



200460-11324070



194/16.3YUSTR

Exma. Senhora

Av.ª de Berna, N.º 19
1050-037 Lisboa

Processo: 194/16.3YUSTR	Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas	Referência: 161100 Data: 16-01-2017
Recorrido: Autoridade da Concorrência Recorrente: Banco Santander Totta Sa e outro(s)...		

Assunto: Notificação de despacho e Sentença.

Fica V. Ex^a notificado, na qualidade de Mandatário da Recorrida AdC, nos termos e para os efeitos a seguir mencionados:

- Do conteúdo do 2.º, 3.º, 4.º, 5.º § do despacho Ref^a 159625, proferido a fls. 2409, de que se junta cópia
- Da admissão do recurso apresentado nos presentes autos, de fls. 2348//2367.
- De todo o conteúdo do despacho precedente à sentença, fls. 2412/2413 e da sentença proferida nos presentes autos, a fls. 2413/2515 cuja cópia se junta.
- Para, querendo, no prazo de cinco dias, se pronunciar relativamente ao propósito de facultar cópia da decisão proferida nos autos no âmbito dos protocolos referidos no despacho proferido no penúltimo § da sentença (fls. 2515).

A Oficial de justiça,

Olga Vicente



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 194/16.3YUSTR

159625

CONCLUSÃO - 05-01-2017 (após férias judiciais)

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Carolina Barreiro)

=CLS=

Ref.ª 24806, fls. 2270:

Esclarece-se o BCP que o despacho com a ref.ª 155694, de fls. 109, relativo ao processo n.º 333/16.4YUSTR, se reporta ao recurso por si interposto, relativo ao processo de contraordenação instaurado pela AdC com o n.º PCR/2015/08, e que foi incorporado nos presentes autos (processo n.º 194/16.4YUSTR).

Notifique ao BCP.

Ref.ªs 24799, 24811 e 24836, fls. 2238 e ss, 2277 e ss, e 2320 e ss. :

Por estar em tempo e ter legitimidade, admito a resposta apresentada pelo BCP relativamente ao recurso interposto pela AdC em relação à decisão, de fls. 1143 a 1148 (ref.ª 150065, proferida em 03.10.2016), que atribuiu efeito suspensivo ao recurso apresentado por aquele.

Notifique a todos os sujeitos processuais intervenientes.

Ref.ªs 24848 e 24876, fls. 2348 e ss.:

Nos termos dos artigos 89.º, n.º 1 e 2, alínea a), do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08.05, 74º, n.º 1, do Regime Geral das Contraordenações (RGCO), e 406º, n.º 2, 407º, n.º 1 e 411º, n.º 3, todos do Código de Processo Penal (CPP), *ex vi* artigos 41º, n.º 1, do RGCO, e 83º, do NRJC, admito o recurso interposto pela Autoridade da Concorrência do despacho proferido 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 194/16.3YUSTR

16 de novembro de 2016, de fls. 1980-1982 (ref.^a 154755), que admitiu os recursos interpostos pelos visados BST e BSC do pedido efetuado pela AdC em 22 de setembro de 2016, e que fixou efeito suspensivo aos recursos.

Notifique (AdC, Ministério Público, BST e BSC), incluindo o Ministério Público e os recorrentes BST e BSC para, querendo, apresentarem resposta.

Ref.^a 24906, fls. 2397 a 2408:

A AdC, por via do requerimento supra referenciado, veio pronunciar-se sobre o documento 12, a que se reporta o requerimento com a ref.^a 24112, de fls. 1239 e ss., datado de 31.10.2016.

Analisado o teor da pronúncia, verifica-se que os pontos 1 a 7 extravasam claramente o âmbito do direito ao contraditório que lhe assiste, limitado ao teor do documento, pelo que devem ser julgados os mesmos não escritos.

No que respeita ao ponto 8, a AdC requer a junção da cópia de um despacho proferido pelo Tribunal de Instrução Criminal de Lisboa e respetiva notificação, de cuja fundamentação resulta claramente que o mesmo não se reporta ao processo de contraordenação objeto dos recursos em análise nos presentes autos. Considera-se, assim, não existir qualquer interesse na sua incorporação no processo.

Em face do exposto:

- I) Não admito, julgando-se não escritos, os pontos 1 a 7 do requerimento supra referenciado;
- II) Não admito os documentos apresentados pela AdC, determinando-se o seu desentranhamento e devolução à apresentante.

*

Notifique (AdC, Ministério Público e BST) e anote, remetendo ao BST cópia do requerimento da AdC e dos documentos respetivos.



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 194/16.3YUSTR

Requer o BST, no recurso de fls. 570 e ss, datado de 21.07.2016, relativo à decisão da AdC de 07 de julho de 2016, que incidiu sobre o seu pedido de desentranhamento de documentos, a sujeição do processo a estrita confidencialidade, nos termos do artigo 164º, n.º 1, do Código de Processo Civil (CPC), protestando juntar o total de 425 ficheiros assim que obtivesse deferimento do Tribunal quanto à classificação do processo como estritamente confidencial.

Apreciando e decidindo, resulta dos autos, que a AdC sujeitou o processo de contraordenação nº PCR/2015/08, ao qual se reportam os recursos objeto dos presentes autos, a segredo de justiça, nos termos do artigo 32º, n.º 2, do NRJC. Tal regime é extensivo aos recursos e introduz restrições de acesso. É certo que não exclui a possibilidade do acesso ser concedido a terceiros em determinadas condições – cfr. artigo 32º, n.º 5, do NRJC. E, nessa medida, o regime que o recorrente pretende que seja aplicado, previsto no artigo 164º, n.º 1, do CPC, e tomando como referência as limitações expressamente consagradas no artigo 164º, n.º 2, do CPC, parece ser mais restritivo, porquanto apenas admite o acesso aos sujeitos processuais intervenientes.

Sucede que da alegação do recorrente, o que se retira é que os fundamentos de limitação do acesso se estribam no conteúdo de determinados documentos, não sendo extensivos à totalidade do objeto do recurso. Acresce ainda que objeto dos presentes autos não se limita apenas a esse recurso. Assim sendo e considerando as restrições decorrentes da sujeição do processo a segredo de justiça, não se justifica, por ora, estar a introduzir limitações adicionais à totalidade do processo, não se consentindo, *a priori*, eventuais pedidos de acesso formulados por terceiros e que podem inclusive ser estranhos à informação que o recorrente pretende acautelar. Por conseguinte, a eventual aplicação do regime previsto no artigo 164º, n.º 1, do PC, será efetuado em relação a pedidos concretos de acesso e após ser facultado o exercício do contraditório ao recorrente.

Termos em que, por ora, se indefere o requerido.

Notifique (BST, Ministério Público e AdC).



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 194/16.3YUSTR

Os sujeitos processuais intervenientes manifestaram a sua não oposição à decisão dos recursos objeto dos presentes autos por simples despacho.

Não há elementos adicionais ou atos complementares a recolher, juntar ou praticar que obstem ao conhecimento do mérito ou que, face aos fundamentos das decisões que irão ser proferidas, justifiquem o exercício de contraditório prévio.

Ir-se-á, assim, proceder à decisão final e por facilidade de exposição e compreensão, a referência aos recursos será efetuada não por ordem cronológica de apresentação, mas por temas, tendo em conta que vários recursos versam sobre a mesma temática.

Assim, os recursos serão agrupados em três grandes temas:

(A) Recursos que versam sobre a exigência de apresentação de “resumos” da informação confidencial determinada inicialmente pela AdC e que incluem:

- a. Recurso I apresentado pelo BANCO SANTANDER TOTTA, S.A. (doravante BST), em 29.06.2016, de fls. 18 a 70 (que deu origem ao presente processo n.º 194/16.3YUSTR) e que versa sobre o ofício datado de 8 de junho de 2016 e rececionado em 14 de junho de 2016, conforme cópia de fls. 72 a 78;
- b. Recurso II apresentado pelo BANCO SANTANDER CONSUMER, S.A. (doravante BCS), em 29.06.2016 (que deu origem ao presente processo n.º 194/16.3YUSTR) e que versa sobre o ofício datado de 8 de junho de 2016 e rececionado em 14 de junho de 2016, conforme cópia de fls. 275 a 281;
- c. Recurso III apresentado pelo BANCO COMERCIAL PORTUGUÊS, S.A. (doravante BCP), em 04.08.2016 (originariamente autuado com o nº de processo 255/16.9YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 08 de junho de 2016, cuja cópia consta 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 194/16.3YUSTR

fls. 1000 a 1001, e sobre o ofício datado de 07 de julho de 2016, cuja cópia consta a fls. 1005 e verso;

(B) Recursos referentes à fixação de prazo adicional para a fundamentação dos pedidos de confidencialidade e que incluem:

- a. Recurso IV apresentado pelo BST, em 11.10.2016, de fls. 1306 a 1371 (originariamente autuado com o n.º de processo 318/16.0YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 22 de setembro de 2016, cuja cópia consta a fls. 1299 a 1301;
- b. Recurso V apresentado pelo BSC, em 11.10.2016, de fls. 1678 a 1749 (originariamente autuado com o n.º de processo 318/16.0YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 22 de setembro de 2016, cuja cópia consta a fls. 1296 a 1298;
- c. Recurso VI apresentado pelo BCP, em 17.10.2016, de fls. 2014 a 2045, (originariamente autuado com o n.º de processo 333/16.4YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 22 de setembro de 2016, cuja cópia consta a fls. 2010 a 2013;

(C) Recurso VII relativo ao desentranhamento de documentos, instaurado pelo BST, datado de 21.07.2016, de fls. 570 a 628 (originariamente autuado com o n.º de processo 228/16.1YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 07 de julho de 2016, cuja cópia consta a fls. 630 a 637 dos autos.

Passemos, então, à prolação da decisão:

RELATÓRIO

(A) Recursos que versam sobre a exigência de apresentação de “resumos” da informação confidencial determinada inicialmente pela AdC:



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 194/16.3YUSTR

*

Recurso I de fls. 18 a 70: o BANCO SANTANDER TOTTA, S.A. (doravante BST), veio impugnar judicialmente, ao abrigo do disposto no artigo 84º, n.º 1, do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC), aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08.05, a decisão proferida pela Autoridade da Concorrência (AdC), no processo de contraordenação n.º PRC/2015/8, datada de 08¹ de junho de 2016, através da qual esta entidade solicitou ao recorrente a elaboração de resumos da documentação confidencial apreendidas nas diligências de busca e apreensão que tiveram lugar nas suas instalações em 28 de janeiro de 2016.

O recorrente formulou as seguintes conclusões de recurso:

A parte da Decisão recorrida que impôs ao Recorrente o ónus de elaborar resumos da informação / documentação confidencial apreendida não tem qualquer fundamento legal;

Com efeito, a Decisão invoca, genericamente, como base legal para os pedidos dirigidos ao Recorrente – em particular, a exigência de preparação de resumos que permitam apreender o conteúdo da informação omitida por motivos de confidencialidade -, o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência;

Em primeiro lugar, e como é evidente, o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência não permite sustentar a existência de um dever de um interveniente num processo contra-ordenacional elaborar resumos de informação / documentação confidencial apreendida;

Na verdade, o artigo 30.º da Lei da Concorrência estabelece que compete à AdC acautelar o interesse legítimo das empresas intervenientes em processos de práticas restritivas na proteção dos seus segredos de negócio;

Para efeitos de protecção dos segredos de negócio, o artigo 30.º da Lei da Concorrência prevê o dever jurídico de a AdC conceder um prazo aos visados para a identificação da confidencialidade da documentação apreendida;

Concomitantemente, os visados têm a faculdade jurídica de identificar, fundamentadamente, a documentação / informação confidencial;

¹ Esclarece-se que o recorrente identifica a decisão impugnada tendo por referência a data de receção – 14 de junho de 2016 – e não a data de elaboração e expedição – 08 de junho de 2016, tratando-se, em todo o caso, da mesma decisão.



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.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

Caso os visados não exerçam esta faculdade jurídica, i.e., na hipótese de a entidade em causa não identificar, de forma fundamentada, as informações que considere confidenciais ou não fornecer cópia não confidencial dos documentos confidenciais – mas só nestes casos –, a documentação presume-se não confidencial, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência;

Deste modo, resulta evidente que o artigo 30.º da Lei da Concorrência em lado algum refere a obrigação (ou o ónus) de o interessado elaborar resumos da informação confidencial e muito menos estatui que esta se terá por não confidencial na hipótese de o interessado não elaborar esses mesmos resumos;

De resto, a interpretação do artigo 30.º da Lei da Concorrência no sentido de que seria admissível considerar informação confidencial como não confidencial caso o visado não entregasse resumos dessa informação é, em qualquer caso, manifestamente inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 61.º e 62.º da Constituição da República Portuguesa, tendo em conta que os segredos de negócio de uma empresa estão incluídos no direito fundamental de propriedade (art. 62.º, da CRP) e no direito de livre iniciativa económica (art. 61.º, n.º 1, da CRP);

Em segundo lugar, é também manifesto que a suposta preparação dos resumos da informação confidencial não se inclui nos deveres de colaboração implícitos na Lei da Concorrência;

Com efeito, o artigo 18.º da Lei da Concorrência confere à AdC, no âmbito de um processo sancionatório, poderes para solicitar documentos e outros elementos de informação às empresas, bem como recolher e apreender prova nas instalações destas empresas;

Todavia, é patente que esses poderes não incluem a exigência da preparação de resumos de informação/documentação confidencial ou de qualquer outra informação suscetível de ser integrada em processos de práticas restritivas;

Tal como relembra o Advogado Geral Wahl no caso C 247/14 P - *HeidelbergCement AG*, as obrigações de colaboração correspondem à apresentação de informações e não ao desempenho de funções da entidade administrativa, entendimento que é também sufragado pela jurisprudência nacional;

Em terceiro lugar, para além de desprovida de base legal, a Decisão viola também o dever acessório da AdC de tratamento de gestão dos documentos apreendidos que se encontra vertido no artigo 30.º da Lei da Concorrência;



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

Com efeito, no Processo 1/16.7YUSTR, o Tribunal da Concorrência Regulação e Supervisão foi claro ao considerar que cabe à AdC e não aos buscados, potenciais visados ou visados proceder a uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada dos documentos do processo, configurando esta obrigação como um dever processual acessório do dever de acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio, nos termos do disposto no artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;

Ademais, nas Linhas de Orientação da AdC, relativas à instrução de processos de práticas restritivas, a própria AdC reconhece o dever acessório de tratamento de gestão dos documentos, ao comprometer-se a elaborar uma lista contendo os elementos necessários para que as visadas possam conhecer minimamente o teor dos documentos confidenciais, e, nessa medida, possam, ulteriormente, se tal se revelar pertinente, fundamentar o seu interesse na consulta dos mesmos;

Além disso, a jurisprudência no plano União Europeia fornece apoio à conclusão de que compete às autoridades administrativas que conduzem os processos contraordenacionais sumariar e descrever a informação confidencial, não aos particulares, conforme resulta, por exemplo do acórdão Solvay (T-30/91);

É, por isso, que a Decisão é manifestamente ilegal na parte em que pretende efectuar um verdadeiro *outsourcing* de um dever jurídico que a Lei atribui à própria AdC, razão pela qual a solicitação da preparação de resumos da informação confidencial constitui o incumprimento por parte da AdC deste dever acessório de tratamento da informação / documentação, em violação do Artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;

Em quarto lugar, e em qualquer caso, a parte da Decisão que impõe a elaboração de resumos de informação / documentação confidencial viola ainda o princípio constitucional da proporcionalidade, ao qual se encontra adstrita a atuação das autoridades administrativas, incluindo no âmbito de processos de contraordenação nos termos do Artigo 18.º e 266.º da Constituição da República Portuguesa;

O princípio da proibição do excesso também é tutelado no plano da UE, como o TJUE já salientou, em várias ocasiões;

De facto, as pessoas coletivas ou singulares devem ser protegidas contra intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na sua esfera privada, mesmo quando se trata de fazer cumprir as regras da concorrência, o que constitui um princípio geral de direito da UE



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 194/16.3YUSTR

(conforme resulta, por exemplo, dos acórdãos C 46/87 e 227/88 - *Hoechst/Comissão* e C-94/00 - *Roquette Frères*);

No caso concreto, é manifesto que a parte da Decisão que obriga à elaboração de resumos gera significativa perturbação da atividade da empresa, chamada a identificar e explicar um conjunto significativo de informação que, provavelmente, será em grande medida confidencial (afinal as diligências de busca e apreensão tiveram lugar numa instituição bancária), com os custos inerentes a alocação de colaboradores para estas tarefas, e inclusivamente, prolongada assessoria jurídica quanto a esta matéria;

Esta perturbação é particularmente injustificada, pelo que esta parte da Decisão infringe o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso em todos os seus subprincípios;

Por um lado, é manifesto que a exigência de preparação de resumos de informação/documentação confidencial não é apropriada para atingir qualquer fim de interesse público no sentido da promoção da concorrência, mas somente intuítos de conveniência por parte da AdC que não justificam a imposição deste pesado ónus à Recorrente;

Por outro, ainda que se admita, por mero dever de patrocínio, e sem conceder, apenas para efeitos deste raciocínio, que as medidas tinham o objetivo abstrato da promoção da concorrência, tendo em conta a necessidade de uma adequada organização do processo, a imposição à Recorrente de preparação de resumos da informação/documentação confidencial não é necessária e muito menos corresponde à forma menos onerosa de prosseguir este objetivo;

Por fim, uma vez mais, ainda que descortinásemos um objetivo de interesse público atendível, *quod non*, é claríssimo que a exigência da preparação de resumos da informação/documentação confidencial, que acresce às exigências de indicação e fundamentação de confidencialidade e preparação detalhada de versões não confidenciais, excede o limite da “justa medida”;

O tratamento da informação exigido à Recorrente em virtude da Decisão é de tal modo extenso, complexo e exigente em termos de tempo que, na prática, a Recorrente, enquanto empresa alvo das buscas parece ter sido “subcontratada” para organizar os processos da AdC, o que não é compatível com o princípio da proporcionalidade, como resulta Conclusões do Advogado Wahl no processo C 267/14 - *Buzzi Unicem SpA*;



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 194/16.3YUSTR

Deste modo, é manifesto que a parte da Decisão que impõe à Recorrente a elaboração de resumos da informação/documentação confidencial constitui um ónus excessivo, desnecessário e injustificado em violação do princípio da proporcionalidade;

De resto, interpretar o disposto no artigo 18.º, n.º 1, alínea a) da Lei da Concorrência no sentido de que a exigência por parte da AdC da preparação de resumos da informação / documentação confidencial seria admissível é manifestamente inconstitucional por violação do disposto nos artigos 18.º e 266, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa;

Em quinto lugar, e em qualquer caso, a possibilidade de a AdC exigir que um visado efectuasse resumos da documentação confidencial apreendida seria, em qualquer caso, lesiva do princípio da proibição da auto-incriminação (*"nemo tenetur se ipsum accusare"*);

Na Decisão recorrida, a AdC não referiu - como era sua obrigação - em que qualidade jurídica deveria o ora Recorrente elaborar resumos da documentação confidencial apreendida, apesar de, nos seus pedidos de colaboração formulados ao abrigo do artigo 15.º da Lei da Concorrência, a AdC deve, entre outras informações, explicar ao destinatário em que qualidade jurídica é demandado (para efeitos desse pedido de colaboração);

Por conseguinte, em 23 de junho, a Recorrente solicitou à AdC que a esclarecesse em que qualidade jurídica lhe foi endereçada a notificação de 14 de Junho de 2016, uma vez que, caso a Recorrente tenha sido notificada pela AdC na qualidade de *"visada"*, é evidente que o pedido da AdC deveria ter feito constar isso mesmo na notificação em causa nos autos;

Assim, e enquanto esta questão - saber em que qualidade jurídica é que a Recorrente foi notificada pelo BST - não for esclarecida pela AdC, deverá o presente recurso ficar suspenso ao abrigo do disposto na parte final do n.º 1 do artigo 272.º do Código de Processo Civil, aplicável ex vi artigo 13.º da Lei da Concorrência, artigo 41.º do RGCO e artigo 4.º do CPP;

Caso a AdC tenha notificado o BST na qualidade de *"visado"* - o que não se concede e apenas por mero dever de patrocínio se equaciona, tendo em conta que não existem fundamentos para o efeito e que o Recorrente nunca foi constituído visado -, é evidente que, sem prejuízo do *supra* exposto, o BST jamais poderia ser obrigado a efectuar resumos da informação apreendida sob pena de violação grave e grosseira do princípio da não autoincriminação;



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 194/16.3YUSTR

De facto, tendo em conta o princípio da proibição da auto-incriminação no âmbito de processos contraordenacionais, é manifesto que uma entidade visada tem o direito de recusar colaboração quando tal lhe for solicitado pela AdC;

Caso a AdC solicite colaboração para a instrução de um processo contraordenacional sem prestar a informação de que o visado pode recusar colaborar, tal constituirá um meio enganoso de obtenção de prova, nos termos e para os efeitos no artigo 126.º do Código de Processo Penal, como entendeu, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 15.02.2011 no Processo n.º 3501/06.3TFLSB.L1-5;

Com efeito, o “visado” de um processo contra-ordenacional não poderá ser forçado a «escavar a sua própria cova» - elaborando resumos da documentação apreendida pela AdC - a troco de garantir a confidencialidade da documentação relativa a segredos de negócio;

De resto, e mesmo na linha da jurisprudência da UE que considera que, no âmbito de processos de contraordenação, as autoridades administrativas poderão requerer a colaboração de visados - que têm a obrigação de colaborar - para entrega de elementos puramente factuais ou documentos pré-existentes, a verdade é que a obrigação de elaborar resumos de documentação pelos visados nem sequer se encontra incluída nesta corrente jurisprudencial;

Assim sendo, é manifesto que a exigência pela AdC da obrigação de a Recorrente elaborar resumos da informação apreendida é absolutamente ilegal.

De resto, é evidente que a interpretação dos artigos 15.º e 18.º da Lei da Concorrência no sentido de que a AdC poderia exigir dos visados a preparação de resumos da informação confidencial sempre seria inconstitucional por violação do princípio constitucional da proibição da autoincriminação implícito nos artigos 1.º e 32.º da Constituição da República Portuguesa.

Em face do *supra* exposto, deve a Decisão da AdC ser anulada na parte em que determina a preparação de resumos da informação / documentação confidencial apreendida nas diligências de busca e apreensão de 28 de janeiro de 2016.

A AdC apresentou resposta, que consta a fls. 423 a 482, na qual pugnou pela improcedência do recurso, formulando as seguintes conclusões respeitantes ao mérito do recurso:

Os presentes recursos interlocutórios têm por objeto dois Pedidos de Elementos interlocutórios proferidos pela AdC, no âmbito da fase administrativa 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 194/16.3YUSTR

contraordenacional que corre termos na AdC sob n.º PRC/2015/08, cuja abertura foi ordenada em 23 de abril de 2015, por se verificarem sérios indícios de uma prática restritiva da concorrência, em particular, uma infração ao artigo 9.º da Lei da Concorrência e ao artigo 101.º do TFUE (Pedidos de Elementos recorridos).

No âmbito do processo contraordenacional em causa foram efetuadas diligências de busca e apreensão, nas instalações das Recorrentes BST e BSC, no dia 28 de janeiro de 2016, as quais foram presididas por JIC, e onde foi apreendida diversa documentação e ficheiros informáticos, nos termos dos artigos 18.º a 21.º da Lei da Concorrência.

O objeto dos dois Pedidos de Elementos recorridos, elaborados em cumprimento dos n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, prende-se, pois, com as notificações às Recorrentes BST e BSC, através de ofícios datados de 8 de junho de 2016 e rececionados em 14 de junho de 2016, que:

- (i) Assinalassem, no ficheiro *excel*, na coluna correspondente “Confidencialidade”, a natureza da informação constante de cada ficheiro apreendido, indicando se a mesma é confidencial, parcialmente confidencial ou não confidencial; (ii) Introduzissem no ficheiro *excel*, na coluna correspondente “Fundamentação”, a razão do pedido de confidencialidade, incluindo o fundamento para que as informações em causa devam considerar-se confidenciais (*i.e.*, e a título meramente exemplificativo: *[Confidencial - Segredos de Negócio contendo: quotas de mercado, volumes de negócio, clientela, disposições contratuais, cláusulas restritivas contratuais, direitos de propriedade intelectual, etc]*); (iii) Introduzissem, no ficheiro *excel*, na coluna correspondente “Resumo”, um sumário ou uma descrição resumida da informação identificada como confidencial que permita a apreensão do conteúdo e matéria da informação suprimida às outras Visadas ou empresas terceiras, em fase de acesso ao processo, com vista à proteção dos direitos de defesa destas (*i.e.*, e a título meramente exemplificativo, no que a uma quota de mercado respeita, a indicação, entre parenteses retos, com um intervalo de 10% da respetiva quota: *{40% - 50%}*); (iv) Identificassem, no que respeita às versões não confidenciais dos documentos classificados como parcialmente confidenciais, os trechos do texto e/ou do documento considerados confidenciais, acompanhados de uma descrição resumida da informação identificada como confidencial; e que (v) A AdC consideraria como não confidenciais: (i) todas as informações que não fossem identificadas pela empresa como confidenciais; (ii) todas as informações identificadas pela empresa como confidenciais mas cuja confidencialidade não fosse devidamente fundamentada, nos termos e prazo estabelecidos pela AdC; (iii) todas as 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 194/16.3YUSTR

identificadas pela empresa como confidenciais mas cuja versão parcialmente confidencial do respetivo documento de suporte não fosse devidamente apresentada, nos termos e prazo estabelecidos pela AdC; e (iv) todas as informações identificadas pela empresa como confidenciais cujos resumos ou descritores não sejam fornecidos, nos termos e prazo estabelecidos pela AdC.

As Recorrentes BST e BSC vieram interpor recursos de impugnação judicial apenas de **parte dos Pedidos de Elementos recorridos**, alegando, em síntese, que estes são ilegais e inconstitucionais, na medida em que o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência, e nos princípios constitucionais constantes dos artigos 1.º, 18.º, 32.º e 266.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), não permitem sustentar a existência de um dever de uma empresa visada num processo contraordenacional elaborar **resumos de informação/documentação apreendida que esta repete como confidencial**, mormente, integralmente confidencial (ainda que esta seja a única entidade conhecedora da existência, ou não, de segredos de negócio e, os possa, em consequência, identificar e resumir).

Portanto, o que está em causa, é o preenchimento da coluna "Resumo" dos ficheiros *excel* enviados em anexo aos Pedidos de Elementos da AdC, e a apresentação de uma descrição resumida da informação identificada como confidencial, nas versões não confidenciais, dos documentos/informações que venham a ser identificados pelas Visadas como confidenciais.

À presente data, encontra-se a correr prazo para a apresentação, por parte das Visadas e ora Recorrentes BST e BSC, das respostas aos pedidos de informações (Pedidos de Elementos recorridos), elaborados ao abrigo do artigo 30.º da Lei da Concorrência.

Os Pedidos de Elementos recorridos, feitos pela AdC, que motivaram os dois recursos interlocutórios que integram o presente processo **não respeitam à decisão final do presente processo**, mas sim a Pedidos de Elementos adotados pela AdC no decurso da tramitação do processo contraordenacional em causa.

O presente processo contraordenacional encontra-se em segredo de justiça, devendo assim manter-se, por se manterem os pressupostos atributivos, nos termos do n.º 2 do artigo 32.º da Lei da Concorrência, por decisão do Conselho da AdC de 23 de abril de 2015, aquando da abertura do inquérito no PRC n.º 8/2015, quer entre Visadas quer face a terceiros, até à decisão final, sem prejuízo dos direitos de defesa das Visadas pelo presente processo.



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 194/16.3YUSTR

Assim, encontrando-se o processo contraordenação em segredo de justiça, **as presentes Alegações são confidenciais**, podendo ser conhecidas pelo Tribunal, Ministério Público e pelas ora Recorrentes, na medida em que os mandatários da BST e da BSC são comuns — cf. procurações juntas aos recursos da BST e da BSC.

A prova no processo contraordenacional encontra-se estabilizada, tendo a AdC sido notificada do Despacho de fls. 484 a 487 dos autos do Proc. n.º 34774/15.0T8LSB, da 1.ª Secção da Instância Criminal (J7), do TIC Lisboa, referente ao PRC/2015/8 (Despacho de 22 de abril de 2016) que, em síntese, delimitou o universo da prova apreendida que integra o processo, nos termos do disposto no n.º 8 do artigo 20.º da Lei da Concorrência.

Os Pedidos de Informações da AdC, objeto dos presentes recursos, decorrem da obrigação legal da AdC, prevista nos n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, de acautelar o interesse legítimo das Visadas e de outras entidades envolvidas, na não divulgação dos seus segredos de negócio, no âmbito da instrução de processos contraordenacionais, designadamente, na sequência da realização de diligências de busca e apreensão.

