



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

140189

CONCLUSÃO - 14-07-2016

(Termo eletrónico elaborado por Escrivã de Direito, em regime de substituição, Sandra Cristina Poutout)

=CLS=

Considerando as razões já expressas no despacho de folhas 1192, olhando as posições processuais manifestadas pela Autoridade da Concorrência e Ministério Público e não olvidando o silêncio da Recorrente, importa considerar que nem o pedido de traslado e muito menos a espera pela baixa dos autos, se compadece com a prolação de uma decisão célere e em tempo útil, assim determinando que estes autos sejam oportunamente apensados aos que correm termos sob o número 225/15.4YUSTR, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 85.º, n.º 3, do Regime Jurídico da Concorrência, em obediência ao doutamente determinado pelo Venerando Tribunal da Relação de Lisboa e em respeito das regras de competência determinadas pelo Regime Jurídico da Concorrência.

Aquando da baixa do processo 225/15.4YUSTR, proceda à apensação nos termos e efeitos sobreditos.

D.N.

*

SENTENÇA

Intróito explicativo



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed EX-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

O Venerando Tribunal da Relação de Lisboa determinou a junção dos presentes autos ao processo 225/15.4YUSTR; declarou a nulidade insanável do processado, pela violação das regras de competência do Tribunal; declarou não abrangidos pela nulidade os termos do presente processado até proferimento da decisão recorrida; e declarou nula e de nenhum efeito a decisão recorrida e bem assim os termos subsequentes do processado.

Significa o exposto que a sentença já proferida nos autos, acaso mereça integral concordância – como merece, até porque surge, em grande medida, como corolário da já proferida no dito processo 225/15.4YUSTR, que agora ditou a competência material do Tribunal – poderá e deverá permanecer incólume quanto aos seus fundamentos de facto e de direito.

Deste modo, considerando a estrita obediência ao prolatado pelo douto acórdão do Venerando Tribunal da Relação de Lisboa, que manteve como válido todo o processado até à sentença, e respeito devido a todo o labor jurisdicional já realizado, e bem assim razões atinentes a uma desejável economia de meios e celeridade na decisão das questões subjacentes da causa em apreço, procedemos ao aproveitamento do texto da sentença já proferida pelo Meritíssimo Juiz Dr. Alexandre Leite Baptista, porque os seus termos e fundamentos merecem inteiro acolhimento, nada havendo que importe alterar ou subtrair, assim se mantendo o tipo de letra utilizado e demais estilo, distinto pois do usado nestas linhas.

2

C. DA DECISÃO POR SIMPLES DESPACHO.

I. No âmbito do processo de contraordenação instaurado pela existência de sério indícios da prática de uma infracção ao disposto no art.º 4.º do novo Regime Jurídico da Concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012 de 8 de Maio, por deliberação PRC/2012/09, a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

Autoridade da Concorrência deferiu o acesso de todas as visadas aos documentos classificados como confidenciais pelas mesmas e não utilizados como meio de prova para a imputação, exclusivamente para o exercício de direitos de defesa, mediante compromisso de confidencialidade e respeito pelos termos expostos na nota metodológica relativa à organização e consulta do processo, conforme decisão de fls. 721 a 730 dos autos.

*

O arguido, aqui Recorrente, **Banco B.P.I, S.A.**, veio apresentar recurso de medidas de autoridade administrativa de decisão administrativa da Autoridade da Concorrência – AdC (fls. 2 a 28).

Alegou, para o efeito e em síntese que:

- Ao deferir o acesso incondicional e irrestrito das demais Visadas aos documentos apreendidos à ora Recorrente classificados como confidenciais e não invocados pela AdC como provas na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta, a AdC violou o dever de acautelar o interesse legítimo da Recorrente na não divulgação dos seus segredos de negócio, consignado no artigo 30.º, n.º 1, da Lei da Concorrência, o que acarreta a ilegalidade da decisão Recorrida;

- Ao deferir o acesso incondicional e irrestrito das demais Visadas aos documentos apreendidos à ora Recorrente classificados como confidenciais e não invocados pela AdC como provas na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta, a AdC violou o §187 das Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, de 22 de Março de 2013, o que acarreta a ilegalidade da decisão Recorrida;

- Neste sentido, a decisão da AdC encontra-se em desacordo com a fundamentação da sentença de 28 de Setembro de 2015 proferida pelo Tribunal da Concorrência nos presentes autos.

- Ao deferir o acesso incondicional e irrestrito das demais Visadas aos documentos apreendidos à ora Recorrente classificados como confidenciais e não invocados pela AdC como provas na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta, a AdC violou também o segredo bancário, nos termos das disposições conjugadas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.N.º 1/16.7YUSTR

do artigo 78.º, n. 1, do RGICSF e do artigo 20.º, n.º 8, da Lei da Concorrência, o que acarreta a ilegalidade da decisão Recorrida;

- Ao deferir o acesso incondicional e irrestrito das demais Visadas aos documentos apreendidos à ora Recorrente classificados como confidenciais e não invocados pela AdC como provas na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta, a AdC violou, ainda, as regras de protecção de dados pessoais previstas nos artigos 6.º, 8.º, n.º 2, 17.º, n.º 1, da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro, o que acarreta a ilegalidade da decisão Recorrida;

- Ao deferir o acesso incondicional e irrestrito das demais Visadas aos documentos apreendidos à ora Recorrente classificados como confidenciais e não invocados pela AdC como provas na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta, a AdC violou os princípios da boa-fé e da confiança, o que igualmente acarreta a ilegalidade da decisão Recorrida.

Termina, concluindo que **a decisão proferida pelo Conselho de Administração da AdC em 17 de Novembro de 2015 deve ser anulada, na parte em que permite às demais visadas o acesso incondicional e irrestrito aos documentos apreendidos à ora Recorrente classificados como confidenciais e não invocados pela AdC como provas na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta.**

Por recurso autónomo, o Recorrente veio defender a aplicação de efeito suspensivo ao recurso, por via da solução contida no artigo 84.º, n.º 5, da Lei da Concorrência, sem que seja necessária a prestação de caução, ou, caso assim não se entenda, por via das disposições conjugadas dos artigos 408.º, n.º 3, e 407.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, por via do artigo 41.º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações, por seu turno aplicável *ex vi* artigo 83.º da Lei da Concorrência, reconhecendo-se que a interposição do presente recurso suspende os efeitos da decisão Recorrida.

*

A AdC veio remeter o processo, juntamente com contra-alegações, nos termos e para os efeitos do artigo 85.º, n.º 1 e 2 do NRJC (cfr. fls. 674 a 718).

Após fundamentar a atribuição de efeito meramente devolutivo, em rebate da motivação do recurso de impugnação, a AdC alega, em síntese, que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

- O presente Recurso tem por objecto uma Decisão proferida no âmbito da fase administrativa do processo de contraordenação que corre termos na AdC sob o n.º PRC 9/2012, por se verificarem sérios indícios de uma infração ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei n.º 18/2003), ao artigo 9.º da actual Lei da Concorrência e ao artigo 101.º do TFUE.

- É um processo complexo, no qual são Visadas 15 (quinze) instituições bancárias, e no âmbito do qual foram apreendidas cópias de documentos em suporte informático que foram, posteriormente, objecto de visionamento e selecção pelo Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa, tendo sido seleccionados e validados um total de 94.777 ficheiros informáticos, seguidamente enviados por aquele Tribunal à AdC, a que acrescem 229 documentos também em suporte informático juntos pela Visada Caixa Económica Montepio Geral, em complemento ao seu pedido de dispensa e redução da coima, apresentado em 5 de Novembro de 2014.

- As várias Visadas, como é o caso da Recorrente BPI, pretendiam aceder a todos os documentos classificados como confidenciais por outras co-visadas, mas não permitiam que essas mesmas co-visadas acessem aos seus documentos classificados como confidenciais.

- Adicionalmente, em 28 de Setembro de 2015, este Tribunal, apreciou e decidiu os recursos interlocutórios interpostos pelas referidas Visadas BES, CCAM e DB, julgando-os totalmente improcedentes e mantendo as decisões de indeferimento dos pedidos genéricos formulados pelas referidas Visadas para acesso a todos os documentos classificados como confidenciais constantes do PRC/2012/09, incluindo os não utilizados pela AdC como meio de prova de infração, referindo, no entanto, que podiam subsistir dúvidas legítimas e fundadas sobre se o índice elaborado pela AdC contém uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada de forma a possibilitar a identificação concreta dos elementos com potencial interesse para a defesa.

- Face ao entendimento do Tribunal de que a descrição constante do índice poderia não ser suficientemente pormenorizada e detalhada de forma a possibilitar a identificação concreta dos elementos com potencial interesse para a defesa, a AdC entendeu ser imperativo reequacionar os termos em que se deveria proceder à compatibilização da protecção dos segredos de negócio com o exercício dos direitos de defesa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1/16.7YUSTR

- Nesse sentido, o conselho da AdC, por Deliberação de 17 de Novembro de 2015, tomou a decisão de deferir o acesso apenas aos mandatários das Visadas aos documentos classificados confidenciais pelas mesmas e não utilizados como meio de prova para a imputação, exclusivamente para o exercício de direitos de defesa, mais concedendo uma prorrogação de prazo por 45 (quarenta e cinco) dias úteis para efeitos de resposta à Nota de Ilicitude.

