigo 97.º e do n.º 2 do artigo 374.º ambos do CPP), ao não considerar no exercício de ponderação efetuado um conjunto de factos relevantes do pleno conhecimento funcional do TCRS e, em todo o caso, de natureza pública e notória.
3. Deverá a Decisão recorrida ser revogada por manifesta falta de fundamentação, atenta a manifesta omissão de qualquer explicação, ainda que concisa, que permita apreender as razões que levaram o TCRS a fixar o valor concreto da caução em 50% do valor da coima (e que corresponderá a EUR 11 250 000,00, [onze milhões, duzentos e cinquenta mil euros])."

7. Invoca, em síntese:

- A Auchan foi condenada pela AdC na coima única de € 22 250 000,00, em cúmulo jurídico das coimas parcelares aplicadas nos processos PRC/2017/1 e PRC/2017/7;
- No recurso de impugnação judicial das decisões proferidas naqueles processos a Auchan ofereceu-se para prestar caução mediante garantia bancária, de 5% d valor da coima, o que equivale a € 1 112 500,00;
- O Tribunal recorrido deu como provados nos factos 59 a 92, a ausência de liquidez imediata e que a execução da coima representaria para Auchan um prejuízo

considerável e comprometeria a sua operacionalidade;

Primeiro motivo de discordância: o juízo de adequação e proporcionalidade do Tribunal *a quo* foi incorrecto

- Na fixação da caução, a sentença recorrida ponderou apenas a necessidade de acautelar o efectivo pagamento da coima desconsiderando que o objectivo da prestação de caução é desincentivar recursos dilatórios e que, é por isso que o juiz goza de larga margem de apreciação para fixar o valor da caução como resulta da interpretação feita pelo Tribunal Constitucional no acórdão TC 776/2019;
- O Tribunal não levou em conta, como devia, por ser do seu conhecimento funcional, que existem outros processos pendentes contra a Auchan, nos quais as coimas que lhe foram impostas totalizam € 53 117 000,00, onde falta determinar os valores da caução;
- Assim, a Auchan foi condenada na coima € 3 463 000,00 no PRC/2017/13, na coima de € 1 290 000,00 no PRC/2017/8, na coima de € 4 400 000,00 no PRC/2017/4, na coima de € 2 981 000,00 no PRC/2017/5, na coima de € 16 190 000,00 no PRC/2017/11 e na coima de € 2 600 000,00 no PRC/2017/3;
- O Tribunal *a quo* deveria ter levado em conta que o efeito cumulativo das cauções que venham a ser fixadas em todos estes processos compromete irremediavelmente a capacidade económica da Auchan;
- Não tendo havido oposição do Ministério Público nem da AdC ao valor da caução oferecido pela Auchan, a sentença não indica motivos compreensíveis para a decisão tomada;

Segundo motivo de discordância: o artigo 84 n.º 5.º do **Regime Jurídico da Concorrência (RJC)** não foi interpretado em conformidade com a Constituição

- A decisão recorrida viola o artigo 84.º n.º 5 do RJC, interpretado em conformidade com os artigos 20.º e 32.º da **Constituição da República Portuguesa (CRP).**

Recurso do Lidl

8. O recorrente Lidl interpôs recurso **da sentença mencionada no parágrafo 1, na parte em que lhe foi desfavorável.**

9. No seu recurso, o Lidl, conclui **pedindo o seguinte:**

"(...) deve a decisão recorrida ser revogada e substituída por outra que atribua o efeito suspensivo ao

Recurso Penal

recurso de impugnação judicial intentado pela Recorrente sobre a decisão final proferida pela AdC no âmbito do processo contraordenacional n.º PRC/2017/7, procedendo à fixação de caução em montante até 10% (dez por cento) da coima cominada pela AdC, ou seja até € 1.055.000,00 (um milhão e cinquenta e cinco mil euros), com as demais consequências legais."

10. Invoca, em síntese:

- O recorrente Lidl foi condenado pela AdC no pagamento de uma coima de € 10 550 000,00, no processo PRC/2017/7, tendo o Lidl impugnado judicialmente tal decisão, pedido a atribuição de efeito suspensivo ao recurso sem necessidade de prestação de caução e, subsidiariamente, tendo-se oferecido para prestar caução na forma de garantia bancária, não superior a 10% da coima, ou seja, no valor de € 1 055 00,00;

Primeiro motivo de discordância: inconstitucionalidade da solução consagrada no artigo 84.º n.º 5 do RJC

- O artigo 84.º n.º 5 do RJC é inconstitucional por vioação dos princípios da tutela jurisdicional efectiva, da proporcionalidade e da presunção da inocência, consagrados nos artigos 18.º, 20.º, 32.º n.ºs 2 e 10 e 268.º n.º 4 da CRP;
- Não existe risco de dissipação do património nem de não pagamento;
- A solução consagrada no artigo 84.º n.º 5 do RJC não corresponde à regra do direito sancionatório português onde, em geral, o recurso tem efeito suspensivo;
- As exigências de eficiência e celeridade não podem justificar a fixação da caução em 50% do valor da coima;

Segundo motivo de discordância: custos em que incorre a recorrente para prestar caução e incerteza quanto à restituição dos prejuízos causados pela prestação de caução em caso de procedência do recurso

- A caução na forma de garantia bancária tem custos para o Lidl com juros à taxa de 1,5% que ascenderão a € 80 000,00 anuais, como o Tribunal recorrido reconhece na sentença;
- A caução no valor fixado tem impacto na situação económica e financeira do Lidl implicando imobilização de capital ou redução da possibilidade de recurso ao crédito;
- Existe incerteza quanto ao regime jurídico de restituição dos prejuízos sofridos pelo Lidl com a prestação de caução, no caso de o recurso proceder.

Recurso Penal

11. **O Digno magistrado do Ministério Público na primeira instância respondeu aos três recursos, pedindo que lhes seja negado provimento, alegando, em síntese, que:**

    - O RJC e em particular o regime de recursos previsto no seu artigo 84.º, foi alterado para ficar alinhado com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE);
    - O efeito devolutivo do recurso e a exigência de caução para que seja atribuído efeito suspensivo, previstos no artigo 84.º do RJC tem por base motivos de equidade, celeridade e eficiência, como resulta da justificação dada pelo próprio legislador e não o objectivo de obstar a recursos dilatórios;
    - A caução deve ser fixada em substituição da coima, como resulta da letra do artigo 84.º do RJC, pelo que deve ser fixada no valor da coima;
    - A capacidade de prestar caução deve ser avaliada tendo em conta os recursos do grupo de empresas e, para apreciar a gravidade do prejuízo sofrido, deve ser feita a comparação entre esse prejuízo e o volume de negócios das visadas ou do grupo a que pertencem, se for o caso;
    - É o que resulta, em particular, da jurisprudência do TJUE constante dos acórdãos e despachos proferidos nos processos C-364/99, C-335/99, C-4/99 P, C-373/10 e C-51/90;
    - No mais, os argumentos das recorrentes impugnam a matéria de facto, o que não é admissível no presente recurso, por força do disposto no artigo 75.º do Regime **Geral das Contraordenações (RGCO)** aplicável por força do artigo 83.º do Regime Jurídico da Concorrência.

12. **Na segunda instância, o digno magistrado do Ministério Público emitiu parecer ao abrigo do disposto no artigo 416.º do Código de Processo Penal (CPP),** no qual companha a resposta ao recurso junta pelo digno magistrado Ministério Público na primeira instância.

13. **Cumprido o disposto no artigo 417.º do CPP**, a Modelo Continente e a Auchan responderam ao parecer do digno magistrado do Ministério Público, alegando, respetivamente e em síntese, que:

    - **A Modelo Continente invoca a aplicação imediata da nova versão do artigo 84.º n.º 5 do Regime Jurídico da Concorrência, resultante da Lei 17/2022 de 17 de Agosto**, que entrou em vigor em 16.9.2022, por, de acordo com o princípio da legalidade previsto no artigo 29.º n.ºs 1, 3, 4 e 5, ser a lei contraordenacional mais favorável;
    - Segundo defende a Modelo Continente, a lei nova, por conter uma norma processual material, está sujeita ao princípio da legalidade e aplica-se por força do artigo 43.º do RGCO aplicável *ex vi* artigo 13.º n.º 1 do Regime Jurídico da Concorrência;

- **A Auchan**, discorda do parecer do Ministério Público pelos motivos já referidos nas suas alegações de recurso.

Delimitação do âmbito do recurso

14. As questões suscitadas pelos recursos em análise, incluindo a da aplicação da lei no tempo de que o Tribunal pode conhecer oficiosamente, são as seguintes:

Recurso da Modelo Continente

A. **O erro de cálculo do valor anual das vendas que a AdC levou em conta para fixar as coimas é superior a € 100 000 000,00**

B. **Os custos da fiança não foram levados em conta pelo Tribunal**

C. **Violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade**

D. **Aplicação da lei contraordenacional mais favorável**

Recurso da Auchan

E. **O juízo de adequação e proporcionalidade do Tribunal *a quo* foi incorrecto**

F. **O artigo 84.º n.º 5 do RJC não foi interpretado em conformidade com os artigos 20.º e 32.º da CRP**

Recurso do Lidl

G. **Inconstitucionalidade da solução consagrada no artigo 84.º n.º 5 do RJC por violação dos artigos 18.º, 20.º, 32.º n.ºs 2 e 10 e 268.º n.º 4 da CRP**

H. **Custo da prestação de caução e incerteza quanto à indemnização pelos prezuízos que isso cause à recorrente em caso de procedência do recurso.**

Factos

15. Nota: este Tribunal manterá no início do cada facto a seguir enunciado a numeração que lhe foi dada na decisão recorrida para facilitar a leitura e as remissões.

Factos provados

Recurso Penal

Factos comuns:

16. (1) No âmbito do processo n.º 184/19.4YUSTR-D, a AdC proferiu decisão condenatória, no seguinte sentido, designadamente:

"Primeiro: Declarar que a SCC – Sociedade Central de Cervejas e Bebidas, SA, ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indirecta, de preços em todo o território nacional por um período de nove anos consecutivos, entre 13 de Março de 2008 e 07 de Março de 2017, praticou uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º19/2012; fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 29.500.000,00 124 (...), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º19/2012

"Segundo: Declarar que a Modelo e Continente Hipermercados, SA, ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indirecta, de preços em todo o território nacional por um período de nove anos consecutivos, entre 13 de Março de 2008 e 07 de Março de 2017, praticou uma contraordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012; fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 61.370.000,00 (...), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º19/2012.

"Terceiro: Declarar que a Pingo Doce – Distribuição Alimentar, SA, ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indirecta, de preços em todo o território nacional por um período de oito anos e cinco meses consecutivos, entre 14 de Outubro de 2008 e 07 de Março de2017, praticou uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º19/2012; fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 56.890.000,00 (...), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º19/2012

Quarto: Declarar que a Auchan Retail Portugal, SA, ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indirecta, de preços em todo o território nacional por um período de cino anos e cinco meses consecutivos, entre 18 de Outubro de 2011 e 07 de Março de 2017, praticou uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º19/2012; fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 14.200.000,00 (...), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º19/2012;

Quinto: Declarar que a ITMP Alimentar, SA, ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indirecta, de preços em todo o território nacional por um período de cinco anos e quatro meses consecutivos, entre 17 de Novembro de 2011 e 07 de Março de 2017, praticou uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFEU, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º19/2012; fixando-se a coima que lhe é aplicável em € 10.710.000,00 (...), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º19/2012 (...)".