Inexiste qualquer obrigatoriedade de constituição formal das empresas como visadas, que beneficiam de todas as garantias de defesa que o legislador contraordenacional entendeu que lhe assistem.

O legislador entendeu, de forma intencional, perante a diferença de natureza dos ilícitos — os penais e os contraordenacionais — que as regras processuais penais não têm aplicação *in totum* no direito contraordenacional, como não poderia deixar de ser, não incluindo, nem no RGCO, nem na Lei da Concorrência, uma norma prevendo a constituição formal de visado, não se tratando, portanto, de uma lacuna.

Efetivamente é este o entendimento unânime da jurisprudência, da qual é referência a Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 2 de maio de 2007 (Processo n.º 965/06.9TYLSB, “Cartel do Sal”, cit. supra). No mesmo sentido, veja-se a Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa de 29 de maio de 2012 (Processo n.º 349/11.7TYLSB, “ANEPE”, cit. supra), confirmada por Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 4 de abril de 2013 (cit. supra). Todos, processos envolvendo ilícitos contraordenacionais, em investigação pela AdC.

A AdC considera que devem ser declaradas improcedentes as alegadas ilegalidades e inconstitucionalidades, pelas Recorrentes BST e BSC, dos Pedidos de Elementos recorridos: (i) 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 194/16.3YUSTR

alegada inexistência de fundamento para a AdC exigir às Recorrentes a preparação de resumos da documentação confidencial apreendida nos termos do artigo 30.º da Lei da Concorrência; (ii) da alegada violação do princípio da proporcionalidade, com assento constitucional, nos termos dos artigos 18.º e 266.º da CRP; e, ainda, (iii) da alegada violação do direito à não autoincriminação, princípio consagrado constitucionalmente, nos termos dos artigos 1.º e 32.º da CRP.

Foi com base nos n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência que a AdC precedeu aos Pedidos de Informações ora impugnados.

Acresce que, e tal como se refere no citado n.º 2 do artigo 30.º a classificação das informações como confidenciais obriga à sua fundamentação, à junção de uma cópia não confidencial dos documentos, que contenha tais informações expurgadas dos mesmos e que será objeto de análise e decisão da AdC.

Verifica-se, pois, que os presentes recursos põem em causa Pedidos de Informações da AdC nos quais é dado cumprimento aos pressupostos estabelecidos no citado dispositivo legal, na medida em que os resumos ou descrições resumidas solicitadas integram a fundamentação das confidencialidades e as versões não confidenciais a disponibilizar pelas Visadas no que respeita aos documentos classificados como parcialmente confidenciais.

As Recorrentes, procedem a uma errada interpretação dos pedidos de informações da AdC e do parágrafo 187 das *Linhas de Orientação 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* (Linhas de Orientação), cit. supra.

O referido parágrafo 187 das Linhas de Orientação deve ser lido no contexto sistemático de toda a subsecção referente aos “Segredos de negócio”, que refere, em síntese: o dever da AdC acautelar os segredos de negócio, tal como previsto no artigo 30.º da Lei da Concorrência; mas também o ónus que recai sobre as empresas para, sob pena de publicidade, identificarem as informações que consideram confidenciais, fundamentando tais identificações e os motivos que justificam a sua qualificação, e fornecendo as versões não confidenciais dos respetivos documentos, e, ainda, fornecendo as explicações adicionais relativamente aos segredos de negócios invocados, se tal solicitado pela AdC.

Cabe à AdC o dever de acautelar os segredos de negócio, tal como previsto no artigo 30.º da Lei da Concorrência, mas recai sobre as empresas a obrigação, sob pena de publicidade, de



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.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

identificarem as informações que consideram confidenciais, fundamentando tais identificações e fornecendo as versões não confidenciais e resumos, se necessário, mormente, em caso de identificação de informação totalmente confidencial, dos respetivos documentos/informações.

Decorre dos parágrafos 180 e 182 das Linhas de Orientação, a pretensa obrigação que as Recorrentes aparentemente imputam à equipa de instrução da AdC, no sentido de ser sobre os mesmos que recairia uma pretensa obrigação de elaborar "listagens" dos documentos classificados como confidenciais, que, não é rigorosa, porquanto essa informação/resumo descritivo terá sempre de ser facultada pelas empresas visadas, titulares dos segredos de negócio.

Sobre a AdC recai, sim, o dever de agregar e sistematizar toda a informação facultada pelas empresas quanto a esta matéria e reuni-la, por forma a poder facultar as referidas listagens, cujo conteúdo, reitera-se, terá sempre de ser facultado pelas Visadas, não se podendo substituir às empresas no trabalho de qualificação e fundamentação, nem da apresentação de versões não confidenciais de documentos/informação classificados como contendo segredos de negócio.

Tal implica que é às empresas que cabe identificar e carrear para os autos todos elementos necessários à proteção dos seus segredos de negócio, e à AdC decidir sobre a classificação efetuada pelas empresas e, em caso de concordância, proceder à sua "exclusão" do processo.

A parte dos Pedidos de Elementos recorridos que solicita a elaboração de resumos de informação/documentação confidencial, não viola nenhum preceito constitucional, designadamente, o **princípio constitucional da proporcionalidade**, insito no n.º 2 do artigo 18.º e/ou no n.º 2 do artigo 266.º da CRP.

Não deve proceder o único argumento das Recorrentes de que os Pedidos de Elementos recorridos restringem algum *direito, liberdade ou garantia* constitucionalmente atribuída, na medida em que a elaboração de resumos de informação/documentação confidencial, lhes causa *"perturbação da atividade da empresa, com os custos inerentes a alocação de colaboradores para estas tarefas, e inclusivamente, prolongada assessoria jurídica quanto a esta matéria"*.

A AdC encontra-se a atuar, dentro do âmbito normativo previsto nos n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, e, bem assim, da alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º, deste mesmo normativo, pautando-se pelo critério da estrita legalidade.

E, porquanto, os valores de **acesso ao processo a outras empresas Visadas** (cf. artigo 33.º da Lei da Concorrência) e de **cessação antecipada de uma eventual infração ao bem jurídico**



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 194/16.3YUSTR

concorrência (constitucionalmente previsto, cf. alínea f) do artigo 81.º da CRP), pela infração em investigação, limitam-se, no limite, ao *necessário para salvaguardar outros* (eventuais e alegados) *direitos ou interesses constitucionalmente protegidos*.

Nem sequer se alcança o fundamento de como é que a mera elaboração de resumos da informação/documentação apreendida, contendo **segredos de negócio que apenas as empresas detentoras dos mesmos os conhecem e podem dar a conhecer a esta Autoridade, bem como (através dos resumos) a outras empresas Visadas que venham a ter acesso ao processo**, possa violar o n.º 2 do artigo 18.º da CRP.

Poderá, isso sim, atrasar/impedir a continuação do inquérito em curso, e, mesmo, atrasar/impedir a adoção das decisões legalmente previstas (nota de ilicitude ou decisão de arquivamento), perpetuando eventuais danos ao bem jurídico concorrência (constitucionalmente previsto, cf. alínea f) do artigo 81.º da CRP), pela infração em investigação, já que, **a AdC, estando impossibilitada de efetuar o acesso ao processo, pela totalidade dos elementos de informação/documentação constantes do mesmo, junto das empresas Visadas** (sem violar os direitos de defesa destas, designadamente, o de acesso a todos os documentos ditos potencialmente “incriminatórios” e “exculpatórios”).

A **jurisprudência acompanha o entendimento da AdC**, impondo-se referir que o Tribunal da Relação de Lisboa se pronunciou, em síntese, no sentido “(...) *da validade e utilizabilidade de meios de prova fornecidos, a título de cooperação obrigatória, desde logo no âmbito da supervisão, mas também tendo em vista o próprio processo sancionatório por contraordenação*” [cf. Acórdãos de 30 de outubro de 2008 (Processo n.º 2140J08-9); de 22 de julho de 2009 (Processo n.º 3839/06.OTFLSB.L1); e de 6 de abril de 2011 (Processo n.º 1724/09.27FLSB-3; todos cit. supra)];

Mais relevante, no que toca às alegadas inconstitucionalidades pelas Recorrentes, é que o Tribunal Constitucional veio a afinar decididamente pela mesmíssima bitola, no seu Acórdão n.º 461/2011, de 11 de outubro de 2011 (cit. supra), que é referência na matéria, que decidiu que os pedidos de informação da AdC, *in casu*, **não violavam o princípio da proporcionalidade (nem o da autoincriminação)**.

Importa desacreditar os alegados precedentes jurisprudenciais dos tribunais europeus, alegados pelas Recorrentes BST e BSC, em apoio da alegada violação do princípio da proporcionalidade, também denominado como princípio de proibição do excesso, invocados de



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 194/16.3YUSTR

forma **descontextualizada**, e **não apresentando quaisquer elos fácticos** com aqueles dos Pedidos de Elementos recorridos. Em suma, os pedidos de informações da Comissão Europeia foram anulados pelo **vício de falta (sucinta) fundamentação e não pelo vício de violação do princípio da proporcionalidade/excesso** (cf. Acórdão de 10 de março de 2016 do TJUE no Processo C-247/14 P, *Heidelberg/Comissão*, cit supra; e Acórdão de 10 de março de 2016 do TJUE no Processo C-267/14 P, *Buzzi Unicem/Comissão*, cit. supra).

Assim, deve concluir-se, ao invés do alegado pelas Recorrentes, que a exigência de preparação de resumos de informação/documentação confidencial, tal como solicitado pelos Pedidos de Elementos recorridos (cf. n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência):

É um ónus não excessivo, necessário e justificado, que incumbe às empresas **detentoras dos segredos de negócio em causa, que os conhecem e só elas os podem dar a conhecer a esta Autoridade**, nos termos dos preceitos invocados da Lei da Concorrência (cf. n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º, e alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º), não violando os preceitos constitucionais invocados (cf. artigos 18.º e 266.º);

É apropriada, necessária e a menos onerosa para atingir o **fim de interesse público em causa, no sentido da promoção da concorrência** (constitucionalmente previsto, cf. alínea f) do artigo 81.º da CRP), **tendo em conta a necessidade de uma adequada organização do processo** (cf. artigo 33.º da Lei da Concorrência);

E, não excede o limite da “justa medida”, que acresce às exigências de indicação e fundamentação de confidencialidade e preparação detalhada de versões não confidenciais, expurgada daquela confidencialidade, permitindo às outras empresas Visadas o **pleno exercício dos seus direitos de defesa**, após o acesso ao processo.

A parte dos Pedidos de Elementos recorridos que solicitam a colaboração na elaboração de resumos de informação/documentação confidencial, sob pena de as informações/documentação em causa serem consideradas não confidenciais, não viola nenhum preceito constitucional, designadamente, o **princípio constitucional da não autoincriminação no âmbito de processos contraordenacionais** (“*nemo tenetur se ipsum accusare*”), nos termos dos artigos 1.º e 32.º da CRP.

Não deve proceder o único argumento das Recorrentes de que os Pedidos de Elementos recorridos restringem sejam consideradas inconstitucionais, por alegada violação dos **artigos 1.º e 32.º da CRP**, designadamente, o de ser “*manifestamente ilegal que uma entidade visada tenha o*



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 194/16.3YUSTR

dever de colaboração quando tal lhe for solicitado pela AdC, sem esta lhe prestar a informação de que o visado pode recusar colaborar, constituindo um meio enganoso de obtenção de prova, nos termos do artigo 126.º do CPP”.

A **jurisprudência acompanha o entendimento da AdC**, impondo-se referir que resulta da mesma que o respeito pelos direitos de defesa **não prejudica o dever dos destinatários de pedidos de elementos de prestarem todas as informações relativas a factos de que tenham conhecimento e os documentos a eles respeitantes que estejam na sua posse**, mesmo que estes últimos possam servir, em relação a eles ou a outras empresas, para comprovar a existência de uma prática restritiva da concorrência.

Este **dever de colaboração**, em abstrato, não conflitua com qualquer corolário do princípio da não autoincriminação (e.g., direito ao silêncio), tendo um campo de aplicação muito mais vasto do que o universo a que se aplica o princípio da não autoincriminação, que só abrange os processos sancionatórios (criminais, contraordenacionais ou outros), abertos ou a instaurar contra quem fornece a informação pedida.

Assim, e no que toca às alegadas inconstitucionalidades pelas Recorrentes, o Tribunal Constitucional já veio a decidir que os pedidos de informação da AdC **não violavam o princípio da autoincriminação (nem o da proporcionalidade)** [cf. Acórdão n.º 461/2011, de 11 de outubro de 2011 (cit. supra)].

In casu, os pedidos realizados pela AdC eram objetivos e respeitavam a elementos documentais, pelo que ficou salvaguardado o aspeto essencial da prerrogativa de não autoincriminação, a saber: a empresa, ou pessoa, sob investigação tem o direito de não fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração em causa, cuja prova cabe à AdC, pois só foram dirigidos às Recorrentes pedidos de elementos não conflitantes com o princípio da não autoincriminação.

Também, em linha com a jurisprudência sobre a matéria, resulta que a **imposição de uma sanção para o desrespeito do dever de prestar as informações e/ou documentos solicitados não constitui uma violação do direito de defesa do destinatário do pedido**, uma vez que o disposto na alínea d), do n.º 1 do artigo 61.º do CPP não se aplica aos processos contraordenacionais no âmbito da Lei de Concorrência [cf. Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 8 de maio de 2007 (cit. supra); Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 28 de julho de 2006 (cit.



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 194/16.3YUSTR

supra), Sentença posteriormente confirmada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de março de 2007 (cit. supra), e por Acórdão n.º 203/2009 do Tribunal Constitucional de 29 de abril de 2009 (cit. supra)].

Mais se diga, que a jurisprudência portuguesa segue, pois, a **jurisprudência de referência do Tribunal de Justiça nesta matéria** (cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de outubro de 1989 (Processo n.º 374/87, “*Orkem/Comissão*”) (cit. supra); e Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de junho de 2006 (Processo “*Comissão/SGL Carbon e o.*”) (cit. supra)].

Em face do *supra* exposto, devem improceder as alegadas ilegalidades e inconstitucionalidades, sendo manifesto que a solicitação, pela AdC, às Recorrentes BST e BSC, de colaborarem, no âmbito do processo contraordenacional em curso, meramente elaborando resumos da informação apreendida que estas identifiquem como confidencial, de forma a permitir a apreensão do conteúdo e matéria factual da informação/documentação em causa (dando cumprimento legal ao n.º 2 do artigo 30.º da Lei da Concorrência) **não é ilegal** (não violando o disposto no artigo 126.º do CPP), **nem inconstitucional** (não violando o princípio constitucional da proibição da autoincriminação, implícito nos artigos 1.º e 32.º da CRP, enquanto refração das garantias processuais de defesa das Visadas, no âmbito contraordenacional definido no regime jurídico da concorrência).

O recurso foi admitido, com efeito suspensivo (cfr. fls. 1143 a 1145), tendo sido interposto recurso da decisão de admissão, quanto ao efeito atribuído, pela AdC, que foi admitido com efeito meramente devolutivo (cfr. fls. 1245). Todos os sujeitos processuais intervenientes declararam não se opor à decisão mediante simples despacho (cfr. fls. 1155 e 1160-1161).

*

Recurso II de fls. 222 a 273: o BSC, veio impugnar judicialmente, ao abrigo do disposto no artigo 84º, n.º 1, do NRJC, a decisão proferida pela AdC, no processo de contraordenação n.º PRC/2015/8, datada de 08² de junho de 2016, através da qual esta entidade solicitou ao recorrente a elaboração de resumos da documentação confidencial

² Cfr. nota de rodapé 1.



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 194/16.3YUSTR

apreendidas nas diligências de busca e apreensão que tiveram lugar nas suas instalações em 28 de janeiro de 2016.

Os fundamentos aduzidos pelo recorrente são, no essencial, coincidentes com os argumentos alegados pelo recorrente BST, acima expostos sumariamente e que aqui se dão por reproduzidos.

Dão-se igualmente por reproduzidas as alegações apresentadas pela AdC, que respondeu ao recurso do BST e do BSC numa peça processual única (cfr. fls. 423 a 482).

O recurso foi admitido com efeito suspensivo (cfr. fls. 1143 a 1145), tendo sido interposto recurso da decisão de admissão, na parte relativa ao efeito, pela AdC, que foi admitido com efeito meramente devolutivo (cfr. fls. 1245). Todos os sujeitos processuais intervenientes declararam não se opor à decisão mediante simples despacho (cfr. fls. 1155 e 1176-1177).

*

Recurso III de fls. 1020 a 1037: o BCP, veio impugnar judicialmente, ao abrigo do disposto no artigo 84º, n.º 1, do NRJC, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 08.05, a decisão proferida pela AdC, no processo de contraordenação n.º PRC/2015/8, datada de 08 de junho de 2016, e a decisão datada de 07 de julho de 2016, que, em resposta a um requerimento do BCP de 28 de junho de 2016, reafirmou que o recorrente estava obrigado a produzir um resumo de todas as informações apreendidas nas suas instalações e por si consideradas confidenciais por motivos de segredo de negócio, sob pena de tais informações serem consideradas como não confidenciais.

O recorrente formulou as seguintes conclusões de recurso:

Vem a Visada BCP, Recorrente, recorrer do Ofício da AdC de 7 de julho de 2016, nos termos do qual a Autoridade se pronuncia sobre o requerimento da Recorrente BCP, de 28 de junho de 2016, tendo, em resposta, a AdC reafirmado que a Visada BCP se encontra obrigada, de acordo com o seu Ofício de 8 de junho de 2016, a produzir um resumo de todas as informações apreendidas nas suas instalações e por si consideradas confidenciais por motivos de segredo de negócio, sob pena de tais informações serem consideradas como não confidenciais.



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 194/16.3YUSTR

Uma vez que o Ofício *sub judice* colide com os direitos da Visada BCP, designadamente o direito à proteção de segredos de negócio (artigo 30.º, n.º 1 LdC), o direito a um processo justo e equitativo (artigo 20.º, n.º 4 da Constituição da República Portuguesa, "CRP"), e, bem assim, com o princípio da igualdade de armas, emanação do princípio da igualdade (artigo 13.º da CRP), o mesmo é recorível, nos termos do disposto no artigo 84.º, n.º 1 da LdC.

No seguimento do Ofício da AdC de 8 de junho de 2016, a AdC solicitou à Visada BCP para, nos termos e para os efeitos do artigo 30.º da LdC, proceder à identificação das informações apreendidas nas suas instalações que considera confidenciais por motivos de segredo de negócio, devendo também proceder à identificação e fundamentação da confidencialidade e igualmente à elaboração de versões não confidenciais dos documentos classificados como parcialmente confidenciais, quando aplicável.

Veio, ainda, a AdC, alegadamente ao abrigo da mesma disposição da LdC, instruir a Visada BCP para que esta procedesse, também, à realização de "Resumos", *i.e.*, de um "sumário ou de uma descrição sumária da informação identificada como confidencial que permita a apreensão do conteúdo e matéria da informação suprimida", atendendo às indicações fornecidas num anexo ao mesmo Ofício.

Ora, a Recorrente BCP não encontrou fundamento, da leitura do artigo 30.º da LdC invocado para o efeito pela AdC para que esta ordenasse às visadas a elaboração dos ditos resumos da informação confidencial, pelo que solicitou, em 28 de junho de 2016, que a AdC fornecesse melhor indicação do fundamento legal para tal imposição, tendo desde logo arguido, no caso de inexistência de tal fundamento, nos termos e para os efeitos do artigo 14.º n.º 1 da LdC, a respetiva irregularidade e requerido a substituição do Ofício de 8 de junho de 2016 por outro em que a AdC solicite à Visada BCP unicamente os elementos para os quais existe base legal.

Em resposta ao referido requerimento apresentado pelo BCP, a AdC, por Ofício de 7 de julho de 2016, reitera a sua posição, afirmando que "o visado pelo processo, ao identificar como confidenciais, para além de fundamentar devidamente tal identificação, se encontra obrigado a fornecer versões não confidenciais de tal informação, versões essas que permitam a apreensão do conteúdo e matéria da informação suprimida, o que, mormente nos casos em que se verifique a classificação da informação constante de documentos como integralmente confidencial, determina 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 194/16.3YUSTR

produção de um sumário ou uma descrição resumida, não confidencial, de tal informação identificada como confidencial" (sublinhado nosso).

Pelo que conclui a Autoridade que o fundamento para o dever de elaboração dos resumos por parte da Visada BCP "expressamente decorre da disposição legal invocada pela AdC como base legal do seu pedido" (sublinhado nosso), ou seja do n.º 2 do artigo 30.º da LdC.

Decorre do n.º 2 do artigo 30.º da LdC que as empresas visadas pelo processo têm de identificar as informações confidenciais por segredo de negócio e, nesses casos, elaborar e fornecer à AdC uma versão não confidencial de tais documentos. Contudo, e ao contrário do defendido pela AdC, não consta qualquer menção a que as visadas pelo processo devam elaborar resumos da informação por estas identificada como confidencial, pelo que a exigência de elaboração de resumos da informação considerada como confidencial não tem qualquer apoio literal.

Nos termos do artigo 9.º n.º 2 do Código Civil, "não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso" (sublinhado nosso).

Não decorre, igualmente, das Linhas de Orientação da AdC sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE ("Linhas de Orientação da AdC sobre a instrução de processos") que incumba às titulares de segredos de negócios a elaboração de resumos da informação cuja confidencialidade é requerida, uma vez que estas Linhas de Orientação se referem apenas à obrigação de identificação da informação confidencial por conter segredos de negócio e a consequente elaboração de versões não confidenciais.

Na verdade, e em relação aos documentos não utilizados como prova da infração, as Linhas de Orientação da AdC sobre a instrução de processos são ainda mais claras quanto à ausência de um dever de elaboração de resumos por parte das empresas visadas.

Em relação aos documentos não utilizados como prova da infração, as Linhas de Orientação da AdC são ainda mais claras quanto à ausência de um dever de elaboração de resumos por parte das empresas visadas, nos termos do para. 187, ao referir que "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 apresentam, sumariamente, os



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 194/16.3YUSTR

motivos dessa qualificação, os quais poderão resultar diretamente do tipo de informação em causa" (sublinhado nosso).

As referidas Linhas de Orientação da AdC refletem a experiência adquirida da AdC em processos anteriores, consubstanciando regras operacionais nos procedimentos administrativos junto da AdC, vinculado esta Autoridade.

Atento o teor literal do referido artigo 30.º, n.º 2 da LdC, o Ofício da AdC de 8 de junho de 2016, nos termos do qual a AdC solicita, ao abrigo do artigo 30.º da LdC, às empresas visadas que elaborem resumos da informação por estas considerada como confidencial, e bem assim a resposta da AdC, no Ofício de 7 de julho de 2016, ao insistir na invocação de tal disposição legal para fundamentar a obrigação de elaboração de resumos, padecem de erro, não estando, de resto, fundamentadas, não tendo esta Autoridade logrado demonstrar de que parte do referido artigo retira o dever que agora exige às visadas de elaboração de resumos, pois o mesmo não tem apoio na letra da referida disposição.

Caso se considere que a obrigação de elaboração de resumos da informação considerada confidencial resulta do n.º 2 do artigo 30.º da LdC - no que não se concede e apenas se equaciona por mera cautela de patrocínio - sempre se dirá que, em face das competências legalmente atribuídas à AdC (artigo 30.º, n.º 1 da LdC), cabe a esta Autoridade, na qualidade de garante do processo, e não às empresas Visadas, a elaboração de tais resumos.

Conforme expressamente reconhecido no Ofício da AdC de 7 de julho de 2016, compete à AdC assegurar a *"transparência e o acesso ao processo"*, o qual, acrescente-se, deverá ser concedido em condições de igualdade para todas as visadas.

A AdC também não emitiu orientações que pudessem guiar as visadas na elaboração dos referidos resumos das informações identificadas como confidenciais. A ausência de tais critérios levará - caso os Ofícios de que ora se recorre não sejam revogados, no que não se concede, e apenas se equaciona por cautela de patrocínio - a que cada uma das visadas elabore de forma diferente os respetivos resumos, em clara violação do princípio da igualdade de armas, emanação do princípio da igualdade.

Tal põe, igualmente, em causa o direito das visadas pelo processo de terem acesso a toda a informação necessária para exercerem cabal e utilmente o seu direito de defesa, nos termos do artigo 33.º, n.ºs 1, 2 e 4 da LdC, dos artigos 61.º e 63.º do CPA, dos artigos 86.º e 89.º do CPP,



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 194/16.3YUSTR

aplicável *ex vi* artigo 41.º do RGCO e do artigo 268º, n.º 1 da CRP, assim como o direito a um processo justo e equitativo, nos termos do artigo 20.º, n.º 4 da CRP.

A identificação e fundamentação das informações consideradas como confidenciais por motivo de segredos de negócio, assim como as versões não confidenciais, permitem, por si, uma boa compreensão da informação em causa, assim, afastando qualquer diminuição dos direitos de defesa das empresas visadas na ausência dos referidos resumos. Apenas com a revogação do Ofício da AdC de 7 de julho de 2016, e em consequência do de 8 de junho de 2016, e consequente revogação da obrigação de elaboração de resumos neles imposta, ficarão garantidos os direitos de defesa das visadas assim como a proteção dos seus segredos de negócios.

A elaboração de tais resumos também representará um ónus excessivo e injustificado para a Recorrente BCP, uma vez que a informação apreendida nas instalações da Visada BCP corresponde a mais de 1.500 documentos, sendo que uma parte relevante dos quais se desdobra em diversos outros ficheiros, levando a que o número real de elementos de análise seja manifestamente superior.

O n.º 4 do artigo 30.º da LdC (assim como o parágrafo 183 das Linhas de Orientação da AdC) apenas determina que as informações sejam consideradas pela AdC como não confidenciais quando as empresas visadas não fundamentem tal identificação ou não forneçam cópia não confidencial dos documentos que as contenham, expurgada das mesmas, pelo que também não resulta deste artigo qualquer referência a “resumos” da informação confidencial, não podendo, em qualquer caso, a sanção imposta pela AdC à Recorrente BCP pela não elaboração de resumos da informação considerada confidencial ser a divulgação dos seus segredos de negócio.

Face ao exposto, o Ofício da AdC de 7 de julho de 2016, e consequentemente o de 8 de junho de 2016, carecem de fundamento legal, ao imporem à Recorrente BCP a obrigação de elaboração de um sumário ou de uma descrição resumida não confidencial das informações pela mesma consideradas confidenciais por motivo de segredos de negócio, não tendo, de resto, a AdC logrado justificar tal pedido, sendo, por isso, os referidos Ofícios ilegais, devendo, em consequência, serem revogados.

Termos em que deverão os fundamentos invocados no presente recurso de impugnação judicial ser julgados procedentes, por provados, e, em consequência, deverão ser revogados o Ofício da AdC de de 7 de julho de 2016, e consequentemente o de 8 de junho de 2016,



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 194/16.3YUSTR

dispensando-se a Visada BCP de fornecer um sumário ou uma descrição resumida não confidencial das informações pela mesma consideradas confidenciais por motivo de segredos de negócio.

A AdC apresentou resposta, que consta a fls. 1062 a 1104, na qual formulou as seguintes conclusões quanto ao mérito do recurso:

Foi com base nos n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência que a AdC precedeu aos ofícios ora impugnados (Pedido de Elementos recorrido e Ofício que reafirma o seu dever de resposta).

Verifica-se, pois, que o presente recurso põe em causa um Pedido de Informações da AdC no qual é dado cumprimento aos pressupostos estabelecidos no citado dispositivo legal, na medida em que os resumos ou descrições resumidas solicitadas integram a fundamentação das confidencialidades e as versões não confidenciais a disponibilizar pela Visada e ora Recorrente BCP no que respeita aos documentos classificados como parcialmente confidenciais.

A Recorrente procede a uma errada interpretação do Pedido de Elementos da AdC recorrido e dos parágrafos 180 e 187 das *Linhas de Orientação 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* (Linhas de Orientação), cit. supra.

O referido parágrafo 187 das Linhas de Orientação deve ser lido no contexto sistemático de toda a subsecção referente aos "Segredos de negócio", que refere, em síntese: o dever da AdC acautelar os segredos de negócio, tal como previsto no artigo 30.º da Lei da Concorrência; mas também o ónus que recai sobre as empresas para, sob pena de publicidade, identificarem as informações que consideram confidenciais, fundamentando tais identificações e os motivos que justificam a sua qualificação, e fornecendo as versões não confidenciais dos respetivos documentos, e, ainda, fornecendo as explicações adicionais relativamente aos segredos de negócios invocados, se tal solicitado pela AdC.