- Com efeito, entendeu a AdC que atentas as circunstâncias especiais do presente caso, a salvaguarda dos direitos de defesa com respeito do interesse das empresas na protecção dos seus segredos de negócio, poderá alcançar-se, em termos que assegurem simultaneamente a investigação do processo em tempo útil, mediante o acesso pelos mandatários ou assessores económicos externos de cada Visada aos documentos classificados como confidenciais não utilizados como meio de prova da infração, exclusivamente para efeitos do exercício dos direitos de defesa e sob compromisso de não divulgação da informação em causa.

- Dando pleno cumprimento à advertência feita pelo Tribunal *a quo* na Sentença em crise, determinou a AdC que os documentos considerados confidenciais pelas Visadas, mas não utilizados como meio de prova, seriam disponibilizados para consulta, nas instalações da AdC, pelos advogados ou assessores económicos externos das Visadas, exclusivamente para o exercício dos direitos de defesa na sequência da Nota de Ilicitude e para impugnação judicial de decisão final da Autoridade, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial, por qualquer meio, nem a respectiva utilização para qualquer outro fim.

- Os termos dessa consulta ficaram melhor definidos nos documentos ora juntos com os n.ºs 10 e 11, sendo imperativo concluir que a decisão em crise não enferma qualquer ilegalidade.

- Com efeito, a AdC não violou o dever de acautelar o interesse da Recorrente na não divulgação dos seus segredos de negócio, seguindo, no que respeita às regras de acesso ao processo, as melhores práticas em uso na União Europeia para processos da mesma natureza.

- Como resulta da aplicação conjugada do n.º 3 do artigo 31.º e do n.º 4 do artigo 34.º, da Lei da Concorrência, a AdC pode usar informação confidencial para imputar a infração, devendo nesse caso garantir o acesso das Visadas aos referidos documentos, ainda que nos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

termos condicionados previstos na lei (consulta por advogado ou assessor económico, sem possibilidade de cópia ou reprodução).

- Atendendo às circunstâncias especiais do presente processo, a salvaguarda dos direitos de defesa em confronto com o interesse legítimo da Visadas na não divulgação dos segredos de negócio, a AdC entendeu necessário dar acesso aos mandatários ou assessores económicos das Visadas aos documentos classificados como confidenciais não utilizados como meios de prova da infração, exclusivamente para efeitos do exercício dos direitos de defesa, por aplicação do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência.

- A decisão Recorrida não viola as Linhas de Orientação, porquanto o presente processo apresenta especificidades que justificam uma actuação particular face à regra geral ali definida, tal como decorre do parágrafo 3 das referidas Linhas de Orientação, designadamente, quanto à prevalência por um lado, do interesse na não divulgação dos segredos de negócio e, por outro lado, da garantia dos direitos de defesa das Visadas.

- As Linhas de Orientação da AdC sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE não criam nem modificam direitos ou obrigações que decorram de quaisquer outros dispositivos legais aplicáveis a cada caso concreto, designadamente, a compatibilização dos direitos de defesa com o respeito dos direitos aos segredos inerentes à atividade bancária.

- A Recorrente BPI não impugnou as diligências de busca e apreensão, bem como o ato de validação e selecção dos seus 5377 ficheiros considerados relevantes para a investigação, pelo Juiz de Instrução Criminal, e que foram enviados à AdC para incorporação no processo administrativo.

- A Recorrente informou a AdC que 4653 dos 5377 apreendidos “*contém informação relativa à estrutura de custos, rentabilidade ou à estratégia comercial do BPI que tem natureza confidencial e cuja relevância não é afectada pelo decurso do tempo; e/ou elementos relativos à estrutura interna ou ao processo de decisão da Administração do BPI que não são públicos*”, sem fazer qualquer menção a segredo bancário.

- A consulta do processo, possível apenas nas instalações da AdC, foi limitada ao advogado ou assessor económico das Visadas, mediante compromisso de confidencialidade, nos termos do qual declaram que, designadamente, que os documentos confidenciais a que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

tenham acesso na consulta só serão utilizados para efeitos exclusivos do exercício de direitos de defesa e da eventual impugnação judicial de decisão final da AdC e não serão revelados a qualquer pessoa, incluindo a própria Visada, estando proibida a cópia ou reprodução, total ou parcialmente, por qualquer meio ou em qualquer formato, físico, digital ou outro.

- Com a deliberação de 17 de Novembro de 2015 a AdC procurou alcançar uma solução de compromisso que permite assegurar o exercício pleno dos direitos de defesa da Visadas e ao mesmo tempo acautelar a protecção dos segredos de negócio das mesmas Visadas.

- Não sendo o segredo bancário um direito absoluto, podendo sofrer restrições impostas pela necessidade de salvaguardar os outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, a AdC agiu em conformidade com os critérios norteadores da jurisprudência nacional, *i.e.*, actuou ao abrigo de uma necessária ponderação de interesses, o direito ao sigilo bancário em confronto com o direito de defesa das Visadas.

- Não há qualquer violação das normas constantes dos artigos 6.º, 8.º, n.º 2 e 17.º, n.º 1 da Lei n.º 67/98, não assistindo razão à Recorrente ao invocar a sua alegada violação, porquanto no caso em apreço não há qualquer violação dos direitos o direito de acesso aos dados, que compreendem o direito de salvaguardar a veracidade ou exactidão deles; o direito de exigir que o respectivo tratamento seja adequado à finalidade deste; a liberdade de, no âmbito legalmente previsto, consentir ou não no tratamento de tais dados; o direito de promover a actuação garantística da Comissão Nacional da Protecção de dados.

- A decisão Recorrida é o culminar de um diálogo intenso em que, face às posições assumidas pelas Visadas e às características particulares do processo, se procurou compatibilizar os direitos de defesa com a protecção de informação confidencial.

- O teor da deliberação Recorrida não viola o princípio da confiança e da boa-fé, antes traduzindo a necessidade de compatibilização de direitos que sempre foi “discutida” com as Visadas, não podendo consequentemente existir qualquer surpresa por a AdC querer acomodar a advertência do Tribunal e procurar obstar a eventual preterição de direitos de defesa.

Termina, concluindo que **não deverá ser dado provimento ao presente recurso interlocutório mantendo-se na íntegra a Deliberação da AdC de 17 de Novembro de 2015.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1/16.7YUSTR

*

O Ministério Público apresentou os autos a juízo nos termos e para os efeitos do artigo 62.º, n.º 1 do R.G.CO.

*

Considerando que o novo RJC veio expressamente regulamentar os recursos das decisões interlocutórias e fê-lo de forma que se pode considerar completa, não deixando por isso, margem para aplicação subsidiária do art.º 55.º do RGCO (MARIA JOSÉ COSTEIRA e FÁTIMA REIS SILVA, Lei Da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 822); considerando que a decisão administrativa em causa não configura uma sanção para efeitos da aplicação do art.º 84.º, n.º 4 do NRJC; considerando a remissão sucessiva dos artigos 83.º do NRJC e do 41.º do R.G.CO. para os artigos 407.º, n.º 1 e 408.º, n.º 3 do Código de Processo Penal; considerando que a legalidade do acesso à prova documental pelos demais sujeitos processuais na fase administrativa está dependente da decisão a proferir nos presentes autos, fixou-se efeito suspensivo ao presente recurso.

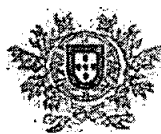
*

Compulsando os termos da motivação do recurso de impugnação da decisão administrativa, afigurando-se-nos susceptível a prolação de decisão por simples despacho, sem necessidade da realização de audiência de discussão e julgamento ou de outra produção de prova, notificou-se o Recorrente, Ministério Público e a AdC para que, em 10 dias e querendo, deduzissem oposição à decisão por simples despacho, sob pena de, nada dizendo, se tivesse por manifestada a sua concordância.

Regularmente notificados, os sujeitos processuais nada vieram opor à decisão por simples despacho, tendo a Recorrente procedido ao pagamento da taxa de justiça respectiva (cfr. fls. 1015 a 1017).

* * *

*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.N.º 1/16.7YUSTR

II. O juiz *deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras*” (cfr. art.º 608.º, n.º 2, do novo Código de Processo Civil, aqui aplicável “*ex vi*” arts.º 4.º, do Código de Processo Penal; 41.º, n.º 1, do referido R.G.CO. e 83.º do NRJC). A significar que, sendo várias as questões suscitadas, deverão as mesmas ser conhecidas segundo a ordem imposta pela sua *precedência lógica*.

Impõe o presente recurso que se aprecie a seguinte questão:

- O regime de acesso definido pela AdC na deliberação PRC/2012/09 aos documentos classificados como confidenciais por motivo de segredo de negócio e não utilizados pela Autoridade para imputar a infracção, ainda que exculpatórios, é ilegal?