Recurso Penal

17. (2) Em sede dos autos que correram termos sob o n.º 20/19.1YUSTR-H, a AdC proferiu decisão condenatória no seguinte sentido, designadamente:

"Primeiro: Declarar que a Visada Primedrinks – Comercialização de Bebidas Alcoolicas e Produtos Alimentares, Lda., ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indirecta, de preços em todo o território nacional entre 05.05.2007 e 18.05.2017, praticou uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 7.010.000 (...), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012;

"Segundo: Declarar que a Visada Modelo Continente Hipermercados, SA, ao participar uma prática concertada de fixação, de forma indirecta, de preços em todo o território nacional entre 22.05.2007 a 15.05.2017, praticou uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 75.630.000 (...), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012;

Terceiro: Fixar o montante da coima de concurso aplicável à Visada Modelo Continente Hipermercados, SA, em € 121.930.000 (...), atento o concurso de infracções (PRC/2017/1 e PRC/2017/7), nos termos do disposto no artigo 19.º do RGCO;

"Quarto: Declarar que a Visada Pingo Doce – Distribuição Alimentar, SA, ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indirecta, de preços em todo o território nacional entre 19.05.2009 a 18.05.2017, praticou uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 45.450.000 (...), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012;

"Quinto: Fixar o montante da coima de concurso aplicável à Visada Pingo Doce – Distribuição Alimentar, SA, em € 91.090.000 (...), atento o concurso de infracções (PRC/2017/1 e PRC/2017/7), nos termos do disposto no artigo 19.º do RGCO;

"Sexto: Declarar que a Visada Auchan Retail Portugal, SA, ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indirecta, de preços em todo o território nacional entre 22.05.2007 a 18.05.2017, praticou uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 10.790.000 (...), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012;

Recurso Penal

Sétimo: Fixar o montante da coima de concurso aplicável à Visada Auchan Retail Portugal, SA, em € 22.250.000 (...), atento o concurso de infracções (PRC/2017/1 e PRC/2017/7), nos termos do disposto no artigo 19.º do RGCO;

"Oitavo: Declarar que a ITMP Alimentar, SA, ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indirecta, de preços em todo o território nacional entre 12.02.2010 a 18.05.2017, praticou uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 11.070.000 (...), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012;

"Nono: Fixar o montante da coima de concurso aplicável à Visada ITMP Alimentar, SA, em € 19.390.000 (...), atento o concurso de infracções (PRC/2017/1 e PRC/2017/7), nos termos do disposto no artigo 19.º do RGCO;

"Décimo: Declarar que a Lidl & Cia, SA, ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indirecta, de preços em todo o território nacional entre 05.08.2010 a 18.05.2017, praticou uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 10.550.000 (...), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012;

"Décimo Primeiro: Declarar que a Cooplecnorte – Aquisição e Fornecimento de Bens e Serviços, CRL, ao participar numa prática concertada de fixação, de forma indirecta, de preços em todo o território nacional entre 13.01.2010 a 18.05.2017, praticou uma contra-ordenação às regras da concorrência, nos termos e para os efeitos da alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei n.º 19/2012 e da alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, punível com coima, nos termos e para os efeitos das alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 68.º da Lei n.º 19/2012, fixando-se a coima aplicável à Visada em € 2.060.000 (...), nos termos do disposto no artigo 69.º da Lei n.º 19/2012 (...)"

18. (3) Os autos que correram termos sob o n.º 20/19.1YUSTR-H (PRC/2017/7), foram apensos aos presentes autos que correm termos sob o n.º 184/19.4YUSTR-D (PRC/2017/1).

Factos respeitantes à Recorrente SCC - Sociedade Central de Cervejas, S.A.:

19. (4) O volume de negócios realizado pela Recorrente SCC - Sociedade Central de Cervejas, S.A. no exercício de 2019, foi de € 295.006.727,00, apresentando um lucro que ronda os € 35.100.000,00.

20. (5) A actividade desenvolvida pela Recorrente comporta custos de produção elevados.

Recurso Penal

21. (6) É, por natureza, volátil e dependente do sucesso alcançado nas "guerras de preços" com os seus concorrentes no sector da distribuição, o que implica o constante e regular financiamento de acções promocionais desenvolvidas pelos seus clientes retalhistas e que a SCC assegure fontes de financiamento permanentes e tenha disponíveis fundos de maneio para o efeito.

22. (7) O pagamento imediato de uma quantia correspondente ao valor da coima cominada pela AdC afectaria a capacidade financeira e económica da empresa para poder continuar a financiar a realização de promoções, o que afectaria a sua presença no mercado com possibilidade de perda de cota de mercado.

23. (8) Também implicaria uma diminuição na sua liquidez disponível, sendo necessário o recurso a crédito para o efeito.

24. (9) A crise pandémica por covid-19 afectou o desempenho comercial da Recorrente, sobretudo no canal on-trade (sector HoReCa).

25. (10) De 2019 para 2020 existiu uma descida no volume de facturação de cerca de 15%, tendo o lucro baixado cerca de 49%, passando de € 35.100.000 para € 17.200.000.

26. (11) Com feito, por respeito ao ano de 2020, a Recorrente SCC apresentou vendas e serviços prestados no valor de € 250.302.374,27, tendo inscrito como provisões o valor de € 15.508.824,01, apresentando um resultado líquido do período negativo de € 40.254.287,02 e um resultado operacional também negativo de € 25.673.030,04.

27. (12) No mesmo ano de 2020, a Recorrente tinha um total de activos de € 438.454.150,76, capitais próprios negativos de € 27.069.714,49 e um passivo total de € 465.523.865,25, sendo a título de activo corrente, o valor de € 122.503.445,09, activo não corrente de € 315.950.705,67, passivo corrente de € 60.613.501,77 e passivo não corrente de € 404.910.363,48.

28. (13) Fechou o ano com € 44.458.804,96 em caixa e depósitos bancários.

29. (14) Empregou 637 pessoas.

30. (15) Por respeito ao ano de 2021, apresentou um resultado líquido também negativo de cerca de € 18.000.000,00.

31. (16) O valor de € 44.458.804,96 em caixa e depósitos bancários estava previsto destinar-se e destinou-se ao pagamento de compromissos e obrigações já assumidas pela Recorrente.

Recurso Penal

Factos respeitantes à Recorrente Modelo Continente Hipermercados, S.A.:

32. (17) No dia 31 de Dezembro de 2019, o resultado líquido da Recorrente foi de € 7.224.306.85.

33. (18) No dia 30 de Setembro de 2020, a Recorrente apresentava um resultado líquido negativo no montante de € 28.181.316,39.

34. (19) Contudo, por referência a 31 de Dezembro de 2020, a Recorrente apresentou vendas e serviços prestados no valor de € 4.344.041.819,74, com constituição de provisões no valor de € -20.863,96, um resultado líquido do período de € 148.654,76 e um resultado operacional de € 92.439.080,81.

35. (20) Tinha no mesmo ano de 2020, um activo total de € 3.743.132.561,98, apresentando um total de capital próprio de € 454.588.891,51 e um passivo total de € 3.288.543.670,47, apresentando ainda um activo corrente de € 922.032.557, 28, um passivo corrente de € 1.556.031.173,07, um passivo não corrente de € 1.732.512.497,40 e um activo não corrente de € 2.821.100.004,70.

36. (21) Empregou no mesmo ano de 2020, 24.940 trabalhadores.

37. (22) Em caixa e depósitos bancários, fechou o ano de 2020, com € 70.201.983,83.

38. (23) Este valor em caixa e depósitos bancários engloba uma folga de prudência, com vista a atingir um nível de rating favorável perante os respectivos credores.

39. (24) Para evitar condicionar esse nível de rating, a Recorrente para proceder ao pagamento de valor correspondente ao da coima cominada pela AdC, teria de recorrer a empréstimo bancário, com acréscimo de custos associados e aumento do risco de crédito.

40. (25) Em 2021, a Recorrente estima um resultado liquido de cerca de 20 a 25 milhões.

41. (26) O pagamento imediato de um valor igual ao da coima cominada também significaria uma diminuição da sua liquidez disponível.

42. (27) Em 10 meses no ano de 2020, a Recorrente suportou custos directamente relacionados com a pandemia por covid-19, no valor aproximadamente de € 23.592.875,23, nomeadamente com a aquisição de equipamentos de protecção individual, limpeza e segurança, colocação de estruturas de acrílico e despesas logísticas.

Recurso Penal

43. (28) Também atribuiu descontos em rendas que lhe eram devidas por entidades terceiras, num valor aproximado de € 4.675.000,00, tendo em vista a mesma pandemia.

44. (29) Foram orçamentados para 2021 custos de aproximadamente € 11.644.000,00, que incluem aquisição de equipamentos de protecção individual, limpeza e segurança e despesas logísticas.

45. (30) De acordo com o plano actual de expansão, a Recorrente prevê investir na abertura de cerca de 24 novos estabelecimentos, sendo 21 lojas Continente Bom Dia e 3 lojas Modelo Continente.

46. (31) Os investimentos estimados pela abertura de cada loja são de € 2.911.748,00, no caso de lojas Continente Modelo, € 1.521.304,00, no caso de lojas Continente Bom Dia e de € 1.436.961,00, no caso de lojas Continente Bom Dia de formato conveniência.

47. (32) A supressão de capacidade de investimento que decorre do pagamento do valor da coima cominada implica a perda de benefício de conveniência, diversidade de escolha e proximidade para o consumidor e impossibilidade de criação de novos postos de trabalho directos e indirectos.

48. (33) Uma vez que o plano de abertura de novas lojas já está em curso, a Recorrente teria dificuldades em cancelar esse plano de abertura.

49. (34) O pagamento do valor correspondente ao da coima única cominada implicará o recurso ao crédito por parte da Recorrente, o que afectará a sua capacidade de endividamento, atrasando ou ponto em causa a sua capacidade de realização de investimentos adicionais.

50. (35) A prestação de uma garantia bancária ou constituição de um seguro-caução importa a liquidação, ab initio, do imposto de selo à taxa de 0,6%.

51. (36) Acrescerá ainda a remuneração do banco, seguradora ou terceiro que não será inferior a 0,3% por ano.

52. (37) A Sociedade mãe da Modelo Continente Hipermercados e detentora da totalidade do seu capital social, a Sonae MC, SGPS, com capital social de € 1.000.000.000,00, aceita prestar fiança com renúncia expressa ao benefício da excussão prévia a favor da primeira, em termos e condições, eventualmente a ajustar, pelo valor que vier a ser fixado pelo Tribunal, até ao limite do valor da(s) coima(s) cominada(s) pela Autoridade da Concorrência.

53. (38) A Sonae MC, SGPS tinha à data de 30 de Setembro de 2020 um activo patrimonial de 2.973 milhões de euros.

54. (39) A prestação de caução mediante fiança apresenta-se como a forma menos onerosa em termos financeiros e de perfil de risco para a Recorrente.

Factos respeitantes à Recorrente Pingo Doce - Distribuição Alimentar, SA:

55. (40) O investimento do Grupo JM no retalho em Portugal foi: em 2020, de cerca de 80 milhões de euros; e em 2021, de cerca de 100 milhões de euros.

56. (41) O pagamento de montante igual ao da coima cominada implica a imobilização de tal valor, por um período de tempo desconhecido, o que implica que a Recorrente não possa dispor do montante para investir em alternativas rentáveis, como a expansão e remodelação do seu parque de lojas, com perda de vendas e custos de manutenção acrescidos, com impacto ainda na geração e manutenção de emprego.

57. (42) Também limita a sua capacidade de financiamento junto de instituições financeiras e de obtenção de suprimentos por parte das empresas-mãe, por via de cláusulas inseridas em contratos de empréstimo celebrados com instituições financeiras internacionais, existindo ratios financeiros inferiores consoante exista o pagamento de coimas ou não.

58. (43) Este tipo de indicadores serve ainda de base à atribuição de seguros de crédito solicitados por fornecedores, nomeadamente internacionais, o que causará restrições no fornecimento de bens e serviços ou condições de preço menos favoráveis ou de pagamento.

59. (44) O pagamento integral de valor correspondente ao da coima implicará recorrer a endividamento adicional, com acréscimo de custos financeiros directos, podendo ainda, na perspectiva dos stakeholders, consubstanciar uma assunção de culpa, provocando na consciência dos consumidores a ideia de culpa, considerando que os preços pagos pelos produtos terão tido uma subida generalizada, procurando as empresas "não cartelizadas", o que provocaria uma redução nas vendas.