Cabe à AdC o dever de acautelar os segredos de negócio, tal como previsto no artigo 30.º da Lei da Concorrência, mas recai sobre as empresas a obrigação, sob pena de publicidade, de identificarem as informações que consideram confidenciais, fundamentando tais identificações e fornecendo as versões não confidenciais e resumos, se necessário, mormente, em caso de identificação de informação totalmente confidencial, dos respetivos documentos/informações.



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 194/16.3YUSTR

Decorre dos parágrafos 180 e 182 das Linhas de Orientação, a pretensa obrigação que a Recorrente aparentemente imputa à equipa de instrução da AdC, no sentido de ser sobre os mesmos que recairia uma pretensa obrigação de elaborar "listagens" dos documentos classificados como confidenciais, que, não é rigorosa, porquanto essa informação/resumo descritivo terá sempre de ser facultada pelas empresas visadas, titulares dos segredos de negócio.

É às Visadas que cabe facultar a informação que será, posteriormente, agregada, sistematizada e reunida pela AdC, por forma a poder facultar as listagens, não podendo esta Autoridade substituir-se às empresas no trabalho de qualificação e fundamentação, nem da apresentação de versões não confidenciais de documentos/informação classificados como contendo segredos de negócio.

A parte do Pedido de Elementos recorrido que solicita a elaboração de resumos de informação/documentação confidencial, também não ofende o princípio de proporcionalidade.

O Tribunal Constitucional veio já a proferir tal entendimento, no seu Acórdão n.º 461/2011, de 11 de outubro de 2011 (cit. supra), que é referência na matéria, que decidiu que os pedidos de informação da AdC, como aquele *in casu*, não violavam o princípio da proporcionalidade.

Assim, deve concluir-se, ao invés do alegado pela Recorrente, que a exigência de preparação de resumos de informação/documentação confidencial, tal como solicitado pelo Pedido de Elementos recorrido (cf. n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência):

É um ónus não excessivo, necessário e justificado, que incumbe às empresas **detentoras dos segredos de negócio em causa, que os conhecem e só elas os podem dar a conhecer a esta Autoridade**, nos termos dos preceitos invocados da Lei da Concorrência (cf. n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º, e alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º);

É apropriada, necessária e a menos onerosa para atingir o **fim de interesse público em causa, no sentido da promoção da concorrência** (constitucionalmente previsto, cf. alínea f) do artigo 81.º da CRP), **tendo em conta a necessidade de uma adequada organização do processo** (cf. artigo 33.º da Lei da Concorrência);

E, não excede o limite da "justa medida", que acresce às exigências de indicação e fundamentação de confidencialidade e preparação detalhada de versões não confidenciais, expurgada daquela confidencialidade, permitindo às outras empresas Visadas o **pleno exercício dos seus direitos de defesa**, após o acesso ao processo.



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.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

A AdC emitiu as necessárias orientações que permitiam auxiliar as visadas na elaboração dos referidos resumos das informações identificadas como confidenciais, conforme se verifica da visualização o “Anexo” ao Pedido de Elementos recorrido, (e.g. sobre confidencialidade de quotas de mercado, de outros dados comerciais, de cláusulas de concorrência, etc.).

A igualdade de armas entre a Recorrente BCP e as outras empresas Visadas, encontra-se acautelado, já que todas as empresas Visadas foram notificadas do mesmo conteúdo do Pedido de Elementos recorrido, Anexo incluído, encontrando-se, por isso, nas mesmas condições, para a elaboração dos resumos.

Todas as empresas Visadas em causa, incluindo a recorrente BCP, terão um conhecimento igual ao da AdC sobre os documentos constantes do processo - com a produção dos resumos ou descrições resumidas da informação confidencial apreendida que venha(m) a identificar, que permitam a apreensão da essência do seu conteúdo por uma qualquer empresa terceira, salvaguardados os segredos de negócios em causa - alguns dos quais serão vir a ser usados como elementos de prova dos indícios contraordenacionais em causa e, outros, poderão servir a defesa das Visadas.

Este é o entendimento jurisprudencial do Acórdão proferido no processo T-36/91, *Imperial Chemical Industries c. Comissão*, em 29 de junho de 1995 (que as empresas recorrentes devem ter acesso, durante o procedimento administrativo, a versões não confidenciais fundamentadas, quer de documentos “inculpatórios” quer “exculpatórios”, como se expõe).

Deve improceder a alegação da Recorrente BCP, quanto ao pretenso conflito entre os n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência e o princípio da salvaguarda dos direitos de defesa, consagrado no n.º 1 do artigo 268.º da CRP.

A jurisprudência acompanha o entendimento da AdC. Assim, e no que toca às alegadas inconstitucionalidades, o Tribunal Constitucional já veio a decidir que os pedidos de informação da AdC não violavam o princípio da autoincriminação (nem o da proporcionalidade) [cf. Acórdão n.º 461/2011, de 11 de outubro de 2011 (cit. supra)].

Também, em linha com a jurisprudência sobre a matéria, resulta que a imposição de uma sanção para o desrespeito do dever de prestar as informações e/ou documentos solicitados não constitui uma violação do direito de defesa do destinatário do pedido, uma vez que o disposto na alínea d), do n.º 1 do artigo 61.º do CPP não se aplica aos processos contraordenacionais no âmbito



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 194/16.3YUSTR

da Lei de Concorrência [cf. Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 8 de maio de 2007 (cit. supra); Sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa (3.º Juízo), de 28 de julho de 2006 (cit. supra), Sentença posteriormente confirmada pelo Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de março de 2007 (cit. supra), e por Acórdão n.º 203/2009 do Tribunal Constitucional de 29 de abril de 2009 (cit. supra)].

Mais se diga, que a jurisprudência portuguesa segue, pois, a **jurisprudência de referência do Tribunal de Justiça nesta matéria** (cf. Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de outubro de 1989 (Processo n.º 374/87, “*Orkem/Comissão*”) (cit. supra); e Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de junho de 2006 (*Processo “Comissão/SGL Carbon e o.”*) (cit. supra)).

O Tribunal Constitucional já veio a decidir que os pedidos de informação da AdC **não violavam o princípio do direito a um processo justo e equitativo** [cf. Acórdão n.º 203/2009, de 29 de abril de 2009 (cit. supra)], pelo que deverá improceder a alegação da Recorrente BCP, quanto ao pretenso conflito entre os n.ºs 1, 2 e 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência e o princípio do direito a um processo justo e equitativo, consagrado no n.º 4 do artigo 20.º da CRP.

O recurso foi admitido, com efeito suspensivo (cfr. fls. 1145 a 1146), tendo sido interposto recurso da decisão de admissão, na parte relativa ao efeito, pela AdC, que foi admitido com efeito meramente devolutivo (cfr. fls. 1245). Todos os sujeitos processuais intervenientes declararam não se opor à decisão mediante simples despacho (cfr. fls. 1173).

(B) Recursos referentes à fixação de prazo adicional para a fundamentação dos pedidos de confidencialidade:

Recurso IV de fls. 1306 a 1374: o BST, veio impugnar judicialmente, ao abrigo do disposto no artigo 84º, n.º 1, do NRJC, a decisão proferida pela AdC, no processo de contraordenação n.º PRC/2015/8, datada de 23 de setembro de 2016, através da qual solicitou ao recorrente a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendidas nas diligências de busca e apreensão que tiveram lugar em 28 de janeiro de 2016.



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 194/16.3YUSTR

O recorrente formulou as seguintes conclusões de recurso, quanto ao mérito:

O presente recurso visa a anulação da decisão da AdC no âmbito do processo de contraordenação n.º PRC/2015/8 - notificada ao Recorrente em 23 de setembro de 2016 - através da qual esta autoridade solicitou ao BST a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendida pela autoridade no âmbito deste;

A Decisão impugnada insere-se no âmbito do processo contraordenacional PRC n.º 2015/8, no âmbito do qual, em 28 de janeiro de 2016, tiveram lugar, nas instalações do Recorrente, diligências de busca e apreensão que resultaram na apreensão dos documentos objeto da Decisão recorrida;

Após as referidas diligências, em 14 de junho de 2016, o Recorrente foi notificado pela AdC para, em relação à totalidade dos documentos apreendidos, *(i)* identificar, de forma fundamentada, a informação confidencial; *(ii)* preparar resumos da informação/documentação confidencial; e quando aplicável *(iii)* preparar versões não confidenciais dos documentos;

O Recorrente apresentou, em 7 de setembro de 2016, à AdC a sua resposta aos pedidos incluídos na Decisão de 14 de junho, com exceção do pedido de preparação de resumos, tendo em conta o recurso de anulação deste pedido apresentado pelo Recorrente que deu origem ao processo 194/16.3YUSTR, que aguarda a sentença do TCRS;

A AdC, através da Decisão ora recorrida, e invocando como base legal o Artigo 30.º da Lei da Concorrência, solicitou a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendida apresentada pelo Recorrente em 7 de setembro de 2016, de forma a incluir, por um lado, à fundamentação do pedido de confidencialidade em relação a cada um dos documentos confidenciais apreendidos e, por outro, uma descrição do teor de cada documento confidencial que permita a terceiros a compreensão do conteúdo destes;

A Decisão refere ainda que, caso o Recorrente não proceda à revisão da fundamentação de confidencialidade nos termos solicitados, a informação em causa será considerada não confidencial pela AdC, podendo, por isso, vir a ser acessível a terceiros;

Consequentemente, esta Decisão é, por um lado, excessivamente onerosa para o Recorrente em face do caráter monstruoso do processo, bem como desconforme à prática decisória anterior da AdC que aceitou a fundamentação de confidencialidade por referência a categorias de tipos 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 194/16.3YUSTR

Por outro lado, a AdC exige, na Decisão impugnada, uma revisão da fundamentação que extravasa claramente o âmbito do ónus que resulta do Artigo 30.º da Lei da Concorrência para as empresas alvo de diligências de busca e apreensão em processos de práticas restritivas;

Na verdade, a preparação de descrições da informação identificada como confidencial que permita a compreensão do conteúdo desta por parte de terceiros corresponde, tal como já foi entendido pelo TCRS, a um dever acessório que impende sobre a própria AdC, e não sobre as empresas, nos termos do artigo 30.º n.º 1 da Lei da Concorrência;

Ademais, este pedido corresponde, na prática, a um novo pedido de preparação de resumos da informação confidencial apreendida, tendo em conta que a AdC, na Decisão de 14 de junho, objeto de recurso no âmbito do processo 194/16.3YUSTR, também solicitava ao Recorrente, sob a designação “resumo”, uma descrição resumida da informação identificada como confidencial que permitisse a apreensão do conteúdo e matéria da informação suprimida, um pedido formulado em termos idênticos ao pedido de descrições do conteúdo da informação confidencial dirigido ao Recorrente através da Decisão ora impugnada.;

Nesse sentido, a Decisão recorrida, viola o disposto no n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, bem como o princípio da proporcionalidade, podendo também pôr em causa o princípio da confiança legítima e o direito à não autoincriminação, pelo que o objeto do presente recurso é a ilegalidade da Decisão e este destina-se a obter a anulação da mesma.

A Decisão recorrida viola o disposto no n.º 1 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, bem como o princípio da proporcionalidade, podendo também pôr em causa o princípio da confiança legítima e o direito à não autoincriminação, sendo a interpretação que a AdC pretende fazer da Lei da Concorrência na Decisão, é manifestamente inconstitucional;

Em primeiro lugar, o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência não permite sustentar a existência de um dever de um interveniente num processo contra-ordenacional elaborar quaisquer descrições, sumários ou resumos de informação / documentação confidencial apreendida;

Na verdade, o artigo 30.º da Lei da Concorrência estabelece que compete à AdC acautelar o interesse legítimo das empresas intervenientes em processos de práticas restritivas na proteção dos seus segredos de negócio;

Para efeitos de proteção dos segredos de negócio, o artigo 30.º da Lei da Concorrência prevê o dever jurídico de a AdC conceder um prazo aos visados para a identificação da confidencialidade da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

documentação apreendida, sendo que essa fundamentação deverá realizar-se de forma fundamentada;

Caso os visados não exerçam esta faculdade jurídica, *i.e.*, na hipótese de a entidade em causa não identificar, de forma fundamentada, as informações que considere confidenciais ou não fornecer cópia não confidencial dos documentos confidenciais – mas só nestes casos -, a documentação presume-se não confidencial, nos termos do disposto no n.º 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência;

Deste modo, resulta evidente que o artigo 30.º da Lei da Concorrência em lado algum refere a obrigação (ou o ónus) de o interessado elaborar descrições que permitam a terceiros compreender o teor dos documentos apreendidos, *i.e.*, resumos da informação confidencial e muito menos estatui que esta se terá por não confidencial na hipótese de o interessado não elaborar esses mesmos resumos;

De resto, a interpretação do artigo 30.º da Lei da Concorrência no sentido de que seria admissível considerar informação confidencial como não confidencial caso o visado não entregasse resumos da informação é, em qualquer caso, manifestamente inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 61.º e 62.º da CRP, tendo em conta que os segredos de negócio de uma empresa estão incluídos no direito fundamental de propriedade (art. 62.º, da CRP) e no direito de livre iniciativa económica (art. 61.º, n.º 1, da CRP);

Em segundo lugar, é também manifesto que a suposta preparação dos resumos da informação confidencial não se inclui nos deveres de colaboração decorrentes da Lei da Concorrência;

Com efeito, o artigo 18.º da Lei da Concorrência confere à AdC, no âmbito de um processo sancionatório, poderes para solicitar documentos e outros elementos de informação pré-existentes às empresas, bem como recolher e aprender prova nas instalações destas empresas;

Todavia, é patente que esses poderes não incluem a exigência da preparação de descrições que permitam aprender o teor dos documentos apreendidos, *i.e.*, de resumos de informação/documentação confidencial ou de qualquer outra informação suscetível de ser integrada em processos de práticas restritivas;

Tal como relembra o Advogado Geral Wahl no caso C 247/14 P - *HeidelbergCement AG*, as obrigações de colaboração correspondem à apresentação de informações e não ao desempenho de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

funções da entidade administrativa, entendimento que é também sufragado pela jurisprudência nacional;

Em terceiro lugar, para além de desprovida de base legal, a Decisão viola também o dever acessório da AdC de tratamento de gestão dos documentos apreendidos que se encontra vertido no artigo 30.º da Lei da Concorrência;

Com efeito, no Processo 1/16.7YUSTR, o TCRS foi claro ao considerar que cabe à AdC e não aos buscados, potenciais visados ou visados proceder a uma descrição suficientemente pormenorizada e detalhada dos documentos do processo, que é precisamente o que a AdC solicita ao Recorrente na Decisão impugnada, configurando esta obrigação como um dever processual acessório do dever de acautelar o interesse legítimo das empresas na não divulgação dos seus segredos de negócio, nos termos do disposto no artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;

Ademais, nas Linhas de Orientação da AdC, relativas à instrução de processos de práticas restritivas, a própria AdC reconhece o dever acessório de tratamento de gestão dos documentos, ao comprometer-se a elaborar uma lista contendo os elementos necessários para que as visadas possam conhecer minimamente o teor dos documentos confidenciais, que é precisamente o que a AdC solicita ao Recorrente na Decisão, e, nessa medida, possam, ulteriormente, se tal se revelar pertinente, fundamentar o seu interesse na consulta dos mesmos;

Além disso, a jurisprudência no plano União Europeia fornece apoio à conclusão de que compete às autoridades administrativas que conduzem os processos contraordenacionais sumariar e descrever a informação confidencial, não aos particulares, conforme resulta, por exemplo do acórdão Solvay (T-30/91);

É, por isso, que a Decisão é manifestamente ilegal na parte em que pretende efetuar um verdadeiro outsourcing de um dever jurídico que a Lei atribui à própria AdC, razão pela qual a solicitação da revisão da fundamentação de confidencialidade no sentido de incluir uma descrição desta informação que permita a apreensão do conteúdo desta constitui um incumprimento por parte da AdC deste dever acessório de tratamento da informação / documentação, em violação do Artigo 30.º, n.º 1 da Lei da Concorrência;

Em quarto lugar, e em qualquer caso, a Decisão impugnada ao determinar a fundamentação da confidencialidade documento a documento num processo tão volumoso, e especialmente a elaboração individualizada de resumos de informação / documentação confidencial viola ainda o



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 194/16.3YUSTR

princípio constitucional da proporcionalidade, ao qual se encontra adstrita a atuação das autoridades administrativas, incluindo no âmbito de processos de contraordenação nos termos do Artigo 18.º e 266.º da CRP;

O princípio da proibição do excesso também é tutelado no plano da UE, como o TJUE já salientou, em várias ocasiões, devendo as pessoas coletivas ou singulares ser protegidas contra intervenções, salvo o devido respeito, arbitrárias e desproporcionadas do poder público na sua esfera privada, mesmo quando se trata de fazer cumprir as regras da concorrência, o que constitui um princípio geral de direito da UE (conforme resulta, por exemplo, dos acórdãos C 46/87 e 227/88 - *Hoechst/Comissão* e C-94/00 - *Roquette Frères*);

No caso concreto, é manifesto que a Decisão, ao determinar a revisão da fundamentação da confidencialidade de forma a incluir uma fundamentação individualizada e, especialmente, descrições do teor dos documentos confidenciais gera uma significativa perturbação da atividade da empresa, que é chamada a identificar e explicar um conjunto significativo de informação confidencial (afinal as diligências de busca e apreensão tiveram lugar numa instituição bancária), com os custos inerentes a alocação de colaboradores para estas tarefas, e inclusivamente, prolongada assessoria jurídica quanto a esta matéria;

Esta perturbação é particularmente injustificada, pelo que esta parte da Decisão infringe o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso em todos os seus subprincípios;

Por um lado, é manifesto que a exigência de preparação de uma motivação individualizada, bem como resumos de informação/documentação confidencial não é apropriada para atingir qualquer fim de interesse público no sentido da promoção da concorrência, mas somente intuítos de conveniência por parte da AdC, que pretende que o Recorrente se lhe substitua no tratamento da informação no processo de modo a que possa ser disponibilizada a terceiros, que não justificam a imposição deste pesado ónus à Recorrente;

Por outro, ainda que se admita, por mero dever de patrocínio, e sem conceder, apenas para efeitos deste raciocínio, que as medidas tinham o objetivo abstrato da promoção da concorrência, tendo em conta a necessidade de uma adequada organização do processo, a imposição à Recorrente de uma motivação de confidencialidade documento a documento, bem como a preparação de descrições da informação/documentação confidencial não é necessária e muito menos corresponde à forma menos onerosa de prosseguir este objetivo;



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 194/16.3YUSTR

Por fim, uma vez mais, ainda que descortinásemos um objetivo de interesse público atendível, *quod non*, é claríssimo que a exigência de que a fundamentação de confidencialidade seja feita de forma individualizada e inclua sumários dos documentos apreendidos, para além da motivação da confidencialidade já realizada pelo Recorrente na sua resposta de 7 de setembro, nos termos da Lei e da prática anterior, excede o limite da “justa medida”;

O tratamento da informação exigido à Recorrente em virtude da Decisão é de tal modo extenso, complexo e exigente em termos de tempo que, na prática, a Recorrente, enquanto empresa alvo das buscas parece ter sido “subcontratada” para organizar os processos da AdC, o que não é compatível com o princípio da proporcionalidade, como resulta Conclusões do Advogado Wahl no processo C 267/14 - Buzzi Unicem SpA;

Deste modo, é manifesto que a Decisão, na parte em que impõe ao Recorrente a motivação individualizada da confidencialidade e, em particular, a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendida de forma a incluir um resumos da informação/documentação confidencial permitindo a terceiros compreender o teor dos documentos constitui um ónus excessivo, desnecessário e injustificado em violação do princípio da proporcionalidade;

De resto, interpretar o disposto no artigo 30.º da Lei da Concorrência e no artigo 18.º, n.º 1, alínea a) da Lei da Concorrência no sentido de que a exigência por parte da AdC da preparação descritivos / resumos da informação / documentação confidencial seria admissível é manifestamente inconstitucional por violação do disposto nos artigos 18.º e 266, n.º 2 da CRP;

Em quinto lugar, a Decisão recorrida afasta-se da prática da AdC em procedimentos contraordenacionais anteriores, em particular em procedimentos em que o Recorrente foi alvo de diligências de busca e apreensão (caso do processo contra-ordenacional n.º PRC 9/2012), contrariando ainda flagrantemente a abordagem da autoridade na Decisão de 14 de junho, o que constitui, em qualquer caso, uma violação do princípio da confiança legítima.

Com efeito, não é prática da AdC, em processos de práticas restritivas, em especial processos desta magnitude, solicitar a motivação individualizada da informação confidencial, e, em qualquer caso, solicitar aos Recorrentes a preparação de resumos da informação confidencial apreendida, de forma direta, ou indiretamente, através da inclusão de descritivos da informação na revisão da fundamentação de confidencialidade, correspondendo a fundamentação da confidencialidade, nos



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 194/16.3YUSTR

termos da mesma prática, à indicação das razões em virtude das quais a informação em causa se deverá considerar confidencial.

Ademais, no que respeita à preparação de descrições do teor dos documentos, as exigências formuladas pela AdC na Decisão recorrida estão em flagrante com a sua Decisão de 14 de junho, uma vez que a autoridade solicita ao Recorrente que inclua na revisão da fundamentação de confidencialidade precisamente o que na referida decisão tinha definido como correspondendo ao resumo da informação confidencial, *i.e.*, a descrição da informação identificada como confidencial que permita a compreensão da informação suprimida, deixando de fazer referência à fundamentação de confidencial como a indicação das razões para o pedido de confidencialidade.

Tendo em conta este contexto, o Recorrente entende que estão preenchidos os pressupostos da tutela da confiança, tendo em conta que o Recorrente atuou no âmbito deste processo, nas suas interações com AdC com boa-fé, no cumprimento estrito das normas aplicáveis, da prática anterior e das indicações da própria autoridade, tendo em conta a existência de elementos objetivos capazes de, em abstrato, provocarem uma crença plausível que a abordagem anterior da AdC, incluída no processo 9/2012 e na Decisão de 14 de junho se manteria.

Ademais, cumpre notar que o Recorrente desenvolveu toda uma atuação baseada na confiança gerada, atuação essa cuja revisão resultará em prejuízos inadmissíveis, na medida em que o Recorrente alocou, durante cerca de três meses, recursos, e incorreu em custos, de forma a proceder à identificação e fundamentação de confidencialidade nos termos da prática anterior da AdC e é agora confrontado pela autoridade com a necessidade alterar significativamente o trabalho realizado, sendo imputável à AdC formação da confiança em causa.

Nessa medida, a Decisão recorrida viola o princípio da boa-fé, na vertente da tutela da confiança, pelo que a Decisão deve, nessa parte, ser anulada;

Além disso, interpretar o Artigo 30.º ou o Artigo 18.º, n.º 1, alínea a) da Lei da Concorrência no sentido de permitir a exigência por parte da AdC de uma descrição da informação confidencial suprimida, que seja suscetível de permitir a compreensão do conteúdo desta, em contradição com a prática anterior desta atividade, é inconstitucional por violação do princípio da boa fé, na sua vertente da tutela da confiança, tal como incluído no Artigo 266, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa;



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.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

Em sexto lugar, e em qualquer caso, sem conceder quanto aos argumentos anteriormente expostos, em particular quanto à questão relativa à constituição de visado, tendo em conta que a autoridade expressou o seu entendimento no sentido de qualificar o Recorrente como visado, a possibilidade de a AdC exigir que um visado prepare uma descrição da informação confidencial suprimida, que seja suscetível de permitir a compreensão do conteúdo desta, *i.e.*, resumos da documentação confidencial apreendida seria, em qualquer caso, lesiva do princípio da proibição da auto-incriminação (*"nemo tenetur se ipsum accusare"*).

De facto, tendo em conta o princípio da proibição da auto-incriminação no âmbito de processos contraordenacionais, é manifesto que uma entidade visada tem o direito de recusar tal colaboração quando a mesma lhe for solicitado pela AdC;

Caso a AdC solicite colaboração para a instrução de um processo contraordenacional sem prestar a informação de que o visado pode recusar colaborar, tal poderá constituir um meio enganoso de obtenção de prova, nos termos e para os efeitos no artigo 126.º do CPP, como entendeu, por exemplo, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa datado de 15.02.2011 no Processo n.º 3501/06.3TFLSB.L1-5;

Com efeito, o "*visado*" de um processo contra-ordenacional não poderá ser forçado a «escavar a sua própria cova» - elaborando resumos da documentação apreendida pela AdC - a troco de garantir a confidencialidade da documentação relativa a segredos de negócio;

De resto, e mesmo na linha da jurisprudência da UE que considera que, no âmbito de processos de contraordenação, as autoridades administrativas poderão requerer a colaboração de visados - que têm a obrigação de colaborar - para entrega de elementos puramente factuais ou documentos pré-existentes, a verdade é que a obrigação de elaborar resumos de documentação pelos visados nem sequer se encontra incluída nesta corrente jurisprudencial;

Assim sendo, é manifesto que a exigência pela AdC da obrigação de a Recorrente elaborar descrições individualizadas do teor da informação confidencial apreendida é absolutamente ilegal.

De resto, é evidente que a interpretação dos artigos 15.º, 18.º e 30.º da Lei da Concorrência no sentido de que a AdC poderia exigir dos visados a preparação de resumos da informação confidencial sempre seria inconstitucional por violação do princípio constitucional da proibição da autoincriminação implícito nos artigos 1.º e 32.º da CRP.



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 194/16.3YUSTR

A AdC apresentou resposta, que consta a fls. 1943 a 1972, na qual formulou as seguintes conclusões, quanto ao mérito do recurso:

O conteúdo do ofício de 22 de setembro de 2016 mais não é do que uma reiteração do conteúdo do ofício de 8 de junho de 2016.

As Recorrentes vieram agora interpor recursos de impugnação judicial dos Pedidos de Elementos de Revisão de Confidencialidades de 22 de setembro de 2016, alegando, em síntese, que estes são **ilegais e inconstitucionais**, nos mesmos termos dos anteriores recursos dos ofícios de 8 de junho de 2016 que correm os seus termos sob o n.º de processo 194/2016.3YUSTR.

O objeto dos recursos é, pois, o mesmo: a alegada ilegalidade e inconstitucionalidade do pedido da AdC às Visadas de preparação de resumos de informação confidencial, em cumprimento do n.º 2 do artigo 30.º da Lei da Concorrência.

Mais se refira que os argumentos expendidos nos presentes recursos são em tudo idênticos aos aduzidos nos recursos anteriores, pelo que entende a AdC que a decisão a ser proferida no âmbito do processo n.º 194/2016.3YUSTR terá de ser necessariamente a mesma relativamente aos presentes autos.

Deste modo, por razões de economia e celeridade processuais, a AdC remete para todo o conteúdo das suas alegações aos recursos que correm os seus termos no processo n.º 194/2016.3YUSTR.

No entanto, e para evitar a contradição de julgados, não pode a AdC deixar de fazer referência à sentença-despacho proferida em 25 de outubro de 2016, no âmbito do Processo n.º 195/16.1YUSTR que corre termos neste tribunal e que decidiu quanto ao mérito de dois recursos interpostos pelas aqui Recorrentes sobre questões em tudo idênticas no âmbito do processo contraordenacional que corre termos nesta Autoridade sob o PRC n.º 9/2015.

No âmbito da referida **Sentença-Despacho de 25 de outubro de 2016**, veio o Tribunal decidir que a atuação da AdC, a fls. 688 a fls. 737, é legal e conforme ao regime de proteção de segredos de negócio previsto no artigo 30.º da Lei da Concorrência tendo concluído pela total improcedência dos recursos, numa questão idêntica com aquela ora em apreciação — designadamente, saber se a atuação da AdC, quando solicita pedidos de elementos para a (i) identificação de confidencialidades de informação apreendida, a (ii) preparação de resumos da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

informação confidencial apreendida, e a (iii) preparação de versões não confidenciais dos documentos, quando aplicável — é legal.

A AdC considera que devem ser declaradas improcedentes as alegadas ilegalidades e inconstitucionalidades dos ofícios da AdC de 22 de setembro de 2016 recorridos.

Foi com base nos n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência que a AdC precedeu aos ofícios ora impugnados.

Verifica-se, pois, que os presentes recursos põem em causa um pedido de informações da AdC, *in casu*, de revisão de fundamentação, no qual é dado cumprimento aos pressupostos estabelecidos no citado dispositivo legal, na medida em que os resumos ou descrições resumidas solicitadas, para cada um dos documentos apreendidos confidenciais, integram a fundamentação das confidencialidades e as versões não confidenciais a disponibilizar pelas Visadas e ora Recorrentes, no que respeita aos documentos classificados como parcialmente confidenciais.