* * *

*

III. Para resposta à questão enunciada, **cabe explanação do iter processual e do contexto das medidas da AdC quanto ao acautelamento do acesso documental das visadas na pendência do processo contra-ordenacional, seguindo-se a exposição da AdC que não se mostra posta em crise e merece insofismável convicção:**

- O presente Recurso tem por objecto uma Decisão proferida no âmbito da fase administrativa do processo de contraordenação que corre termos na AdC sob o n.º PRC 9/2012, cuja abertura foi ordenada em 20 de Dezembro de 2012, por se verificarem sérios indícios de uma infracção ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho (Lei n.º 18/2003), ao artigo 9.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, actual Lei da Concorrência e ao artigo 101.º do TFUE;

- O processo em causa teve origem num pedido de dispensa da coima apresentado, em 28 de Novembro de 2012, pelo Barclays Bank PLC, com sede em Londres, Reino Unido, nos termos dos artigos 77.º e seguintes da Lei da Concorrência;

- Por decisão de 20 de Dezembro de 2012, a AdC sujeitou, nos termos do artigo 32.º, n.º 2 da Lei da Concorrência, o presente processo ao regime de segredo de justiça até à decisão final, sem prejuízo dos direitos de defesa das Visadas pelo presente processo;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1/16.7YUSTR

- Na sequência da abertura do processo, em que são visadas 15 (quinze)¹ instituições bancárias, e tendo em vista a determinação da existência de uma prática restritiva da concorrência e dos seus agentes, bem como a recolha de prova, foram encetadas diligências de investigação, nomeadamente (e entre outras), diligências de busca e apreensão nas instalações das empresas visadas no presente processo contraordenacional;

- Nas referidas diligências foram apreendidas cópias de documentos em suporte informático que foram, posteriormente, objecto de visionamento e selecção pelo Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa, tendo sido seleccionados e validados um total de 94.777 ficheiros informáticos, seguidamente enviados por aquele Tribunal à AdC.

- A estes documentos apreendidos em suporte digital, acrescem 229 documentos também em suporte informático juntos pela Visada Caixa Económica Montepio Geral, em complemento ao seu pedido de dispensa e redução da coima, apresentado em 5 de Novembro de 2014;

- O processo tem, assim, uma parte composta exclusivamente pelo universo de prova digital, com 95.006 ficheiros informáticos, não convertida em suporte de papel, ou “físico”;

- Ao referido universo da prova digital acresce a parte do processo em suporte de papel, composta, até à data da notificação da nota de ilicitude, por 32 (trinta e dois) volumes, contando com um total de cerca de 11.000 folhas;

- Parte do processo em suporte de papel integra, assim, toda a documentação inerente à tramitação processual junto da AdC, que inclui o pedido de dispensa da coima apresentado pelo Barclays e documentação anexa a tal pedido.

- Concluindo que existia uma possibilidade razoável de vir a ser proferida uma decisão condenatória, o Conselho da AdC, por deliberação de 29 de maio, decidiu encerrar o inquérito e dar início à instrução, através da notificação de uma Nota de Ilcitude² (cfr. documento n.º 2

¹ Abanca Corporación Bancaria, S.A. (Sucursal em Portugal); Banco BIC Português, S.A.; Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (Portugal), S.A.; Banco BPI, S.A.; Banco Comercial Português, S.A.; Banco Espírito Santo, S.A.; Banco Popular Portugal, S.A.; Banco Santander Totta, S.A.; Banif – Banco Internacional do Funchal, S.A.; Barclays Bank (Sucursal em Portugal); Caixa Central – Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, CRL; Caixa Económica Montepio Geral, PCUP; Caixa Geral de Depósitos, S.A.; Deutsche Bank Aktiengesellschaft (Sucursal em Portugal); Unión de Créditos Inmobiliarios, S.A., Establecimiento Financiero de Crédito (Sociedad Unipersonal) (Sucursal em Portugal).

² A Nota de Ilcitude inclui quatro anexos. O **Anexo 1** identifica a prova referida na Nota de Ilcitude relativa aos meios, forma e organização da troca de informação. O **Anexo 2** identifica a prova referida na Nota de Ilcitude



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

de fls. 733 a 890 cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais;), prevista na alínea *a*) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei da Concorrência;

- Em 31 de Janeiro de 2014, a AdC solicitou às Visadas, em cumprimento do art.º 30.º, n.º 1 do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08 de Maio, que identificassem, de modo fundamentado, as informações recolhidas consideradas confidenciais por motivo de segredos de negócio, mais juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contivessem tais informações, expurgada das mesmas;

- Em resposta a tal solicitação, as Visadas identificaram, de entre os documentos apreendidos nas suas instalações, aqueles que, em seu entender, continham informações relativas a segredos de negócio e que, por essa razão, deveriam ser classificados como confidenciais e conseqüentemente limitado o acesso aos mesmos por parte de outras Visadas e terceiros;

- A AdC produziu um índice geral em formato Excel específico para a parte digital do processo, enviado às Visadas aquando da notificação pela nota de ilicitude;

- Durante a fase do inquérito, a AdC constatou a necessidade de utilizar, para efeitos de imputação às Visadas dos factos que constituem a infração, e como prova da mesma, a par de documentos não confidenciais, documentos que foram objecto de classificação pelas Visadas como documentos integralmente ou parcialmente confidenciais;

- Recebidas e analisadas as pronúncias por parte das Visadas, a AdC, mediante deliberação do Conselho da AdC, de 28 de maio de 2015, proferiu uma decisão final, confirmando a utilização, para efeitos de imputação dos factos que constituem a infração, e como prova da mesma, de um total de 1124 documentos classificados como confidenciais, tendo esta decisão final sido notificada às Visadas em 29 de maio de 2015;

- No âmbito do prazo concedido para efeitos de preparação de defesa, a AdC recepcionou vários pedidos genéricos de acesso ao processo (com vista à consulta de documentos classificados como confidenciais e não confidenciais quer tivessem sido, ou não, utilizados como meio de prova da infração) por parte de diversas Visadas, inclusivamente da

relativa à troca de informação sobre preços e outras condições comerciais. O **Anexo 3** identifica a prova referida na Nota de Illicitude relativa à troca de informação sobre dados de produção. O **Anexo 4** corresponde à nota metodológica relativa à organização e à consulta do Processo.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

ora Recorrente BPI, conforme decorre dos seus pedidos datados de 11 de Junho de 2015 e de 15 de Junho de 2015 (cfr. documentos n.º 3 e 4 de fls. 891 a 894 cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais);

- A AdC indeferiu tais pedidos, reiterando a sua posição reflectida na Nota Metodológica anexa à Nota de Ilícitude (*vide* parágrafo **Erro! A origem da referência não foi encontrada. supra**), conforme resulta do seu ofício de 17 de Junho de 2015 (cfr. documento n.º 5 de fls. 894 a 901 cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais);

- De tal decisão de indeferimento, foram interpostos três recursos interlocutórios para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão por parte de três instituições de crédito visadas pelo processo: a Caixa Central – Caixa Central de Crédito Agrícola Mútuo, CRL (“CCAM”), o Banco Espírito Santo, S.A. (“BES”) e o Deutsche Bank Aktiengesellschaft – Sucursal em Portugal (“DB”);

- Concomitantemente aos recursos interpostos daquela decisão da AdC, e face aos sucessivos pedidos de diversas Visadas para consultarem todos os documentos apreendidos nas diligências de busca e apreensão de 6 de Março de 2013, incluindo os documentos classificados como confidenciais e não utilizados pela AdC como meio de prova, com o fundamento de que poderiam conter elementos com potencial valor exculpatório, em 5 de agosto de 2015, a AdC notificou as Visadas que classificaram documentos como confidenciais e não utilizados pela AdC, de entre as quais a ora Recorrente BPI, para *“informar esta Autoridade se levanta a confidencialidade requerida no processo ou, em alternativa, permite o acesso das co-visadas aos documentos classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova, exclusivamente para o exercício de direitos de defesa.”* (cfr. documento n.º 6 de fls. 902 e 903 cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais);

- O Recorrente BPI negou o acesso das co-visadas aos documentos apreendidos nas suas instalações e classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova, exclusivamente para o exercício de direitos de defesa (cfr. documento n.º 7 de fls. 905 e 906);

- Nesta sequência, a AdC, *“considerando que se encontra[va] ainda a decorrer o prazo de pronúncia sobre a Nota de Ilícitude (já prorrogado duas vezes); considerando a*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

insistência de algumas Visadas na existência com potencial valor exculpatório que não teriam sido considerados pela AdC; considerando que as Visadas titulares de documentos classificados como confidenciais não estão disponíveis para permitir o acesso sem condições específicas, célere e em condições de igualdade, a tais documentos pelas co-visadas; considerando ainda que esta Autoridade pretende promover o mais amplo exercício dos direitos de defesa”, remeteu nova notificação em 1 de Setembro de 2015 às Visadas a solicitar que identificassem “perante esta Autoridade quais os documentos apreendidos nas suas instalações, classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova na Nota de Ilicitude, que considera conterem valor exculpatório (exclusão da ilicitude ou da culpa) relativamente à sua constituinte” (cfr. documento n.º 8 de fls. 908 cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais);

- Conjuntamente com outras Visadas, a Recorrente BPI não procedeu à identificação dos documentos classificados como confidenciais e não utilizados como meio de prova na Nota de Ilicitude, que considerava conterem valor exculpatório, conforme decorre da sua Resposta datada de 16 de Setembro de 2015, cujo conteúdo aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais (cfr. documento n.º 9 de fls. 910).