60. (45) A Pingo Doce faz parte de dois grupos cujas empresas mãe são a Jerónimo Martins, SGPS, SA e Koninklijke Ahold Delhaize NV, as quais têm o seu capital social admitido à cotação, respectivamente na Euronext Lisboa e Euronext Amesterdão e Bruxelas, sendo que a inscrição, nas contas consolidadas de verba de montante equivalente ao da coima, tem consequências negativas na percepção dos actuais e potenciais investidores nestas sociedades.

61. (46) Também implica maiores custos de financiamento e cobertura de risco, na percepção do risco atribuído a transacções com a sociedade por parte de instituições de crédito e seguradoras.

62. (47) Em Julho de 2020, os custos com a covid-19, para o grupo Jerónimo Martins, foram de cerca de 32 milhões de euros.

63. (48) A Pingo Doce, dado o seu histórico de elevado número de visitas e alta densidade de vendas, esteve particularmente exposto aos limites impostos ao número de clientes dentro das lojas e registou uma redução de vendas de 2,9% no período, em um LFL (excluindo combustível) de 2%.

64. (49) Este desempenho veio a traduzir-se num impacto no segundo trimestre de 2020, no qual as vendas caíram 8,8% e o LFL (excl. combustível) recuou 8,5%.

65. (50) Por força da procura pelos consumidores de lojas com mais espaço e menos clientes, na época de pandemia, em 2020, a Pingo Doce registou um EBITDA de 223 milhões de euros, 15,4% abaixo do ano anterior, com uma margem de 5,8% (6,7% em 2019).

66. (51) Esta redução de margem reflecte os custos adicionais relacionados com a gestão da operação num contexto de crise de saúde pública e o desempenho negativo das vendas, a não permitir a diluição dos custos.

67. (52) A área das lojas da Recorrente tem impactado no aumento e mesmo manutenção do número dos seus clientes, o que implica a necessidade de realização de investimentos para remodelar e renovar as existentes, sob pena de nova diminuição de número de clientes.

68. (53) Esse investimento em lojas teria de ser refreado, caso a Recorrente tivesse de despender montante coincidente com o da coima cominada.

69. (54.) Por respeito ao ano de 2020, a Recorrente Pingo Doce apresentou vendas e serviços prestados no valor de € 4.153.127.932,03, provisões de € 1.155.850,91, um resultado operacional de € 26.138.969,58 e um resultado líquido do período de € 25.773.258,14.

70. (55) No mesmo ano de 2020, apresentou um activo total no valor de € 1.890.558.562,08, capitais próprios de € 177.807.911,59 e um total de passivo de € 1.712.750.650,49, apresentando ainda um activo corrente de € 359.048.272,86, um passivo corrente de € 1.363.416.514,22, passivo não corrente de € 349.334.136,27 e activo não corrente de € 1.531.510.289,22.

71. (56) Apresentou um total de caixa e depósitos bancários de € 34.067.297,65.

72. (57) Empregou 26.327 trabalhadores.

73. (58) A JMR – Prestação de Serviços para a Distribuição SA aceita prestar fiança com renúncia expressa ao benefício da excussão prévia no montante a fixar pelo tribunal, com o limite máximo correspondente ao valor da coima única cominada, a favor da Recorrente.

Factos respeitantes à Recorrente Auchan Retail Portugal, SA:

74. (59) A Auchan viu o seu negócio de venda de combustíveis ser afectado negativamente durante do período de pandemia.

75. (60) O grupo Auchan a nível internacional tem uma capacidade de endividamento limitada, tendo um rating emitido pela Standard & Poor's de BBB-, o que dificulta o aumento de endividamento ao nível internacional para o envio de fundos para Portugal.

76. (61) O Grupo Auchan em Portugal apresenta a seguinte composição: Auchan Portugal, SA (AP): holding do Grupo Auchan, em Portugal, com a competência e responsabilidade de gestão das suas subsidiárias as quais têm por missão a de exercer o comércio, por grosso e a retalho e a indústria de géneros alimentícios e outros artigos compreendidos no ramo de hipermercados e supermercados, bem como representações, agências e comissões, a compra, venda, compra para revenda, construção, locação, exploração e administração de imóveis destinados àinstalação de hipermercados, supermercados, centros comerciais e ainda de imóveis destinados a escritórios e à habitação; Auchan Retail Portugal, SA: constituída em 1991, é a empresa do Grupo Auchan responsável pela exploração, em Portugal, de: (i) 31 hipermercados; (ii) 4 supermercados; (iii) 30 lojas de proximidade MyAuchan; e (iv) 29 gasolineiras; e Auchan Gestão de Marcas, SA: constituída em 2014, é a empresa responsável pela gestão das marcas "Auchan".

77. (62) A gestão do Grupo Auchan, em Portugal, é efectuada numa óptica de grupo económico por parte da AP, como são indicadores: (i) a existência de órgãos sociais comuns; (ii) o apuramento e pagamento de impostos, em Portugal, através do RETGS - Regime especial de tributação dos grupos de sociedades, ou seja, a matéria colectável é apurada tendo por base o "lucro consolidado" obtido pelas 3 empresas acima referidas.

78. (63) Aquando da obtenção de crédito e/ou de garantias bancárias, junto de entidades financeiras, as análises de risco efectuadas têm por base a informação financeira consolidada (Grupo Auchan), considerando-se assim que, as demonstrações financeiras consolidadas apresentadas pela Auchan Portugal, S.A., traduzem a efectiva operação global do Grupo em Portugal.

Recurso Penal

79. (64) Em 2020, a Auchan Portugal SA alcançou um volume de negócios consolidado de M€ 1.449 (M€ 1.473 em 2019), montante que se traduz num decréscimo de M€ 23,7 (1,6%), face ao registado em 2019.

80. (65) As cotas consolidadas do grupo Auchan em Portugal, relativas a 2020, apresentaram um capital próprio de € 22.043.920,92, face a um total de Balanço de € 495.512.577,37, sendo os capitais próprios consolidados da empresa no valor de 4% do total do balanço.

81. (66) Os principais gastos operacionais da AP respeitam ao custo das mercadorias vendidas e aos gastos com o pessoal, com um peso de 75% e 12% do volume de negócios em 2020, respectivamente.

82. (67) Em 2020, os fornecimentos e serviços externos tiveram um peso, nos gastos operacionais da actividade do Grupo, de aproximadamente 9% face ao volume de negócios registado em 2020.

83. (68) Em 2020, o EBITDA reportado pela Auchan Portugal apresentou um decréscimo de 15% (cerca de M€ 13,7), face aos valores registados em 2019.

84. (69) Contudo, o EBITDA recorrente (negócio), no período em análise, apresentou valores estáveis, ascendendo este rácio a M€ 74,5 no exercício de 2020.

85. (70) Numa perspectiva consolidada, o Resultado Líquido do Período, atribuível aos accionistas, ascendeu nos dois últimos exercícios a M€ 35,7 (2020) e a M€ 32,8 (2019).

86. (71) No que se refere aos fluxos de caixa, gerados pela actividade operacional, constata-se uma estabilidade nos fluxos de caixa operacionais (aproximadamente M€ 52 em 2020), os quais têm vindo a financiar as necessidades de tesouraria, similares, inerentes às actividades de investimento (M€ 53 em 2020).

87. (72) O Grupo Auchan Portugal é caracterizado pela relevância das suas vendas, no canal hipermercados, através dos quais se verifica uma grande sensibilidade aos preços de venda por parte dos seus clientes.

88. (73) O contexto pandémico acelerou as alterações no consumo, por parte dos clientes de retalho, incrementando a preferência e procura por lojas de proximidade e por plataformas de comércio electrónico.

89. (74) Neste sentido, o Grupo Auchan tem vindo a perder quota de mercado, face aos seus principais concorrentes (Intermarche, LIDL, Pingo Doce e Modelo Continente), mantendo-se actualmente como o quinto grande distribuidor em Portugal.

Recurso Penal

90. (75) Em Julho de 2021, de acordo com dados preparados pela Nielsen, a quota de mercado diminuiu para 5,4%, face a uma quota de 6,1% detida, em igual período de 2020.

91. (76) Por forma a recuperar a quota de mercado perdida, bem como para se ajustar à alteração dos hábitos de consumo dos portugueses, o plano de investimentos da Auchan Portugal, para o período 2021-2025, estima necessidades de investimento (CAPEX) de aproximadamente M€ 60/ano.

92. (77) Este montante é superior à capacidade de gerar fluxos de caixa operacionais, por parte do Grupo Auchan Portugal (cerca de M€52).

93. (78) Para reforçar a sua continuidade no mercado, a Auchan terá de reforçar os seguintes investimentos: abertura de novas lojas; modernização das lojas actuais, reforçar a atractividade (redução de preços, aumento de promoções), investir em equipamentos, instalações e automação das infra-estruturas do backoffice do comércio electrónico, cujas vendas têm tido um crescimento significativo.

94. (79) O esforço de investimento em CAPEX, por forma a assegurar os valores operacionais históricos do Grupo Auchan, é desde logo visível no incremento dos activos fixos tangíveis, já registado em 2020, designadamente na construção da nova sede, de novas lojas e na remodelação de actuais lojas, em montante aproximado de M€ 60.

95. (80) O Grupo Auchan evidencia um Fundo Maneio negativo, sinónimo de que o seu passivo corrente é muito superior ao seu activo circulante, ou seja, os activos fixos estão a ser financiados por passivos exigíveis a curto prazo.

96. (81) Este potencial desequilíbrio é controlado pela empresa no sentido de que o prazo de realização do seu activo circulante (prazo médio de recebimento), essencialmente das dívidas dos seus clientes e da venda dos seus inventários, é muito inferior ao prazo de exigibilidade dos passivos correntes (prazo médio de pagamento).

97. (82) As Necessidades de Fundo de Maneio apresentam uma tendência estável, ao longo do período em análise, sendo, contudo, de destacar uma ligeira redução dos prazos médios de pagamento (72 dias em 2018 para 69 dias em 2020).

98. (83) Pese embora o Grupo Auchan seja caracterizado por uma reduzida dívida financeira, não existindo mesmo dívida bancária, através da análise aos rácios de autonomia financeira constata-se que os mesmos são baixos, oscilando entre os 4,1% em 2016 e os 4,2% em 2020.

Recurso Penal

99. (84) Segundo as melhores práticas na análise de crédito efectuada pelas entidades bancárias, o rácio de Autonomia financeira, dependendo de cada situação particular, deverá situar-se no mínimo entre os 15% e 20%, situação que poderá originar dificuldades por parte do Grupo na obtenção de financiamento e/ou produtos colaterais, junto de entidades bancárias.

100. (85) Ao longo dos últimos 5 anos, o rácio de endividamento apresenta valores médios de 95%, atingindo em 2020 a percentagem de 95,76%, os quais são superiores: (i) aos dados de endividamento dos principais concorrentes de mercado, calculados com base na informação financeira pública (Pingo Doce: 89% em 2020; e Modelo Continente: 87,6% em 2020); (ii) aos referenciais internacionais, de endividamento, aplicáveis ao sector retalho (73% de acordo com a informação aferida em https://www.readyratios.com/sec/industry/G/). A nível internacional, o Grupo Auchan, através da sua Holding (ELO), tem sido classificado como uma entidade de risco financeiro significante, como é o exemplo da atribuição de rating Standard & Poor's de BBB-, com referência a Maio de 2021. A atribuição do referido rating internacional, tem sido limitativo na obtenção de financiamento externo, por parte da Holding Internacional, e consequentemente limitativo na sua capacidade de financiamento da sua operação em Portugal.

101. (86) Pese embora o Grupo Auchan, com referência a 31 dez. 20, não possua dívida financeira, para com entidades bancárias, constata-se a já existência de uma exposição financeira, potencial, no montante global de M€ 52,5, inerente a garantias bancárias.

102. (87) A contratação de uma garantia bancária por parte da Recorrente, para a finalidade de caução em tribunal e num montante de M€ 22,5, implica um gasto financeiro de, aproximadamente, m€ 250, no primeiro ano de contratação, acrescido de um gasto anual de m€ 115, para os períodos subsequentes.