Em 17 de outubro de 2016, as Recorrentes BST e BSC vieram solicitar, no âmbito do processo administrativo, após tomarem conhecimento do Despacho do TCRS, de 3 de outubro de 2016, proferido no Processo n.º 194/16.3YUSTR (e Apensos n.º 228/16.1YUSTR e n.º 255/16.9YUSTR), que fixou o efeito suspensivo dos recursos das medidas interlocutórias da AdC, *in casu*, dos Pedidos de Elementos recorridos de 8 de junho de 2016, solicitar a suspensão do prazo de resposta dos Pedidos de Elementos de Revisão de Confidencialidades de 22 de setembro de 2016 recorridos.

Sem prejuízo da impugnação daquele Despacho pela AdC, para o TRL — nos termos do artigo 89.º da Lei da Concorrência, requerendo que tal Despacho fosse declarado ilegal, revogado e substituído por outro que fixe o efeito meramente devolutivo aos recursos das medidas administrativas interlocutórias em causa, por considerar que a fixação de efeito suspensivo dos recursos por parte do Tribunal é contrária à regra contida no n.º 4 do artigo 84.º da Lei da Concorrência — considera a AdC que o mesmo assume relevância no âmbito dos Pedido de Revisão de Confidencialidades de 22 de setembro de 2016; por versar o recurso a que se refere o Despacho sobre matéria conexa com a dos posteriores Pedidos de Revisão de Confidencialidades.

Por respostas de 28 de outubro de 2016, enviadas à BST e à BSC, a AdC considerou que as Visadas não teriam de responder aos ofícios de 22 de setembro de 2016 em recurso, mais não encontrando aplicação, *in casu*, para o disposto no artigo 68.º, n.º 1, alínea h), da Lei da Concorrência.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

O recurso foi admitido, com efeito suspensivo (cfr. fls. 1980 a 1982), tendo sido interposto recursos pelo Ministério Público e pela AdC quanto à decisão de admissão, na parte relativa ao efeito, aos quais foi atribuído efeito meramente devolutivo (cfr. fls. 2233 e despacho supra exarado). Todos os sujeitos processuais intervenientes declararam não se opor à decisão mediante simples despacho (cfr. fls. 1975 e 2311-2312).

*

Recurso V de fls. 1678 a 1744: o BSC, veio impugnar judicialmente, ao abrigo do disposto no artigo 84º, n.º 1, do NRJC, a decisão proferida pela AdC, no processo de contraordenação n.º PRC/2015/8, datada de 23 de setembro de 2016, através da qual solicitou ao recorrente a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação apreendidas nas diligências de busca e apreensão que tiveram lugar em 28 de janeiro de 2016.

Os fundamentos aduzidos pelo recorrente são coincidentes com os argumentos alegados pelo recorrente BST, acima expostos sumariamente e que aqui se dão por reproduzidas.

Dão-se igualmente por reproduzidas as alegações apresentadas pela AdC, que respondeu ao recurso do BST e do BSC numa peça processual única (cfr. fls. 1943 a 1972).

O recurso foi admitido (cfr. fls. 1980 a 1982), tendo sido interposto recursos pelo Ministério Público e pela AdC da decisão de admissão, na parte relativa ao efeito, aos quais foi atribuído efeito meramente devolutivo (cfr. fls. 2233 e despacho supra exarado). Todos os sujeitos processuais intervenientes declararam não se opor à decisão mediante simples despacho (cfr. fls. 1975 e 2316).

*

Recurso VI de fls. 2014 a 2045: o BCP, veio impugnar judicialmente, ao abrigo do disposto no artigo 84º, n.º 1, do NRJC, a decisão proferida pela AdC, no processo de contraordenação n.º PRC/2015/8, datada de 22 de setembro de 2016, através da qual solicitou ao recorrente a revisão da fundamentação da confidencialidade da informação



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 194/16.3YUSTR

apreendidas nas diligências de busca e apreensão que tiveram lugar em 28 de janeiro de 2016, segundo o qual esta Autoridade determina a revisão da resposta do BCP, de 7 de setembro de 2016, ao Pedido de Identificação de Confidencialidades de 8 de junho de 2016 (“Ofício”), discordando, em particular, no que toca (i) à insistência na produção de um “Resumo” da informação confidencial suprimida, (ii) a uma exigência de que a fundamentação de confidencialidade não seja feita por referência a categorias de fundamentos e (iii) ao prazo fixado para resposta ao mesmo.

O recorrente formulou as seguintes conclusões de recurso:

Vem a Visada BCP recorrer do Ofício da AdC de 22 de setembro de 2016, no qual a Autoridade se pronuncia sobre a sua resposta, de 7 de setembro de 2016, ao Pedido de Identificação de Confidencialidades nas informações apreendidas nas suas instalações, e determina que, sob pena de todas as informações em causa virem a ser consideradas como não confidenciais: i) a Visada BCP deverá elaborar um resumo da informação confidencial suprimida e ii) deverá fundamentar as confidencialidades de forma concreta e individualizada, iii) concedendo-lhe um prazo de apenas 15 dias úteis para o fazer.

Por Ofício de 8 de junho de 2016, a AdC solicitou ao ora Recorrente para, nos termos e para os efeitos do artigo 30.º da LdC, proceder à identificação das informações apreendidas nas suas instalações que considera confidenciais por motivos de segredo de negócio, procedendo à identificação e fundamentação da confidencialidade e igualmente à elaboração de versões não confidenciais dos documentos classificados como parcialmente confidenciais, quando aplicável (“Ofício I”).

Veio, ainda, a AdC, supostamente ao abrigo da mesma disposição da LdC, nos parágrafos 6.c. e 7.c. do Ofício I, instruir a Visada BCP para que esta procedesse, também, à realização de “Resumos”, i.e., de um “sumário ou de uma descrição sumária da informação identificada como confidencial que permita a apreensão do conteúdo e matéria da informação suprimida”, atendendo às indicações fornecidas num anexo ao mesmo Ofício.

Ora, a Recorrente BCP não encontrou fundamento, da leitura da disposição invocada para o efeito pela AdC, *maxime* o artigo 30.º da LdC, para que esta ordenasse às Visadas a elaboração dos ditos resumos da informação confidencial, pelo que, por carta enviada a 28 de junho de 2016, arguiu a respetiva irregularidade e requereu a substituição do Ofício I quanto a esta matéria. E, perante o



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

não deferimento da mesma pela AdC, por ofício de 7 de julho de 2016 ("Ofício II"), interpôs recurso de ambos os Ofícios I e II para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, em 4 de agosto de 2016, tendo este Tribunal, por Despacho com data de 3.10.2016, admitido o recurso e fixado o respetivo efeito suspensivo.

Encontrando-se o recurso que se acaba de referir pendente, a Visada BCP respondeu tempestivamente ao Ofício I, tendo procedido à identificação e fundamentação da confidencialidade das informações apreendidas nas suas instalações e tendo apresentado versão não confidencial dos documentos classificados como parcialmente confidenciais, mas não dos tais "Resumos" cujo ónus de produção constitui objeto do recurso, explicando tal conduta à AdC.

Em 22 de setembro de 2016, veio a AdC expor o seu entendimento preliminar sobre a resposta ao Ofício I da Visada BCP, no qual (i) reitera a necessidade de elaboração dos tais "Resumos" e (ii) recusa a metodologia empregue para fundamentação de confidencialidade, determinando a revisão da resposta de acordo com as suas novas indicações, sob pena de todas as informações apreendidas serem consideradas não confidenciais ("Ofício III").

Quanto à elaboração de "Resumos", a questão sobre os quais a AdC e a Visada BCP divergem é na sua essência a mesma que se colocou desde o Ofício I e é objeto do recurso interposto em 4 de agosto de 2016. Embora neste caso a AdC, em lugar de considerar tal obrigação uma das que estão incluídas na tarefa de identificação de confidencialidades que às Visadas cabe efetuar, queira agora impor a sua realização pelas Visadas à custa de uma sobreposição conceptual entre os fundamentos da confidencialidade das informações e o tal *"sumário ou descrição sumária da informação identificada como confidencial"*.

Estes dois exercícios manifestamente não são confundíveis, como resulta desde logo dos termos do próprio Ofício I da AdC, pelo que se impõe retomar a análise da obrigação legal de elaboração dos "Resumos".

Decorre do n.º 2 do artigo 30.º da LdC que as empresas visadas pelo processo têm de identificar as informações confidenciais por segredo de negócio e, nesses casos, elaborar e fornecer à AdC uma versão não confidencial de tais documentos. Contudo, e ao contrário do defendido pela AdC, não consta qualquer menção a que as visadas pelo processo devam elaborar resumos da informação por estas identificada como confidencial, pelo que a exigência de elaboração de resumos da informação considerada como confidencial não tem qualquer apoio literal.



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 194/16.3YUSTR

Nos termos do artigo 9.º n.º 2 do Código Civil, *“não pode, porém, ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso”* (sublinhado nosso).

Não decorre, igualmente, das Linhas de Orientação da AdC sobre a instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e dos artigos 101.º e 102.º do TFUE (“Linhas de Orientação da AdC sobre a instrução de processos”) que incumba às titulares de segredos de negócios a elaboração de resumos da informação cuja confidencialidade é requerida, uma vez que estas Linhas de Orientação se referem apenas à obrigação de identificação da informação confidencial por conter segredos de negócio e a consequente elaboração de versões não confidenciais.

Na verdade, e em relação aos documentos não utilizados como prova da infração, as Linhas de Orientação da AdC sobre a instrução de processos são ainda mais claras quanto à ausência de um dever de elaboração de resumos por parte das empresas visadas.

Em relação aos documentos não utilizados como prova da infração, as Linhas de Orientação da AdC são ainda mais claras quanto à ausência de um dever de elaboração de resumos por parte das empresas visadas, nos termos do parágrafo 187, ao referir que *“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 apresentam, sumariamente, os motivos dessa qualificação, os quais poderão resultar diretamente do tipo de informação em causa”* (sublinhado nosso).

Assim, entende a Recorrente BCP que o Ofício III, nos termos do qual a AdC insiste em impor às empresas Visadas que elaborem resumos da informação por estas considerada como confidencial, na linha dos Ofícios I e II, padece de erro e não está sequer fundamentado, devendo por isso ser revogado.

Questão diversa é a de que as restantes Visadas e os demais interessados tenham direito a conhecer o conteúdo e matéria da informação confidencial suprimida na documentação apreendida pela AdC que constitui objeto do processo.

As Visadas têm tal direito com base no seu direito de defesa – protegido pelo artigo 32.º, n.º 10, da CRP e pelo artigo 50.º do Regime Geral das Contra-ordenações, aplicável por via do artigo 13.º, n.º 1 da LdC –, que pressupõe também o direito a terem acesso à informação necessária à sua



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 194/16.3YUSTR

defesa, em particular prova exculpatória – como reconhecido pelo artigo 33.º, n.º 1 da LdC e pelo artigo 20.º, n.º 4 da CRP, que lhes atribui o direito a um processo justo e equitativo.

E têm-no também os terceiros interessados, ainda que nos termos mais limitados do n.º 3 do artigo 33.º, como corolário do *princípio de transparência e publicidade do processo* – consagrado no artigo 32.º da LdC.

Apenas à AdC cabe acautelar e conciliar entre si estes dois interesses e correspondentes direitos dos respetivos titulares com o interesse e correspondente direito do titular das informações apreendidas na não divulgação dos seus segredos de negócio, nos termos do artigo 30.º da LdC, seja sob a forma dos “Resumos” que a própria criou ou de qualquer outra que esta autoridade entenda adequada para o efeito.

As Visadas são chamadas a colaborar na obrigação da AdC de proteger os seus segredos de negócio prevista no n.º 1 do artigo 30.º – classificando as informações apreendidas que consideram confidenciais, fundamentando tal classificação e produzindo versão não confidencial dos documentos que as contenham –, mas mesmo a tarefa de identificação de confidencialidades não deixa, a final, de ser uma responsabilidade da AdC, como resulta do n.º 5 do artigo 30.º da LdC e do parágrafo 185 das Linhas de Orientação da AdC.

Mas já não à produção de supostos resumos da informação suprimida, que não dizem respeito à proteção de segredos de negócio, mas ao acesso ao processo por outros sujeitos processuais, tarefa que lhe é completamente estranha.

Tarefa que só poderá caber à AdC, na qualidade de garante de todos os valores e bem jurídicos envolvidos, de depositária das informações por si apreendidas à sua discricionariedade e de “dominus” do processo.

A AdC também não emitiu orientações que pudessem guiar as visadas na elaboração dos referidos resumos das informações identificadas como confidenciais, permitindo que cada uma das visadas elabore de forma diferente os respetivos resumos, em violação do *princípio da igualdade de armas*, emanação do *princípio da igualdade*, e pondo também em causa o direito das visadas pelo processo de terem acesso a toda a informação necessária para exercerem cabal e utilmente o seu direito de defesa e a um processo justo e equitativo.

A elaboração de tais resumos também representaria ainda um ónus excessivo e injustificado para a Recorrente BCP, uma vez que a informação apreendida nas instalações da Visada BCP



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.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

corresponde a mais de 1.500 documentos, sendo que uma parte relevante dos quais se desdobra em diversos outros ficheiros, levando a que o número real de elementos de análise seja manifestamente superior.

O n.º 4 do artigo 30.º da LdC (assim como o parágrafo 183 das Linhas de Orientação da AdC) apenas determina que as informações sejam consideradas pela AdC como não confidenciais quando as empresas visadas não fundamentem tal identificação ou não forneçam cópia não confidencial dos documentos que as contenham, expurgada das mesmas, pelo que também não resulta deste artigo qualquer referência a “resumos” da informação confidencial, não podendo, em qualquer caso, a sanção imposta pela AdC à Recorrente BCP pela não elaboração de resumos da informação considerada confidencial ser a divulgação dos seus segredos de negócio.

Em relação à metodologia empregue para invocação dos fundamentos para a confidencialidade de informações apreendidas, diz agora a AdC que *“não aceita que a fundamentação de confidencialidade seja feita por referência a categorias genéricas de informação”* e não *“em concreto e de forma individualizada”* e de acordo com um conjunto de indicações suplementares, constantes do Anexo ao Ofício III, que já constavam do Anexo ao Ofício I.

Aquela constitui a abordagem normal da AdC quanto à questão da fundamentação das confidencialidades, mas não aquela que foi seguida pela AdC no passado recente em processos que se caracterizavam por conterem um enorme volume de documentação apreendida, como é manifestamente o caso do presente processo e em particular da documentação apreendidas nas instalações da Visada BCP.

Os processos em questão têm ademais uma relação direta com o presente processo, pois este último foi instaurado com base em informação obtida no âmbito dos mesmos, e ambos os processos envolvem o mesmo setor de atividade e várias das entidades Visadas, onde se inclui a aqui Recorrente BCP.

Entre outras adaptações à sua normal abordagem nesta matéria, a AdC veio admitir que a apresentação dos motivos de confidencialidade da informação fosse feita por categorias de fundamentos.

A AdC não informou as Visadas quanto a quaisquer alterações às suas orientações a este respeito, pelo que a sua exigência de que a fundamentação se faça nos termos do Ofício III vem defraudar completamente as legítimas expectativas da Visada BCP, em violação do princípio



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 194/16.3YUSTR

constitucional da *boa-fé no relacionamento com as entidades privadas* (artigo 266.º, n.º 2, da CRP), bem como do *princípio da confiança e da lealdade processual*.

Com as agravantes de AdC atuar neste processo como uma entidade acusadora e de novamente nem sequer fundamentar esta inversão da sua abordagem a processos desta natureza.

Por outro lado, a imposição da fundamentação da confidencialidade da informação nos termos do Ofício III é violadora em si mesmo do *princípio da proporcionalidade*, também ele com dignidade constitucional (artigo 266.º, n.º 2, da CRP), atento o encargo absolutamente desrazoável que se pretende impor às Visadas no processo, ou pelo menos a todas a que tenham visto fazer constar do processo informações com um volume da ordem das que constam do processo da titularidade da Visada BCP.

Com efeito é a AdC quem tem todo o controlo do processo desde o início, em particular desde que decide fazer uso dos abrangentes poderes de busca e apreensão que a LdC lhe veio facultar, e cabe-lhe cuidar de não impor às Visadas tarefas hercúleas.

Nestes termos, não é aceitável impor à Visada BCP que proceda à fundamentação de confidencialidades em termos tão detalhados perante um universo de documentos desta magnitude.

Sendo que além do número extraordinário de documentos envolvidos, muitos deles têm uma grande dimensão e quantidade e diversidade de informações sensíveis.

Tornando a sua classificação de acordo com as exigências do Ofício III uma quase impossibilidade.

E relembre-se que, elaborados e apresentados os fundamentos de confidencialidade de cada informação nestes termos, faltaria ainda produzir e fornecer à AdC a correspondente versão não confidencial do documento em causa, o que seriam outros tantos.

Entende a Visada BCP que não é admissível à AdC exigir tal tarefa às Visadas sem diligenciar por um processo com uma dimensão razoável ou por cuidar de adotar as suas orientações de forma a torná-la razoável e proporcional ao encargo que pretende impor aos titulares da informação confidencial, como o fez no passado.

Note-se, por outro lado, que a invocação da confidencialidade de informações apreendidas pela AdC é um diálogo que se estabelece apenas entre esta e os titulares da informação em causa e que não é perturbado de forma relevante pelo facto de a fundamentação ser apresentada por categorias.



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 194/16.3YUSTR

Deste modo, entende a Visada BCP, aqui Recorrente, que o Ofício III – e bem-assim os Ofícios I e II na medida em que sejam interpretados no mesmo sentido que aquele quanto a esta matéria – é ilegal por violação dos princípios da *boa-fé*, da *confiança* e da *lealdade processual* e da *proporcionalidade na atuação das entidades administrativas*, com a agravante de no presente processo ser uma entidade acusadora, e do direito das Visadas à proteção dos seus segredos de negócio, ao exigir que a fundamentação das confidencialidades seja feita de forma individual para cada informação, devendo em consequência revogado.

Por último, mesmo que a exigência de que a fundamentação das confidencialidades seja feita nos termos do Ofício III não fosse ilegal, sempre seria inadmissível que fosse imposto para dar cumprimento ao mesmo um prazo como o que a AdC fixou.

Efetivamente, o prazo concedido sempre seria sempre manifestamente insuficiente para realização de uma tarefa com tal exigência, tornando-se completamente absurdo quando para o exercício inicial, realizado nas condições menos onerosas decorrentes da prática conhecida da AdC em processos desta natureza, foi concedido um prazo total de 60 dias úteis.

Sublinhe-se que o exercício que a Visada BCP é chamada a fazer é na realidade uma reelaboração ou refazer do início do trabalho realizado, para o qual pouco ou nada poderá ser aproveitado da resposta ao Ofício I.

Deste modo, qualquer prazo que fosse fixado para identificação de confidencialidades em linha com as novas indicações transmitidas com o Ofício III teria sempre de ser superior àquele de que as Visadas dispuseram para resposta ao Ofício I, considerando que o exercício ora determinado é muito mais oneroso do que o anterior, por um lado, e que da resposta ao Ofício I pouco poderia ser mantido para uma resposta completa ao Ofício III, por outro.

Nestes termos, caso se viessem a manter os termos do Ofício III – o que novamente não se aceita e apenas se equaciona por dever de patrocínio – pelo menos o prazo para seu cumprimento teria de ser substituído por um que se adequasse à onerosidade do mesmo, sob pena de violação do *princípio da proporcionalidade*, previsto no artigo 266.º, n.º 2, da CRP, e do direito das Visadas à proteção dos seus segredos de negócio, ao abrigo do artigo 30.º, n.º 2, da LdC.

Termos em que deverão os fundamentos invocados no presente recurso de impugnação judicial ser julgados procedentes, por provados, e, em consequência, deverá ser revogado o Ofício da AdC de 22 de Setembro de 2016, dispensando-se a Visada BCP de fornecer um sumário ou uma



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 194/16:3YUSTR

descrição resumida não confidencial das informações por si consideradas confidenciais e de proceder à fundamentação de confidencialidade de forma concreta e individualizada ou, supletivamente, sendo-lhe fixado um prazo adequado para o efeito.

A AdC apresentou resposta, que consta a fls. 2071 a 2100, na qual formulou as seguintes conclusões, quanto ao mérito do recurso:

A classificação das informações/documentos como total ou parcialmente confidenciais obriga à sua fundamentação, bem como à junção de uma cópia não confidencial dos documentos, de resumos ou descrições resumidas que integram a fundamentação das confidencialidades, para **posterior objeto de análise e decisão da AdC**, nos termos do artigo 30.º da Lei da Concorrência, dentro do âmbito de margem discricionária de apreciação administrativa, que dispõe esta Autoridade.

Verifica-se, pois, que o presente recurso põe em causa um Pedido de Elementos da AdC, de 22 de setembro de 2016, no qual é dado cumprimento aos pressupostos estabelecidos no citado artigo 30.º da Lei da Concorrência, **com o único objetivo de acautelar os segredos de negócio da própria Visada BCP.**

A resposta a este pedido de informação traduz um dever de colaboração com a AdC, ao nível dos elementos factuais que são do conhecimento da própria empresa destinatária, norteadas pela prossecução do interesse público na investigação de infrações às regras de concorrência ou, no caso concreto, norteadas pela proteção de segredos de negócio de uma empresa e compatibilização dessa proteção com os direitos de defesa de outra empresa.

Sublinhe-se que **também no caso destes pedidos de informação** (no âmbito do artigo 15.º da Lei da Concorrência para efeitos de investigação), as empresas podem requerer a confidencialidade de determinados documentos, sendo certo que a cominação para a inexistência de fundamentação da confidencialidade (total ou parcial) que seja requerida, bem como para a não entrega de versões não confidenciais, de que faz parte a descrição resumida das confidencialidades dos documentos/informações em causa, **é a publicidade prevista no citado n.º 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência.**

Ora, a **necessidade de produção de informação contestada pela Recorrente**, *in casu*, para *“identificar as informações que considerem confidenciais, a fundamentação de tal identificação ou o fornecimento de cópia não confidencial dos documentos que as contenham, expurgada das mesmas*



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@tribunaais.org.pt

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

ou do preenchimento do campo resumo nas tabelas enviadas pela AdC”, necessária à existência, no processo contraordenacional administrativo, de uma versão não confidencial acessível por terceiros, não nasce de uma decisão da AdC, mas da própria lei, não sendo esse pedido de informação subsumível no elenco de decisões recorríveis.

Em suma, os ofícios da AdC de 8 de junho e de 22 de setembro de 2016 respeitam sempre à mesma matéria: a necessidade da AdC dar cumprimento legal ao artigo 30.º da Lei da Concorrência.

O conteúdo do ofício de 22 de setembro de 2016 mais não é do que uma reiteração do conteúdo do ofício de 8 de junho de 2016.

O prazo de 15 dias úteis adicional concedido, para resposta ao ofício de 22 de setembro de 2016, que acresceu ao prazo total de 60 dias úteis iniciais concedidos, para resposta ao ofício de 8 de junho de 2016, é um **prazo adequado** ao pedido de elementos em causa, e em conformidade legal com o normativo constante do n.º 2 do artigo 30.º da Lei da Concorrência.

A Recorrente vem agora interpor recurso de impugnação judicial do Pedido de Revisão de Confidencialidades de 22 de setembro de 2016, alegando, em síntese, que este é **ilegal e inconstitucional**, nos mesmos termos do anterior recurso do ofício de 8 de junho de 2016 que corre os seus termos sob o n.º de **Processo 225/16.9YUSTR**, apensado ao **Processo n.º 194.16.3YUSTR**.

O objeto do recurso é, pois, o mesmo: a alegada ilegalidade e inconstitucionalidade do pedido da AdC à Visada de preparação de fundamentação de informação confidencial suprimida, em cumprimento do n.º 2 do artigo 30.º da Lei da Concorrência.

Mais se refira que os argumentos expendidos no presente recurso são quase idênticos aos aduzidos no recurso anterior, pelo que entende a AdC que a decisão a ser proferida no âmbito do Processo n.º 225/16.9YUSTR, apensado ao Processo n.º 194/16.3YUSTR, terá de ser necessariamente a mesma relativamente aos presentes autos.

Deste modo, por razões de economia e celeridade processuais, a AdC remete para todo o conteúdo das suas alegações ao recurso que corre os seus termos no âmbito do Processo n.º 225/16.9YUSTR, apensado ao Processo n.º 194/16.3YUSTR.

No entanto, e para evitar a contradição de julgados, não pode a AdC deixar de fazer referência à Sentença-Despacho proferida em 25 de outubro de 2016, no âmbito do Processo n.º 195/16.1YUSTR que corre termos neste Tribunal e que decidiu quanto ao mérito de dois recursos



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 194/16.3YUSTR

interpostos por outras duas empresas Visadas no âmbito do processo contraordenacional que corre termos nesta Autoridade sob o PRC n.º 9/2015, sobre questões em tudo idênticas àquelas que são objeto do presente recurso, pela Visada BCP, nos presentes autos, proferida no âmbito do processo contraordenacional que corre termos nesta Autoridade sob o PRC n.º 8/2015.

No âmbito da referida **Sentença-Despacho de 25 de outubro de 2016**, veio o Tribunal decidir que a atuação da AdC, a fls. 688 a fls. 737, é legal e conforme ao regime de proteção de segredos de negócio previsto no artigo 30.º da Lei da Concorrência tendo concluído pela total improcedência dos recursos, numa questão idêntica com aquela ora em apreciação — designadamente, saber se a atuação da AdC, quando solicita pedidos de elementos para a (i) identificação de confidencialidades de informação apreendida, a (ii) preparação de resumos da informação confidencial apreendida, e a (iii) preparação de versões não confidenciais dos documentos, quando aplicável — **é legal**.

O recurso foi admitido, com efeito suspensivo (cfr. fls. 2122 a 2124), tendo sido interposto recursos pelo Ministério Público e pela AdC da decisão de admissão, na parte relativa ao efeito, aos quais foi atribuído efeito meramente devolutivo (cfr. fls. 2232 e despacho supra exarado). O BCP declarou não se opor à decisão mediante simples despacho (cfr. fls. 2307).

Recurso relativo ao desentranhamento de documentos - recurso VII de fls. 570

a 628: o BST, veio impugnar judicialmente, ao abrigo do disposto no artigo 84º, n.º 1, do NRJC, a decisão proferida pela AdC, no processo de contraordenação n.º PRC/2015/8, datada de 07 de julho de 2016, que indeferiu o pedido de exclusão dos autos de contraordenação da documentação legalmente incluída nestes.

O recorrente formulou as seguintes conclusões de recurso:

O âmbito do processo n.º PRC 8/2016, tiveram lugar, em 28 de janeiro de 2016, mediante mandado judicial emitido pelo TIC, diligências de busca e apreensão nas instalações do Recorrente, sujeitas à observância das formalidades legais previstas no Artigo 20.º da Lei da Concorrência no caso de instituições bancárias, *i.e.*, na presença do juiz de instrução criminal (estas diligências tiveram



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 194/16.3YUSTR

lugar simultaneamente em relação ao processo PRC n.º 8/2015 no âmbito do qual se insere o presente recurso, mas também em relação do PRC.n.º 9/2015).

Estas diligências resultaram na apreensão de vários milhares de ficheiros informáticos nos computadores de colaboradores do Recorrente, que, nos termos do referido mandado, teriam de estar relacionados com os pretensos factos em investigação, relativos a alegadas práticas restritivas da concorrência por parte da associação comercial ALF - Associação Portuguesa de *Leasing*, *Factoring* e *Renting*, ou das empresas que a integram, em particular, práticas relativas a alegados intercâmbios de informação comercial neste âmbito.

Aquando da realização das referidas buscas, o Recorrente não teve oportunidade de se manifestar quanto ao facto de os documentos apreendidos poderem estar cobertos por sigilo e fora do âmbito do mandado, tendo em conta que estes foram copiados de forma massiva em suporte eletrónico, sendo que, uma revisão posterior da cópia dos documentos disponibilizada pela AdC (e que incluía, indistintamente, aproximadamente 2.200 ficheiros relativos aos processos PRC 8/2015 e ao PRC 9/2015) revelou que estavam compreendidos nessa documentação ficheiros cuja inclusão no processo é violadora da Lei e do próprio objeto do mandado, por dizerem respeito a informação sujeita a sigilo profissional de advogado, bem como informação pessoal e informação sujeita a sigilo bancário sem qualquer relevância para o objeto do processo.

Tendo em conta a manifesta falta de condições para a verificação da conformidade da apreensão da informação em causa com a Lei e com o objeto do mandado, tendo em conta a quantidade de documentos em causa, o facto destes se encontrarem em suporte informático, bem como a duração da diligência, no entender do Recorrente deveria ter tido lugar, à semelhança do que sucedeu em processos anteriores, uma revisão da informação apreendida no sentido de excluir do processo toda a informação cuja inclusão nos autos apresentasse problemas de legalidade.