* * *

*

IV. Feita a pergunta que radica o dissídio da causa e exposto o iter processual, procuremos, antes de mais, pela norma jurídica vertida no texto legal de referência.

No âmbito dos seus poderes de investigação e dos poderes acessórios de inquirição, busca e apreensão previstos no art.º 18.º, o art.º 30.º, n.º 1 do NRJC acomete à AdC uma **função garantística de protecção do segredo de negócio: na instrução dos processos, a Autoridade da Concorrência acautela o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio.**

Para tal, realizadas buscas e apreensões de documentos e outro material escrito, a AdC deve promover, com a colaboração do visado, pela identificação dos documentos que possam integrar o conceito de segredo de negócio e de modo a proteger o seu acesso: *a Autoridade da Concorrência concede ao visado pelo processo prazo, não inferior a 10 dias úteis, para identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas - art.º 30.º, n.º 2 do NRJC.

Por outro lado, sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações susceptíveis de ser classificadas como segredos de negócio, concede à empresa, associação de empresas ou outra entidade a que as mesmas se referem a oportunidade de se pronunciar, nos termos do número anterior- art.º 30.º, n.º 3 do NRJC.

A falta de colaboração ou motivação do visado faz presumir a não confidencialidade das informações - art.º 30.º, n.º 4 do NRJC, podendo a AdC discordar da classificação e do pedido de confidencialidade -- art.º 30.º, n.º 5 do NRJC.

Este momento instrutório é de primacial importância porque vai interferir directamente com a definição do regime de acesso à prova.

Se constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a demonstração da existência ou inexistência da infração, a punibilidade ou não punibilidade do visado pelo processo, a determinação da sanção aplicável e a medida da coima- art.º 31.º, n.º 1 e se, como princípio transversal do Direito sancionatório, são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei - art.º 31.º, n.º 2, a Autoridade da Concorrência pode utilizar como meios de prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência previstas na presente lei ou no direito da União Europeia a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio - art.º 31.º, n.º 3 do NRJC, sempre sem prejuízo da garantia dos direitos de defesa do visado pelo processo.

Este passo é, também, essencial.

Ou seja, como parece ser de elementar mérito, **a confidencialidade da informação não subtrai valor probatório de inculpação aos respectivos documentos. No entanto, o dever de acautelar o interesse na conservação dos segredos de negócio em sede de processo sancionatório relativo a práticas restritivas também não desaparece perante o valor inculpatório dessas informações.**

Aqui, o legislador foi previdente na conjugação destes interesses e estabeleceu uma regra especial de acesso ao processo: *o acesso aos documentos referidos no n.º 3 do artigo*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

31.º é dado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência na qual os referidos elementos tenham sido utilizados como meio de prova, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim - art.º 33.º, n.º 4 do NRJC.

Ora, como está bom de ver, o nosso problema é outro ainda que próximo daquele que beneficia de solução legal expressa.

Configurando-se como um problema de acesso de co-visadas, em processo sancionatório, a documentos potencialmente confidenciais e não utilizados como prova inculpatória, o caso em mão deve deslindar a regra de acesso de informações que possam conter segredo de negócio por entidades que assumem posição concorrencial para com a titular dos documentos apreendidos.

O regime do art.º 33.º, n.º 4 do NRJC *não serve nem calça*, à primeira, com este propósito, subsistindo uma lacuna jurídica, bem identificada na decisão da AdC: *daqui [regime dos artigos 30.º; 31., n.º; 33.º, n.º 4] resulta que não existe norma que expressamente regule o acesso aos documentos classificados como confidenciais por motivo de segredo de negócio e não utilizados pela Autoridade para imputar a infracção (ainda que exculpatórios) (cfr. ponto 32).*

Acresce que o problema jurídico é exponenciado pela especial complexidade casuística, no sentido em que se procura decidir a melhor forma de acesso de 15 visadas a mais de 100.000 documentos, em suporte informático e papel.

* *

Vejamos agora, em olhar descritivo e crítico, o preenchimento da lacuna veiculado pela autoridade administrativa na decisão aqui em debate.

Em primeiro lugar, a AdC elege como premissa da decisão a necessidade de proceder a um exercício de concordância prática entre o **interesse legítimo das empresas na protecção dos seus segredos de negócio e os direitos de defesa das visadas.**

Esta motivação merece reparo porque parece omitir a especial posição de garante dos legítimos interesses das empresas e que incumbe à AdC enquanto titular dos poderes de investigação e direcção do processo sancionatório.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

O exercício de concordância prática não pode ignorar a circunstância do problema de acesso decorrer, *prima facie*, da precedente sujeição das visadas aos poderes de apreensão e recolha de prova da competência da AdC, enquanto entidade de regulação e supervisão do regime jurídico da concorrência.

Neste conspecto, não pode ser despicienda para a questão ou liminarmente dispensada a apontada função garantística do art.º 30.º, n.º 1 do NRJC, pela maior razão de que os documentos cujo acesso se facilitou foram apreendidos para instrução de processo sancionatório e, depois, desconsiderados e inutilizados para efeitos de imputação.

Não enjeitamos, obviamente, que as especiais circunstâncias do presente caso possam demandar da AdC medidas cautelares do processo casuísticas. Essas exigências casuísticas não podem é implicar a derrogação, *tout court*, dos deveres de protecção de segredo de negócio, especialmente quando, do ponto de vista prático, existem soluções de conformação menos lesivas daquele interesse.

Por assim dizer, **as bem alegadas circunstâncias especiais devem respeitar, antes de mais, princípios de actuação administrativos de subsidiariedade, de intervenção mínima e de proibição do excesso perante valores transversais como seja a protecção de informações confidenciais não utilizadas como prova e com potencial valor exculpatório.**

Independentemente do juízo de legalidade a efectuar, a solução adoptada pela AdC é uma solução de *última ratio* ou de intensidade máxima na lesão dos interesses das visadas na preservação das informações confidenciais. Há-de merecer, por isso, de mais ponderada e incisiva atenção e cuidado.

Em segundo lugar, a AdC enuncia como factor de decisão a advertência do TCRS exposta na decisão do proc. n.º 225/15.4YUSTR (não transitada em julgado), ponderando que, não obstante se ter indeferido o acesso indiscriminado à informação não confidencial e não utilizada como meio de prova, a informação por si disponibilizada é insuficiente para que as visadas possam identificar a utilidade para a defesa e que o cumprimento do ónus do art.º 30, n.º 2 do NRJC se tenha revelado demasiado oneroso.

Por conseguinte, *parece razoável admitir que as visadas não tenham condições para, em tempo útil e sem comprometer a investigação e a descoberta da verdade, assegurar, como*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1/16.7YUSTR

adverte o Tribunal, a produção de um descritivo detalhado e pormenorizado de cada informação suprimida que classificaram como confidencial (cfr. ponto 40).

Pela preclara razoabilidade e demonstração de um esfoço de síntese entre as finalidades da investigação e a desproporcionalidade do exercício da defesa, a motivação não suscita qualquer desacordo e parece guindar a decisão à perspectiva mais eficiente, nomeadamente a da correcção dos vícios inerentes à falta de descrição suficiente, pormenorizada e detalhada de cada documento de forma a possibilitar um efectivo exercício do direito de defesa.

Em terceiro lugar, apesar das referências estabelecidas na premissa relativa ao princípio de concordância prática, a AdC vem apresentar um novo critério que depois utiliza como principal factor de conformação da decisão: o dever de diligenciar pela eficiência, economicidade e celeridade da investigação e de modo a assegurar o tempo útil do processo sancionatório.

Para assegurar este interesse *e de modo a incorporar plenamente a advertência feita pelo Tribunal na sentença referida* (cfr. ponto 43), a AdC estabelece um regime em que todas as visadas tenham acesso às informações reputadas como confidenciais pelas demais, com vista à avaliação da sua utilidade para a defesa.

Para tanto a AdC permite o acesso a toda a documentação pelos advogados e assessores económicos externos das visadas, numa *data room* devidamente equipada, vinculando aqueles a uma cláusula de confidencialidade e interditando a utilização de meios técnicos de reprodução.

Salvo o devido respeito e desmerecendo qualquer veleidade de interpretação autêntica, o escopo da sentença foi precisamente o de obstar a um acesso indiscriminado e indiferenciado pelas visadas, instando a AdC a uma melhor descrição dos documentos referenciados nas respectivas notas de ilicitude.

Ou seja, no mesmo passo em que a AdC concede provimento à assinalada jurisprudência das cautelas, define um regime de acesso amplo em que o dever de acautelar pelos segredos de negócio é deferido para momento subsequente ao acesso, ainda que limitado a controlo e compromissos de confidencialidade.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

Deixando incólume a legitimidade técnica e discricionária da decisão, **subsiste contradição entre os fundamentos e motivação veiculados pela AdC e o resultado executivo desses pressupostos como foi consignado no dispositivo.**

Não tem razão a AdC, pelo menos no sentido argumentativo que pretende ver reconhecido, quando refere que *deu pleno cumprimento à advertência feita pelo Tribunal a quo na Sentença em crise*. Pelo contrário, com a decisão de 17-11-2015 manteve a fonte das insuficiências descritas pelo Tribunal quanto à conformidade do Ficheiro “Excel”, denominado “Anexos à NI”, e das tabelas que constam dos anexos à Nota de Ilicitude, com identificação dos elementos de prova e com o *link* para os documentos não confidenciais e para a versão pública dos documentos parcialmente confidenciais.