103. (88) O incremento em 50% das responsabilidades financeiras potenciais, assumidas no âmbito da contratação da garantia bancária em análise, reduz a capacidade existente e já residual, do Grupo Auchan, para a contratação de: garantias bancárias exigíveis como normal garante de execução de contratos de fornecimentos de bens e serviços, estabelecidos com entidades públicas e/ou privadas; financiamentos bancários necessários à satisfação das necessidades de CAPEX, prevista em plano de investimento, considerados pela Gestão da AP como essenciais para a manutenção, nos valores históricos dos últimos 3 anos, da operação em Portugal.

104. (89) Por referência ao ano de 2020, a Recorrente Auchan apresentou vendas e serviços prestados no valor de € 1.447.605.990,60, um resultado operacional de € 44.144.156,04 e um resultado líquido do período de € 31.600.049,34.

105. (90) Nesse mesmo ano, o total do activo foi de € 671.639.378,44, o total do passivo de € 427.525.022,25 e capitais próprios de € 244.114.356,19, sendo o activo não corrente de € 358.168.961,83, o activo corrente de € 313.470.416,61, o passivo corrente de € 418.634.979,28 e o passivo não corrente de € 8.890.042,97.

106. (91) Fechou o ano com caixa e depósitos bancários no valor de € 6.204.969,98.

107. (92) Empregou 8.756 trabalhadores.

Factos respeitantes à Recorrente ITMP Alimentar, SA:

108. (93) Por respeito ao ano de 2020, a Recorrente apresentou um total de activos de € 158.125.486,24 (não correntes de € 31.828.013,56 e correntes de 126.297.472,68), capital próprio negativo de € 24.581.306,52, um passivo de €182.706.792,76 (não corrente de € 12.251.508,24 e corrente de € 170.455.284,52), vendas e serviços no valor global de € 840.585.686,29, um resultado operacional negativo de € 14.698.617, 89 e um resultado líquido do período negativo de € 12.363.471,94.

109. (94 No mesmo ano de 2020, empregou cerca de 225 trabalhadores.

110. (95) Fechou o ano de 2020, com caixa e depósitos bancários de € 14.555.314,45.

111. (96) O pagamento de valor correspondente ao da coima cominada pela AdC por parte da ITMP, SA traria dificuldades à tesouraria da Recorrente e impactaria os cash flows projectados para o ano subsequente, bem assim como a capacidade de financiamento da Recorrente junto dos bancos, que ficaria comprometida, colocando em causa a sustentabilidade da Recorrente em face dos compromissos já assumidos e o fundo de maneio existente, comprometendo pagamentos de mercadorias, de salários, de funcionamento correntes, publicidade e investimento, com afectação no volume de vendas.

112. (97) Em Maio de 2022, a Recorrente apresentava capitais próprios negativos de cerca de 26 milhões de euros.

113. (98) A Recorrente aprovisionou nas suas contas um montante de 10 milhões de euros, por via da coima cominada pela AdC.

114. (99) A prestação de garantia bancária pela Recorrente implicaria que a mesma tivesse que pagar taxas de juros à entidade bancária, no valor de cerca de 1,5% a 2% anualmente, com necessidade de colateralização mediante caução de parte do valor garantido correspondente a 20 / 30%.

Recurso Penal

Factos respeitantes à Recorrente Primedrinks – Comercialização de Bebidas Alcoólicas e Produtos Alimentares, Lda.:

115. (100) A Primedrinks é uma distribuidora de bebidas alcoólicas e produtos alimentares e tem como objecto a prestação de um serviço de distribuição, promoção e marketing a empresas e marcas, nomeadamente de vinhos e de bebidas espirituosas, sendo uma empresa que desenvolve a sua actividade exclusivamente no mercado nacional.

116. (101) Desenvolve os seus melhores esforços de marketing e comercialização de produtos que adquire a empresas que os produzem (brand owners), designadamente vinhos, bebidas espirituosas e, em volumes menores, azeites, vinagres e cerveja artesanal.

117. (102) Os canais de comercialização da Primedrinks são o canal retalhista (hipermercados, supermercados e discounts) e o canal grossista (cash & carry's e armazenistas), localizados em Portugal Continental e nas Regiões Autónomas da Madeira e dos Açores.

118. (103) Os canais de comercialização identificados vendem posteriormente os produtos que adquirem à Recorrente directamente ao consumidor final ou aos seus clientes do canal HoReCa.

119. (104) O negócio que prossegue é tipicamente um negócio de baixa rentabilidade.

120. (105) Perante os efeitos negativos da pandemia, a Recorrente pôs em prática um conjunto de medidas, entre as quais: cortes nos gastos com o pessoal, adiamento de investimentos, recurso a medidas públicas (lay-off) e redução e/ou corte de actividades e serviços.

121. (106) Estas medidas reduziram o impacto gerado pela quebra das vendas, conservando a expectativa da Recorrente de poder manter a sua viabilidade económica e financeira e a sua actividade.

122. (107) A autonomia financeira da Primedrinks é reduzida, já que os seus activos são financiados por capitais alheios e não por capitais próprios, sendo que em 2019 apenas 10% dos activos estavam a ser financiados por capitais próprios.

123. (108) O pagamento de montante correspondente ao da coima cominada pela AdC agravará o ratio de autonomia financeira da Recorrente, agravando negativamente o recurso a financiamentos bancários de curto prazo para fazer face a necessidade de tesouraria.

124. (109) O agravamento do passivo também aumenta a dependência de financiamento externo, nomeadamente o contraído junto de instituições financeiras.

125. (110) O mesmo pagamento de montante correspondente ao da coima implicará uma situação de passivo superior ao activo.

126. (111) A Recorrente emprega cerca de 85 colaboradores.

127. (112) A constituição de uma garantia bancária obriga ao seu relato no Anexo às Demonstrações Financeiras da Primedrinks, pelo que qualquer avaliação de risco (rating) será agravada.

128. (113) A degradação do rating pode provocar, junto das instituições financeiras, seguradoras ou fornecedores efeitos como o aumento dos custos de financiamento e de prémios de seguros de produtos actualmente utilizados pela Primedrinks, incumprimento de cláusulas contratuais que obrigam à manutenção de determinadas condições (por exemplo, determinados rácios económico-financeiros), inibição de renovação de produtos/serviços já existentes, incapacidade de acesso a novos produtos/serviços, acréscimo do custo anual gerado pela constituição de uma garantia bancária sem prazo certo, sendo que a remuneração a pagar à entidade financeira prestadora será uma percentagem do valor total da garantia, sendo o seu valor máximo correspondente ao acumulado de remunerações que dependerá do tempo decorrido até à prolação de decisão final no processo.

129. (114) Para além disso, será necessário constituir uma provisão que afecta os resultados e que agravará o passivo da empresa e a colocará perante uma situação de capitais próprios negativos.

130. (115) Contudo, a prestação de uma garantia bancária é a situação que a Recorrente defende como a sendo menos onerosa do ponto de vista da gestão de tesouraria.

131. (116) No exercício de 2019, o volume de negócios da Primedrinks atingiu o montante de 70.156.177 euros.

132. (117) Por sua vez, o resultado líquido do período foi de 212.795 euros por força especialmente do custo das mercadorias vendidas e das matérias consumidas que alcançou 50.388.801 euros.

133. (118) A actividade da Recorrente foi afectada pela pandemia por covid-19, tendo uma retracção no seu volume de negócios anual, em 2020, de cerca de 17% (cerca de 12 milhões de euros a menos).

134. (119) Em 2019, apresentou um activo de 24.517.628 euros.

135. (120) Em 2020, a Primedrinks apresentou vendas e serviços prestados no valor de € 58.110.186,00, um resultado operacional de € 287.086,00 e um resultado líquido do período de € 114.271,00, o que representou uma quebra de 46% face a 2019.

136. (121) O valor total dos activos em 2020 foi de € 24.478.993,00, o passivo total foi de € 22.064.722,00, com capitais próprios de € 2.414.271,00, sendo que o activo corrente foi de € 24.396.170,00, o activo não corrente foi de € 82.823,00, o passivo corrente foi de € 19.913.789,00 e o não corrente de € 2.150.933,00.

137. (122) Também em 2020, fechou o ano com valores em caixa e depósitos bancários de € 6.243.476,00.

138. (123) Por sua vez, por respeito ao ano de 2021, um vendas e serviços prestados no valor de 69.524.944, 00, um resultado operacional de € 395.120,00 e um resultado líquido do período de € 156.435,00.

139. (124) Nesse mesmo ano de 2021, apresentou activos no valor total de € 25.724.610,00, passivos totais de € 23.268.175,00 e capitais próprios de € 2.456.435,00, sendo que o activo corrente foi de € 25.599.800,00, o activo não corrente de € 124.810,00, o passivo corrente foi de € 21.531.076,00 e o passivo não corrente de € 1.737.099,00.

140. (125) Também no mesmo ano de 2021, a Recorrente apresentou vendas e serviços prestados de € 69.524.944,00, tendo em caixa e depósitos bancários o total de € 2.837.936,00.

Factos respeitantes à Recorrente Cooplecnorte – Aquisição e Fornecimento de Bens e Serviços, CRL:

141. (126) A Recorrente Cooplecnorte – Aquisição e Fornecimento de Bens e Serviços é uma cooperativa.

142. (127) Por respeito ao ano de 2020, a Recorrente apresentou vendas e serviços prestados no valor de € 146.859.128,04, um resultado operacional de € 483.417,57, um resultado liquido do período de € 318.459,70.

143. (128) Por referência ao mesmo ano, apresentou activos totais de € 38.243.083,69, um passivo total de € 36.289.308,69 e capital próprio de € 1.953.775,00, sendo que os activos correntes correspondem a € 26.036.518,24, os activos não correntes a € 12.206.565,45, o passivo corrente a € 33.274.308,69 e o passivo não corrente a € 3.015.000,00.

144. (129) Findou o ano de 2020 tendo um total de caixa e depósitos bancários de € 2.904.659,43.

145. (130) Empregou 154 trabalhadores remunerados.

146. (131) A Gestelec – Gestão e Investimentos, Sociedade Unipessoal, Lda., sociedade imobiliária do Movimento E.Leclerc, tem inscrita a seu favor a propriedade dos seguintes imóveis: mediante a ap. 12 de 2008/09/25, a fracção autónoma A, composta por espaço destinado a fins terciários, com a área de 3.943,35 m2, descrito na 1ª Conservatória do Registo Predial de Setúbal, na ficha com o n.º 2301/19870617 – A, com uma valor patrimonial tributário de € 960.713,40; mediante a ap. 12 de 2008/09/25, a fracção autónoma B, composta por espaço destinado a fins terciários, com a área de 5.796 m2, , descrito na 1ª Conservatória do Registo Predial de Setúbal, na ficha com o n.º 2301/19870617 – B, com o valor tributável de € 1.380.156,59.

147. (132) A referida sociedade GESTELEC -GESTÃO E INVESTIMENTOS, SOCIEDADE UNIPESSOAL LDA., declarou expressamente, na qualidade de única e legítima proprietária das fracções autónomas designadas pelas letras "A" e "B" que integram o prédio urbano sito em Brejos de Azeitão, da união das freguesias de Azeitão (São Lourenço e São Simão), concelho de Setúbal, descrito junto da 1.ª Conservatória de Registo Predial de Setúbal sob o n.º 2301, da freguesia de S. Lourenço e inscrito na matriz sob o artigo 5018 da actual união de freguesias de Azeitão (São Lourenço e São Simão), aceitar que sejam constituídas hipotecas sobre as referidas fracções autónomas, a título de caução, pelo valor máximo correspondente à coima aplicada pela Autoridade da Concorrência no processo contra-ordenacional n.º PRC/2017/7, cujo recurso corre termos, após conexão, no Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão, J3, sob o número 184/19.4YUSTR-D.