Neste sentido, o Recorrente, quando, ao iniciar a revisão dos referidos documentos, e ainda antes da conclusão da mesma, constatou que tinham sido apreendidos documentos cuja inclusão no processo era contrária à Lei e ao objeto do mandado, realizou junto do TIC, bem como junto da AdC, diligências no sentido de obter a exclusão desta documentação dos autos em epígrafe.

Com efeito, no que ao objeto do presente recurso diz respeito, o Recorrente requereu à AdC, em 18 de abril de 2016, que excluísse do processo n.º PRC/2015/8 os documentos sujeitos a sigilo profissional de advogado, bem como documentos abrangidos pela reserva de intimidade da vida



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 194/16.3YUSTR

privada e pelo sigilo bancário sem qualquer relevância para o objeto do processo, indicando, exemplificativamente alguns documentos que deviam ser desentranhados por se incluírem nestas categorias.

Em 7 de julho de 2016, a AdC proferiu a Decisão ora impugnada recusando-se a desentranhar do processo os documentos neste incluídos em desconformidade com a Lei e com o objeto do mandado.

Na Decisão a AdC manifestou o entendimento de que cabe ao TIC delimitar o universo da prova apreendida, não obstante, de forma contraditória com este entendimento inicial, ter empreendido uma análise da generalidade dos documentos exemplificativamente indicados no requerimento de 18 de abril de 2016, tendo, ainda assim, concluído pelo indeferimento do pedido de desentranhamento destes.

No que respeita aos fundamentos concretos da anulação da Decisão impugnada o Recorrente realça, a título prévio, que não é inócuo que estes documentos permaneçam no processo, tendo em conta que os documentos incluídos nos autos, ainda que não sejam utilizados na imputação de uma alegada infração de direito da concorrência, podem ser potencialmente acessíveis, desde logo aos co-visados pelo processo, nos termos do Artigo 33.º da Lei da Concorrência.

Na verdade, os direitos da Recorrente e de todas as entidades abrangidas pela documentação em causa (colaboradores, clientes, advogados) só podem ser plenamente salvaguardados com o desentranhamento da informação em causa, pelo que o Recorrente não pode concordar com a posição adotada pela AdC, muito menos com as justificações por esta avançadas para indeferir o requerimento de 18 de abril de 2016, de forma contrária à Lei e ao objeto do Mandato, pelo que a Decisão recorrida deverá ser anulada, tendo em conta, por um lado, que a AdC pode desentranhar os documentos (*i.e.*, tem competência para o efeito) e, por outro, que está, ademais, obrigada a fazê-lo por força do enquadramento normativo aplicável.

Entende o Recorrente que cabe sempre à AdC a direção do inquérito em processos de práticas restritivas da concorrência, não obstante ter sido, no caso concreto, e nos termos da Lei, assistida nas diligências de busca e apreensão que tiveram lugar nesta fase pelo TIC, tendo em conta que estava em causa uma instituição de crédito.



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 194/16.3YUSTR

Nesse sentido, cumpre notar que, nos termos do n.º 1 do Artigo 263.º do CPP *“a direcção do inquérito cabe ao Ministério Público, assistido pelos órgãos de polícia criminal”*, sendo que, e não obstante a subsidiariedade do processo penal face ao processo contraordenacional – por força da aplicação do n.º 1 do artigo 41.º do RGCO –, o legislador conferiu expressamente à autoridade administrativa os poderes que no processo penal são atribuídos ao Ministério Público.

O legislador atribuiu à AdC, por força do artigo 17.º da Lei da Concorrência, a competência para dirigir a fase de inquérito no processo sancionatório relativo a práticas restritivas, ainda que coordenada, em determinadas circunstâncias, com a competência do Juiz de Instrução Criminal, sem que a intervenção deste juiz implique que a AdC, enquanto titular do poder de direcção do inquérito não tenha competência para determinar a exclusão de prova irrelevante (ainda que a mesma tenha sido apreendida em virtude de decisão do TIC, por estar em causa uma instituição de crédito).

Consequentemente, tendo a AdC competência exclusiva para conduzir o inquérito, bem como para determinar a relevância dos elementos probatórios, não só podia, como devia, ter ordenado a exclusão de documentação irrelevante para o objeto do presente processo.

Aliás, a própria Decisão acaba por reconhecer a competência da AdC neste particular, na medida em que, apesar de reiterar em relação a todas as categorias de documentos em causa (incluindo os documentos sujeitos a sigilo profissional e à informação pessoal sem relevância para o objeto do processo) que *“não cabe à AdC decidir sobre a exclusão e destruição de documentos que o TIC de Lisboa considerou que devem constar do processo”*, prossegue na apreciação da generalidade dos documentos exemplificativamente referidos no requerimento de 18 de abril de 2016.

Deste modo, é forçoso concluir-se pela competência da AdC, enquanto dominus da fase de inquérito em processo sancionatório relativo a práticas restritivas da concorrência, para determinar o desentranhamento de prova apreendida em desconformidade com a Lei e com o objeto do mandado.

No entender do Recorrente, neste momento constam do processo 425 ficheiros irrelevantes para o objeto das diligências de busca e apreensão determinado pelo TIC e ou protegidos por sigilo profissional de advogado, documentos estes que devem, por isso, ser desentranhados e destruídos.

Em primeiro lugar, existe documentação apreendida – e não depurada pela AdC – respeitante a comunicações estritamente pessoais levadas a cabo por colaboradores do BST cujos



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 194/16.3YUSTR

computadores foram objeto das diligências de busca e apreensão, que, como decorre dos exemplos supra incluídos e dos documentos enunciados em anexo, é completamente irrelevante para o objeto do processo, que, como tal, deverá ser excluída dos autos de contraordenação.

A manutenção desta documentação no processo colide com o direito à reserva da vida privada, um valor com tutela constitucional nos termos dos Artigos 26.º, n.º 1, 34.º e 35.º da CRP, que só pode ser limitado se tal for necessário de forma a salvaguardar outro valor fundamental e sempre de forma proporcional a esse objetivo, sendo que é manifesto que estes requisitos não estarão cumpridos no caso em apreço.

Consequentemente, em resultado da aplicação do n.º 1 do artigo 124.º do CPP, aplicável ex vi n.º 1 do artigo 41.º do RGCO e n.º 1 do artigo 13.º da Lei da Concorrência, os referidos elementos, por se apresentarem como juridicamente irrelevantes nesta sede, nunca poderão ser admitidos como prova, pelo que devem ser desentranhados dos autos em epígrafe.

Ademais, interpretar, o Artigo 20.º da Lei da Concorrência (ou qualquer outra disposição deste enquadramento normativo) no sentido de permitir a apreensão e integração nos autos da AdC de documentação pessoal sem qualquer relevância para o objeto do processo, ou pelo menos no sentido de impedir a AdC de proceder ao desentranhamento desta informação do processo de práticas restritivas em causa, é inconstitucional por desconformidade com os Artigos 26.º, n.º 1, 34.º e 35.º da CRP.

Em segundo lugar, encontra-se também apreendida documentação respeitante a dados concretos de clientes do Recorrente (atuais ou potenciais) que, como decorre dos exemplos supra incluídos e dos documentos enunciados em anexo, se apresenta como absolutamente irrelevante para o (pretense) objeto de prova dos autos de contraordenação supra identificados.

Com efeito, nos termos das disposições conjugadas do Artigo 78.º e 79.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e do Artigo 20.º, n.º 8, da Lei da Concorrência, que são ademais, uma emanção do direito constitucional à reserva da intimidade da vida privada, resulta manifesto que não podem ser integrados no processo da AdC documentos sujeitos a sigilo bancário, em particular informação detalhada da situação patrimonial de clientes da instituição, que não têm qualquer ligação, nem mesmo remota, com os factos em investigação nos presentes autos.



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 194/16.3YUSTR

Deste modo, e em resultado da aplicação do n.º 1 do artigo 124.º do CPP, aplicável ex vi n.º 1 do artigo 41.º do RGCO e n.º 1 do artigo 13.º da Lei da Concorrência, os referidos elementos não deverão ser objeto de levantamento do sigilo bancário neste caso, devendo ser desentranhados do processo.

Além disso, interpretar o Artigo 20.º da Lei da Concorrência (ou qualquer outra disposição deste enquadramento normativo) no sentido de permitir a apreensão e integração no processo de informação sujeita a sigilo bancário, em particular informação de clientes, sem qualquer relevância para o objeto do processo, ou pelo menos no sentido de impedir a AdC de proceder ao desentranhamento desta informação do processo de práticas restritivas em causa, é inconstitucional por infração ao Artigo 26.º da CRP.

Em terceiro lugar, encontra-se também apreendida e integrada nos autos, como decorre dos exemplos supra incluídos e dos documentos enunciados em anexo, documentação respeitante a comunicações estabelecidas com advogados, internos e externos.

O n.º 1 do artigo 76.º da Lei n.º 145/2015, de 9 de setembro, proíbe a apreensão de comunicações relativas ao exercício da advocacia, em particular de correspondência trocada entre o advogado e aquele que lhe tenha cometido ou pretendido cometer mandato e lhe haja solicitado parecer, embora ainda não dado ou já recusado, sendo a que a tutela do sigilo profissional de advogado é requisito essencial do livre exercício da advocacia, da boa administração da justiça e do acesso dos cidadãos à justiça, enquanto emanação de várias disposições constitucionais (em particular os Artigos 2.º, 20.º, 32.º e 208.º da CRP).

A proteção conferida à informação relativa ao exercício da advocacia no âmbito de processos da AdC foi já reconhecida pelo Acórdão do Tribunal de Comércio de Lisboa, em sentença proferida no âmbito do Processo n.º 572/07.9TYLSB, que equiparou a tutela de advogados externos e de advogados internos e ordenou o desentranhamento da informação apreendida da autoria do advogado interno com inscrição na Ordem dos Advogados, independentemente do local em que esta havia sido apreendida.

Além disso, a jurisprudência da União Europeia relativa a comunicações entre advogados e clientes garante também, e de forma inapelável, o sigilo profissional nestas comunicações, especialmente no que se refere a “advogados independentes”, por exemplo nos acórdãos T-125/03 e n.º T-253/03, *Akzo Nobel Chemicals Ltd and Akros Chemicals Ltd*.



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 194/16.3YUSTR

Por último a Decisão da AdC contrasta flagrantemente até com o entendimento da própria autoridade nas Linhas de Orientação, em que nos parágrafos 193 e seguintes, reconhece a proibição de apreensão de correspondência, aberta u fechada, respeitante ao exercício da profissão de advogado (incluindo advogado interno e externo).

Consequentemente, deve ser desentranhada do processo toda a documentação relativa a comunicações entre advogados externos e internos e os seus clientes, independentemente do local em que tenham sido apreendidas.

Além disso, interpretar, o Artigo 20.º da Lei da Concorrência no sentido de permitir a apreensão e integração no processo de informação sujeita a sigilo profissional de advogado, ou pelo menos no sentido de impedir a AdC de proceder ao desentranhamento desta informação do processo de práticas restritivas em causa, é inconstitucional por desconformidade com os Artigos 2.º, 20.º, 32.º e e 208.º da CRP.

Em quarto lugar, encontra-se apreendida documentação respeitante a comunicações que, em geral, não têm qualquer relevância ou ligação com o objeto da diligência determinado pelo mandado do TIC, uma vez que como decorre dos exemplos supra incluídos e dos documentos enunciados em anexo, se trata de informação totalmente desligada ou, no mínimo, muito periférica em relação às atividades em causa, e que poderá inclusivamente, em alguns casos, na medida em que se prenda com aspetos da organização Recorrente constituir segredo de negócio.

A manutenção de informação deste tipo nos autos em epígrafe gerará apenas entropias, num processo que já é de si monstruoso, em prejuízo de direitos defesa dos potenciais visados, podendo inclusivamente estar em causa documentos relacionados com aspetos logísticos da organização Recorrente suscetíveis de constituir segredo de negócio e, por isso, uma intromissão injustificada na vida da empresa.

Em resultado da aplicação do n.º 1 do artigo 124.º do CPP, aplicável ex vi n.º 1 do artigo 41.º do RGCO e n.º 1 do artigo 13.º da Lei da Concorrência, os referidos elementos, deverão ser desentranhados no processo.

Importa ainda ter em conta que, interpretar, o Artigo 20.º da Lei da Concorrência (ou qualquer outra disposição deste enquadramento normativo) no sentido de permitir a apreensão e integração no processo de informação sem qualquer relevância para o objeto do processo, em particular informação relativa à organização interna da empresa, sobrecarregando o processo com



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

centenas de documentos inúteis, ou pelo menos a interpretação no sentido de impedir a AdC de proceder ao desentranhamento desta informação do processo de práticas restritivas em causa, é inconstitucional por infração aos Artigos 32.º e 34.º da CRP.

Quanto à necessidade de destruição da documentação desentranhada, o Recorrente gostaria de realçar que, nos termos do n.º 1 do artigo 186.º do CPP, aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 41.º do RGCO e n.º 1 do artigo 13.º da Lei da Concorrência, *“logo que se tornar desnecessário manter a apreensão para efeito de prova, os objectos apreendidos são restituídos a quem de direito”*.

Da aplicação deste preceito resulta que, demonstrada a irrelevância da documentação em análise, a sua apreensão torna-se desnecessária, devendo proceder-se à restituição da mesma, não obstante, no caso concreto os documentos controvertidos são ficheiros eletrónicos, pelo que uma restituição dos objetos apreendidos se apresenta, desprovida de sentido, tendo em consideração que os exemplares originais se mantêm na posse do Recorrente.

Por conseguinte, **a única via por meio da qual este preceito pode ver alcançado o seu efeito útil no caso em apreço é através do desentranhamento e consequente destruição dos objetos apreendidos cuja manutenção é manifestamente desnecessária para efeitos de prova.**

De forma a acautelar o efeito útil do presente recurso, que tem como objeto o desentranhamento de informação, pela sua própria natureza, confidencial, no âmbito de um processo sujeito a segredo de justiça, **o Recorrente vem pelo presente requerer a V.ª Ex.ª, nos termos do n.º 1 do artigo 164.º do CPC, se digne ordenar a sujeição do presente processo a estrita confidencialidade, atendendo aos motivos *supra* elencados.**

A AdC apresentou resposta, que consta a fls. 908 a 947, tendo formulado as seguintes conclusões respeitantes ao mérito do recurso:

Em síntese, a Recorrente defende que a Decisão Interlocutória recorrida deverá ser anulada por violação do disposto no artigo 17.º da Lei da Concorrência, segundo o qual a AdC terá, alegadamente, competência para desentranhar os documentos apreendidos nas diligências de busca e apreensão, constantes do processo contraordenacional.

Em particular, no que respeita à alegada competência da AdC para desentranhar os documentos constantes do processo contraordenacional, a AdC mantém o entendimento manifestado na sua Decisão de 7 de julho de 2016, nos termos da qual os autos de apreensão refletem já o exercício de exame, seleção e validação da prova apreendida, realizado pelo JIC 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 194/16.3YUSTR

presidiu à diligência, coadjuvado por funcionários da AdC, nos termos do disposto no n.º 8 do artigo 20.º da Lei da Concorrência (cf. Documento n.º 3 ora junto).

Contrariamente ao defendido pela Recorrente, a competência atribuída à AdC para determinar a relevância dos documentos probatórios, *i.e.*, a atividade de apreciação da prova, é distinta da competência do juiz de instrução criminal a quem cabe a responsabilidade pela legalidade da apreensão de prova, pela sua validação e estabilização.

Deste modo, o entendimento da ora Recorrente de que o TIC remeteu a apreciação das questões relativas à documentação apreendida por si suscitadas para a AdC, não tem qualquer suporte no conteúdo do Despacho de 22 de abril de 2016, proferido pelo TIC de Lisboa junto como Documento n.º 3.

Do teor do referido Despacho, conclui-se que se encontra delimitado o universo da prova apreendida que integra o processo, devendo a AdC, no decurso do Inquérito identificar os documentos que poderão ser usados como meio de prova de uma eventual infração, mas não podendo retirar prova do processo.

Deste modo, na sua resposta de indeferimento de 7 de julho de 2016 ao requerimento do BST de desentranhamento e devolução da documentação, a AdC informou que o universo de documentos que deve permanecer nos autos foi definido pelo TIC, nele se incluindo os documentos à data identificados pelo BST (isto é, no requerimento de 18 de abril de 2016).

No presente recurso, o BST discorda da posição adotada pela AdC por entender que é à AdC que cabe a responsabilidade pela direção do processo, na fase em que este se encontra, ainda que coordenada com a competência do JIC para a autorização da prática de atos que contendam com os direitos fundamentais.

Ora, a apreciação da questão relativa à competência para proceder ao desentranhamento e destruição dos documentos considerados ou classificados como confidenciais impõe uma análise conjugada do n.º 6 do artigo 20.º da Lei da Concorrência e do n.º 6 do artigo 178.º do CPP.

De acordo com o n.º 6 do artigo 178.º do CPP, aplicável *ex vi* artigo 13.º da Concorrência e n.º 1 do artigo 41.º do RGCO, “os titulares de bens ou direitos objeto de apreensão podem requerer ao juiz de instrução a modificação ou revogação da medida”; assim, a revogação ou modificação da medida de apreensão terá de ser requerida a quem tem poder para as autorizar, *in casu*, o Juiz do TIC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc. Nº 194/16.3YUSTR

Ora, o que a AdC concluiu foi precisamente que não é a esta Autoridade que cabe decidir sobre o desentranhamento e a devolução de documentos que o TIC considerou que devem permanecer no processo, pelo que é imperativo concluir que o conteúdo do artigo 17.º da Lei da Concorrência terá sempre que ser interpretado tendo em conta as concretas competências legalmente conferidas ao JIC no âmbito das diligências de buscas e apreensão levadas a cabo pela AdC nos termos dos artigos 18.º, 19.º e 20.º da Lei da Concorrência.

Deste modo, importa concluir pela efetiva falta de competência da AdC para levar a cabo o requerido desentranhamento, inexistindo qualquer ilegalidade na sua decisão de indeferimento.

Quanto à alegada invalidade da apreensão de documentos cobertos pela reserva da intimidade da vida privada, por abranger dados pessoais dos seus colaboradores, importa reiterar o disposto no Despacho de 22 de abril de 2016 acima citado, nos termos do qual não cabe à AdC decidir sobre a exclusão e destruição de documentos que o TIC de Lisboa considerou que devem constar do processo, não sendo, igualmente, possível o respetivo desentranhamento, ainda que os mesmos estejam alegadamente cobertos por informação sujeita à reserva de intimidade da vida privada, por abrangerem dados pessoais dos seus colaboradores, assim se devendo concluir pela improcedência do requerida.

Salienta-se, no entanto, que a apreensão, por um lado, e a utilização do conteúdo dos documentos em causa, eventualmente, como meios de prova, por outro lado, não padece do vício de invalidade alegado pela Recorrente, já que os documentos não beneficiam da proteção conferida a informação sujeita à reserva de intimidade da vida privada, como se demonstrou na Decisão Interlocutória recorrida, e que aqui se replica, ainda que sinteticamente.

Efetivamente, e em cumprimento da decisão judicial de busca e apreensão, foi examinado e copiado o conteúdo de diversos “(...) documentos e objetos, em suporte papel ou digital, bem como equipamentos informáticos (...)” e em “(...) computadores de funcionários (...)” da empresa buscada — cf. mandado de busca e apreensão no BST e auto de busca e apreensão no BST, ora juntos como Documentos n.ºs 1 e 2.

Tais computadores estavam localizados nas instalações da empresa alvo de buscas e foram identificados como computadores utilizados, profissionalmente, por membros de órgãos de administração e trabalhadores ou colaboradores da empresa buscada e que se revelaram de interesse para a investigação.



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 194/16.3YUSTR

Não tem, por isso, qualquer fundamento, a argumentação da ora Recorrente quando pretende comparar a sede da empresa objeto de busca com o domicílio de pessoas singulares que são administradores, trabalhadores ou colaboradores daquela empresa, procurando confundir computadores que estão atribuídos a tais pessoas para fins profissionais, com computadores “pessoais”, e crendo que a estes é conferida uma intangibilidade que, aliás, a Lei da Concorrência afasta (mediante estritos requisitos de proporcionalidade e necessidade) em relação ao próprio domicílio pessoal (cf. artigo 19.º da Lei da Concorrência).

Conforme os elementos juntos aos autos do presente processo, as buscas realizadas assentaram em mandados emitidos pelo JIC, tiveram por objeto sedes e instalações de instituições de crédito, tendo-se dado cabal cumprimento ao disposto nos números 1, 6 e 8 do artigo 20.º da Lei da Concorrência, pelo que todos os requisitos formais e substanciais legalmente previstos foram observados, não padecendo tais diligências de qualquer vício.

Acresce que carece igualmente de fundamento a invocação pela Recorrente da alegada violação das regras de proteção de dados pessoais, previstas no artigo 6.º, no n.º 2 do artigo 8.º e no n.º 1 do artigo 17.º, todos da Lei de Proteção de Dados Pessoais.

De acordo com o artigo 2.º daquela Lei de Proteção de Dados Pessoais, sob a epígrafe Princípio Geral — *“o tratamento de dados pessoais deve processar-se de forma transparente e no estrito respeito pela reserva da vida privada, bem como pelos direitos, liberdades e garantias fundamentais”*.

A expressão *“direito à proteção de dados pessoais”* consubstancia um grupo de faculdades entre si estruturalmente distintas, mas cujo conjunto proporciona a consecução daquele objetivo.

Tais faculdades são: o direito de acesso aos dados; o direito de salvaguardar a veracidade ou exatidão dos mesmos; o direito de exigir que o respetivo 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 atuação garantística da Comissão Nacional de Proteção de dados.

Ora, o caso em apreço não se integra em qualquer das situações reguladas no aludido regime, razão pela qual a alegada ilegalidade por violação das regras da proteção de dados carece de fundamento, devendo improceder, por carecer de fundamento, o pedido de desentranhamento e devolução dos ditos documentos, pelo BST.



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.e.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

Quanto à alegada invalidade da apreensão de documentos cobertos pelo sigilo profissional de advogado, refira-se novamente o disposto no Despacho de 22 de abril de 2016, nos termos do qual não cabe à AdC decidir sobre a exclusão e destruição de documentos que o TIC de Lisboa considerou que devem constar do processo, não sendo, igualmente, possível o respetivo desentranhamento, ainda que os mesmos estejam alegadamente cobertos pelo sigilo profissional do advogado, assim se devendo concluir pela improcedência do requerido.

Reitera-se que a apreensão, por um lado, e a utilização do conteúdo do documento em causa, eventualmente, como meio de prova, por outro lado, não padece do vício de invalidade alegado pela Recorrente, já que o documento não beneficia da proteção conferida ao sigilo profissional do advogado, como se demonstrou na Decisão Interlocutória recorrida, e que aqui se replica, ainda que sinteticamente.

Trata-se de uma comunicação de correio eletrónico, expedida via *email*, em 28 de dezembro de 2015,

[CONFIDENCIAL - Informação relativa à vida interna da empresa]



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 194/16.3YUSTR

De todo o exposto, resulta, inequivocamente, que a comunicação de correio eletrónico de 28 de dezembro de 2015, expedida pela ALF e rececionada pelo BST, não resulta “conexa com o exercício da advocacia”, porquanto nenhum dos seus interlocutores é advogado, não podendo, por conseguinte, beneficiar de uma qualquer proteção por alegado “sigilo profissional do advogado”.

Mais, o próprio reenvio de um parecer jurídico, para fora da esfera de uma relação de confiança, entre o cliente e o seu advogado, faz cessar a alegada relação de confiança própria do mandato.

Em conclusão, a AdC concluiu na Decisão Interlocutória recorrida que a apreensão do documento em causa, e a sua potencial utilização como meio de prova, não padecia de qualquer invalidade, porquanto: (i) não configurava documento que pudesse beneficiar do sigilo profissional do advogado, na medida em que foi encontrado nas instalações de uma empresa Visada (fora do escritório de advogado ou do seu arquivo), e divulgado fora do âmbito e circuito da relação de confiança própria do mandato, estabelecido entre a ALF e os advogados em causa; (ii) antes configurando mensagem de correio eletrónico, e documentos anexos, trocada entre duas Visadas (a ALF e o BST), já abertas, lidas e arquivadas eletronicamente na pasta de *email* de um computador de um funcionário do BST, entidade externa àquela relação de mandato.

Por outro lado, apenas num segundo momento, com a análise do conteúdo do documento apreendido, é que a questão do eventual segredo profissional – que, se reitera, inexistente, do ponto de vista da AdC, e que apenas por dever de patrocínio, aqui se analisa – se poderá colocar.

Se se considerar, após análise do conteúdo da comunicação em crise, que a documentação ali constante, integrando os anexos *word* reenviados, trocadas inicialmente entre a ALF e os seus mandatários (abertas, lidas e arquivadas), mas apreendidas nas instalações da busca BST, como



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

Tel: 243090300 Fax: 243090329 Mail: tribunal.c.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 194/16.3YUSTR

relevantes para a prova deve o sigilo ceder, o que sempre obrigaria a suscitar o incidente de quebra do segredo profissional, nos termos do n.º 3 do artigo 135.º do CPP, já que o segredo profissional não é absoluto e inamovível, pode ser quebrado por ordem de uma autoridade judiciária em face do princípio da prevalência do interesse preponderante, nomeadamente, a falta de meios alternativos para a descoberta da verdade, e tendo em conta a gravidade do ilícito e a necessidade de proteção de bens jurídicos.

Neste sentido, deve, também, improceder, o pedido de desentranhamento e devolução dos ditos documentos, pelo BST.

No que respeita à alegada invalidade da apreensão de documentos cobertos pelo sigilo bancário, fora do objeto dos autos, renova-se que, em face do disposto no Despacho de 22 de abril de 2016, nunca seria possível o pretendido desentranhamento, impondo-se a improcedência do recurso também quanto a este ponto.

Os referidos documentos foram devidamente examinados, nos termos previstos no n.º 8 do artigo 20.º da Lei da Concorrência, para efeitos de efetiva apreensão, tendo, nos termos do Despacho de 22 de abril de 2016 (cf. § **Erro! A origem da referência não foi encontrada.** *supra*): "(...) *ocorr[ido] a apreensão de documentação sujeita ao regime do sigilo bancário (desde logo tendo em atenção a natureza das instituições visadas). (...) O Exame da documentação foi efetuado e está concluído, tendo por via dele sido determinada a apreensão que vigora*".

Nestes termos, nada mais há a acrescentar, aqui se replicando, ainda que sinteticamente, o conteúdo da Decisão Interlocutória recorrida, no sentido da legalidade da apreensão do documento em causa, sem que tenha ficado demonstrada a alegada violação do segredo bancário, à salvaguarda do qual também os funcionários e agentes da AdC estão vinculados, nos termos das disposições conjugadas do n.º 1 do artigo 78.º do RGICSF e do n.º 8 do artigo 20.º da Lei da Concorrência.

Renova-se o entendimento expresso na Decisão Interlocutória recorrida de que precisamente por a informação em causa ter sido apreendida em instituições bancárias e, assim, poder encontrar-se protegida por sigilo bancário, foi necessária a presença de um JIC nas diligências de busca e apreensão que, examinou, validou, selecionou e mandou apreender a prova, posteriormente entregue à AdC, que esta Autoridade poderá utilizar na investigação em curso.

Entre tais elementos de prova encontram-se, pois, os documentos invocados pela ora Recorrente, os quais, ainda que eventualmente protegidos por sigilo bancário, foram considerados



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: tribunale.supervisao@tribunais.org.pt

Proc.Nº 194/16,3YUSTR

pelo TIC como enquadrando-se no objeto do mandado de busca e apreensão e como relevantes para a investigação da AdC, não procedendo, em consequência, o sustentado pelo BST a este propósito.

Acresce, que a AdC, já em sede de investigação, salvaguardará os documentos confidenciais, incluindo, os que contenham segredo bancário, nos termos acima já explanados, de acordo com os artigos 30.º e 31.º da Lei da Concorrência, quando essa proteção deva ter lugar, e, caso essa informação não venha a ser utilizada como meio de prova da infração em apreciação, pela AdC.

Decorre de todo o exposto, que deve, também, improceder, o pedido de desentranhamento e devolução dos ditos documentos, pelo BST.

Por fim, quanto à alegada invalidade de apreensão de documentos irrelevantes atento o objeto dos autos, o indeferimento constante da Decisão Interlocutória recorrida não tinha por objeto nenhum pedido de desentranhamento e devolução de documento(s) alegadamente irrelevantes atento o objeto dos autos, pelo que, considera esta Autoridade que o requerido pelo BST deve improceder, liminarmente, quanto a esta questão.

O recurso foi admitido, com efeito suspensivo (cfr. fls. 1145 a 1146), tendo sido interposto recurso pela AdC quanto ao efeito, ao qual foi atribuído efeito meramente devolutivo (cfr. fls. 1245). Todos os sujeitos processuais intervenientes declararam não se opor à decisão mediante simples despacho (cfr. fls. 1975 e 2311-2312).