Em conclusão, afigura-se-nos que, por via da preponderância do interesse na celeridade processual, a AdC preenche a lacuna da regulação do acesso aos documentos classificados como confidenciais por motivo de segredo de negócio e não utilizados pela Autoridade para imputar a infracção (ainda que exculpatórios) através da aplicação do regime de acesso previsto no art.º 33.º, n.º 4 do NRJC, condicionando o acesso a cláusulas de confidencialidade.

Numa palavra, a AdC trata da mesma forma o acesso de documentos confidenciais utilizados como prova da imputação e o acesso de documentos confidenciais não utilizados como prova da imputação e que podem conter segredos de negócio.

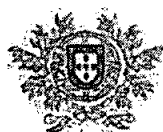
* *

Indigitadas as deficiências da motivação da decisão da AdC, procuremos concretizar os parâmetros, factores e critérios que, no nosso entendimento, melhor se adequam ao preenchimento da lacuna e ao conhecimento do objecto do recurso.

Em primeiro lugar, cabe identificar, clara e frontalmente, os interesses que se inscrevem na sempre difícil regulação administrativa do acesso ao processo.

A questão da protecção dos segredos de negócio num processo sancionatório suscita a necessidade de conciliar, sobretudo, três ordens de interesses: (i) o da transparência e da publicidade do processo³; (ii) o do pleno exercício do direito de defesa que pressupõe o

³ Estendendo este valor à necessidade de diligenciar por uma tramitação eficiente e célere que permita o exercício da actividade administrativa em tempo útil.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

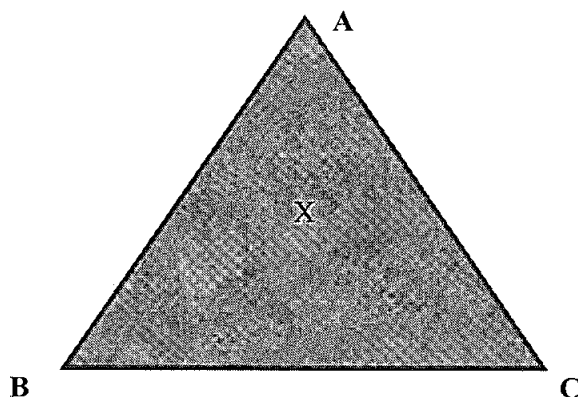
Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1/16.7YUSTR

conhecimento de toda a informação reunida pela AdC; (iii) o da protecção da confidencialidade das informações cuja divulgação pode lesar gravemente os interesses dos visados e de terceiro (NUNO RUIZ, Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, Almedina, pág. 324).

Nesta orientação a publicidade do processo é um valor originário e de cúpula (cfr. art.º 32.º do NRJC) da organização do processo a par da celeridade como realização do processo equitativo, e, enquanto o direito de defesa⁴ pode ser compreendido como um corolário do valor da publicidade do processo, o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC funciona como uma excepção ou circunscrição desse livre acesso.

Neste esquema, a área em causa representa a contribuição delimitativa de cada um desses valores.



**A: Publicidade e Celeridade do
Processo**
B: Exercício Direito de Defesa
**C: Protecção da confidencialidade
das informações**
**X: Acesso ao Processo pela
Visadas
(informações e documentos)**

⁴ As garantias normativas deste direito de defesa em sede de processo sancionatório encontram *reducto pretoriano* nos artigos 32., n.º 10 da Constituição da República Portuguesa e no art.º 50.º do Regime Geral das Contra-ordenações.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1/16.7YUSTR

Noutra perspectiva de função das variáveis, o X é o resultado da soma de A e B, subtraído ao C ($X=A+B-C$).

Claro que a polarização destes três interesses não equivale a uma igualdade de efeitos na conformação da concordância prática.

Os dois primeiros valores comprimem o terceiro ao ponto de o poderem circunscrever ao essencial, não sendo conveniente, nem justo, nem lícito que o aniquilem. Por outro lado, a inadequada harmonização da protecção dos segredos de negócio e do direito de defesa pode, em certos casos, comprometer a missão da AdC (NUNO RUIZ, ob. cit., pág. 324).

Esta regra de harmonização surge-nos como crucial, no sentido em que o acesso ao processo nunca pode resultar no absoluto esvaziamento do dever de protecção da confidencialidade das informações, o que vale por dizer que, em tese, a elasticidade deste factor não pode levar ao ponto de o tornar irrelevante na conformação do regime de acesso.

A AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito ao exercício de defesa e da celeridade processual não pode abdicar da protecção dos seus segredos de negócio, pelo que aqui se consigna o entendimento de que o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 deve configurar um interesse de conformação obrigatório ainda que não prevalente.

21

Em segundo lugar, cada um dos interesses ou factores referidos deve também ser objecto de conformação parcelar em face do objecto ou conteúdo do acesso que se pretende regular no caso particular, isto é, o valor da prevalência ou contributo de cada um dos factores para o resultado final deve corresponder à importância do documento/informação para a realização dos poderes sancionatórios da AdC.

Se já afastámos soluções práticas em que o dever de protecção da confidencialidade das informações resulte aniquilado ou esvaziado, agora, queremos deixar expresso que a restrição ou amplitude desse dever dependem, inexoravelmente, do seu valor probatório para a demonstração da existência ou inexistência da infração, a punibilidade ou não punibilidade do visado pelo processo, a determinação da sanção aplicável e a medida da coima.

Não pode haver espaço de dúvida que a distinção entre a atribuição de valor inculpatório (entendido como suporte da existência da infracção, da punibilidade ou da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed EX-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

medida da coima) ou o reconhecimento da inocuidade probatória vai influenciar a medida do acesso pelos visados às informações confidenciais.

Esta é a *ratio* do art.º 33.º, n.º 4 do NRJC.

Por outras palavras, quando o objecto da regulação são documentos ou informações confidenciais ou que integrem segredo de negócio com valor inculpatório então o regime charneira equivale a uma supressão quase máxima da interdição do acesso, com preponderância da realização das finalidades sancionatórias.

Assim, o 33.º, n.º 4 do NRJC é o resultado da soma dos factos A e B, subtraído ao factor C quando estão em *causa meios de prova para a demonstração de uma infracção às normas da concorrência previstas na presente lei ou no direito da União Europeia a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio.*

Se a pedra de toque da conformação parcelar do interesse na protecção de informações confidenciais, aquando do juízo de concordância prática, é, precisamente, o valor inculpatório ou exculpatório dessas informações, então a indiferenciação dos regimes de acesso a esses documentos carece de razoabilidade e admissibilidade.

A decisão da AdC conduz, **fatalmente**, a essa indiferenciação ao permitir o mesmo tipo de acesso a informações confidenciais com valor inculpatório ou exculpatório.

É de imediata percepção que o acesso pelas visadas dos documentos e informações confidenciais com valor inculpatório se faça do modo mais amplo possível, dando oportunidade que a defesa se efectue em campo tendencialmente aberto, cabalmente informado, suficientemente esclarecido e sem obscurantismo por parte da entidade sancionatória.

Por outro lado, *que razão há em permitir essa amplitude de acesso quando a autoridade sancionatória classificou tais documentos como inúteis para a demonstração da infracção, para a punibilidade ou para a determinação da medida da coima?*

É a AdC que declarou tais informações e documentos como probatoriamente inócuos para o processo sancionatório.

Num juízo em analepse, poder-se-ia até dizer que, caso a AdC tivesse presente o seu conteúdo e valor aquando da realização das diligências de conservação de prova, a respectiva apreensão não teria sequer ocorrido nos termos do art.º 18.º, n.º 1 al. c) do NRJC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1/16.7YUSTR

Estamos em condição de formular uma *segunda regra de cálculo* para a equação da concordância prática que nos propomos gizar.

A AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito ao exercício de defesa e da celeridade processual não pode tratar as informações confidenciais com valor exculpatório da mesma forma que trata as informações confidenciais com valor inculpatório, sob pena de subverter, o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 e de afectar, desproporcionalmente, a protecção da confidencialidade das informações cuja divulgação pode lesar gravemente os interesses dos visados e de terceiro.

Em terceiro lugar, para melhor concretização dos seus limites no juízo de conformação do regime de acesso e de concordância prática no preenchimento da lacuna, o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC encerra ou consagra materialmente princípios de actuação da AdC diametralmente opostos ao dever de sujeição pelas visadas às diligências de busca e apreensão de informações e documentos.

Os poderes de busca, exame, recolha e apreensão previstos na alínea c) do n.º 1 do art.º 18.º do NRJC traduzem-se numa *das linhas de força do novo RJC: a maior agressividade em termos de meios coactivos*, tanto nos locais onde as diligências podem ser efectuadas como em relação à documentação, independentemente da sua natureza e suporte (LOBO MOUTINHO e PEDRO DURO, ob. cit., pág. 209).

Ainda que se subordine tais diligências a um regime de controlo e validação de autoridade judiciária com protecção qualificada de espaços domiciliários (cfr. artigos 19.º a 21.º do NRJC) em linha com os poderes de investigação criminal, não pode deixar de se notar que a AdC, enquanto entidade administrativa reguladora e de supervisão, na qual se concentram ao mesmo tempo poderes de investigação e de sancionamento, dispõe de mecanismos de ingerência nas entidades reguladas manifestamente invasivos e tributários de fundada suspeita da prática de infracções concorrências.