Factos respeitantes à Recorrente Lidl & CIA:

148. (133) Enquanto empresa de retalho, a Lidl depende de fornecedores e prestadores de serviços, para além dos seus colaboradores, que devem ser pontualmente pagos, o que exige disponibilidades financeiras de tesouraria.

149. (134) A actividade de retalho exige investimentos contínuos.

150. (135) A Recorrente tem previsto investir na aquisição, construção e renovação de parque de lojas e reforço de infra-estruturas logísticas e operacionais, no coprrente ano, o valor de 205 milhões, no próximo ano mais 220 milhões e em 2024 o valor de 180 milhões,

com recurso a crédito, sendo que o pagamento da coima cominada pela AdC representa o investimento em duas novas lojas.

151. (136) O resultado líquido entregue pela Lidl às suas sócias encontra-se alocado ao reembolso de empréstimos contraídos internacionalmente junto de diversas entidades bancárias.

152. (137) O pagamento imediato de valor correspondente ao da coima cominada pela AdC pela Recorrente Lidl, colocaria em causa as condições de tesouraria e a sua operacionalidade, criando riscos de incumprimento dos compromissos financeiros assumidos perante terceiros.

153. (138) A execução imediata da coima representa um risco reputacional para a Recorrente Lidl, afectando a sua credibilidade, prestigio e reputação, quer ao nível nacional, quer ao nível internacional.

154. (139) A prestação de uma garantia bancária exige a realização de uma caução a favor da instituição financeira e o pagamento de uma taxa de juro ao ano no valor de cerca de 1,5%.

155. (140) Por respeito ao ano de 2020, a Recorrente Lidl apresentou vendas e serviços prestados no valor de € 2.049.493.511,25, um resultado operacional de € 99.837.263,77, um resultado líquido do período de € 60.576.731.86, fechando o ano com caixa e depósitos bancários no valor de € 66.804.347,85.

156. (141) Por referência ao mesmo ano de 2020, a Recorrente apresentou um total de activos de € 1.157.443.731,55 (sendo não corrente de € 960.644.753,83 e corrente de € 196.798.977,72) e um total de passivo de € 894.021.848,85 (sendo não corrente de € 384.032.347,47 e corrente de € 509.989.501,38) e capitais próprios de € 729 263.421.882,70.

157. (142) Empregou 8520 trabalhadores.

Factos não provados

Factos respeitantes à Recorrente Pingo Doce:

158. (1) A descida das vendas dada como provada por via da sensação dos consumidores de assunção de culpa da Recorrente por pagar a coima seria não inferior a 1%.

159. (2) O acréscimo de custos financeiros directos com o financiamento par pagamento imediato da coima, como provado, seria de cerca de 567 mil euros por ano.

160. (3) O investimento do Grupo JM no retalho em Portugal foi: Em 2018, cerca de 79,6 milhões de euros; Em 2019, cerca de 112,7 milhões de euros.

Factos respeitantes à Recorrente Auchan Retail Portugal, SA:

161. (4) As promoções e publicidade têm um peso grande nas vendas da Auchan.

162. (5) Precisa de renovar uma parte significativa do seu sistema informático (que se encontra desactualizado e com grande antiguidade).

163. (6) Para esse efeito, existe um plano de migração para o novo sistema informático de gestão comercial, gestão do cliente e para a cadeia de aprovisionamento e para a contabilidade.

Factos respeitantes à Recorrente ITMP Alimentar, SA:

164. (7) A actividade da Recorrente foi afectada negativamente pela pandemia.

Factos respeitantes à Recorrente Lidl & CIA:

165. (8) O dano reputacional da Lidl dado como provado, traduzir-se-ia em perdas de dezenas de milhões de euros.

Quadro legal relevante

166. Quadro legal relevante para a decisão:

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia ou TFUE

Artigo 3.º n.º 1 - b)
1 - A União dispõe de competência exclusiva nos seguintes domínios:
(...)
b) Estabelecimento das regras de concorrência necessárias ao funcionamento do mercado interno;
(...)

Artigo 101.º
1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:
a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação;
b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos;
c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento;
d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.
2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.
3. As disposições no n.o 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:
- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,
que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que:
a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos;
b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Artigo 278.º
Os recursos interpostos para o Tribunal de Justiça da União Europeia não têm efeito suspensivo. Todavia, o Tribunal pode ordenar a suspensão da execução do ato impugnado, se considerar que as circunstâncias o exigem.

Artigo 279.º
O Tribunal de Justiça da União Europeia, nas causas submetidas à sua apreciação, pode ordenar as medidas provisórias necessárias.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ou Carta

Artigo 47.º
Direito à ação e a um tribunal imparcial
Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma ação perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo.
Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo.
É concedida assistência judiciária a quem não disponha de recursos suficientes, na medida em que essa assistência seja necessária para garantir a efetividade do acesso à justiça.

Artigo 48.º
Presunção de inocência e direitos de defesa
1. Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa.
2. É garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa.

Constituição da Republica Portuguesa, também CRP ou Constituição

Artigo 12.º
Princípio da universalidade
1. Todos os cidadãos gozam dos direitos e estão sujeitos aos deveres consignados na Constituição.
2. As pessoas coletivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza.

Artigo 18.º n.º 2
Força jurídica

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

(...)
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.
(...).

Artigo 20.º
Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva
1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
3. A lei define e assegura a adequada proteção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

Artigo 32.º

Garantias de processo criminal
1. O processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso.
2. Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.
3. O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os atos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória.
4. Toda a instrução é da competência de um juiz, o qual pode, nos termos da lei, delegar noutras entidades a prática dos atos instrutórios que se não prendam diretamente com os direitos fundamentais.
5. O processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório.
6. A lei define os casos em que, assegurados os direitos de defesa, pode ser dispensada a presença do arguido ou acusado em atos processuais, incluindo a audiência de julgamento.
7. O ofendido tem o direito de intervir no processo, nos termos da lei.
8. São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações.
9. Nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.
10. Nos processos de contraordenação, bem como em quaisquer processos sancionatórios, são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.

Artigo 81.º - f)
Incumbências prioritárias do Estado
Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:
(...)
f) Assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral;
(...)

Artigo 99.º

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Objetivos da política comercial
São objetivos da política comercial:
a) A concorrência salutar dos agentes mercantis;
b) A racionalização dos circuitos de distribuição;
c) O combate às atividades especulativas e às práticas comerciais restritivas;
d) O desenvolvimento e a diversificação das relações económicas externas;
e) A proteção dos consumidores.

Artigo 204.º
Apreciação da inconstitucionalidade
Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

Artigo 268.º n.º 4
Direitos e garantias dos administrados
(...)
4. É garantido aos administrados tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos, incluindo, nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente da sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas.
(...).

Regime Jurídico da Concorrência aprovado pela Lei 19/2012 de 8 de Maio ou RJC

Artigo 83.º
Regime processual
Salvo disposição em sentido diverso da presente lei, aplicam-se à interposição, à tramitação e ao julgamento dos recursos previstos na presente secção os artigos seguintes e, subsidiariamente, o regime geral do ilícito de mera ordenação social.

Artigo 84.º [versão em vigor na data em que foi proferida a decisão recorrida]
Recurso, tribunal competente e efeitos do recurso
1 - Cabe recurso das decisões proferidas pela AdC cuja irrecorribilidade não estiver expressamente prevista na presente lei.
2 - Não é admissível recurso de decisões de mero expediente e de decisões de arquivamento, com ou sem imposição de condições, exceto quando expressamente previsto na presente lei.
3 - Das decisões proferidas pela AdC cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.
4 - O recurso, incluindo o de decisão interlocutória, tem efeito meramente devolutivo, exceto no que respeita a decisões que imponham medidas de caráter estrutural determinadas nos termos do n.º 4 do artigo 29.º, cujo efeito é suspensivo.
5 - No caso de decisões que apliquem coimas ou outras sanções previstas na lei, o visado pode requerer, ao interpor o recurso, que o mesmo tenha efeito suspensivo quando se ofereça para prestar caução, no prazo de 20 dias, no valor de metade da coima aplicada, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efetiva prestação de caução..

Lei 17/2022 de 17 de Agosto

Artigo 9.º
Aplicação no tempo
1 - As disposições da presente lei aplicam-se aos procedimentos desencadeados após a respetiva entrada em vigor.
2 - As alterações ao artigo 17.º dos estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18 de agosto, aplicam-se aos membros do conselho de administração que venham a ser designados após a entrada em vigor da presente lei.

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Artigo 10.º
Entrada em vigor
A presente lei entra em vigor 30 dias após a sua publicação.

Regime Jurídico da Concorrência [versão alterada pela Lei 17/2022 de 17 de Agosto de que entrou em vigor em 16.9.2022]

Artigo 84.º
Recurso, tribunal competente e efeitos do recurso
1 - Cabe recurso das decisões proferidas pela AdC cuja irrecorribilidade não estiver expressamente prevista na presente lei.
2 - Não é admissível recurso de decisões de mero expediente e de decisões de arquivamento, com ou sem imposição de condições, exceto quando expressamente previsto na presente lei.
3 - Das decisões proferidas pela AdC cabe recurso para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.
4 - O recurso, incluindo o de decisão interlocutória, tem efeito meramente devolutivo, exceto no que respeita a decisões que imponham medidas de caráter estrutural determinadas nos termos do n.º 4 do artigo 29.º, cujo efeito é suspensivo.
5 - No caso de decisões que apliquem coimas ou outras sanções previstas na lei, o visado pode requerer, ao interpor o recurso, que o mesmo tenha efeito suspensivo quando se ofereça para prestar caução, no prazo de 20 dias, no valor de metade da coima aplicada, ficando a atribuição desse efeito condicionada à efetiva prestação de caução.

Apreciação das questões suscitadas pelos recursos

167. Antes de mais importa recordar que este Tribunal conhece apenas da matéria de direito, nos termos do artigo 75.º do RGCO, aplicável por força do artigo 83.º do RJC, sem prejuízo de, por força do disposto no artigo 74.º, n.º 4 do RGCO, poder conhecer dos vícios constantes do artigo 410.º n.ºs 2 e 3 do Código de Processo Penal, caso sejam invocados. Convém também sublinhar que o dever do Tribunal é pronunciar-se sobre todas as questões com relevo para decisão da causa que emergem da argumentação dos sujeitos processuais ou de que deva conhecer oficiosamente, sem que resulte do sistema jurídico no seu todo ou de algum preceito legal em particular (cf. artigo 379.º n.º 1 – c) do CPP), que o Tribunal deva pronunciar-se especificamente sobre cada um dos argumentos das partes. Dito isto, o Tribunal apreciará em seguida cada um dos recursos interpostos.

Recurso da Modelo Continente

A. O erro de cálculo do valor anual das vendas que a AdC levou em conta para fixar as coimas é superior a € 100 000 000,00

Recurso Penal

B. Os custos da fiança não foram levados em conta pelo Tribunal

C. Violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade

D. Aplicação da lei contraordenacional mais favorável

A. O erro de cálculo do valor anual das vendas que a AdC levou em conta para fixar as coimas é superior a € 100 000 000,00

168. **Relativamente ao primeiro motivo de discórdia**, o mesmo prende-se com o mérito da decisão da AdC que foi judicialmente impugnada noutro recurso, interposto nos autos principais. Convém referir que o Tribunal *a quo* fixou a caução a prestar pela Modelo Continente no valor total da coima única sendo esse valor que aqui está em causa e não a modalidade da caução, a prestar mediante fiança pela sociedade mãe Mcretail SGPS AS. A recorrente discorda dos critérios aplicados pela AdC para determinar a medida das coimas parcelares e da coima única que lhe foram aplicadas.

169. Na verdade, na fixação da medida da coima, o artigo 69.º do RJC manda atender, entre outros factores, às vantagens de que haja beneficiado o visado em consequência da infração, quando as mesmas sejam identificadas. Ora a discordância da recorrente Modelo Continente prende-se com o cálculo dessas vantages que, segundo a recorrente alega, excede em € 100 000 000,00 o valor das que podiam resultar das práticas anti concorrenciais que lhe são imputadas nos Processos PRC/2017/1 e PRC/2017/7.