SANEAMENTO

Nos seus recursos, o BST e o BCP alegaram que a AdC não os esclareceu em que qualidade os notificou nos termos e para os efeitos do artigo 30º, do NRJC, tendo requerido a suspensão da instância até tal ser esclarecido.

Face ao teor dos requerimentos, que constam a fls. 405 a 408 e 414 a 417, verifica-se que os recorrentes desistiram de tal pedido, nada obstando, a título prévio, designadamente questões preliminares, nulidades ou exceções que obstem ao conhecimento do mérito da causa.



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 194/16.3YUSTR

FUNDAMENTAÇÃO

(A) Recursos que versam sobre a exigência de apresentação de “resumos” da informação confidencial determinada inicialmente pela AdC – recursos I (BST), II (BSC) e III (BCP):

O quadro factual relevante é o seguinte:

- Na sequência da abertura de inquérito do processo contraordenacional, que corre os seus termos sob o PRC n.º 8/2015, em que são Visadas a Associação Portuguesa de *Leasing, Factoring e Renting* (ALF) e 46 empresas concorrentes (bancos, instituições de crédito e sociedades financeiras), associadas dessa associação de empresas, entre as quais, as ora Recorrentes BST, BSC e BCP, 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, diligências de busca e apreensão nas instalações de um conjunto de empresas Visadas (cfr. cópia dos mandados de busca e apreensão de fls. 79 e 282 e do respetivo despacho de fls. 80 a 83, 285).

- No âmbito das diligências de busca e apreensão, que se realizaram no dia 28 de janeiro de 2016, as quais foram presididas pelos senhores Juízes de Instrução Criminal (JIC), foi apreendida diversa documentação e ficheiros informáticos, nas instalações da oras Recorrentes (cfr. cópia do auto de busca e apreensão de fls. 88 a 93 e cópia do despacho de apreensão de fls. 490 a 493).

- Na sequência das referidas diligências, a AdC solicitou ao BST, BSC e BCP, através de ofícios datados de 8 de junho de 2016 e rececionados em 14 de junho de 2016, conforme cópias de fls. 72 a 78, 275 a 281 e 1000 a 1001, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido e que consubstanciam as decisões impugnadas, que, entre o mais:

(i) Assinalassem, num ficheiro *excel*, na coluna correspondente “Confidencialidade”, a natureza da informação constante de cada ficheiro apreendido, indicando se a mesma é confidencial, parcialmente confidencial ou não 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 194/16.3YUSTR

(ii) Introduzissem num ficheiro *excel*, na coluna correspondente “Fundamentação”, a razão do pedido de confidencialidade, incluindo o fundamento para que as informações em causa devam considerar-se confidenciais (*i.e.*, e a título meramente exemplificativo: *[Confidencial - Segredos de Negócio contendo: quotas de mercado, volumes de negócio, clientela, disposições contratuais, cláusulas de não concorrência, direitos de propriedade intelectual, etc]*);

(iii) Introduzissem, num ficheiro *excel*, na coluna correspondente “Resumo”, um sumário ou uma descrição resumida da informação identificada como confidencial que permita a apreensão do conteúdo e matéria da informação suprimida às outras Visadas ou empresas terceiras, em fase de acesso ao processo, com vista à proteção dos direitos de defesa destas (*i.e.*, e a título meramente exemplificativo, no que a uma quota de mercado respeita, a indicação, entre parenteses retos, com um intervalo de 10% da respetiva quota: *[40% - 50%]*);

(iv) ou, por referência a um contrato contendo uma cláusula de não concorrência, a omissão do exato âmbito temporal: *[Confidencial – cláusula restritiva e acessória – âmbito temporal]*); Identificassem, no que respeita às versões não confidenciais dos documentos classificados como parcialmente confidenciais, os trechos do texto e/ou do documento considerados confidenciais, acompanhados de uma descrição resumida da informação identificada como confidencial e consequentemente ocultada.

- Em tais ofícios, a AdC fez constar que consideraria, nos termos previstos no n.º 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, como não confidenciais: todas as informações que não fossem identificadas pela empresa como confidenciais; todas as informações identificadas pela empresa como confidenciais mas cuja confidencialidade não fosse devidamente fundamentada, nos termos e prazo estabelecidos pela AdC; todas as informações identificadas pela empresa como confidenciais mas cuja versão parcialmente confidencial do respetivo documento de suporte não fosse devidamente apresentada, nos termos e prazo estabelecidos pela AdC; todas as informações identificadas pela empresa



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 194/16.3YUSTR

como confidenciais cujos resumos ou descritores não sejam fornecidos, nos termos e prazo estabelecidos pela AdC.

- Por requerimento datado de 28 de junho de 2016, cuja cópia consta a fls. 1003 a 1004, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu conteúdo, o BCP formulou o seguinte pedido: *“Nestes termos, e atento o pesado ónus que representa para a visada BCP a elaboração, de acordo com as instruções da AdC, dos referidos Resumos (atento, designadamente, o elevado número de documentos em causa), solicita-se melhor indicação do fundamento legal em que se baseia tal imposição ou, não existindo, nos termos e para os efeitos do artigo 14º, n.º 1, da LdC, desde já se argui a respetiva irregularidade e se requer a substituição do Ofício por outro em que a AdC solicite à visada BCP unicamente os elementos para os quais existe base legal”*.

- Em resposta, a AdC remeteu ao BCP o ofício, datado de 07 de julho de 2016, cuja cópia consta a fls. 1005 e verso (**decisão impugnada também pelo BCP**), no qual reiterou que consideraria como não confidenciais, entre o mais, *“todas as informações identificadas pela empresa como confidenciais mas cujas versões não confidenciais não sejam devidamente apresentadas, incluindo um sumário ou uma descrição resumida, não confidencial de tal informação identificada como confidencial, nos termos e prazos estabelecidos pela AdC”*.

Impõe-se apreciar e decidir, subsumindo os factos ao direito.

A atividade administrativa não pode ser arbitrária. Assim o impõe o princípio do Estado de direito democrático, afirmado no artigo 2º da Constituição, do qual emana, entre o mais, o comando fundamental da subordinação dos órgãos e agentes administrativos à Constituição e à lei com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa fé (artigo 266º, n.º 2, da Constituição).

O respeito pela lei, que traduz o princípio da legalidade, significa que, em regra, a “Administração só pode fazer aquilo que a lei lhe permitir que faça”³. E é assim mesmo

³ Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, Vol. II, Almedina, 2007, p. 43.



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 194/16.3YUSTR

quando a Administração dispõe de um poder discricionário, pois “só há poderes discricionários aí onde a lei os confere como tais. E, neles, há sempre pelo menos dois elementos vinculados por lei – a competência e o fim”⁴.

A AdC é uma entidade administrativa independente que prossegue o interesse público de promoção e defesa da concorrência e sujeita, por isso e na generalidade dos seus poderes, ao referido princípio da legalidade (cfr. artigo 1.º, n.ºs 1 a 3, dos respetivos Estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 125/2014, de 18.08 e artigo 267.º, n.º 3, da Constituição).

O que, quando a AdC exerce especificamente poderes sancionatórios, no âmbito de processos de contraordenação, se traduz, em concreto, na vinculação ao quadro legal de atuação ditado, em primeiro lugar, pelo NRJC, e, em segundo lugar e subsidiariamente, pelo Regime Geral das Contraordenações (RGCO), por força do artigo 13.º, n.º 1, do NRJC⁵, o que inclui, por determinação do artigo 41.º, n.º 2, do RGCO, os direitos e deveres das entidades competentes para o processo criminal previstos no Código de Processo Penal (CPP)⁶.

Os parâmetros precedentes têm como efeito mais concreto, com direta relevância para a presente decisão, a asserção essencial, cuja formulação final é tão evidente que quase bastaria a sua assunção, de que qualquer cominação que a AdC imponha, no exercício dos referidos poderes sancionatórios, deve ter uma norma legal fundante. E essa norma legal fundante deve ser procurada nos diplomas que corporizam o respetivo quadro legal de atuação.

Dito isto e tendo presente o conteúdo das decisões impugnadas, a análise dos recursos deve passar, em primeiro lugar, pelos n.ºs 2 e 4, do artigo 30.º, do NRJC, uma vez que são os preceitos legais com potencial de aplicação ao caso concreto, suscetíveis de

⁴ Freitas do Amaral, ob. cit., p. 54.

⁵ No sentido de uma aplicação subsidiária do RGCO veja-se José Lobo Moutinho, Tito Rendas e Miguel Gorjão-Henriques, Lei da Concorrência Anotada, Comentário Conimbricense, Almedina, 2013, pp. 175-176.

⁶ O NRJC não contém uma norma semelhante a anterior artigo 17.º, n.º 1, corpo, da Lei n.º 18/2003, de 11.06, similar ao artigo 41.º, n.º 2, do RGCO. Contudo, não há razões para afastar a aplicação subsidiária deste preceito.



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 194/16.3YUSTR

acolher, na íntegra, os atos impugnados no âmbito da sua previsão normativa. Efetivamente, estas normas são as únicas que, conjugadas entre si e em articulação com o artigo 15º, do NRJC, preveem como cominação a classificação de uma informação suscetível de conter segredos de negócios como não confidencial, no âmbito de um processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, quando o seu titular – seja visado ou não no processo – não cumpre determinados ónus. Passemos, então, à análise destas normas, sendo de salientar que o seu conteúdo, podendo socorrer-se de conceitos com alguma indeterminação, não atribui à AdC qualquer poder discricionário.

Os preceitos selecionados incluem-se no regime legal, previsto no NRJC, que se destina a tutelar os segredos de negócio. Regime este que assenta, como primeiro vetor, na eleição dos segredos de negócio como um interesse legítimo merecedor de proteção – cfr. artigo 30º, n.º 1, do NRJC. Contudo, afirmar isto é pouco, pois o que importa verdadeiramente é traçar o círculo dessa proteção. E, neste plano, verifica-se que a tutela concedida aos segredos de negócio não vai ao ponto de gerar uma proibição de prova (cfr. artigo 31º, n.º 3, do NRJC). Na verdade, tudo se reconduz ao acesso, estipulando-se, como regra, a não divulgação da informação que contém segredos de negócios (cfr. artigo 30.º, n.º 1, do NRJC).

Ao admitir-se, por um lado, que as informações que contém segredos de negócio podem ser utilizadas como meios de prova e, por outro lado, ao garantir-se a proteção desses segredos por via de restrições de acesso, geram-se incontornáveis conflitos entre este interesse e o interesse mais geral da publicidade do processo (cfr. artigo 32º, n.º 1, do NRJC) e entre o interesse da proteção dos segredos de negócio e o interesse mais específico do direito de defesa dos visados.

No que diz respeito ao direito de defesa dos visados, esses conflitos podem assumir dois níveis diferentes, relativos a dimensões distintas do direito de defesa.

Assim, em primeiro lugar, a proteção dos segredos de negócio pode conflitar com o direito dos visados de conhecerem os documentos confidenciais, que versam sobre segredos de negócio, de natureza inculpatória, ou seja, os documentos confidenciais



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 194/16.3YUSTR

utilizados pela AdC como meio de prova para sustentar a nota de ilicitude e a decisão final de condenação. A este conflito a lei dá solução no artigo 33º, n.º 4, do NRJC, permitindo o acesso aos visados para efeitos de exercício do direito de defesa nos termos do artigo 25º, n.º 1, do NRJC, sujeito a condicionamentos.

O segundo nível de conflito surge quando os visados não titulares da informação classificada como confidencial pretendem controlar a decisão de confidencialidade da AdC e averiguar se a referida informação tem valor exculpatório. Quando esse pedido incide sobre documentação já incorporada no processo, mercê de um juízo indiciário de relevância probatória, designadamente na sequência de diligências de busca e apreensão, como é o caso dos autos, do que se trata é de reconhecer, num primeiro momento e que é aquele que importa para os autos, que, mesmo estando a AdC obrigada a investigar *à charge e à décharge* (cfr. artigo 31º, n.º 1, do NRJC), o direito de defesa deve permitir aos visados a possibilidade de controlarem a decisão de classificação de confidencialidade da AdC e o seu juízo de relevância probatória definitivo ou final.

Esta dimensão do direito de defesa foi reconhecida pelo Tribunal de Primeira Instância da União Europeia, no acórdão Solvay (processo T-30/91), citado pelos recorrentes BST e BSC, que o reconduziu ao *princípio geral da igualdade de armas, que pressupõe, num processo de concorrência, que a empresa em causa tenha dos documentos utilizados no processo um conhecimento igual ao da Comissão* [leia-se AdC] (cfr. § 83). Acrescenta-se, nesse aresto, que só assim será possível detetar eventuais erros de relevância probatória efetuados pela entidade sancionatória (cfr. § 82).

Entre nós, a sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 15 de fevereiro de 2007, no processo 766/06.4TYLSB Nestlé, abordou a questão, reconduzindo-a, face à inexistência de normas legais expressas sobre a matéria na anterior Lei da Concorrência, a um dever de fundamentação de confidencialidade por parte da AdC, referindo, entre o mais, o seguinte: que, pese embora caiba em primeira-mão à AdC fazer a análise dos documentos e os qualificar como confidenciais, daí não resulta que tal análise não seja sindicável, sendo-o em abstrato pelo arguido e pelo Tribunal.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

Para o efeito, o Tribunal considerou que a AdC, ao “retirar” do processo elementos que não vão estar acessíveis ao arguido, deve elaborar uma listagem dos documentos confidenciais, da qual deve constar as razões que fundamentam a confidencialidade, sendo certo que tal fundamentação pode resultar da natureza do próprio documento.

Mais acrescentou que: *se a Autoridade actuar desta forma assegura que as arguidas possam, até certo ponto, sindicar a análise que efectuou e que levou à qualificação das informações ou dos documentos como confidenciais. Com efeito, tendo a arguida conhecimento de quais os elementos que estão em causa (sendo junta aos autos uma listagem com a identificação dos documentos sabe-se de que documentos se está a falar, embora não se saiba o seu conteúdo) pode verificar se os mesmos deviam ou não ser qualificados como confidenciais, por um lado, e se podem conter informações para si relevantes (já que sabendo quais os elementos em causa, pode aferir se os mesmos são ou não importantes para a sua defesa e pode perceber a que tipo de prova em contrário se pode socorrer caso sejam elementos relevantes para a acusação), por outro. É, pois, a arguida quem, em 1.ª mão, controla a actuação da Autoridade nesta matéria, embora seja um controlo limitado.*

Em linha com este entendimento, este Tribunal, no processo n.º 225/15.4YUSTR, rejeitou um acesso indiscriminado e não fundamentado dos visados aos documentos confidenciais juntos ao processo, o que conduziu, entre o mais, à improcedência dos recursos, mas advertiu a AdC para a necessidade do processo fornecer *informações suficientemente precisas e detalhadas para lhes [visados] permitir determinar, com conhecimento de causa, se os documentos descritos são suscetíveis de ser pertinentes para a sua defesa*. Salientou-se de forma contundente: *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.*

O que se retira da jurisprudência precedente, é que – ainda que com fundamentos diversos (princípio da igualdade de armas, dever de fundamentação das decisões da AdC e direito de defesa) – se reconhece: (i) em primeiro lugar, que o visado tem o direito de



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 194/16.3YUSTR

controlar a classificação dos documentos efetuada pela AdC e o seu juízo de relevância probatória final; (ii) em segundo lugar, que, estando em causa o acesso a documentos confidenciais por conterem segredos de negócio, esse direito tem de ser compatibilizado com a tutela dos segredos de negócio; (iii) e, em terceiro lugar, que essa compatibilização não deve passar por um acesso imediato, indiscriminado e, por isso, não fundamentado aos documentos classificados como confidenciais pela AdC, mas pelo fornecimento de elementos que permitam aos visados compreender o conteúdo das informações suprimidas e ponderar da correção da decisão de classificação desses documentos confidenciais e da sua eventual relevância exculpatória, a fim de formularem pedidos de acesso concretos e, na medida do possível, fundamentados.

Não há razões para discordar dos parâmetros precedentes, acrescentando-se apenas que se considera que o direito que está em causa reconduz-se ao direito de defesa e que nasce e se justifica que seja tutelado, na referida dimensão, por estarem em causa documentos cuja incorporação no processo teve subjacente um juízo indiciário de relevância probatória.

Quanto à referida forma de compatibilização dos dois direitos, o TPI propôs dois procedimentos possíveis, que surgem na fundamentação do acórdão Solvay, implicitamente, como alternativos: a elaboração de versões não confidenciais, por parte da própria Comissão (cfr. § 92 e 93); ou a elaboração, também pela Comissão, de uma lista dos documentos com *“informações suficientemente precisas para lhe permitir determinar, com conhecimento de causa, se os documentos descritos eram susceptíveis de ser pertinentes para a sua defesa”* (cfr. § 93 e 94).

Parcialmente em linha com esta jurisprudência, o direito comunitário veio consagrar no Regulamento (CE) n.º 773/2004 da Comissão, de 7 de abril de 2004, relativo à instrução de processos pela Comissão para efeitos dos artigos 101º e 102º do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), *a possibilidade da Comissão estabelecer um prazo para que as empresas e associações de empresas lhe forneçam uma versão não confidencial dos documentos e declarações com as passagens confidenciais suprimidas e*



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 194/16.3YUSTR

uma descrição concisa de cada parte das informações suprimidas (cfr. artigo 16.º, n.º 2 e n.º 3, alíneas b) e c)).

Em coerência com estes normativos, a Comissão estipulou, na Comunicação da Comissão relativa às regras de acesso ao processo nos casos de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE, artigos 53.º, 54.º e 57.º do Acordo EEE e do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, alterada em 2015 (2015C 256/03, JOUE de 05.08.2015), nos pontos 37 e 38 que “[e]m processos antitrust, as empresas em causa devem também fornecer, dentro do referido prazo, uma descrição concisa de cada informação suprimida” e que “[a]s versões não confidenciais e as descrições das informações suprimidas devem ser elaboradas de forma a permitir que qualquer parte que tenha acesso ao processo determine em que medida as informações suprimidas podem ser relevantes para a sua defesa e, por conseguinte, se existem motivos suficientes para solicitar à Comissão o acesso às informações cuja confidencialidade foi alegada”.

Ora, o que está subjacente às decisões impugnadas da AdC, objeto dos recursos em análise, é, entre o mais, a necessidade de garantir o exercício do direito de defesa dos visados na segunda dimensão referida. Ou seja, do que se trata é de, entre o mais, no momento em que os visados (não titulares da informação confidencial) solicitarem o acesso aos documentos confidenciais, que contém segredos de negócio e que não foram considerados pela AdC como relevantes para o objeto da prova, esta autoridade esteja em condições de, pelo menos, lhes conceder um “vislumbre” das informações confidenciais com o detalhe necessário para aqueles controlarem a classificação de confidencialidade efetuada pela AdC e de aferirem do potencial exculpatório dos documentos, habilitando-os, num segundo momento, a formularem pedidos concretos e, na medida do possível, fundamentados de acesso aos documentos classificados como confidenciais.

Ressalvou-se o entre o mais, porque, conforme se explicitará infra, a exigência imposta pela AdC aos recorrentes de elaboração de resumos (cfr. ponto 7), alínea c), dos ofícios), conjuntamente, no caso de documentos parcialmente confidenciais, de versões não confidenciais, acompanhados de uma descrição resumida da informação identificada



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 194/16.3YUSTR

como confidencial (cfr. ponto 8), alínea a), dos ofícios), vai para além da necessidade de garantir o referido “vislumbre”. Na verdade, a AdC, revelando níveis de preocupação com o direito de defesa dos visados não titulares de informações confidenciais mais elevados, pretende que esse “vislumbre” esteja compilado, organizado e sistematizado num único documento.

Identificado o móbil, dir-se-á que as finalidades que a AdC pretende alcançar, em si mesmas, nada têm de mal, antes pelo contrário. O problema surge porque a AdC visa o seu alcance através da colaboração dos visados titulares das informações confidenciais, em troca da proteção dos segredos de negócio. À semelhança, aliás, da solução adotada pelo legislador comunitário, pese embora, no acórdão Solvay, o TPI atribuisse essa tarefa à Comissão. A questão que deve ser solucionada é, então, a seguinte: pode a AdC exigir essa colaboração, ao abrigo do regime previsto no artigo 30º, n.º 2 e 4, do NRJC?

A resposta é sim e não. É sim, em relação ao referido “vislumbre”. É não, relativamente a todo o trabalho adicional desnecessário para os fins referidos e/ou destinado unicamente a cumprir fins de compilação, organização e sistematização da informação.

Vejamos, então, quais os fundamentos dessa resposta, que, num primeiro momento, devem ser procurados através dos cânones de interpretação da lei ordinária, previstos no artigo 9º, do Código Civil (CC). E uma ressalva se impõe antes de se iniciar essa tarefa. Assim, não obstante as normas comunitárias referidas e as Orientações da Comissão, a questão de saber se a referida colaboração pode ser alcançada, impondo aos visados titulares das informações confidenciais determinados ónus, é matéria que se reconduz apenas e só à interpretação das normas nacionais. Efetivamente, o Regulamento (CE) n.º 773/2004 dirige-se à Comissão e as Orientações da Comissão não são vinculativas. Acresce ainda, no plano interpretativo, que não está em causa a aplicação direta dos artigos 101º e 102º, ambos do TFUE, mas normas processuais. Em qualquer caso, uma interpretação compatível com o direito comunitário pressupõe uma



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

interpretação possível à luz dos critérios interpretativos admitidos pelo nosso ordenamento jurídico.

Incidindo, agora, sobre os n.ºs 2 e 4, do artigo 30º, do NRJC, resulta destes preceitos que sobre os visados titulares de informações confidenciais incidem três ónus que os mesmos devem cumprir, sob pena de ficarem sujeitos à cominação legal de classificação das informações como não confidenciais. Tais ónus são: (i) ónus de identificação das informações que considera confidenciais; (ii) ónus de fundamentação de tal identificação; (iii) e ónus de fornecimento de uma cópia não confidencial dos documentos que contenham informações confidenciais expurgadas das mesmas.

A exigência de elaboração de resumos descritivos do conteúdo dos documentos formulada pela AdC, no caso concreto, não se inclui, nem na letra, nem no escopo das duas primeiras hipóteses.

Efetivamente, indicar a informação confidencial traduz-se apenas e só na identificação de determinada informação e na afirmação de que a mesma é confidencial.

Por sua vez, fundamentar a confidencialidade significa expor as razões que justificam essa classificação. O que, podendo passar, como premissa de fundamentação e para efeitos de enquadramento no conceito de segredos de negócio, pela categorização do tipo de informação em termos gerais, como referindo-se, por exemplo, a preços, clientes, estratégias de venda, etc, pode não exigir maior detalhe descritivo, nomeadamente de precisão temporal, espacial ou outra, que é pressuposta pela referida exigência de elaboração de resumos (cf. parágrafo 11 do Anexo 1 do pedido da AdC, para o qual remete o ponto 7, alínea c), do mesmo pedido).

Acresce ainda que a exigência de compressão do conteúdo da informação relativa aos resumos está funcionalmente vinculada à prossecução de um objetivo de compreensibilidade da natureza da informação que se pretende proteger por via da confidencialidade. Ora, este desiderato de compreensibilidade não está compreendido no escopo do dever de fundamentação e, por isso, não é exigido pelo mesmo, a não ser quando coincide com a exposição das razões da confidencialidade. O que deverá ser



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 194/16.3YUSTR

aferido *a posteriori*, ou seja, após a apresentação da fundamentação, não havendo, por isso, fundamento legal para que, *a priori* e enquanto forma de cumprimento desse dever, se imponha a elaboração dos referidos resumos.

A própria AdC demonstra acolher este entendimento, pois faz referência autónoma aos deveres de identificação e de fundamentação e ao ónus de elaboração dos resumos nos pedidos formulados – cfr. ponto 7), alíneas a) e b).

Analisemos, então, o terceiro ónus.

O enquadramento ou não da exigência de elaboração dos resumos no ónus do titular da informação apresentar uma versão não confidencial expurgada das informações confidenciais revela-se mais complexo, um verdadeiro problema de interpretação jurídica numa perspetiva patológica. Efetivamente, a inclusão da referida exigência no segmento legal em análise não corresponde ao sentido que o texto da norma direta e claramente comporta, que aparentemente se traduz num ónus de pura eliminação da informação confidencial e não também de substituição ou aditamento de informação.

Contudo, se em relação às duas primeiras hipóteses previstas no artigo 30º, n.º 4, do NRJC, surge como manifesto que a própria teleologia de tais segmentos legais exclui a exigência de elaboração dos referidos resumos, o mesmo não é tão cristalino relativamente à terceira hipótese. E é, por isso, que não se incluindo a exigência dos resumos numa interpretação declarativa do preceito, se justifica ir mais longe, designadamente analisar em que medida se impõe uma interpretação extensiva do artigo 30º, n.º 4, do NRJC, especificamente do segmento correspondente ao terceiro ónus, de apresentação de uma cópia não confidencial.

Para tanto, é mister recordar que a interpretação extensiva tem lugar quando o intérprete chega à conclusão de que “a letra do texto fica aquém do espírito da lei, que a fórmula verbal adoptada peca por defeito, pois diz menos do que naquilo que se pretendia dizer. Alarga ou estende então o texto, dando-lhe um alcance conforme ao pensamento legislativo, isto é, fazendo corresponder a letra da lei ao espírito da lei”⁷.

⁷ Baptista Machado, Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 13ª reimpressão, Almedina, 2002, p. 185.



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 194/16.3YUSTR

Há, contudo, um limite para a interpretação extensiva, que se retira do artigo 9.º, n.º 2, do CC, e que se traduz na inadmissibilidade legal de uma interpretação que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expreso, ou seja, será necessário que “do texto “falhado” se colha pelo menos indirectamente uma alusão àquele sentido que o intérprete venha a acolher como resultado da interpretação. Afasta-se assim o exagero de um subjectivismo extremo que propende a abstrair por completo do texto legal quando, através de quaisquer elementos exteriores ao texto, descobre ou julga descobrir a vontade do legislador”⁸.

A circunstância de estar em causa a aplicação de uma norma no âmbito de um processo sancionatório não reclama critérios adicionais de interpretação, pois a norma objeto de análise não é materialmente sancionatória, na medida em que da mesma não deriva qualquer efeito sobre a responsabilidade contraordenacional do titular da informação, no caso de ser visado.

Definidos os parâmetros a aplicar, impõe-se salientar, em primeiro lugar, que a interpretação dos n.ºs 2 e 3, do artigo 30.º, do NRJC, no sentido de incluir no ónus de apresentação de uma versão não confidencial a elaboração de resumos ou descritivos da informação confidencial não gera, ao contrário do que é defendido pelos recorrentes, qualquer antinomia com o dever imposto à AdC, no artigo 30.º, n.º 1, do NRJC, de acautelar o interesse legítimo de proteção dos segredos de negócio. Efetivamente, o que resulta deste preceito, como responsabilidade exclusiva da AdC, é, tal como se refere na decisão proferida no processo n.º 1/16.7YUSTR, uma “*responsabilidade de cariz fiduciário ou de custódia*”, enquanto depositária dos documentos. A atribuição aos visados titulares das informações confidenciais do referido ónus em nada contende com esta responsabilidade, que se mantém intocada.

Em segundo lugar, a imposição legal aos visados de elaborarem uma versão não confidencial demonstra, pela sua própria natureza, que este ónus, ao contrário do ónus de identificação das informações confidenciais e do ónus de fundamentação, não está

⁸ Baptista Machado, ob. cit., p. 189.



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 194/16.3YUSTR

orientado apenas para a tutela do direito à proteção dos segredos de negócio. Efetivamente, não seria necessário, só para esse efeito, que os titulares das informações confidenciais apresentassem versões não confidenciais, sendo manifesto que na base desse ónus estão preocupações de outra índole, relacionadas com a publicidade do processo e com o direito de defesa dos visados não titulares de informações não confidenciais.

Por conseguinte, ao serem obrigados a apresentar versões não confidenciais, os visados titulares das informações confidenciais já estão a prestar uma colaboração para o alcance de fins processuais, especificamente comprometidos com a publicidade do processo e com o direito de defesa dos demais visados, que vão para além do interesse que pretendem proteger.

Tal significa que, na distribuição de deveres e responsabilidades no âmbito da tarefa de compatibilização prática entre todos os interesses em conflito – proteção dos segredos de negócio, publicidade do processo e direito de defesa dos visados – o legislador não atribuiu a exclusividade do protagonismo à AdC, envolvendo também os visados titulares das informações confidenciais na parte relativa à garantia dos interesses da publicidade do processo e do direito de defesa. E, note-se, que contra isto os recorrentes não se insurgem, aceitando, desde logo e em certa medida, que sejam chamados a participar nessa tarefa.