Por conseguinte, **a acima anunciada função garantística do dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC adquire a devida concretização pela atribuição à AdC de uma responsabilidade de *cariz fiduciário ou de custódia* na prestação das informações sobre o resultado das diligências de busca e apreensão.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

Aqui, levamos mais longe o entendimento expresso *ad latere* na sentença do proc. n.º 225/15.4YUSTR quanto aos avisos da jurisprudência comunitária e das melhores cautelas tempo (das quais o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 29 de Junho de 1995, Solvay vs. Comissão Europeia, processo T-30/91, disponível em: <http://eur-lex.europa.eu>, é o guia de referência), **ao ponto de afirmarmos que a responsabilidade da AdC de proceder a uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada nos anexos juntos com as notas de ilicitude configura um dever processual acessório do dever do art.º 30.º, n.º 1 do NRJC e que realiza, em primazia da sua materialidade subjacente, o interesse legítimo das empresas na protecção dos seus segredos de negócio e os direitos de defesa das visadas.**

Há, para nós, uma efectiva vinculação normativa no cumprimento desse dever acessório de prestação das informações descritivas e classificativas dos documentos, que enforme o interesse da protecção da confidencialidade das informações e, por via dele, o direito ao legítimo exercício de defesa por parte das visadas na regulação do acesso processual.

A responsabilidade processual de *cariz fiduciário ou de custódia* pelo tratamento e gestão dos documentos apreendidos e imputável à AdC advém, pois, do grau de ingerência e sujeição decorrente da maior agressividade em termos de meios coactivos que se reconhece nos poderes de investigação e de apreensão de documentos, independentemente do seu valor inculpatório ou exculpatório⁵.

Atente-se nesta relação numérica: dos quase 90.000 documentos, em formato digital, apreendidos a todas as entidades, a AdC utilizou apenas 1124 documentos classificados como confidenciais, tendo as visadas, na sequência da solicitação prevista no art.º 30.º, n.º 2 do NRJC, identificado de entre os documentos apreendidos nas suas instalações, aqueles que, em seu entender, continham informações relativas a segredos de negócio e que, por essa razão, deveriam ser classificados como confidenciais e consequentemente limitado o acesso aos mesmos por parte de outras visadas e terceiros.

⁵ Se nos é permitido o expediente estilístico da imagem inerente ao pescador e às malhas das redes de pesca, o grau de responsabilidade do colector de prova pelos documentos recolhidos está directamente relacionado com o grau de especificação do meio de recolha: quanto mais indiferenciada é a recolha, maior é o dever de tutela sobre os documentos que não interessem à recolha e que, não obstante, foram recolhidos.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1/16.7YUSTR

Perante os cruzados pedidos de acesso, a AdC, admitindo a falta de diligência informativa do índice geral específico para a parte digital do processo; admitindo ainda que o exercício de defesa das visadas estava imediatamente diminuído por aquele índice, optou por conceder total acesso aos documentos não inculpatório nos termos do art.º 33.º, n.º 4 do NRJC, incumprindo para tanto os deveres acessórios do art.º 30.º, n.º 1 do mesmo regime, desmerecendo e repudiando a responsabilidade processual assumida com a apreensão.

A inviabilidade ou a quase impossibilidade do exercício da defesa no que respeita à concretização dos pedidos de acesso efectuados pelas visadas (que a AdC tão prontamente reconhece na motivação da sua decisão) mais não é de que o convite pragmático ao cumprimento do dever acessório aqui nomeado e enunciado na sentença⁶ que indeferiu os pedidos de acesso ilimitado das visadas.

Em proveito das alegações da Recorrente para este nosso argumento, as Linhas de Orientação sobre a Instrução de Processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º do NRJC e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, de 22 de Março de 2013, adoptadas pela AdC ao abrigo dos seus poderes de regulamentação, vêm dar respaldo a esta perspectiva.

Nos termos do §187: *os documentos que contenham elementos de informação considerados confidenciais por motivos de segredo de negócio, bem como a correspondência respeitante aos mesmos entre a Autoridade da Concorrência e as entidades titulares dessa informação, e que a Autoridade não entenda serem necessários para prova da infração, serão juntos aos autos em apenso não acessível aos visados pelo processo ou a terceiros, devidamente identificado como contendo informação confidencial. Dos autos do processo, e acessível a todos os visados ou terceiros, constará ainda uma listagem, elaborada pela equipa de instrução, na qual se identificam os documentos considerados confidenciais e se*

25

⁶ "Só se pode fundamentar o que minimamente se conhece.

Só depois de conhecer se pode saber o interesse subjacente.

E só nesse momento se pode exercer o inderrogável direito de defesa.

Concede-se que, porventura, a Autoridade da Concorrência efectuou já um juízo sobre o potencial valor exculpatório da documentação confidencial constante dos autos que não foi utilizada como meio de prova, e, concede-se igualmente, terá extraído fundadamente a conclusão que a mesma é inócua.

Concede-se. Mas não só a documentação está nos autos e é meio de prova, ainda que não expressamente invocada como tal, como a Autoridade da Concorrência, se efectuou tal juízo, poderá não ter adoptado fundamentação bastante" – extracto da sentença, aqui referido na medida em que foi apontado pela AdC como critério de decisão.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1/16.7YUSTR

apresentam, sumariamente, os motivos dessa qualificação, os quais poderão resultar directamente do tipo de informação em causa.

Também em rebate das contra-alegações, torna-se evidente que a solução adoptada pela AdC fere os procedimentos das Linhas de Orientação. Ora, sendo uma regra geral a excepção da sua aplicação não pode ser arbitrária ou desproporcional como parece ser o caso. Com certeza que aquelas orientações *não criam direitos ou obrigações que decorram de quaisquer outros dispositivos legais aplicáveis a cada caso concreto*, mas não deixam, todavia, de vincular os procedimentos administrativos e de criar expectativas de concretização prática dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei da Concorrência e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, as quais, por sua vez, reflectem o *estado da arte* e o padrão de actuação administrativa na afectação dos interesses de protecção de segredo de negócio. Como tal, consubstanciam regras operacionais e de conformação prática e que não podem ser afastadas por submissão automática aos princípios de celeridade e economia do processo.

Também não colhe a linha argumentativa da AdC quando parece referir que a procedência do objecto de recurso surge diminuída pela falta de impugnação das diligências de busca e apreensão, bem como o ato de validação e selecção dos 5377 ficheiros da Recorrente, considerados relevantes para a investigação, pelo Juiz de Instrução Criminal, e que foram enviados à AdC para incorporação no processo administrativo. Não está em crise nesta instância a validade das diligências probatórias ou a legalidade dos actos de apreensão da documentação. Outrossim, **partimos da legalidade dessas diligências para atribuir à AdC um dever acrescido na gestão e tratamentos desses documentos e num momento prévio à concessão de acesso pelas visadas.**

Partindo da noção deste dever e responsabilidade *de cariz fiduciário ou de custódia* pelo tratamento e gestão dos documentos apreendidos, permite-nos alcançar outra *regra* para efeitos do juízo de concordância prática exigido pela questão decidenda.

A AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito ao exercício de defesa e da celeridade processual, deve previamente diligenciar pela suficiente descrição dos documentos apreendidos, de forma a possibilitar que a decisão do seu acesso pelas visadas se faça de modo informado e



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

esclarecido, permitindo a compreensão do seu teor para efeitos da sua utilização exculpatória.

* *

Concretizados os parâmetros, factores e critérios que, no nosso entendimento, melhor se adequam ao preenchimento da lacuna, analisemos os fundamentos apresentados pela Recorrente para procedência do vício de ilegalidade.

Em primeiro lugar, em compasso acertado com a resenha crítica que fizemos, o juízo de concordância prática aventado pela AdC na decisão Recorrida é meramente aparente, procedendo, apenas, à simples prevalência do interesse na tramitação célere do processo sobre o direito de protecção e informações confidenciais quando faculta o acesso por parte de todas as Visadas, aos documentos confidenciais e não invocados pela AdC como provas da imputação, sem sequer exigir que se fundamente o seu interesse na consulta desses documentos.

Subsiste na decisão a *prevalência incondicional de um direito sobre o outro, sacrificando totalmente o interesse legítimo da ora Recorrente na não divulgação dos seus segredos de negócio*, em preterição da primeira regra de concretização e preenchimento da lacuna subjudice.

Em segundo lugar, assinalando que está em causa o regime de acesso dos documentos classificados como confidenciais que não tenham sido utilizados pela AdC como meios de prova da infração, incluindo os atinentes aos pedidos de clemência, a decisão Recorrida transfere para as visadas o ónus de análise individual dos elementos considerados confidenciais e o ónus de aferição do prejuízo concreto que possa comprovadamente resultar da divulgação de informação confidencial em causa, designadamente enquanto elementos que possam ser utilizados pela defesa.