170. A este propósito, tem razão o digno magistrado do Ministério Público quando defende que no presente incidente de caução não foram provados factos que permitam apreciar o mérito da fixação da medida das coimas, nem é esse o objecto do incidente de prestação de caução.

171. Na verdade, quanto a este aspecto, o Tribunal segue de perto a interpretação feita pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) , em casos análogos, em que os recursos das coimas aplicadas pela Comissão Europeia por infracções ao direito da concorrência têm efeito devolutivo mas a prática da Comissão Europeia consiste em não executar a decisão, antes do transito em julgado, mediante a exigência de uma caução. Nesses casos, o TJUE pode dispensar a prestação de caução no âmbito de medidas provisórias. Nesse contexto, o TJUE já julgou que um pedido de medidas provisórias tem de ser suficiente em si mesmo, ou seja, os elemenbtos de facto e de direito que são carreados para o incidente ou processo em

questão, têm de ser suficientes para o juiz das medidas provisórias decidir se existe impossibilidade de prestar a caução – cf. acórdão do TJUE C-373/10 parágrafos 13 e 14.

172. O presente incidente de caução não tem por objecto a apreciação do mérito da decisão condenatória, que foi impugnada num recurso diferente, pendente a título principal. Ainda que assim não fosse, *quod non*, neste incidente não foram provados factos que permitam ao Tribunal concluir que as vantagens económicas obtidas pela recorrente foram incorrectamente calculadas na decisão condenatória. Por último, sendo aplicáveis subsidiáriamente os preceitos do RGCO, por força do artigo 83.º do RJC, importa sublinhar que, sem prejuízo do disposto no artigo 74.º n.º 4 do RGCO que pemite o conhecimento das nulidades previstas no artigo 410.º do CPP, que aqui não são objecto do recurso, este Tribunal não pode conhecer senão da matéria de direito, como resulta do artigo 75.º n.º do RGCO. Em consequência, este Tribunal não pode apreciar a matéria de facto adicionalmente invocada pela recorrente no recurso nem resulta do texto da decisão recorrida qualquer vício previsto no artigo 410.º n.ºs 2 e 3 do CPP a esse propósito.

173. Pelo que, improcede nesta parte a pretensão da recorrente Modelo Continente.

B. Os custos da fiança não foram levados em conta pelo Tribunal
C. Violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade

174. **Quanto ao segundo e terceiro motivos de discórdia** invocados pela recorrente Modelo Continente, que aqui serão apreciados em conjunto, os mesmos prendem-se com o facto de o Tribunal recorrido não ter levado em conta os custos que implica a prestação de caução mediante fiança e ter infringido os princípios da proporcionalidade e da igualdade, na determinação do valor da fiança.

175. A este propósito, importa recordar, antes de mais, que, o que está em causa nos presentes autos são contraordenações às regras da concorrência, pelas quais a visada Modelo Continente foi condenada mediante decisão não transitada, por infracção ao artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), contraordenações essas punidas com as coimas previstas no artigo 68.º do RJC (cf. factos provados constantes dos parágrafos 16 e 17).

176. Há também que sublinhar que o artigo 84.º n.ºs 4 e 5, primeira parte, do RJC, consagra o efeito meramente devolutivo do recurso como regra e a possibilidade de o Tribunal lhe atribuir efeito suspensivo, se houver circunstâncias, ligadas à situação económico-financeira da visada, que o justifiquem.

Recurso Penal

177. Assim, à luz do artigo 84.º n.º 5 do RJC (na versão em vigor à data da decisão recorrida que é aqui levada em conta), para atribuir efeito suspensivo ao recurso o Tribunal deve verificar se existem duas condições: a execução da coima causa prejuízo considerável à visada; a visada oferece-se para prestar caução.

178. Tendo sido interposto recurso da decisão condenatória da AdC, está assente que a visada aceita prestar caução atraves de fiança bancária a prestar pela sociedade mãe (cf. factos constantes dos parágrafos 52 a 54). Pelo que verifica-se uma das duas condições acima mencionadas no parágrafo 177.

179. Ficou também demonstrado, o prejuízo considerável que a execução da coima/da decisão final da AdC, pode causar à visada (cf. factos provados constantes dos parágrafos 32 a 41).

180. Feito este enquadramento, o que está aqui em causa é apenas o montante da caução, nomeadamente, saber se na determinação desse montante foram observados os princíos da igualdade e da proporcionalidade, previstos, respectivamente, nos artigos 13.º e 18.º n.º 2 da CRP.

181. A este proposito, os moldes e o montante da prestatação de caução não se encontram legislativamente fixados no artigo 84.º n.º 5 do RJC, na versão em vigor à data em que foi proferida a decisão recorrida, sendo deixados ao critério do julgador. Pelo que, o Tribunal de primeira instância goza de margem de apreciação para fixar o montante da caução em valor inferior ao valor da coima e tem poderes para equacionar várias modalidades de prestação de caução.

182. Na ausência de critérios legislativamente consagrados para fixar o montante da caução aqui em crise, afigura-se que deve ser levada em conta a jurisprudência do Tribnal de Justiça e do Tribunal Geral da União Europeia sobre a matéria, por razões de unidade do sistema jurídico aqui aplicável, composto por regras nacionais e supra nacionais, como foi referido no parágrafo 175.

183. Assim, à luz dessa jurisprudência:

- Um prejuízo financeiro só é considerado grave e irreparável se não for susceptível de ser interiramente compensado no caso de os demandantes obterem vencimento no processo principal, ou seja, quando ameaçar a existência da empresa, ou quando não puder ser avaliado caso venha a verificar-se – cf. C-51/90 parágrafos 17, 18 e 24;
- Para saber se a visada está em condições de prestar a caução importa levar em conta o grupo de empresas de que faz parte uma vez que os interesses financeiros da

visada não são desligados da situação económica da empresa que a controla – cf. C-335/99, parágrafos 61 e 62, C-364/99 paragrafos 49 a 53 e C- 373/10 parágrafo 18;

- O ónus de demonstrar a sua situação financeira e do grupo de empresas a que pertence, impende sobre a visada embora a prova do prejuízo grave dependa de outros factores, além do volume de negócios, podendo, nomeadamente, tal prejuízo grave resultar de uma escolha comercial, mesmo que não haja outra informação sobre a dimensão da empresa – cf. C-551/12, parágrafos 29 a 32;
- Só depois de ter concluído que existe prejuízo grave e irreparável na execução da coima é que, numa segunda fase, o Tribunal deve ponderar os restantes interesses em presença – cf. C-364/99, parágrafo 61;
- A caução destina-se a garantir o pagamento da coima e respectivos juros, caso sejam exigíveis – cf. T – 834/17, parágrafo 348.

184. Em conformidade com os critérios acima mencionados, este Tribunal começa por ponderar, em primeiro lugar, a situação financeira do grupo a que pertence a visada, que resulta dos factos provados, mencionados nos parágrafos 52 e 53, a saber, que a sociedade mãe da Modelo Continente detém a totalidade do seu capital, será ela a prestar a fiança e, em 30 de Setembro de 2020, tinha um activo patrimonial de 2.973 milhões de euros, o que revela capacidade para vir em auxílio da visada Modelo Continente. O Tribunal leva ainda em conta que a sociedade mãe da Modelo Continente é a Sonae MC, SGPS, atualmente MCretail, SGPS, S.A., segundo informação prestada pela recorrente nas alegações.

185. Em segundo lugar, resulta dos factos descritos nos parágrafos 32 a 41, que a prestação de caução pelo valor da coima diminui a liquidez da visada, aumenta o risco de crédito e compromete a realização de investimentos em curso. Em terceiro lugar, há que levar em conta que, sendo a prestação de caução pela sociedade mãe, mediante fiança, a opção financeiramente menos onerosa para a visada, como resulta do facto descrito no parágrafo 53, a mesma comporta custos com o imposto de selo à taxa de 0,6% e com a remuneração anual de 0,3% , que incidem sobre o valor da caução (cf. factos descritos nos parágrafos 50 e 51). Tendo a caução sido fixada no valor da coima única, €121 930 000,00, tais custos ascendem a €731 580,00 de imposto de selo e €365 790,00 de remuneração anual.

186. O digno magistrado do Ministério Público defende que, sendo a caução prestada em susbstituição, a mesma deve em regra corresponder ao valor da coima e sublinha que não se apurou que cause prejuízo considerável à empresa mãe do grupo que se ofereceu para a prestar. Ao passo que a recorrente Modelo Continente, defende que foram violados os princípios da igualdade e da proporcionalidade, uma vez que no caso das outras visadas, a caução foi fixada em 50% ou 40% do valor da coima.

187. A este propósito, a circunstância de nuns casos a caução ser prestada pela própria visada (e.g. Auchan) e noutros pela empresa mãe (e.g empresa mãe da Modelo Continente), por si só não releva, pois o que importa é levar em conta a capacidade financeira para prestar a caução do grupo de empresas a que pertence cada uma das visadas, como um todo, independentemente da circunstância de ser a visada, a empresa mãe ou outra empresa do grupo, que se oferece para prestar a caução.

188. Do conjunto dos factos provados (cf. parágrafos 19 a 157) sobre a situação financeira de todas as visadas que aqui requereram a prestação de caução, resulta existirem diferenças – quanto à capacidade financeira de cada uma das visadas, quanto à sua pertença ou não a um grupo de empresas e/ou cooperativa, quanto aos seus capitais próprios, quanto à variação do volume de negócios e lucros, quanto ao respectivo valor operacional de caixa, quanto à capacidade de endividamento de cada uma, quanto aos investimentos previstos ou em curso, quanto ao número de trabalhadores que cada uma emprega e, no caso dos grupos económicos, quanto à capacidade da empresa mãe vir em auxílio da respectiva visada – que foram tomadas em conta pelo Tribunal *a quo*, quando fixou a caução a prestar por cada uma, sem que tenha havido violação do princípio da igualdade previsto no artigo 13.º da CRP uma vez que, idênticos parâmetros foram tomados em conta na fixação da caução da visada Modelo Continente.

189. O que sucede é que, uma vez apurado o prejuízo considerável, causado pela execução da coima à visada Modelo Continente, enquanto requisito para fixar o efeito suspensivo do recurso, o Tribunal deve passar para a fase seguinte, que é a da fixação do valor da caução, na qual deve ponderar não apenas o prejuízo considerável já apurado mas tambem todas as circunstâncias do caso, à luz do princípio da proporcionalidade previsto no artigo 18.º n.º 2 da CRP. Neste contexto, é necessário formular um juízo de adequação e necessidade do valor da caução, levando em conta o conjunto dos factos descritos nos parágrafos 16, 17 e 32 a 54 , nomeadamente que: não existe risco de dissipação do património da Modelo Continente nem do grupo a que pertence (cf. factos descritos nos parágrafos 34 a 38 e 52 a 53); em caso de improcedencia do recurso, o grupo de empresas é responsável pelo pagamento da coima (cf. acórdão do TJUE C-882/19); o valor da coima mencionado no parágrafo 185; a capacidade da empresa mãe em vir em auxílio da Modelo Continente; o justo equilibrio entre, em primeiro lugar, a eficácia imediata da decisão condenatória da AdC, que é um dos objectivos do efeito devolutivo do recurso como sublinhou o digno magistrado do Ministério Público, em segundo lugar, o risco inerente a todo o contencioso, em terceiro lugar, os custos financeiros que representa a prestação da caução para visada, mencionados no parágrafo 185 e, por último, o objectivo da caução que é garantir a cobrança da coima em caso de condenação (cf. T-834/17, parágrafo 348).

190. Enfim, a recorrente não logrou provar que nos outros processos contraordenacionais pendentes, a que se refere nas conclusões do recurso, tenha prestado caução, nem qual o seu valor, pelo que, tal circunstância não releva no juízo de ponderação sobre a sua situação financeira efectuado no presente recurso. Na verdade, contrariamente ao que defende a recorrente Modelo Continente, impendia sobre a recorrente fazer prova da sua situação financeira, incluindo de que prestou outras cauções não bastando alegar a mera possibilidade de virem a ser prestadas (cf. jurisprudência do TJUE citada no parágrafo 183). Não tendo provado a verificação desses encargos os mesmos não podem ser levados em conta.