Dir-se-á que essa participação se limita e justifica apenas e só aos casos em que as versões não confidenciais, em si mesmas, são consideradas pela AdC como meios de prova. Não é assim.

Com efeito, verifica-se, em terceiro lugar, que os antecedentes que se retiram do direito comunitário são reveladores de que a apresentação de uma versão não confidencial está associada, entre o mais e pelo menos, à necessidade de garantir o direito de defesa dos visados não titulares das informações confidenciais na dimensão referida de controlarem a decisão de confidencialidade da AdC e o juízo de relevância probatória efetuado pela autoridade sancionatória.



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.superviso@tribunais.org.pt

Proc. Nº 194/16.3YUSTR

Esta asserção também resulta, entre nós, da análise do *iter* processual relativo aos documentos juntos ao processo de contraordenação que podem conter segredos de negócio. Analisemos, então, o referido *iter* processual, com a ressalva de que a análise se irá circunscrever, por razões de economia, à hipótese que se verifica no caso concreto e que se traduz na circunstância dos documentos em causa terem entrado no processo na sequência de diligências de busca e apreensão às instalações das empresas visadas, que são bancos ou instituições de crédito, em conformidade com o artigo 18º, n.º 1 alínea c) e artigo 20º, n.º 6 a 8, ambos do NRJC.

E uma nota prévia se impõe, quanto à qualidade das recorrentes. Assim alegam o BST e o BSC que se opõem *expressamente à sua qualificação como “visado” nos presentes autos, na medida em que, por um lado, inexitem elementos susceptíveis de demonstrar a existência de fundadas suspeitas da prática de um ilícito contraordenacional por parte desta instituição de crédito; e por outro, em nenhum momento ao longo dos inquéritos, o BST[e BSC] foi constituído como visado (tendo esta questão sido objeto de um requerimento apresentado à AdC em 23 de junho de 2016, a que nos referiremos mais detidamente infra)*. Discorda-se, pois a realização de buscas às suas instalações é condição suficiente para assumir, no processo, a qualidade de visado, conforme resulta claramente do artigo 30º, n.º 2, do NRJC. E, no processo de contraordenação, essa qualidade não está dependente de um ato formal de constituição, não havendo razões para a aplicação subsidiária do regime previsto no processo penal para a constituição de arguido.

Esclarecido este ponto, verifica-se que o curso processual em torno da proteção dos segredos de negócio inicia-se, em termos de ação, com o artigo 30º, n.º 2, do NRJC, que, por ter implícita a presunção de que a documentação apreendida, devido ao local onde se encontra, possa conter segredos de negócio, dispensa a AdC de qualquer ponderação prévia nesse sentido. Mas mais do que isso. Na verdade, a norma desonera a AdC de efetuar qualquer reponderação ou, pelo menos, um juízo acabado sobre a relevância probatória dos documentos apreendidos para a demonstração dos factos que, nos termos



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 194/16.3YUSTR

do artigo 31º, n.º 1, do NRJC, constituem objeto da prova, pois impõe-lhe que notifique, de imediato, os visados para, em prazo a fixar mas não inferior a 10 dias úteis, cumprirem os referidos deveres de identificação da informação confidencial, fundamentação e junção de versão não confidencial.

Cumprido o comando previsto neste preceito e apresentada a resposta e observados os deveres previstos no artigo 30º, n.º 4, do NRJC, pelos visados, compete à AdC, num segundo momento, empreender uma atividade de análise desdobrada em dois atos. Assim, por um lado, terá de apreciar os fundamentos de confidencialidade, podendo discordar da classificação proposta pelos visados (cfr. artigo 30º, n.º 5, do NRJC). Por outro lado e caso concorde com a classificação apresentada, terá então de analisar e decidir, antes da decisão final do inquérito e, em particular, da emissão da nota de ilicitude, se as informações confidenciais são necessárias para a aferição da responsabilidade contraordenacional dos visados, quer numa perspetiva inculpatória, quer numa perspetiva exculpatória (cfr. artigo 31º, n.º 1, do NRJC), ou seja, se se mantêm como meios de prova.

Traçado o *iter* processual relativo à proteção dos segredos de negócio, conclui-se que a exigência de versões não confidenciais se destina, entre o mais, a garantir a sindicância do juízo de confidencialidade efetuado pela AdC e a compreensibilidade da relevância ou irrelevância para o objeto da prova das informações suprimidas, porque esse dever de junção é imposto por lei antes, pelo menos, do juízo acabado da AdC sobre a necessidade de utilização das informações confidenciais como meios probatórios, ou seja, é independente desse juízo. Ora, se a versão não confidencial não se destinasse a cumprir também o referido desiderato não havia necessidade de elaborar, antecipadamente e com base num juízo indiciário de relevância probatória, sujeito a possíveis revisões, versões não confidenciais dos documentos apreendidos que, após a formulação de um juízo acabado, poderiam não ser considerados relevantes pela AdC para o objeto da prova.

Nesta medida, considera-se não existirem dúvidas no sentido de que a teleologia do preceito consente a imposição aos visados titulares das informações de ónus destinados a permitir a sindicância da decisão de confidencialidade e a compreensibilidade 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 194/16.3YUSTR

relevância probatória de documentos classificados como confidenciais, por conterem segredos de negócios e sujeitos a um juízo indiciário de relevância probatória. Ou seja, pode-se afirmar que o nosso legislador pretendeu, tal como o legislador comunitário, impor aos visados titulares das informações confidenciais esse ónus. Mas então, pergunta-se, porque é que não estipulou expressamente, tal como o fez o legislador comunitário, a possibilidade da AdC exigir aos visados uma descrição concisa de cada parte das informações suprimidas?

O acórdão Solvay, do TPI, dá-nos a resposta. Assim, pese embora o aresto, mais do que atribuir, assumisse, sem discussão, que toda a responsabilidade cabia à Comissão, tendo o legislador comunitário entendido de forma diferente, o que interessa, neste momento, recordar é que o TPI apresentou a elaboração de listas informativas como uma alternativa à elaboração de versões não confidenciais, com eliminação das passagens sensíveis (cfr. § 92 e 93). E sendo alternativas é porque cumprem a mesma finalidade. Ora, chama-se à colação novamente este aresto, a título ilustrativo, para demonstrar que, subjacente ao segmento legal em análise, está o pressuposto de que as versões não confidenciais apenas com supressão das informações confidenciais são suficientes para permitir o referido “vislumbre”, ou seja, o seu conteúdo garante, pela narrativa e contexto, a compreensibilidade da relevância probatória das informações suprimidas. Pode não ser assim, evidentemente. E, desde logo, não o será no caso de documentos totalmente confidenciais, que numa primeira leitura parecem excluídos do preceito. Contudo, o que se procura pôr em evidência é que o texto da lei (o seu sentido mais direto e imediato) falhou no sentido de não permitir uma exata correspondência entre a letra e o pensamento legislativo, não permitindo, por isso, uma facilitada e desejável interpretação declarativa, porque a solução adotada aparentava ser suficiente.

Não é suficiente. E, por isso, tudo se reconduz à questão de saber se aquilo que aparentemente falta – designadamente o ónus de descrição resumida do conteúdo das informações suprimidas – pode ainda assim ser incluído no texto da norma, ou seja, se tem o mínimo de correspondência verbal com a letra da lei.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

Considera-se que sim, especificamente no conceito de “cópia não confidencial”. Efetivamente, uma “cópia não confidencial” traduz-se, por definição, numa versão de um documento que se destina, sem comprometer os fundamentos da confidencialidade, a substituí-lo na íntegra, ou seja, a substituir a totalidade do documento – quer as partes protegidas, quer as partes não protegidas – no cumprimento das suas finalidades.

Essa substituição, em relação às partes protegidas ou afetadas pela confidencialidade, apenas pode ser alcançada pela elaboração de um resumo ou descrição indicativa e compreensiva do seu conteúdo, sem referência ao detalhe da informação protegida. Por estas razões se entende que ainda está dentro das significações possíveis do conceito a inclusão, na cópia, de uma descrição das partes suprimidas.

O segmento da lei relativo às partes que devem ser expurgadas da cópia não confidencial não é inconciliável com a interpretação defendida, uma vez que incide sobre os requisitos da cópia não confidencial na parte relativa às informações não protegidas ou não afetadas. Esclarece a lei, nessa parte, que a cópia deve manter a integridade do documento originário, não podendo ser substituída por uma descrição ou resumo indicativo e compreensivo do seu conteúdo. Portanto, este segmento legal não exclui as demais significações possíveis que resultam do conceito de “versão não confidencial” referidas e que inclui, relativamente às partes afetadas pela confidencialidade, a elaboração de um resumo ou descrição indicativa e compreensiva do seu conteúdo.

Todo o exposto nos conduz, assim, à conclusão de que, dentro da teleologia e com respeito pela letra da lei, especificamente do conceito de “cópia não confidencial”, inclui-se o ónus de elaboração de uma descrição resumida do conteúdo das informações suprimidas. E tem de ser individualizada para cada documento, uma vez que se destina a permitir a compreensão do seu conteúdo, sem o detalhe dos segredos de negócio.

Ora, se isto é feito numa cópia do próprio documento ou se é incluído numa tabela em Excel externa ao documento originário é completamente irrelevante. A tabela em Excel não deixa de ser um documento, suscetível de consubstanciar uma “cópia não confidencial”. Inclusive, no caso dos documentos integralmente confidenciais, se revela



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 194/16.3YUSTR

menos oneroso para o visado (e mais cómodo também para todos os sujeitos processuais intervenientes) incluir a descrição resumida num documento único, do que em folhas de papel separadas.

A conclusão precedente não significa, tal como se deixou enunciado, que se adere, na íntegra, à totalidade das decisões impugnadas da AdC. É que é diferente incluir um resumo numa tabela Excel, por comodidade de todos os intervenientes (como é claramente o caso em relação aos documentos totalmente confidenciais) e destinado a cumprir o referido ónus, de impor ao visado, na verdade, um trabalho adicional de tratamento, organização e sistematização da informação, que acresce ao cumprimento do referido ónus.

Explicitando. O que se retira das decisões impugnadas é que os visados têm de preencher o campo resumo da tabela em Excel e têm de simultaneamente apresentar versões não confidenciais de documentos parcialmente confidenciais, acompanhadas de um descritivo. Isto significa que, em relação aos documentos parcialmente confidenciais, a elaboração dos resumos extravasa claramente o ónus identificado, pois do que se trata já é de uma pura tarefa material de compilação de informação. Tarefa esta que, podendo passar por atos de cópia e colagem, pode, em todo o caso, não ser praticamente irrelevante, como, por exemplo, fornecer uma cópia digital de um documento previamente apresentado em papel para facilitar o seu tratamento pela AdC.

Para além disso, só se justifica aditar um descritivo das informações confidenciais, conjuntamente com a apresentação da versão não confidencial, nos termos previstos no ponto 8), alínea a), quando se mostrar necessário para permitir a compreensibilidade do seu conteúdo.

Assim, em síntese das conclusões alcançadas e aplicadas ao caso concreto, resulta o seguinte:

(i) a exigência dos resumos referidos no ponto 7), alínea c), dos ofícios de 08 de junho de 2016, em relação aos documentos totalmente confidenciais, tem fundamento legal no artigo 30º, n.ºs 2 e 4, do NRJC, especificamente no segmento relativo ao ónus de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

apresentação de cópia não confidencial, considerando-se adicionalmente que a inclusão desses resumos num único documento, em forma de uma tabela em Excel, é menos onerosa para os visados e, nessa medida, está compreendida na previsão normativa dos preceitos;

(ii) a exigência de que as versões não confidenciais de documentos parcialmente confidenciais sejam acompanhadas de uma descrição resumida da informação identificada como confidencial, prevista no ponto 8), alínea a), dos ofícios, quando se mostre necessário para compreender o conteúdo das partes suprimidas, tem fundamento legal no artigo 30º, n.ºs 2 e 4, do NRJC, especificamente no referido segmento legal;

(iii) a exigência desses resumos em relação aos documentos parcialmente confidenciais, em aditamento à elaboração de uma descrição resumida da informação identificada como confidencial, exigida pelo ponto 8), alínea a), dos ofícios, já não tem fundamento legal no artigo 30º, n.ºs 2 e 4, do NRJC.

Vejamos, agora, se a parte do ofício que não encontra apoio nos n.ºs 2 e 4, do artigo 30º, do NRJC encontra fundamento noutra norma legal.

Neste âmbito, verifica-se que outras normas há, designadamente no NRJC, que impõem um dever de colaboração a sujeitos destinatários de pedidos de informação por parte da AdC, dotadas de coercividade por via da aplicação de uma sanção. É o caso, em particular, do artigo 18º, n.º 1, al a), que, de entre esses preceitos legais, é o único com alguma afinidade com o caso concreto e cujo incumprimento consubstancia a prática de uma contraordenação (cfr. artigo 68º, n.º 1, alíneas h) e j), do NRJC).

Contudo, afasta-se este preceito legal uma vez que a cominação associada ao incumprimento do dever não é aquela que a AdC verbalizou no caso concreto. O que, desde logo e por falha processual, designadamente por inobservância do artigo 15º, nº 1, alíneas a) e d), do NRJC, obstará à aplicação da cominação decorrente do artigo 68º, n.º 1, alínea h), do NRJC.

Em todo o caso, admitindo, sem melhor ponderação, que essa irregularidade não seria suscetível de retirar total coercividade à colaboração exigida pela AdC,



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 194/16.3YUSTR

nomeadamente por via da recondução da conduta dos recorrentes ao artigo 68.º, n.º 1, al j), do NRJC, e que seria possível dissociar das decisões impugnadas da AdC as determinações (elaboração de resumos da informação confidencial) da respetiva cominação (classificação da informação como não confidencial), sempre se dirá que o artigo 18.º, n.º 1, al a), do NRJC, não consente, no âmbito da sua previsão normativa, os resumos que a AdC pretende que sejam elaborados pelos recorrentes.

Efetivamente, a norma pressupõe documentos ou outros elementos de informação convenientes ou necessários para o *esclarecimento dos factos*. O que significa documentos ou outros elementos de informação convenientes ou necessários, em termos substanciais, para a decisão de mérito da AdC quanto à verificação ou não de uma infração e quanto à necessidade de aplicação de uma sanção. Não é o caso, evidentemente, de documentos ou elementos de informação que, não sendo necessários para a referida decisão de mérito, se destinam a cumprir outras finalidades processuais, como é o caso. É certo que também podem contribuir para a regularidade da decisão de mérito, mas não em termos substanciais para o seu conteúdo e o “*esclarecimento dos factos*” reporta-se necessariamente a essa dimensão da decisão.

Por conseguinte, tudo se reconduz aos n.ºs 2 e 4, do artigo 30.º, do NRJC, impondo-se, por fim, face aos fundamentos dos recursos apresentados, analisar, se a interpretação sufragada se mostra conforme com a Constituição, designadamente: (i) com o princípio da boa fé, da confiança e lealdade processual, que emana do artigo 266.º, n.º 2, da Constituição, tendo em conta a prática da AdC e as *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 26.03.2013; (ii) com o direito à iniciativa privada e com o direito de propriedade, previstos respetivamente nos artigos 61.º, n.º 1 e 62.º, n.º 1, ambos da Constituição; (iii) com o princípio da proporcionalidade; (iv) com o princípio da proibição da autoincriminação; (v) e, por fim, com o princípio da igualdade de armas, enquanto emanação do princípio da igualdade, e o direito a um processo justo e equitativo.



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 194/16.3YUSTR

Assim, no que respeita à violação do princípio da boa fé, da confiança e lealdade processual, que emana do artigo 266º, n.º 2, da Constituição, considera-se, em primeiro lugar, que as Linhas de Orientação da AdC não são incompatíveis com a imposição aos visados do aludido ónus de apresentação de resumos ou descritivos. Efetivamente, nessas Linhas – designadamente pontos 176 a 192 – a AdC, repetindo a lei, alude à necessidade de apresentação de uma versão não confidencial. E fá-lo, sem aditamentos dos quais resultem qualquer autovinculação a um sentido mais restritivo do que aquele que se defendeu, pelo que do texto das Linhas de Orientação não se extrai qualquer limite às significações possíveis do conceito de “cópia não confidencial”.

É certo que no ponto 187, a AdC estatui que *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 apresentam, sumariamente, os motivos dessa qualificação, os quais poderão resultar diretamente do tipo de informação em causa*. E fundamenta esta autoimposição na sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa, de 15.2.2007, no Proc. 766/06.4TYLSB, Nestlé/Autoridade da Concorrência (cfr. nota de rodapé 205), parecendo daqui decorrer que a tutela da publicidade do processo e do direito de defesa na segunda dimensão referida foi assumida, na íntegra, pela AdC, a isso se vinculando. Trata-se, contudo, de um sentido aparente, na medida em que o texto desta linha de orientação é compatível com a assunção pela AdC de uma síntese final e agregadora dos contributos provenientes dos visados envolvidos. Ou seja, do que se trata, neste ponto, é da AdC ter atribuído a si própria aquele propósito adicional de compilação, organização e sistematização de informação, que vai para além do cumprimento pelos visados da elaboração de resumos ou descrições do conteúdo das informações confidenciais, sem o detalhe dos segredos de negócio protegidos. Tarefa que, conforme decorre da análise efetuada, não pode efetivamente ser transferida para os visados.

Acresce ainda que a violação dos referidos princípios pressupõe “investimento de confiança, isto é, o desenvolvimento efetivo de atividades jurídicas assentes sobre 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 194/16.3YUSTR

crença consubstanciada”⁹. Não é o caso, pois a conduta que se espera que os visados adotem surge com os ofícios da AdC para efeitos de cumprimento do artigo 30º, do NRJC, que os recorrentes impugnaram. Nada que tenham feito ou deixado de fazer antes deste momento pode ser invocado para se sentirem defraudados nas suas legítimas expetativas. Razão pela qual a prática anterior da AdC também não viola os aludidos princípios.

Relativamente à violação dos direitos à iniciativa privada e de propriedade, previstos nos artigos 61º, n.º 1, e 62º, n.º 1, ambos da Constituição, vamos admitir, sem melhor ponderação por desnecessidade, que o interesse da proteção dos segredos de negócio se inclui no âmbito da previsão normativa destes direitos. Dito isto, verifica-se, quanto ao direito de iniciativa privada, que a própria Constituição remete para a lei ordinária a determinação do seu conteúdo. Para além disso, são admissíveis restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, desde que cumpram “os princípios e procedimento metodológico das leis restritivas”¹⁰, previstos no artigo 18º, da Constituição. O que é o caso.

Efetivamente, a restrição em causa resulta de lei formal e organicamente constitucional, tem carácter geral e abstrato, não produz efeitos retroativos, desde já se antecipa que observa o princípio da proporcionalidade e não diminui a extensão e alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais¹¹, pois não exclui a proteção, sujeitando-a apenas à observância de determinados ónus.

Analisemos, melhor o princípio da proporcionalidade, quer enquanto requisito de conformidade das restrições a direitos fundamentais ou cujo regime lhes seja extensivo, previsto no artigo 18º, n.º 2, da Constituição, quer enquanto princípio orientador da atividade administrativa (cfr. artigo 266º, n.º 2, da Constituição).

Assim, tal como afirmou o Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 674/2016, (sem ligação ao caso concreto mas com parâmetros gerais relevantes), o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três subprincípios: *idoneidade (ou adequação)*,

⁹ Freitas do Amaral, ob. cit., p. 137.

¹⁰ Gomes Canotilho, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina, p. 451.

¹¹ Gomes Canotilho, ob. cit., p. 451.



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 194/16.3YUSTR

necessidade (ou indispensabilidade) e justa medida (ou proporcionalidade em sentido estrito). Mais se esclarece, no aresto, que: (i) o subprincípio da idoneidade determina que as medidas restritivas de direitos, liberdades e garantias devem constituir um meio idóneo para a prossecução dos fins visados tendo em vista a salvaguarda de outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos; (ii) de acordo com a dimensão da necessidade/exigibilidade do princípio da proporcionalidade, as medidas restritivas de direitos fundamentais têm de ser indispensáveis para alcançar os fins em vista, não sendo configuráveis outros meios menos restritivos para alcançar o mesmo fim; (iii) e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito veda a adoção de medidas que se apresentem como excessivas (desproporcionadas) para atingir os fins visados.

Sendo este o conteúdo do princípio da proporcionalidade, verifica-se que a solução legal adotada:

(i) é adequada a salvaguardar outros bens constitucionalmente protegidos, designadamente a incumbência prioritária do Estado prevista no artigo 81.º, alínea f), da Constituição e os objetivos de política comercial constantes do artigo, 99.º, alínea a), da Constituição, pois o alcance desta incumbência pressupõe o exercício de poderes sancionatórios através da AdC e a respetiva regularidade processual, que passa necessariamente pela tutela de outros interesses fundamentais como o direito de defesa (cfr. artigo 32º, n.º 10, da Constituição);

(ii) não há outra forma menos gravosa de a alcançar, uma vez que a solução defendida, quando há vários titulares de informações confidenciais, como é o caso, reparte o ónus por várias entidades e não apenas por uma;

(iii) e é justa e não excessiva, contrariamente àquilo que os recorrentes defendem. É certo que compete e deve competir à AdC, em geral, a responsabilidade e deveres inerentes à instrução e regularidade do processo e aos fins de defesa da concorrência que prossegue. Contudo, não repugna ao nosso ordenamento jurídico que o exercício de um direito (sendo certo que o direito que está em causa é o direito à tutela dos segredos de negócio) possa ser acompanhado da sujeição do seu titular a determinados ónus,



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 194/16.3YUSTR

destinados a tutelar direitos de terceiros afetados pelo direito do obrigado. Ou seja, é porque os direitos de terceiros são comprometidos pelo direito à proteção dos segredos de negócio que não é excessivo, numa ponderação de valores, que o titular deste último direito possa ser chamado a participar nessa tarefa de compatibilização prática dos interesses em conflito. E a medida dessa participação que resulta da interpretação efetuada também não é excessiva, pois circunscreve-se ao estritamente necessário para permitir a compreensibilidade do conteúdo das informações que o visado pretende proteger. Poderá, é certo, implicar um trabalho material e encargos significativos. Mas isso implicaria sempre, qualquer que fosse a entidade que tivesse de empreender essa tarefa, não sendo o ponto relevante. O que é relevante é que, numa ponderação de valores, se conclua que, não excede a justa medida, que a responsabilidade por esse trabalho material e encargos significativos seja assumida pelo titular do segredo de negócio. Acresce ainda que a lei não estipula um prazo certo, nem um prazo máximo, permitindo a adequação à dimensão concreta do trabalho material envolvido.

A interpretação sufragada também não viola o princípio da proibição da autoincriminação, uma vez que este princípio pressupõe, qualquer que seja o seu alcance, mais ou menos amplo, um contributo material ou substantivo do arguido para a sua inculpação e não um mero contributo instrumental, ou seja, é necessário que o arguido forneça elementos probatórios contra si. O que não é o manifestamente o caso, pois o elemento probatório será a versão não confidencial, nas partes que preservam a integridade do documento originário, ou a versão confidencial, mas não os descritivos ou resumos que, conforme explicitado, cumprem finalidades distintas.

Por fim, não há igualmente violação do princípio da igualdade de armas, enquanto emanção do princípio da igualdade, nem, consequentemente, do direito a um processo justo e equitativo, na medida em que, podendo o descritivo assumir mais ou menos pormenor na sua forma, tem de cumprir o mesmo fim, ou seja, permitir compreender o conteúdo das informações suprimidas, sem o detalhe dos segredos de negócio tutelados. E, sendo o mesmo o fim, garante-se a igualdade.



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 194/16.3YUSTR

Em face de todo o exposto, vejamos o que resulta em termos decisórios. E, neste plano, esclarece-se que o Tribunal dispõe de poderes de plena jurisdição, que, nos termos do artigo 64º, n.º 3, do RGCO e com as devidas adaptações, lhe permitem modificar a decisão da AdC, substituindo a decisão desta pela sua. Mesmo que se considerasse não aplicável esta norma legal e fôssemos reconduzidos para o regime dos recursos ordinários em processo penal, por sucessivas remissões, chegaríamos à mesma conclusão, uma vez que o regime regra é também o da substituição.

Assim sendo e considerando que os pedidos formulados pelo BST e BSC incidem apenas sobre os ofícios de 08 de junho de 2016 e especificamente sobre os “resumos” exigidos pela AdC no ponto 7), alínea c), e ressalvados no ponto 8), alínea a), os recursos são parcialmente procedentes, devendo ser limitado o primeiro ponto aos documentos integralmente confidenciais e devendo ser eliminada a ressalva final efetuada no segundo.

Ainda quanto a este segundo ponto, impõe-se um esclarecimento complementar. Resulta da fundamentação precedente que a apresentação de um descritivo apenas se justifica quando a narrativa da versão não confidencial, com mera supressão das partes confidenciais, não torne compreensível o conteúdo das informações confidenciais. Contudo, esta limitação ao ponto 8), alínea a), não pode ser introduzida na medida em que extravasa o objeto do recurso, pois os recorrentes não impugnaram essa parte da decisão da AdC. Em todo o caso, não se pode deixar de alertar que, no momento próprio da análise e decisão de verificação dos ónus previstos n.ºs 2 e 4, do artigo 30º, do NRJC, certamente que a não junção de descritivo não será fundamento válido para negar a confidencialidade, no caso de documentos parcialmente confidenciais e quando do texto da cópia não confidencial com mera supressão das partes protegidas é possível compreender o conteúdo das mesmas.

No que respeita ao prazo, deve-se manter o prazo inicialmente fixado pela AdC de 40 dias úteis, que ficou suspenso com a interposição dos recursos e que, para que não haja litígios adicionais quanto ao seu início, deverá começar após nova notificação da AdC para efeito de cumprimento dos referidos pontos 7), alínea c), e 8), alínea a) e b) (a alínea



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

b) porque está associada à alínea a) e não é afetada pelos recursos), com as correções determinadas e com a advertência de que o seu não cumprimento implicará, nos termos do artigo 30º, n.º 4, do NRJC, a classificação do documento como não confidencial. Notificação essa que a AdC deverá efetuar quando a presente decisão produzir efeitos, ou seja: se não for interposto recurso, após o trânsito em julgado da mesma; se for interposto recurso e o mesmo tiver efeito meramente devolutivo, com o trânsito em julgado do despacho que fixou o efeito.

Quanto ao recurso apresentado pelo BCP, cujo objeto se circunscreve aos resumos, é também parcialmente procedente nos mesmos termos, o que implica, quanto ao ofício de 08 de junho de 2016, um sentido decisório idêntico ao dos recursos dos demais recorrentes. No que respeita ao ofício de 07 de julho de 2016, trata-se de um mero esclarecimento, pelo que sem um conteúdo decisório diverso do ofício esclarecido. Nesta medida, a revogação parcial do ofício de 08 de junho de 2016 nos termos referidos absorve o sentido da decisão quanto ao ofício de 07 de julho de 2016.

Duas notas finais se justificam.

Em primeiro lugar, não se desconhece que na sentença proferida no processo 195/16.1YUSTR, deste Tribunal, se adotou um entendimento parcialmente diferente. Contudo, pese embora o muito respeito que nos merece a fundamentação aí exarada e respondendo à alegação da AdC sobre a contradição de julgados, não há, evidentemente, qualquer impedimento legal a que se adote, nos presentes autos, uma decisão não inteiramente coincidente.

Em segundo lugar, sendo o direito à tutela dos segredos de negócio um direito disponível nada impede que os visados, em vez de procederem à elaboração dos resumos e descritivos, consintam, de imediato, no acesso aos documentos que venham a ser classificados como confidenciais através do acesso condicionado previsto no artigo 33º, n.º 4, do NRJC.