Todavia, considerando que a indicação dos elementos exculpatórios exigida pela AdC não era possível por via da insuficiente descrição, o cumprimento desse ónus depende, previamente, do livre acesso a toda a documentação pelo advogado ou assessor económico externo das visadas a quem é imputada a infração, incluindo a que foi identificada como confidencial.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

Este regime de concordância prática parece-nos, pois, tautológico no sentido em que, para proteger as informações confidenciais e a realização do dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC, a AdC opta por permitir, primeiro, um acesso irrestrito a toda a documentação, escusando-se ao cumprimento dos seus deveres de informação acima indicados.

Em terceiro lugar, nesta sequência, a AdC deixa de condicionar o acesso a tais documentos à prévia demonstração pelo interessado desse potencial valor exculpatório, presumindo que essa demonstração só pode ser feita pelo regime de acesso agora determinado na decisão Recorrida, ao arrepio da motivação da sentença proferida no processo n.º 225/15.4YUSTR e perante a admissão do incumprimento do dever de disponibilizar suficiente informação para que as visadas aferissem da potencial utilidade dos documentos confidenciais para a sua defesa.

Em quarto lugar, ao preencher a lacuna do regime de acesso a documentos confidenciais não utilizados na imputação como meio de prova, a AdC **defrauda, precisamente, a imposição legal de, na instrução dos processos, acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio**, uma vez que, com aquela decisão, se prescinde, por completo, de conferir protecção à preservação do segredo, fazendo desaparecer esse interesse no juízo da concordância prática, sem justificação normativa atendível para a consagração indiferenciada entre regimes de acesso a documentos confidenciais com valor inculpatório e exculpatório.

Isto é, por via da máxima compressão do interesse na protecção de informações confidenciais, a AdC trata documentos com valor exculpatório da mesma forma que os documentos com valor inculpatório, privilegiando apenas o valor da celeridade processual.

Em quinto lugar, a decisão sob recurso vem apenas consagrar um regime especial de acesso 'indiscriminado' a toda a documentação confidencial existente nos autos, com a agravante de se admitir que o mesmo se faça em relação a documentos que são, neste momento, despiciendos para a fundamentação probatória da nota da ilicitude e do exercício dos poderes sancionatórios da AdC.

Em sexto lugar, a decisão Recorrida sacrifica a *melhor concordância* prática dos interesses potencialmente antagónicos de preservação dos segredos de negócio e de garantia dos direitos de defesa.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

Esta *melhor concordância* prática dos interesses esteira-se na defesa de meios procedimentais e preliminares da decisão de acesso pelos quais **o requerente da consulta seria chamado a fundamentar a sua pretensão na relevância para a defesa do documento que pretende consultar, com sequente contraditório do titular do segredo de negócio, após o que a AdC procederia a uma análise crítica e individualizada relativamente a cada um dos documentos que se pretende consultar**, tomando em consideração as razões invocadas pelo requerente e pelo titular do segredo de negócio.

E esta concordância sempre demandaria que a AdC, enquanto *domina* da fase de investigação e fiduciária dos documentos apreendidos, privilegiasse, para efeitos do pedido de consulta, **uma razoável compreensão do teor dos documentos em termos tais que essa fundamentação não fosse feita por defeito e atacado**.

Daí que se possa falar numa ineptidão da motivação da decisão da AdC por contradição insanável com o regime de acesso definido, em preterição da sua vinculação ao dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC.

Em sétimo lugar, a AdC, ciente da inviabilização dos direitos de defesa promovida pela sua conduta procedimental na identificação dos documentos, ao invés de sanar ou corrigir esse procedimento, **acrescentando a essa lista os elementos necessários para que as visadas pudessem avaliar o potencial valor exculpatório dos documentos em causa**, opta por manter as declaradas insuficiências, forçando o processo a avançar à custa da preservação das informações confidenciais através da criação de um regime de acesso paralelo ao previsto no art.º 33.º, n.º 4 do NRJC.

O único valor ou interesse acautelado com esta decisão é, efectivamente, a celeridade e a economia processual, reiterando-se que a concordância prática ou a solução de compromisso realizada pela AdC foi meramente aparente e em preterição da vinculação estipulada pelo art.º 30.º, n.º 1 do NRJC.

Em oitavo lugar, não obstante a restrição do acesso aos advogados e assessores económico externo das visadas, a inexistência de qualquer mecanismo de controlo prévio dessa consulta, em termos de motivação e adequação ao exercício de defesa, sendo o mesmo exequível e possível, acarreta que a AdC tenha promovido um acesso indiscriminado das



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1/16.7YUSTR

visadas a documentos confidenciais pelas demais, esvaziando o seu dever de acautelamento na não divulgação dos segredos de negócio.

Não nos parece demasiada a repetição argumentativa de que é a própria AdC que refere que as visadas não dispuseram de condições para, em tempo útil e sem comprometer a investigação e a descoberta da verdade, assegurarem a produção de um descritivo detalhado e pormenorizado de cada informação suprimida que classificaram como confidencial.

No entanto, como supra se consignou, **a responsabilidade pela garantia dessas condições compete à AdC e encontra respaldo na vinculação material que o cumprimento do art.º 30.º, n.º 1 do NRJC demanda, em linha com as próprias regras adoptadas pela AdC quanto à instrução de processos da sua competência.**

Em nono lugar, pelo que vai dito, merece acolhimento o raciocínio da Recorrente quanto à vinculação da AdC aos procedimentos regulamentares (Linhas de orientação) por si adoptados como critério de aferição de actuações conformes ao *bloco de juridicidade* formado, precisamente, pela sua própria delimitação dos seus poderes discricionários, definida como *autovinculação administrativa*, e que concede tutela de confiança normativa aos interessados, no caso, as visadas.

Neste aspecto, **se a AdC se compromete a elaborar uma lista contendo os elementos necessários para que os visados possam conhecer minimamente o teor dos documentos confidenciais e, nessa medida, possam fundamentar o seu interesse na consulta dos mesmos, e se a mesma AdC reconhece que não actuou de forma conforme a essa vinculação regulamentar, ergo os princípios fundamentais da Administração Pública de proporcionalidade, boa-fé e garantia da tutela jurisdicional efectiva, previstos nos artigos 267.º, n.º 2 e 268.º, n.º 4, ambos da Constituição da República Portuguesa, sempre exigiriam que o vício originário fosse suprido, antes de se optar pela afectação e diminuição dos interesses na protecção de informações confidenciais.**

Da mesma forma, a alegação da AdC de que seguiu, no que respeita às regras de acesso ao processo, as melhores práticas em uso na União Europeia para processos da mesma natureza surge carecida de substrato bastante.

Em décimo lugar, não concordamos exactamente com o argumento de que a decisão violou o disposto no art.º 78.º, n. 1, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.N.º 1/16.7YUSTR

Financeiras⁷ e no art.º 20.º, n.º 8⁸ do NRJC, porquanto, no primeiro caso, não se trata de um valor absoluto ao ponto de interditar os poderes sancionatórios da AdC, e, no segundo caso, se trata apenas de uma regra de validação judiciária da apreensão.

O mesmo vale para a alegada violação do regime jurídico da protecção de dados pessoais, nos termos indicados nos artigos 6.º, 8.º, n.º 2, 17.º, n.º 1, da Lei n.º 67/98, de 26 de Outubro.

Ainda assim, é nosso entendimento que tais normas são concretizações normativas da protecção transversal e constitucional que é conferida aos documentos confidenciais e aos segredos de negócio e cujo art.º 30.º, n.º 1 do NRJC torna vinculativo para efeitos de definição do acesso aos documentos apreendidos pela AdC no âmbito dos seus poderes sancionatórios.

Neste sentido, o interesse definido no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC configura uma norma de Direito Público, cuja presença na integração de lacunas, na análise hermenêutica do regime legal ou na sindicância da legalidade da actividade administrativa deve ser sempre acutelado *urbe et orbe, hic et nunc*.

Por fim, cumpre esclarecer que não cabe nesta decisão o conhecimento sobre a natureza confidencial dos documentos cujo acesso se permitiu nem sobre a definição relevante de segredo bancário para efeitos de consulta no presente processo sancionatório, ainda que os exemplos apontados pela Recorrente (para melhor elucidação da insuficiência dos elementos descritivos) sejam perfunctoriamente adequados a essa qualificação.

É igualmente perceptível e apodíctico que, sendo tais documentos inerentes à relação da Recorrente com os seus clientes, se deva diligenciar pela restrição da sua divulgação a terceiros ou entidades concorrentes.

* *

⁷ Os membros dos órgãos de administração ou fiscalização das instituições de crédito, os seus colaboradores, mandatários, comissários e outras pessoas que lhes prestem serviços a título permanente ou ocasional não podem revelar ou utilizar informações sobre factos ou elementos respeitantes à vida da instituição ou às relações desta com os seus clientes cujo conhecimento lhes advenha exclusivamente do exercício das suas funções ou da prestação dos seus serviços.