191. Em consequência, à luz das circunstâncias acima mencionadas no parágrafo 189 afigura-se adequado, necessário e proporcional fixar a caução a prestar pela Modelo Continente em 50% do valor da coima única em que foi condenada, improcedendo no mais a pretensão da arguida, pelos motivos já explicados supra.

D. Aplicação da lei contraordenacional mais favorável

192. Relativamente ao quarto e último motivo de discórdia invocado pela recorrente Modelo Continente, o mesmo prende-se com a aplicação imediata da nova redacção do artigo 84.º n.º 5 do RJC, adoptada pela Lei 17/2022 de 16.9.2022 que entrou em vigor 30 dias após a sua publicação – cf. artigo 10.º da lei 17/2022. Esta nova redacção prevê que o valor da caução é de metade da coima aplicada e que deve ser prestada em 20 dias, retirando a margem de apreciação conferida ao Tribunal quanto à fixação do montante da caução e ao prazo da sua prestação.

193. A visada Modelo Continente defende que, tratando-se de uma norma processual material a mesma está sujeita ao princípio da legalidade e, por isso, deve ser aplicável a lei contraordenacional mais favorável por força do artigo 43.º do RGCO aplicável ex vi artigo 13.º do RJC.

194. Afigura-se porém que, a nova redacção do artigo 84.º n.º 5 do RJC só se aplica a procedimentos desencadeados após a sua entrada em vigor, como prevê o artigo 9.º n.º 1 da Lei 17/2022; em consequência, a lei nova não se aplica no presente caso. Ainda que assim não fosse, *quod non*, pelos motivos acima expostos, tendo a caução sido fixada em 50% por este Tribunal e mantendo-se inalterado o prazo de 45 dias concedido para prestá-la, que não foi objecto do presente recurso, não se afigura que a lei nova seja concretamente mais favorável do que a lei em vigor à data em que o presente processo contraordenacional foi instaurado.

195. Pelo que, improcede nesta parte a pretensão da recorrente Modelo Continente.

Recurso da Auchan

E. O juízo de adequação e proporcionalidade do Tribunal *a quo* foi incorrecto

F. O artigo 84.º n.º 5 do RJC não foi interpretado em conformidade com os artigos 20.º e 32.º da CRP

E. O juízo de adequação e proporcionalidade do Tribunal a quo foi incorrecto

196. **Relativamente ao primeiro motivo de discórdia,** o mesmo prende-se com o juízo de adequação e proporcionalidade feito pelo Tribunal *a quo*, quando fixou a caução. A este propósito, a Auchan defende que o Tribunal recorrido não levou em conta o impacto negativo do valor da caução na operacionalidede da empresa, nem que o objectivo da prestação de caução é desincentivar recursos dilatórios, nem o risco de cumulação da caução fixada nestes autos com aquelas que a recorrente Auchan pode vir a ter de prestar noutros processos contraordenacionais em que foi condenada.

197. O digno magistrado do Ministério Público defende que o objectivo da prestação de caução prosseguido pelo legislador é alcançar a celeridade e eficácia na aplicação do direito da concorrência e não dissuadir as partes de intentarem recursos dilatórios.

198. O que está em causa no presente recurso é o valor da caução e não a modalidade em que foi ordenada a sua prestação, nem o prazo concedido para prestá-la. Sobre a questão objecto do recurso, o Tribunal aplica aqui os mesmos critérios já acima explicados nos parágrafos 181 a 183 e 189, aplicados à Modelo Continente, mas levando em conta a situação particular da Auchan.

199. Assim, também no caso da recorrente Auchan, uma vez apurado o prejuízo considerável causado pela execução da coima, enquanto requisito para fixar o efeito suspensivo do recurso, o Tribunal deve passar para a fase seguinte, que é a da fixação do valor da caução, na qual deve ponderar não apenas o prejuízo considerável já apurado mas tambem todas as circinstâncias do caso, à luz do princípio da proporcionalidade previsto no artigo 18.º n.º 2 da CRP.

200. Neste contexto, é necessário formular um juízo de adequação e necessidade do valor da caução, levando em conta o conjunto dos factos provados descritos nos parágrafos 16, 17 e 74 a 107, nomeadamente que: não existe risco de dissipação do património da Auchan nem do grupo a que pertence (cf. factos descritos nos parágrafos 74 a 107); em caso de improcedencia do recurso, o grupo de empresas é responsável pelo pagamento da coima (cf. acórdão do TJUE C-882/19); o valor da coima única mencionado no parágrafo 17 é de 22 250 000,00; os encargos com a prestação de caução no valor aproximado da coima única correspondem a m€ 250, no primeiro ano de contratação, acrescidos de um gasto anual de m€ 115, para os períodos subsequentes (cf. parágrafo 102) sendo tais valores menores no caso de ser metade o valor da caução; a capacidade do grupo internacional Auchan e do grupo nacional Auchan virem em auxílio da visada Auchan, é potencialmente limitada não porque tenham divida bancária mas devido ao rating internacional atribuído pela agência de notação financeira e a exposição financeira, potencial, no montante de M€ 52,5, inerente a garantias bancárias, embora não se tenha provado a concreta execução das dividas garantidas (cf. factos descritos nos parágrafos 75 e 98 a 103); no contexto do grupo Auchan Portugal, o EBITDL ou LAJIA (lucros antes de juros, impostos, depreciação e amortização) foi de M€ 74,5 no exercício de 2020, apresentando valores estáveis de caixa operacional (cf. factos descritos nos parágrafos 84 a 86); o justo equilibrio entre, em primeiro lugar, a eficácia imediata da decisão condenatória da AdC, que é um dos objectivos do efeito devolutivo do recurso como sublinhou o digno magistrado do Ministério Público, em segundo lugar, o risco inerente a todo o contencioso, em terceiro lugar, os custos financeiros que representa a prestação da caução para visada, mencionados no parágrafo 102 e, enfim, o objectivo da caução que é garantir o pagamento da coima em caso de condenação (cf. T-834/17, parágrafo 348).

201. Para além do facto constante do parágrafo 101 já acima ponderado, a recorrente Auchan não logrou provar que, adicionalmente, nos outros processos contraordenacionais pendentes, a que se refere nas conclusões do recurso, tenha prestado caução, nem qual o seu valor, pelo que, tal circunstância não releva no juízo de ponderação sobre a sua situação financeira efectuado no presente recurso. Na verdade, tal como já foi explicado supra na análise do recurso da empresa Modelo Continente, também neste caso, contrariamente ao que defende a Auchan, impendia sobre ela fazer prova da sua situação financeira, incluindo de que prestou cauções nos processos a que se refere, não bastando alegar a mera possibilidade de virem a ser prestadas essas cauções (cf. jurisprudência do TJUE citada no parágrafo 183). Não tendo provado a verificação desses encargos os mesmos não podem ser levados em conta.

202. Em consequência, à luz das circunstâncias acima mencionadas nos parágrafos 199 e 200 afigura-se adequado, necessário e proporcional o valor da caução fixado pelo Tribunal *a quo* em 50% do valor da coima única em que foi condenada a Auchan. Assim sendo, não se

afigura que a decisão recorrida deva ser revogada por erro sobre os pressupostos de facto ou de direito ou que exista falta de fundamentação ou a alegada violação do disposto nos artigos 84.º n.º 5 do RJC, 154.º do Código de Processo Civil e 374.º n.º 2 do Código de Processo Penal, improcedendo, por tal motivo, a pretensão que a Auchan formulou no presente recurso.

F. *O artigo 84.º n.º 5 do RJC não foi interpretado em conformidade com os artigos 20.º e 32.º da CRP*

203. **Quanto ao segundo motivo de discórdia** invocado pela recorrente Auchan, o mesmo prende-se com a interpretação do artigo 84.º n.º 5 do RJC que, segundo a recorrente defende, não foi feita em conformidade com os artigos 20.º e 32.º da CRP.

204. Os princípios constitucionais que a recorrente alega estarem em crise quando fundamenta o presente recurso, são os seguintes: o príncípio do acesso ao direito e à tutela jurisdicional efectiva (cf. artigo 20.º da CRP); o princípio da presunção da inocência (cf. artigo 32.º n.º 2 e 10, aplicável às pessoas colectivas por força do artigo 12.º n.º 2, da CRP).

205. Trata-se de saber se os preceitos constitucionais indicados no parágrafo anterior foram violados pela interpretação que o Tribunal *a quo* fez do disposto no artigo 84.º n.º 5 do RJC, na redacção em vigor à data da decisão recorrida, para fixar o valor da caução a prestar pela recorrente Auchan.

206. Antes de mais, importa recordar que o princípio da presunção da inocência é directamente aplicável ao processo contraordenacional aqui em causa, por força do artigo 32.º n.º 2, aplicável ex vi artigo 12.º n.º 2, ambos da CRP. Em termos idênticos, no plano da União, é jurisprudência constante do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que, o princípio da presunção da inocência, previsto no artigo 48.º da Carta, se aplica em processos por infracção ao artigo 101.º do TFUE, como o que aqui está em causa (cf. acórdão do TJUE no processo C- 199/92, parágrafo 150).

207. No entanto, tanto no plano nacional como no plano da União Europeia, aos recursos das decisões das autoridades da concorrência (que são, respectivamente, a AdC no caso português e a Comissão Europeia no caso da União), aplica-se a regra do efeito meramente devolutivo – cf. artigos 84.º n.º 4 do RJC e 278.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). O artigo 278.º do TFUE contém, aliás, uma regra geral de que o contencioso da União tem efeito devolutivo. Quer o legisldor nacional (cf. artigo 84.º n.º 5), quer o

legislador da União (cf. artigo 278.º do TFUE), permitem a possibilidade de o Tribunal atribuir ao recurso efeito suspensivo da execução da decisão se as circunstâncias o justificarem.

208. A este propósito, o Tribunal Constitucional já se pronunciou sobre as regras constantes do artigo 84.º n.ºs 4 e 5 do RJC, em termos que vieram confirmar a conformidade constitucional dessas regras. Com efeito, embora o Tribunal Constitucional se tenha, em dado momento, pronunciado de forma contraditória, pela inconstitucionalidade do regime previsto no artigo 84.º n.ºs 4 e 5 do RJC, nos acórdãos TC-674/2016 e TC-445/2018 e pela constitucionalidade desse regime, no acórdão TC-376/2016, o certo é que, posteriormente, em acórdãos mais recentes, o Tribunal Constitucional veio a sanar tais dúvidas interpretativas considerando que o regime do recurso aqui em crise não é inconstitucional, nos acórdãos TC- 776/2019 (invocado pela recorrente Auchan) e TC- 173/2020.

209. Da jurisprudência do Tribunal Constitucional acima citada, constante dos acórdãos TC-776/2019 e TC- 173/2020, resulta que, tendo em conta a natureza de interesse público ou coletivo dos bens jurídicos que o direito da concorrência pretende salvaguardar, que gozam igualmente de relevo no quadro constitucional nacional e da União (cf. artigos 81.º - f), 99.º - a) e c), da Constituição, e artigo 3.º n.º 1-b) do TFUE), não é desrazoável, nem injustificada a solução consagrada no artigo 84.º n.º 5 do RJC.

210. Feito este enquadramento, a questão suscitada pela visada Auchan prende-se com saber se, na fixação do valor da caução, ao abrigo do disposto no artigo 84.º n.º 5 do RJC, o Tribunal recorrido interpretou tal preceito levando em conta circunstâncias que não devia ter considerado ou deixou de levar em conta outras que devia ter apreciado. Na verdade, a solução lsgislativa consagrada no artigo 84.º n.º 5 do RJC coloca um problema de proporcionalidade à luz do artigo 18.º n.º 2 da CRP.