*

Recursos (B) referentes à fixação de prazo adicional para a fundamentação



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 194/16.3YUSTR

dos pedidos de confidencialidade:

Os factos relevantes são os seguintes:

- Em 07 de setembro de 2016, o recorrente BST apresentou a sua resposta ao ofício de 08 de junho de 2016 (*supra* referido), com indicação das informações confidenciais e respetiva fundamentação, conforme cópia de fls. 1277 a 1286, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

- Na mesma data, o recorrente BSC apresentou a sua resposta ao ofício de 08 de junho de 2016 (*supra* referido), com indicação das informações confidenciais e respetiva fundamentação, conforme cópia de fls. 1261 a 1268, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

- Na mesma data, o recorrente BSP apresentou a sua resposta ao ofício de 08 de junho de 2016 (*supra* referido), com indicação das informações confidenciais e respetiva fundamentação, conforme cópia de fls. 2001 a 2009, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

- Em 22 de setembro de 2016, a AdC, após análise das referidas respostas, remeteu aos recorrentes ofícios com o mesmo teor, cujas cópias constam a fls. 1296 a 1301 e 2010 a 2013, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor e **consubstanciando as decisões impugnadas**, nos quais consta, entre o mais, o seguinte: *“Na sequência da receção da resposta de V. Exas. ao pedido da Autoridade da Concorrência (AdC) para indicação da natureza confidencial ou não confidencial, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 30.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (...) vem a Autoridade, pelo presente, expor o seu entendimento preliminar sobre a identificação e fundamentação de confidencialidades. Da análise preliminar desenvolvida pela AdC verifica-se que o [recorrente] não fundamenta por referência a cada um dos documentos apreendidos os pedidos de confidencialidade apresentados, nem da fundamentação, da versão não confidencial ou do preenchimento do campo “Resumo” na tabela enviada à AdC é possível intuir o teor destes. Neste sentido, pelo presente se reitera, nos termos e para os efeitos previstos no artigo 30.º da Lei da Concorrência, a necessidade de V. Exas.*



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 194/16.3YUSTR

procederem, no prazo de 15 (quinze) dias a contar da receção do presente ofício, à identificação das informações apreendidas nas instalações da vossa empresa, que consideram confidenciais por motivos de segredo de negócio, procedendo à revisão da resposta apresentada, em conformidade com as indicações constantes da anterior comunicação da AdC. Complementarmente às indicações já transmitidas, vem a AdC esclarecer o seguinte: (i) A AdC considera como não confidencial informação que não se encontra classificada quanto à sua natureza confidencial ou não confidencial, encontrando-se em branco, o respetivo campo, na tabela remetida e para o qual não tenha sido enviada à Autoridade versão não confidencial; (ii) A AdC não aceita que a fundamentação de confidencialidade seja feita por categorias genéricas de informação, devendo ser possível aferir, em concreto e de forma individualizada, o conteúdo de cada ficheiro apreendido, devendo encontrar-se tal informação reproduzida na versão não confidencial apresentada ou na tabela disponibilizada pela Autoridade sobre os títulos "Fundamentação" ou "Resumo". Pelo contrário, a AdC apenas considera pedidos de fundamentação de confidencialidade acompanhados de uma descrição clara, rigorosa e não confidencial da informação confidencial suprimida, que seja suscetível de permitir a compreensão do respetivo conteúdo da informação suprimida. Caso assim não seja, a informação será considerada não confidencial. (iii) A AdC não aceita a classificação como confidencial entre as visadas de informação que tenha circulado entre a Associação e as suas associadas, e que tenha sido divulgada no contexto da atividade da Associação. Não obstante, e caso se entenda que tal informação é confidencial para terceiros, deverão as visadas fundamentar a respetiva confidencialidade, devendo a fundamentação, as versões não confidenciais apresentadas ou o preenchimento do campo "Resumo" na tabela disponibilizada pela AdC permitir intuir o seu teor; (iv) A AdC apenas considera a confidencialidade de informação que tenha perdido a sua importância comercial devido ao curso do tempo – admitindo-se como prazo de referência, para o efeito, o decurso de um período de 5 (cinco) anos -, caso a respetiva confidencialidade seja devidamente fundamentada pelas visadas, mediante a demonstração das razões pelas quais as



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 194/16.3YUSTR

informações em causa mantém o seu cariz confidencial e de que forma a divulgação dessas informações em causa mantém o seu cariz confidencial e que forma a divulgação dessas informações lesaria gravemente ou afetaria significativamente a empresa.”.

Vejamos.

Assim, em primeiro lugar, resulta da fundamentação exarada na decisão dos recursos (A) que sobre os visados impendem três ónus distintos, para efeitos de classificação das informações como confidenciais: (i) ónus de identificação; (ii) ónus de fundamentação; (iii) e ónus de apresentação de uma cópia não confidencial. Os três ónus são cumulativos, mas o seu conteúdo é distinto e a apreciação que a AdC faça quanto aos mesmos deve ser igualmente autónoma. Ou seja, o cumprimento do dever de fundamentação das decisões impõe que a AdC ao apreciar os pedidos de confidencialidade analise e expresse o seu juízo de forma autónoma em relação a cada um desses ónus.

Em segundo lugar, resulta também das asserções tecidas na decisão dos recursos (A) que os visados titulares das informações que pretendem que sejam classificadas como confidenciais têm o ónus de: em relação às partes protegidas pelo segredo de negócio, proceder à sua substituição por uma descrição resumida da informação identificada como confidencial; e, em relação às partes não protegidas pelo segredo de negócio, a manutenção das mesmas, respeitando-se, nesta parte, a integridade do documento originário. Essa descrição resumida, relativamente aos documentos totalmente confidenciais, pode e deve, para comodidade de todos os sujeitos processuais intervenientes, ser incluída num único documento, designadamente na tabela em Excel fornecida pela AdC e que, relativamente aos documentos totalmente confidenciais, consubstancia a “cópia não confidencial”. E tem de ser individualizada para cada documento, uma vez que se destina a permitir a compreensão do seu conteúdo, sem o detalhe dos segredos de negócio. No que respeita aos documentos parcialmente confidenciais, a referida descrição pode ser incluída ou acompanhar a cópia não confidencial com supressão das partes protegidas e em substituição destas.



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 194/16.3YUSTR

Em terceiro lugar, os ónus identificados no parágrafo precedente reconduzem-se ao ónus de apresentação de uma cópia não confidencial e não aos ónus de identificação e de fundamentação. O que significa que a AdC não pode considerar não cumprido estes dois últimos ónus com fundamento no não cumprimento do primeiro.

Em quarto lugar, aquilo que os recorrentes pretenderam cumprir com os seus requerimentos que deram origem aos ofícios de 22 de setembro de 2016 foram os ónus de identificação e de fundamentação na medida em que a atribuição de efeito suspensivo aos recursos interpostos por si, relativamente aos ofícios de 08 de junho de 2016, paralisava os mesmos, na parte impugnada, que se reportava ao terceiro ónus identificado e que afetava, em concreto, o ponto 7), alínea c), e o ponto 8), alínea a).

Em quinto lugar e no que respeita especificamente à forma de cumprimento do ónus de fundamentação, discorda-se da AdC no sentido de que o mesmo não pode ser feito por “categorias genéricas de informação” e que tem de ser cumprido por referência a cada um dos documentos apreendidos.

Efetivamente, não se encontra nenhuma razão para que, versando um conjunto de documentos sobre a mesma matéria, não possa a sua fundamentação ser aglutinada, pois *a priori*, não se pode considerar que esse procedimento prejudique o escopo que se visa prosseguir e que é a inteligibilidade das razões da confidencialidade.

Acresce ainda, que a análise da fundamentação pela AdC não se basta com a leitura da fundamentação apresentada pelos visados, na medida em que esta autoridade não pode deixar de confrontar as razões apresentadas com cada um dos documentos a que respeita, a fim de verificar da sua correção.

E não se pretende por via deste entendimento qualquer intromissão abusiva nos poderes discricionários da AdC. Na verdade, não estamos perante um poder discricionário, mas vinculado à lei, especificamente ao ónus de fundamentação, cujo sentido não inclui as exigências de forma apriorísticas impostas pela AdC.

Note-se, que com isto não se quer dizer que a AdC, após análise da fundamentação aglutinada, não conclua pela sua insuficiência em relação a determinado documento



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 194/16.3YUSTR

incluído no conjunto. O que não pode é, aprioristicamente, abster-se de analisar essa fundamentação e verificar da sua suficiência apenas porque a mesma foi apresentada por “categorias genéricas de informação”.

Resulta, assim dos pontos precedentes que as decisões de 22 de setembro de 2016 da AdC merecem várias discordâncias.

Em primeiro lugar, confundem o ónus de apresentação de cópia não confidencial (com o sentido referido) com os ónus de identificação e fundamentação e, nessa medida, erram ao considerar que estes não foram cumpridos porque os visados não apresentaram os “resumos” e “descrições” e ao efetuarem advertências que associam o ónus de fundamentação ao não cumprimento do terceiro ónus referido.

Em segundo lugar, as decisões erram também ao reiterar o cumprimento integral dos ofícios de 08 de junho de 2016, resultando da decisão dos recursos que versaram sobre estes ofícios (recursos A) que o cumprimento do ponto 7), alínea c), se deve limitar aos documentos totalmente confidenciais. Acresce que a eficácia de tal decisão estava suspensa nessa parte.

E é também por esta mesma razão que, em terceiro lugar, as decisões erram ao fixar um prazo de quinze dias úteis para o cumprimento dos ofícios de 08 de junho de 2016 na parte respeitante aos “resumos” e “descrições”. Salienta-se mais uma vez que o cumprimento deste segmento estava suspenso por força do efeito atribuído aos recursos (A) *supra* analisados.

Em quarto lugar, as decisões erram ainda ao advertirem que a fundamentação de confidencialidade não pode ser feita, aprioristicamente, por referência a categorias genéricas de informação e que tem de ser individualizada.

Não obstante se considerar que as decisões da AdC erram em todos estes pontos, o certo é, a dimensão decisória dos ofícios em causa, tomando por referência os pedidos formulados pelos recorrentes, se esgota na fixação do referido prazo de quinze dias para efeitos de cumprimento dos ofícios de 08 de junho de 2016, no respeitante aos “resumos” e descrições. Efetivamente, as demais considerações que a AdC tece, com pertinência para



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 194/16.3YUSTR

as pretensões recursivas formuladas pelos recorrentes, não produzem efeitos processuais concretos, sendo meros fundamentos e advertências que deverão ser apreciados se e quando a AdC proferir a decisão final relativa aos pedidos de confidencialidade.

Consequentemente e considerando a decisão proferida quanto aos primeiros recursos (A) e as pretensões recursivas concretamente formuladas pelos recorrentes nos recursos em análise (B) – que se insurgem quer contra os ónus de elaboração de resumos e descrições, quer quanto à fundamentação de forma individualizada –, conclui-se, quanto ao ónus de elaboração de resumos e descrições, que o seu cumprimento se impõe, parcialmente, nos termos decididos nos recursos interpostos nos ofícios de 08 de junho de 2016 (recursos A). Pelo que, nesta parte os recursos, ao renovarem a questão, renovação essa motivada pela reiteração da decisão pela AdC, são improcedentes.

Já no que respeita ao facto do cumprimento desse ónus ter sido sujeito, pelos ofícios de 22 de setembro de 2016, a um prazo de quinze dias úteis, os recursos são procedentes, uma vez que o cumprimento destes ónus, por força da decisão relativa aos recursos (A), fica sujeito aos termos e prazo (inicial de quarenta dias úteis) resultante da decisão dos mesmos.

Relativamente ao cumprimento individualizado do ónus de fundamentação (e não por categorias genéricas), a decisão da AdC não produz efeitos processuais concretos, pelo que as divergências dos recorrentes devem ser expostas se e quando a AdC formular a decisão final relativa à confidencialidade.

*

Recurso (C) relativo ao desentranhamento de documentos:

Os factos relevantes são os seguintes:

- O Recorrente apresentou no juízo 7.º do TIC, em 31 de março de 2016, o requerimento cuja cópia se mostra junta a fls. 670 a 672, cuja cópia aqui se dá por integralmente reproduzida (considerando o lapso de escrita identificado pelo recorrente na nota de rodapé da motivação do recurso n.º 2), no qual requereu o seguinte: *“Consequentemente, importa considerar neste âmbito que a necessidade de tutela*



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 194/16.3YUSTR

reforçada da confidencialidade da relação do BST com os seus advogados (diretamente ou através das associações de que faz parte, coberta por sigilo profissional), bem como da relação entre o BST e os seus clientes (protegida pelo sigilo bancário) e da reserva de intimidade dos colaboradores do BST (tutelada pelas normas de proteção de dados pessoais), terá de determinar a exclusão por parte do TIC do processo da AdC de toda a documentação com esta configuração, sob pena de violação do Artigo 78º, n.º 1 do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras e do Artigo 20º, n.º 8, da Lei da Concorrência, dos Artigos 6º, 8º, n.º 2, 17º, n.º 1, da Lei n.º 67/98, de 26 de outubro, e do n.º 1 do Artigo 124º do Código de Processo Penal, aplicável ex vi n.º 1 do Artigo 41º do Regime Geral das Contraordenações e n.º 1 do Artigo 13º da Lei da Concorrência”.

- Em 6 de junho de 2016, o Recorrente foi notificado do Despacho do 7.º Juízo do TIC, relativo ao processo n.º PRC 8/2015, cuja cópia consta a fls. 747 a 768 cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

- Em 18 de abril de 2016, o recorrente requereu à AdC que excluísse do processo contraordenacional n.º PCR/2015/8 os documentos, apreendidos na sequência das diligências de busca *supra* referidas, sujeitos a sigilo profissional, bem como os documentos pessoais abrangidos sem qualquer relevância para o objeto do processo, conforme cópia de fls. 541 a 543, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

- A AdC analisou este requerimento e respondeu ao mesmo por ofício de 07 de julho de 2016 (decisão impugnada), cuja cópia consta a fls. 630 a 637, tendo indeferido o pedido de desentranhamento, fazendo constar na decisão, entre o mais, o seguinte: “*não cabe à AdC decidir sobre a exclusão e destruição de documentos que o TIC de Lisboa considerou que devem constar do processo, não sendo, igualmente, possível o respetivo desentranhamento, ainda que os mesmos estejam alegadamente cobertos pela reserva de intimidade da vida privada, assim se devendo concluir pela improcedência do requerido*”.

Insurge-se o recorrente contra este ofício.

Considera o recorrente que tais documentos devem ser desentranhados 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 194/16.3YUSTR

por duas razões: (i) em primeiro lugar, porque não podem ser admitidos como meios de prova, uma vez que uns violam a reserva da vida privada, outros o segredo profissional de advogado e outros o segredo bancário; (ii) em segundo lugar, porque são irrelevantes.

Mais invoca as seguintes questões de inconstitucionalidade:

(i) interpretar, o Artigo 20.º da Lei da Concorrência (ou qualquer outra disposição deste enquadramento normativo) no sentido de permitir a apreensão e integração nos autos da AdC de documentação pessoal sem qualquer relevância para o objeto do processo, ou pelo menos no sentido de impedir a AdC de proceder ao desentranhamento desta informação do processo de práticas restritivas em causa, é inconstitucional por desconformidade com os Artigos 26.º, n.º 1, 34.º e 35.º da CRP;

(ii) interpretar, o Artigo 20.º da Lei da Concorrência no sentido de permitir a apreensão e integração no processo de informação sujeita a sigilo profissional de advogado, ou pelo menos no sentido de impedir a AdC de proceder ao desentranhamento desta informação do processo de práticas restritivas em causa, é inconstitucional por desconformidade com os Artigos 2.º, 20.º, 32.º e 208.º da CRP;

(iii) interpretar, o Artigo 20.º da Lei da Concorrência (ou qualquer outra disposição deste enquadramento normativo) no sentido de permitir a apreensão e integração no processo de informação sem qualquer relevância para o objeto do processo, em particular informação relativa à organização interna da empresa, sobrecarregando o processo com centenas de documentos inúteis, ou pelo menos a interpretação no sentido de impedir a AdC de proceder ao desentranhamento desta informação do processo de práticas restritivas em causa, é inconstitucional por infração aos Artigos 32.º e 34.º da CRP.

Vejamos.

Considera-se que não assiste razão ao recorrente.

Assim, em primeiro lugar, apreciada a questão na perspetiva da alegada ilegalidade dos documentos em causa, impõe-se referir que os documentos foram incorporados no processo no âmbito de diligências de busca e apreensão presididas por juiz de instrução, nos termos do artigo 20º, nºs 6 a 8, do NRJC.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

Isto significa que a sua apreensão teve subjacente um juízo de legalidade quanto aos documentos apreendidos. É certo que este juízo de legalidade pode ser revisitado e não transforma provas proibidas em provas admissíveis. Contudo, na fase de inquérito do processo de contraordenação, a competência para a revisão desse juízo é do juiz de instrução, conforme resulta da conjugação do artigo 20º, n.º 6, com o artigo 178º, n.º 6, do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente por força do artigo 13º, n.º 1, do NRJC e 41º, n.º 1, do RGCO.

Se o recorrente não se conforma com os fundamentos da decisão do juiz de instrução, deve recorrer. O que não pode é fazer uso de outra jurisdição para alcançar o que não conseguiu na jurisdição própria.

Em segundo lugar, apreciada a questão na perspetiva da alegada irrelevância dos meios de prova, impõe-se começar por referir que a incorporação dos documentos no processo teve subjacente um juízo indiciário de relevância probatória também por parte do juiz de instrução. Igualmente este juízo pode e deve ser revisitado, pelo menos, para efeitos de prolação da decisão final do inquérito, mas desta feita pela própria AdC, a quem compete formular um juízo definitivo.

Nesta medida e contrariamente àquilo que parece decorrer da fundamentação da decisão impugnada, os documentos em causa poderão ser desentranhados pela AdC com fundamento na sua irrelevância. Simplesmente e em coerência com aquilo que se afirmou na fundamentação dos recursos que versaram sobre a exigência de resumos (A), caso a AdC assim pretenda proceder, expurgando do processo o que considera não ser necessário, previamente deve assegurar o exercício do direito de defesa dos demais visados em controlarem o juízo de relevância probatória efetuado por si, designadamente notificando-os para se pronunciarem sobre o desentranhamento. E se porventura os documentos em causa estiverem incluídos em alguma esfera de segredo, merecedora de tutela em termos de restrições de acesso ao processo, nada obsta a que seja aplicado, para o efeito, um regime similar e por identidade de razões àquele que a lei reserva para os segredos de negócio.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

2005-345/Santarém

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

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

Esclarecido este ponto da fundamentação da decisão impugnada, ainda assim também não assiste razão ao recorrente no plano da alegada irrelevância dos documentos, porquanto se considera que até à decisão final do inquérito, por via da qual se estabiliza o objeto do processo, não há fundamento legal para se forçar a AdC a emitir um juízo antecipado de relevância probatória em relação a determinados documentos apreendidos.

Efetivamente, está dentro do âmbito dos seus poderes de direção do inquérito, previstos no artigo 17º, n.º 2, do NRJC, a organização da sua atividade de investigação, à semelhança do Ministério Público no processo-crime (cfr. artigo 267º, do Código de Processo Penal), podendo-se afirmar a propósito da AdC o mesmo que vale para aquele, ou seja, que “só a [ela] compete decidir quais os actos que entende levar a cabo para realizar as finalidades do inquérito”¹², o que inclui a definição do momento para proceder à formulação de um juízo acabado sobre a relevância dos meios de prova colhidos.

O artigo 186º, n.º 1, do CPP, aplicável *ex vi* artigos 41º, n.º 1, do RGCO, e 13º, n.º 1, do NRJC, não afasta estas asserções. Efetivamente, a conjugação do preceito com o referido poder de direção implica que o mesmo seja interpretado não no sentido de obrigar a autoridade que exerce esse poder a formular o referido juízo de cada vez que é junto ou apreendido um qualquer documento ou objeto ou assim que é requerido o seu desentranhamento, mas a determinar a restituição após esse juízo tiver sido alcançado.

Mesmo que assim se não entenda e que se considere adicionalmente que este Tribunal, devido ao generoso regime de impugnação das decisões interlocutórias da AdC, pudesse, ao arrepio da solução que vigora inclusive no processo crime, controlar a atividade de direção do inquérito da AdC, é evidente que os autos se encontram numa fase muito precoce. Seria incontornavelmente imprudente a formulação de qualquer juízo acabado de relevância probatória de documentos apreendidos antes da estabilização do objeto do processo.

O recurso formulado pelo BST é, assim, improcedente, sendo de referir, quanto às questões de inconstitucionalidade que as interpretações sufragadas das normas legais

¹² Germano Marques da Silva, Curso de Processo Penal, Editorial Verbo, 2000, p. 80.



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 194/16.3YUSTR

aplicáveis não violam os preceitos constitucionais invocados.

Efetivamente, não está em causa negar a possibilidade de documentos suscetíveis de ofender a reserva da vida privada, o segredo profissional de advogado e o segredo bancário de serem desentranhados do processo, caso se verifique alguma proibição de prova, ou caso se venha a considerar que não são relevantes para a decisão da causa. Trata-se na verdade, por um lado, de uma questão de competência para a decisão, o que afasta, desde logo e por prejudicialidade, as questões de inconstitucionalidade respetivas e, por outro lado, de uma questão de definição temporal quanto ao momento próprio para aferir da relevância probatória dos documentos.

Quanto a esta segunda questão, acrescenta-se adicionalmente que a atribuição à AdC de um poder de direção livre do inquérito, definindo o momento para proceder à formulação de um juízo definitivo sobre a relevância dos meios de prova admitidos, mesmo que ofendesse qualquer um dos direitos fundamentais invocados pelo recorrente, seria uma restrição imposta por lei geral e abstrata, sem efeitos retroativos e proporcional, porque adequada a cumprir as finalidades que a AdC prossegue, necessária dada a necessidade de apreciação conjunta de todos os meios de prova apreendidos e relevantes e não excessiva, face aos interesses em confronto.

Dispositivo

Em face de todo o exposto:

- A) Quanto aos recursos que versam sobre a exigência de apresentação de “resumos” da informação confidencial determinada inicialmente pela AdC:**
- a. Julgo parcialmente procedente o recurso I, instaurado pelo BANCO SANTANDER TOTTA, S.A. em 29.06.2016, de fls. 18 a 70 e que versa sobre o ofício datado de 8 de junho de 2016 e rececionado em 14 de**



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 194/16.3YUSTR

junho de 2016, conforme cópia de fls. 72 a 78, revogando-se em parte a decisão da AdC expressa nesse ofício no sentido do “resumo” a que alude o ponto 7), alínea c), se aplicar apenas aos documentos totalmente confidenciais, e eliminando-se a ressalva final contida no ponto 8), alínea a), com o teor “sem prejuízo da informação inserida quando do preenchimento da coluna M da tabela”, iniciando-se o prazo de quarenta dias úteis aí fixado, para efeitos de cumprimentos dos referidos pontos 7), alínea c), e 8), alínea a) e da alínea b), do ponto 8), após nova notificação da AdC para o efeito, com a advertência de que o seu não cumprimento implicará, nos termos do artigo 30º, n.º 4, do NRJC, a classificação do documento como não confidencial, e que deverá ser efetuada após o trânsito em julgado da presente decisão ou, caso seja interposto recurso e lhe seja atribuído efeito meramente devolutivo, com o trânsito em julgado do despacho que fixou o efeito ao recurso;

- b. Julgo parcialmente procedente o recurso II apresentado pelo BANCO SANTANDER CONSUMER, S.A., em 29.06.2016 (que deu origem ao presente processo n.º 194/16.3YUSTR) e que versa sobre o ofício datado de 8 de junho de 2016 e rececionado em 14 de junho de 2016, conforme cópia de fls. 275 a 281, revogando-se em parte a decisão da AdC expressa nesse ofício no sentido do “resumo” a que alude o ponto 7), alínea c), se aplicar apenas aos documentos totalmente confidenciais, e eliminando-se a ressalva final contida no ponto 8), alínea a), com o teor “sem prejuízo da informação inserida quando do preenchimento da coluna M da tabela”, iniciando-se o prazo de quarenta dias úteis aí fixado, para efeitos de cumprimentos dos



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.superviso@tribunais.org.pt

Proc.Nº 194/16.3YUSTR

referidos pontos 7), alínea c), e 8), alínea a) e da alínea b), do ponto 8), após nova notificação da AdC para o efeito, com a advertência de que o seu não cumprimento implicará, nos termos do artigo 30º, n.º 4, do NRJC, a classificação do documento como não confidencial, e que deverá ser efetuada após o trânsito em julgado da presente decisão ou, caso seja interposto recurso e lhe seja atribuído efeito meramente devolutivo, com o trânsito em julgado do despacho que fixou o efeito ao recurso;

- c. Julgo parcialmente procedente o recurso III apresentado pelo BANCO COMERCIAL PORTUGUÊS, S.A., em 04.08.2016 (originariamente autuado com o nº de processo 255/16.9YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 08 de junho de 2016, cuja cópia consta a fls. 1000 a 1001, e sobre o ofício datado de 07 de julho de 2016, cuja cópia consta a fls. 1005 e verso, revogando-se em parte a decisão da AdC expressa no ofício de 08 de junho de 2016 no sentido do “resumo” a que alude o ponto 7), alínea c), se aplicar apenas aos documentos totalmente confidenciais, e eliminando-se a ressalva final contida no ponto 8), alínea a), com o teor “sem prejuízo da informação inserida quando do preenchimento da coluna M da tabela”, iniciando-se o prazo de quarenta dias úteis aí fixado, para efeitos de cumprimentos dos referidos pontos 7), alínea c), e 8), alínea a) e da alínea b), do ponto 8), após nova notificação da AdC para o efeito, com a advertência de que o seu não cumprimento implicará, nos termos do artigo 30º, n.º 4, do NRJC, a classificação do documento como não confidencial, e que deverá ser efetuada após o trânsito em julgado da presente decisão ou, caso seja interposto



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 194/16.3YUSTR

recurso e lhe seja atribuído efeito meramente devolutivo, com o trânsito em julgado do despacho que fixou o efeito ao recurso.

B) Recursos referentes à fixação de prazo adicional para a fundamentação dos pedidos de confidencialidade e que incluem:

- a. Julgo parcialmente procedente o recurso IV apresentado pelo BANCO SANTANDER TOTTA, S.A., em 11.10.2016, de fls. 1306 a 1371 (originariamente autuado com o n.º de processo 318/16.0YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 22 de setembro de 2016, cuja cópia consta a fls. 1299 a 1301, revogando-se a decisão da AdC expressa no mesmo na parte em que da mesma resulta a fixação de um prazo de quinze dias úteis para o recorrente cumprir o teor dos pontos 7), alínea c) e 8), alíneas a) e b), do ofício de 08 de junho de 2016, cujo cumprimento fica sujeito aos termos e prazos determinados em A);
- b. Julgo parcialmente procedente o recurso V apresentado pelo BANCO SANTANDER CONSUMER, em 11.10.2016, de fls. 1678 a 1749 (originariamente autuado com o n.º de processo 318/16.0YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 22 de setembro de 2016, cuja cópia consta a fls. 1296 a 1298, revogando-se a decisão da AdC expressa no mesmo na parte em que da mesma resulta a fixação de um prazo de quinze dias úteis para o recorrente cumprir o teor dos pontos 7), alínea c) e 8), alíneas a) e b), do ofício de 08 de junho de 2016, cujo cumprimento fica sujeito aos termos e prazos determinados em A);
- c. Julgo parcialmente procedente o recurso VI apresentado pelo BANCO COMERCIAL PORTUGUÊS, em 17.10.2016, de fls. 2014 a 2045,



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 194/16.3YUSTR

(originariamente autuado com o n.º de processo 333/16.4YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 22 de setembro de 2016, cuja cópia consta a fls. 2010 a 2013, revogando-se a decisão da AdC expressa no mesmo na parte em que da mesma resulta a fixação de um prazo de quinze dias úteis para o recorrente cumprir o teor dos pontos 7), alínea c) e 8), alíneas a) e b), do ofício de 08 de junho de 2016, cujo cumprimento fica sujeito aos termos e prazos determinados em A).

- C) Julgo totalmente improcedente o recurso relativo ao desentranhamento de documentos, instaurado pelo BANCO SANTANDER TOTTA, datado de 21.07.2016, de fls. 570 a 628 (originariamente autuado com o n.º de processo 228/16.1YUSTR e incorporado nos presentes autos), que versa sobre o ofício datado de 07 de julho de 2016, cuja cópia consta a fls. 630 a 637 dos autos.

Custas

Não obstante os recursos terem sido tramitados no mesmo processo, consubstanciam recurso autónomos, pelo que cada um será tributado em taxa de justiça, nos termos do artigo 93º, n.º 3, do RGCO.

Assim, condena-se os recorrentes em taxa de justiça, que: em relação ao recorrente BST se fixa em três unidades de conta para cada um dos primeiros recursos analisados e três e meia unidades de conta para o terceiro, somando o total de nove e meia unidades de conta; (ii) em relação ao BSC se fixa em três unidades de conta para cada um dos recursos analisados, somando o total de seis unidades de conta; (iii) e em relação ao BCP se fixa em três unidades de conta.



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 194/16.3YUSTR

Este Tribunal celebrou com o Instituto de Direito Económico, Financeiro e Fiscal (IDEFF) e o Instituto Europeu (IE), da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, e bem assim com o Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE), com sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, dois protocolos tendo em vista o acesso, pelos referidos Institutos, às decisões proferidas, por este Tribunal, no âmbito do direito da concorrência.

Com o propósito de facultar cópia da decisão proferida nos autos no âmbito dos referidos protocolos, convido os sujeitos processuais intervenientes a, querendo e no prazo de cinco dias, pronunciarem-se.

Deposite, notifique e comunique.

11.01.2017