⁸ O exame é feito pessoalmente pelo juiz de instrução, coadjuvado, quando necessário, pelas entidades policiais e por técnicos qualificados da Autoridade da Concorrência, ficando ligados por dever de segredo relativamente a tudo aquilo de que tiverem tomado conhecimento e não tiver interesse para a prova



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

Aqui chegados podemos concluir na anunciada resposta, pelo que, **considerando** que o art.º 30.º, n.º 1 do NRJC acomete à AdC uma função garantística irrenunciável de protecção do segredo de negócio;

considerando que o dever de acautelar o interesse na conservação dos segredos de negócio em sede de processo sancionatório relativo às práticas restritivas não desaparece perante o valor inculpatório dessas informações;

considerando que não existe norma expressa que regule o acesso aos documentos classificados como confidenciais por motivo de segredo de negócio e não utilizados pela Autoridade para imputar a infracção (ainda que exculpatórios);

considerando que incumbe à AdC a especial posição de garante dos legítimos interesses das empresas, enquanto titular dos poderes de investigação e direcção do processo sancionatório;

considerando que as circunstâncias especiais do presente caso devem respeitar, na definição do regime de acesso aos documentos classificados como confidenciais por motivo de segredo de negócio e não utilizados pela Autoridade para imputar a infracção, princípios de actuação administrativos de subsidiariedade, de intervenção mínima e de proibição do excesso perante valores transversais como seja a protecção de informações confidenciais não utilizadas como prova e com potencial valor exculpatório;

considerando que o dever de diligenciar pela eficiência, economicidade e celeridade da investigação e de modo a assegurar o tempo útil do processo sancionatório não é um valor absoluto;

considerando que a AdC deve privilegiar actuações administrativas que obstem a um acesso indiscriminado e indiferenciado pelas visadas;

considerando que, com a decisão de 17-11-2015, a AdC trata da mesma forma o acesso de documentos confidenciais utilizados como prova da imputação e o acesso de documentos confidenciais não utilizados como prova da imputação e que podem conter segredos de negócio;

considerando que a conformação parcelar do interesse na protecção de informações confidenciais, aquando do juízo de concordância prática, deve atender ao diferente valor inculpatório ou exculpatório dessas informações;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc. Nº 1/16.7YUSTR

considerando que a indiferenciação dos regimes de acesso a documentos de diferente valor inculpatório ou exculpatório carece de razoabilidade e admissibilidade legal;

considerando que a AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito ao exercício de defesa e da celeridade processual não pode abdicar da protecção dos seus segredos de negócio, pelo que aqui se consigna o entendimento de que o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 deve configurar um interesse de conformação obrigatório ainda que não prevalente;

considerando que a AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito ao exercício de defesa e da celeridade processual não pode tratar as informações confidenciais com valor exculpatório da mesma forma que trata as informações confidenciais com valor inculpatório, sob pena de subverter, o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 e de afectar, desproporcionalmente, a protecção da confidencialidade das informações cuja divulgação pode lesar gravemente os interesses dos visados e de terceiro;

considerando que a responsabilidade da AdC de proceder a uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada nos anexos juntos com as notas de ilicitude configura um dever processual acessório do dever do art.º 30.º, n.º 1 do NRJC e que realiza, em *primazia da sua materialidade subjacente*, o interesse legítimo das empresas na protecção dos seus segredos de negócio e os direitos de defesa das visadas;

considerando que a responsabilidade processual de *cariz fiduciário ou de custódia* pelo tratamento e gestão dos documentos apreendidos e imputável à AdC advém do grau de ingerência e sujeição decorrente da maior agressividade em termos de meios coactivos que se reconhece nos poderes de investigação e de apreensão de documentos, independentemente do seu valor inculpatório ou exculpatório;

considerando que a AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito ao exercício de defesa e da celeridade processual, deve previamente diligenciar pela suficiente descrição dos documentos apreendidos, de forma a possibilitar que a decisão do seu acesso pelas visadas se faça de modo informado e esclarecido, permitindo a compreensão do seu teor para efeitos da sua utilização exculpatória;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

Pr. Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

considerando que a decisão de 17-11-2015 confere prevalência incondicional ao valor da celeridade processual, sacrificando totalmente o interesse legítimo da Recorrente na não divulgação dos seus segredos de negócio;

considerando que a decisão de 17-11-2015 transfere para as visadas o ónus de análise individual dos elementos considerados confidenciais e o ónus de aferição do prejuízo concreto que possa comprovadamente resultar da divulgação de informação confidencial em causa;

considerando que, através do juízo de concordância prática exposto na decisão de 17-11-2015, a AdC opta por permitir, primeiro, um acesso irrestrito a toda a documentação, escusando-se ao cumprimento dos seus deveres de informação;

considerando que, com a decisão de 17-11-2015, a AdC deixa de condicionar o acesso a tais documentos à prévia demonstração pelo interessado desse potencial valor exculpatório, presumindo que essa demonstração só pode ser feita pelo regime de acesso agora determinado na decisão Recorrida, ao arrepio da motivação da sentença proferida no processo n.º 225/15.4YUSTR e perante a admissão do incumprimento do dever de disponibilizar suficiente informação para que as visadas aferissem da potencial utilidade dos documentos confidenciais para a sua defesa;

considerando que, com a decisão de 17-11-2015, se prescinde, por completo, de conferir protecção à preservação do segredo, fazendo desaparecer esse interesse no juízo da concordância prática, sem justificação normativa atendível para a consagração indiferenciada entre regimes de acesso a documentos confidenciais com valor inculpatório e exculpatório;

considerando que a decisão de 17-11-2015 define um regime especial de acesso 'indiscriminado' a toda a documentação confidencial existente nos autos, ainda que submetido a compromissos de confidencialidade e proibição de reprodução;

considerando que a decisão de 17-11-2015 não realiza a *melhor concordância* prática dos interesses potencialmente antagónicos de preservação dos segredos de negócio e de garantia dos direitos de defesa;

considerando que a AdC, ciente da inviabilização dos direitos de defesa promovida pela sua conduta procedimental na identificação dos documentos, ao invés de sanar ou corrigir esse procedimento, acrescentando a essa lista os elementos necessários para que as visadas pudessem avaliar o potencial valor exculpatório dos documentos em causa, opta por



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

manter as declaradas insuficiências, à custa da preservação das informações confidenciais através da criação de um regime de acesso paralelo ao previsto no art.º 33.º, n.º 4 do NRJC;

considerando que o único valor ou interesse acautelado com a decisão de 17-11-2015 é, efectivamente, a celeridade e a economia processual;

considerando que a inexistência de qualquer mecanismo de controlo prévio dessa consulta, em termos de motivação e adequação ao exercício de defesa, sendo o mesmo exequível e possível, promove um acesso indiscriminado das visadas a documentos confidenciais pelas demais, esvaziando o seu dever de acautelamento na não divulgação dos segredos de negócio;

considerando que a AdC se comprometeu a elaborar uma lista contendo os elementos necessários para que os visados possam conhecer minimamente o teor dos documentos confidenciais e, nessa medida, possam fundamentar o seu interesse na consulta dos mesmos;

considerando que a AdC não actuou de forma conforme à vinculação regulamentar das linhas de orientação e aos princípios fundamentais da Administração Pública de proporcionalidade, boa-fé e garantia da tutela jurisdicional efectiva, previstos nos artigos 267.º, n.º 2 e 268.º, n.º 4, ambos da Constituição da República Portuguesa;

considerando que os documentos confidenciais e aos segredos de negócio beneficiam de protecção transversal e constitucional no ordenamento jurídico Português e cujo art.º 30.º, n.º 1 do NRJC torna vinculativo para efeitos de definição do acesso aos documentos apreendidos pela AdC no âmbito dos seus poderes sancionatórios;

considerando que o interesse definido no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC configura uma norma de Direito Público, cuja presença na integração de lacunas, na análise hermenêutica do regime legal ou na sindicância da legalidade da actividade administrativa deve ser sempre acautelado, **o regime de acesso definido pela AdC na deliberação PRC/2012/09 aos documentos classificados como confidenciais por motivo de segredo de negócio e não utilizados pela Autoridade para imputar a infracção, ainda que exculpatórios, é ilegal por violação do dever de acautelar o interesse da Recorrente na não divulgação dos seus segredos de negócio previsto no art.º 30.º, n.º 1 do NRJC.**

Impõe-se, com esta resposta, a consequente procedência da anulação da decisão proferida pelo Conselho de Administração da AdC em 17 de Novembro de 2015 e em



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

Pr.Do Município, Ed Ex-Escola Prática de Cavalaria - 2005-345 Santarém
Telef: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 1/16.7YUSTR

acordo com o objecto do recurso de impugnação de medidas administrativas interposto pela Recorrente Banco B.P.I, S.A.

* * *

*

V. Pelo exposto, nos termos dos fundamentos e normas legais citadas, decido julgar procedente o recurso de impugnação de medidas administrativas interposto pela Recorrente Banco B.P.I, S.A., e, em consequência, determino a anulação da decisão proferida pelo Conselho de Administração da AdC em 17 de Novembro de 2015, e dos demais termos de processado subsequente dependentes da decisão, na parte em que permite às demais visadas o acesso incondicional e irrestrito aos documentos apreendidos à ora Recorrente classificados como confidenciais e não invocados pela AdC como provas na nota de ilicitude, sem qualquer exigência quanto à fundamentação do pedido de consulta.

*

Sem custas.

Notifique e deposite.

36

*

Comunique a presente decisão à Autoridade da Concorrência, sendo esta com envio de certidão judicial.

Após trânsito, archive os autos neste Tribunal, diligenciando pela lacração da versão confidencial e guarda em local seguro.

Texto processado em computador e integralmente revisto pelo signatário – Juiz de Direito

Santarém, 15 de julho de 2016