211. No contencioso europeu, apesar de o efeito do recurso ser em regra devolutivo, a prática da Comissão Europeia é abster-se de executar a decisão de aplicação de uma coima enquanto está pendente o recurso de anulação, mediante a prestação de garantia bancária. No entanto, o Tribunal Geral pode dispensar a prestação de caução e pode atribuir efeito suspensivo a um recurso no quadro de uma medida cautelar, se considerar que existem circunstâncias que o justificam, cabendo nesse caso à recorrente o ónus de provar que existem circunstâncias excepcionais que justificam a dispensa de caução, a urgência da medida e a gravidade e irreparabilidade do prejuízo (cf. artigos 278.º, 279.º, conjugados com o artigo 256.º n.º 1, do TFUE; Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, 2.ª edição, Almedina, páginas 956 a 962; e jurisprudência do TJUE nos processos C - 335/99, parágrafos 50 a 55 e C-555/12, parágrafos 31 a 34). Isto, sem que o regime legal da União viole os princípios da tutela jurisdicional efectiva e da presunção da inocência consagrados nos artigos 47.º e 48.º da Carta.

Recurso Penal

212. No contexto nacional, como já foi referido supra, os moldes e o montante da prestatação de caução não se encontram legislativamente fixados no artigo 84.º n.º 5 do RJC na redacção em vigor à data em que foi proferida a decisão recorrida, sendo deixados ao critério do julgador. Pelo que, tal como alega a Auchan, o Tribunal de primeira instância goza de margem de apreciação para fixar o montante da caução em valor inferior ao valor da coima e tem poderes para equacionar várias modalidades de prestação de caução.

213. Ora neste contexto, é forçoso concluir que o Tribunal recorrido levou a cabo uma interpretação ágil e conforme à Constituição, do artigo 84.º n.º 5 do RJC (cf. Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, 2.ª edição, Almedina, páginas 956 a 962). Com efeito, o Tribunal *a quo* não procedeu à fixação automática da caução imposta à recorrente Auchan mas, antes, levou em conta a prova produzida sobre a situação financeira da empresa apurada nos parágrafps 74 a 107, à luz dos factores indicados supra nos parágrafos 181 a 183 e 199 e 200

214. Em consequência afigura-se que, à luz do juízo de proporcionalidade feito pelo Tribunal Constitucional nos acórdãos TC- 776/2019 e TC- 173/2020, conjugado com a circunstância de a decisão recorrida ter levado em conta os factores indicados supra, a interpretação que o Tribunal de primeira instância fez do artigo 84.º n.º 5 do RJC, não se afigura desproporcional de modo a infringir os princípios constitucionais da tutela jurisdicional efectiva ou da presunção de inocência, cuja violação invoca a recorrente. Pelo que, também por este motivo, improcede o presente recurso.

215. Por último, no que diz respeito à questão (de conhecimento oficioso) da aplicação da lei no tempo, o Tribunal remete para os fundamentos já acima expostos nos parágrafos 192 a 195, que são igualmente válidos no caso do recurso da Auchan.

Recurso da Lidl

G. Inconstitucionalidade da solução consagrada no artigo 84.º n.º 5 do Regime Jurídico da Concorrência por violação dos artigos 18.º, 20.º, 32.º n.ºs 2 e 10 e 268.º n.º 4 da CRP

H. Custo da prestação de caução e incerteza quanto à indemnização pelos prezuízos que isso cause à recorrente em caso de procedência do recurso

G. Inconstitucionalidade da solução consagrada no artigo 84.º n.º 5 do Regime Jurídico da Concorrência por violação dos artigos 18.º, 20.º, 32.º n.ºs 2 e 10 e 268.º n.º 4 da CRP

216. **Relativamente ao primeiro motivo de discórdia da Lidl**, o mesmo prende-se com a insconstitucionalidade do artigo 84.º n.º 5 do RJC, na redacção em vigor à data da decisão, por violação dos princípios da tutela jurisdicional efectiva, da proporcionalidade e da presunção da inocência, consagrados nos artigos 18.º, 20.º, 32.º n.ºs 2 e 10 e 268.º n.º 4 da CRP. O que está em causa neste recurso é o valor da caução e não a modalidade em que foi ordenada a sua prestação, nem o prazo concedido para prestá-la.

217. A recorrente Lidl defende que o regime regra dos recursos previsto no direito nacional sancionatório é o do efeito suspensivo; as razões de celeridade e eficácia por si só não justificam diverso tratamento; não existe risco de dissipação do seu património que ponha em risco a cobrança da coima de €10 550 000,00 em que foi condenada; a prestação de caução no valor de 50% da coima, mediante garantia bancária, implica custos de 80 000,00 anuais com o pagamento da taxa de juro devida de 1,5% ao ano. Conclui pedindo que a caução não seja fixada em valor superior a 10% do valor da coima em que foi condenada no PRC/2017/7.

218. Sobre esta questão, o Tribunal aplica aqui os mesmos critérios já acima explicados nos parágrafos 181 a 183 e 189 à situação apurada quanto à visada Lidl.

219. Ou seja, uma vez apurado o prejuízo considerável causado pela execução da coima à visada Lidl (cf. parágrafo 152), enquanto requisito para fixar o efeito suspensivo do recurso, o Tribunal deve passar para a fase seguinte, que é a da fixação do valor da caução, na qual deve ponderar não apenas o prejuízo considerável já apurado mas tambem todas as circinstâncias do caso, à luz do princípio da proporcionalidade previsto no artigo 18.º n.º 2 da CRP.

220. Neste contexto, é necessário formular um juízo de adequação e necessidade do valor da caução, levando em conta o conjunto dos factos provados descritos nos parágrafos 17 e 148 a 157, nomeadamente que: não existe risco de dissipação do património da Lidl (cf. factos descritos nos parágrafos 148 a 157); o valor da coima única mencionado no parágrafo 17 é de 10 550 000,00; os encargos com a prestação de caução no valor de metade da coima são de 1,5% de taxa de juro anual (cf. parágrafo 154; no ano de 2020, a Lidl apresentou vendas e serviços prestados no valor de € 2.049.493.511,25, um resultado operacional de € 99.837.263,77, um resultado líquido do período de € 60.576.731.86, fechando o ano com caixa e depósitos bancários no valor de € 66.804.347,85 e, por referência ao mesmo ano de 2020, apresentou um total de activos de € 1.157.443.731,55 (sendo não corrente no valor de € 960.644.753,83 e corrente no valor de € 196.798.977,72) e um total de passivo de € 894.021.848,85 (sendo não corrente no valor de € 384.032.347,47 e corrente no valor de €

509.989.501,38) e de capitais próprios de € 729 263.421.882,70; o justo equilibrio entre, em primeiro lugar, a eficácia imediata da decisão condenatória da AdC, que é um dos objectivos do efeito devolutivo do recurso como sublinhou o digno magistrado do Ministério Público, em segundo lugar, o risco inerente a todo o contencioso, em terceiro lugar, os custos financeiros que representa a prestação da caução para visada e, enfim, o objectivo da caução que é garantir a cobrança da coima em caso de condenação (cf. T-834/17, parágrafo 348).

221. À luz dos factores acima indicados no parágrafo 220 afigura-se que a decisão recorrida que fixou o valor da caução em 50% do valor da coima, não merece censura por não ter violado o principio da proporcionalidade previsto no artigo 18.º n.º 2 da CRP. Improcede igualmente a alegada violação dos princípios da tutela jurisdicional efectiva e da presunção de inocência previstos nos artigos 20.º, 32.º n.ºs 2 e 10 e 268.º n.º 4 da CRP, pelas razões já explicadas supra nos parágrafos 204 a 214 que são integralmente válidas também para a interpretação e aplicação do disposto no artigo 84.º n.º 5 do RJC, na redacção em vigor à data da decisão recorrida, aos factos apurados quanto à recorrente Lidl nos parágrafos 17 e 148 a 157.

222. No que diz respeito à questão (de conhecimento oficioso) da aplicação da lei no tempo, o Tribunal remete para os fundamentos já acima expostos nos parágrafos 192 a 195, que são igualmente válidos no caso do recurso da Lidl.

H. Custo da prestação de caução e incerteza quanto à indemnização pelos prezuízos que isso cause à recorrente em caso de procedência do recurso

223. **Quanto ao segundo motivo de discórdia** invocado pela recorrente Lidl, o mesmo prende-se com o custo financeiro que terá para a visada a prestação de caução e com a incerteza quanto à indemnização pelos prezuízos que isso lhe poderá causar, em caso de procedência do recurso.

224. Para resolver esta questão, o Tribunal leva em conta a jurisprudência do Tribunal Geral da União Europeia, no acórdão T-384/17, parágrafos 348 e 349, de acordo com a qual: *"(...) quando uma decisão que impõe o pagamento de uma coima é acompanhada da faculdade de prestar caução destinada a garantir o referido pagamento e os juros de mora, enquanto se aguarda pelo desfecho de um recurso interposto dessa decisão, o dano que consiste nas despesas de garantia não resulta da referida decisão, mas sim da própria escolha do interessado de prestar uma garantia em vez de cumprir imediatamente a obrigação de reembolso. Nestas condições, o Tribunal de Justiça apurou que não existia nenhum nexo causal direto entre o comportamento imputado à Comissão e o dano alegado [v., neste*

sentido, Acórdãos de 28 de fevereiro de 2013, Inalca e Cremonini/Comissão, C-460/09 P, EU:C:2013:111, n.os 118 e 120, e de 21 de abril de 2005, Holcim (Deutschland)/Comissão, T-28/03, EU:T:2005:139, n.o 123; e Despacho de 12 de dezembro de 2007, Atlantic Container Line e o./Comissão, T-113/04, não publicado, EU:T:2007:377, n.o 38]. (...) Esta solução é aplicável quando, em circunstâncias análogas, o dano alegado não resulta da constituição mas sim da manutenção de uma garantia bancária, resultando esse dano da própria escolha da empresa de não pôr termo a essa garantia, não obstante as consequências que isso implicava."

225. À luz desta jurisprudência, cuja interpertação o Tribunal aqui segue, em caso de procedência do recurso, não existe nexo causal entre, por um lado, a decisão que impõe uma coima acompanhada da faculdade de prestar caução destinada a garantir o seu pagamento e, por outro, o dano alegado pela Lidl, resultante da prestação de caução e/ou dos encargos suportados com a mesma.

226. Pelo que, sem prejuízo da ponderação dos custos financeiros da caução, já levada a cabo no parágrafo 220 juntamente com os restantes factores ai mencionados, improcede a pretensão da Lidl.

Decisão

Acordam os juízes que compõem a presente secção em:

I. Julgar parcialmente procedente o recurso da Modelo Continente *Hipermercados, S.A.* e, em conformidade susbtituir nessa parte a decisão recorrida por outra que fixa o efeito *suspensivo ao recurso da decisão final da Autoridade da Concorrência, proferida nos processos PRC/2017/1 e PRC/2017/7, interposto pela Modelo Continente, na condição de ser prestada a caução que se segue, a demonstrar nos autos no prazo máximo de 45 (quarenta e cinco) dias:*

- ***Caução na modalidade de fiança, com renúncia expressa ao benefício da excussão prévia a favor da* Modelo Continente *Hipermercados, S.A., tendo como beneficiário o Tribunal, prestada pela Sonae MC, SGPS, atualmente MCretail, SGPS, SA, pelo valor correspondente a 50% (cinquenta por cento) da coima única de € 121 930 000,00 (cento e vinte e um milhões novecentos e trinta mil euros) que lhe foi imposta.***

II. Negar provimento aos recursos da Auchan e da Lidl.

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

III. Condenar cada uma das recorrentes, Auchan e Lidl, em custas, fixando em 4 Ucs a taxa de justiça – artigo 8.º n.º 9 do Regulamento das Custas Processuais e artigo 513.º n.º 1 do CPP, aplicável por força dos artigos 83.º do RJC e 74.º n.º 4 do RGCO.

Lisboa, 5 de Dezembro de 2022

Paula Pott (relatora) Ana Mónica Pavão (1.ª adjunta) Luís Ferrão (2.º adjunto)