

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



Certificação CITIUS:
Elaborado em: 06-02-2017

 **AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA**



E-AdC/2017/752
08/02/2017

200460-11324070



R J 7 9 4 3 0 2 1 1 7 P T

337/16.7YUSTR

Exma. Senhora

Avenida de Berna, N.º 19
1050-037 Lisboa

Processo: 337/16.7YUSTR	Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas	Referência: 166110 Data: 07-02-2017
Recorrido: Autoridade da Concorrência		
Recorrente: Edp Energias de Portugal Sa e outro(s)...		

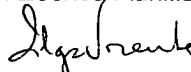
Notificação por via postal registada

Assunto: Sentença

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

De todo o conteúdo da sentença, Ref^a 160666, proferida a fls. 732/766 dos autos acima indicados, cuja cópia se junta.

A Escrivã Auxiliar,


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 337/16.7YUSTR

160666

CONCLUSÃO - 10-01-2017

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Carolina Barreiro)

=CLS=

I. Relatório

Vieram EDP – ENERGIAS de PORTUGAL, SA, e EDP COMERCIAL – COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIAS, SA apresentar recurso de impugnação da decisão administrativa proferida pela AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA, em 21.09.2016, que indeferiu a consulta de documentos classificados como confidenciais e indicados na nota de ilicitude contra elas deduzida, com fundamento em que as Recorrentes tiveram acesso, através de consulta presencial realizada nas instalações da AdC e, 19 de Agosto, a todos os elementos de prova que, não obstante serem confidencias foram referidos e utilizados na nota de ilicitude enquanto suporte probatório da imputação dos factos às Visadas, nos termo do nº3 do artigo 31º e nº4 do artigo 33 da DC (Lei de 19/2012 de 08 de Maio).

As sociedades visadas, inconformadas, impugnaram judicialmente tal decisão administrativa, arguindo as seguintes conclusões, que se transcrevem:

- o O presente Recurso vem interposto da Decisão da AdC que, em resposta ao requerimento das Visadas de 12.09.2016, lhes negou acesso a um conjunto de elementos alegadamente confidenciais que eram expressamente indicados na Nota de Ilicitude deduzida.



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 337/16.7YUSTR

- Tal Decisão da AdC é ilegal por violar o disposto nos artigos 31.º, n.º 3, e 33.º, n.º 4, da LdC, bem como por, em consequência, ter impedido o exercício cabal do direito de defesa das Visadas, em desrespeito do disposto nos artigos 25.º da LdC e 50.º do RGCO, aplicável ex vi artigo 13.º, n.º 1, da LdC, e ainda no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa.

- É evidente o desenho legal determinado pelo legislador: não se opõe à utilização de elementos confidenciais para fundamentar determinada imputação, mas impõe que essa utilização não prejudique, de forma alguma, o direito de defesa por visado em processo contraordenacional.

- Ora, em primeiro lugar, a AdC alega que os elementos cuja consulta, nos termos do artigo 33.º, n.º 4, da LdC foi solicitada pelas Visadas, não foram utilizados para prova da imputação dos factos.

- Porém, da Nota de Ilícitude não consta uma lista dos elementos probatórios que a sustentam, ao contrário do determinado pelo disposto no artigo 283.º, n.º 3, alínea f), do Código de Processo Penal, aqui aplicável ex vi artigo 41.º do RGCO e 13.º da LdC. Ao invés, o que a AdC faz, ao longo de toda a Nota de Ilícitude, é indicar, após cada facto alegado, os elementos probatórios que o sustentam.

- Tal metodologia, obviamente, contraria a alegação de que os elementos em causa não foram utilizados para prova da imputação dos factos. Aliás, não existe sequer qualquer diferença entre este tipo de referência para elementos que, na sua Decisão, a AdC admite serem utilizados como elementos de prova, da referência feita a elementos que, agora, a AdC alega não terem sido utilizados.

- Acresce que, um dos elementos que a AdC alega não ter sido utilizado como suporte da imputação das infrações corresponde às próprias denúncias efetuadas contra as Visadas, o que é incompreensível.

- É, portanto, e desde logo, ilegal a Decisão da AdC que, não obstante 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 337/16.7YUSTR

requerimento apresentado para o efeito, impediu as Visadas de, dentro dos trâmites legais previstos no artigo 33.º, n.º 4, da LdC, consultar os elementos de prova expressamente mencionados na Nota de Ilícitude. Decisão essa que, para além do mais, impediu também o exercício pleno do direito de defesa das Visadas, previsto nos artigos 25.º da LdC e 50.º do RGCO, aplicável ex vi artigo 13.º, n.º 1, da LdC.

- Sendo certo que o direito de defesa em sede contraordenacional está expressamente previsto no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição da República Portuguesa, que sai violado (como o saem os artigos 20.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Lei Fundamental e ainda o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem) se as normas acima mencionadas forem aplicadas no sentido de que é possível vedar o acesso de um visado por processo contraordenacional (inclusive na figura dos seus advogados ou assessores económicos externos) aos documentos, ainda que confidenciais, que são indicados como sustentáculo dos factos constantes de uma Nota de Ilícitude. Inconstitucionalidade essa que, desde já, se invoca para todos os efeitos legais.

- Em segundo lugar, a AdC tenta justificar a Decisão de vedar o acesso aos documentos solicitados pelas Visadas, dividindo-os em 4 (quatro) grupos:

- O primeiro grupo diz respeito às denúncias efetuadas que, para além de serem expressamente indicadas logo no § 1 da Nota de Ilícitude, são naturalmente essenciais para o exercício do direito de defesa das Visadas, que não podem ser impedidas de saber o que lhe foi primeiramente imputado, nem por quem, nem por quê.

- Acresce que, convém não esquecer, tendo as denúncias, muito provavelmente, sido apresentadas por consumidores individuais, jamais lhes poderia ser aplicado o regime dos segredos de negócios (desconhecendo-se, até ao presente momento, qual o fundamento utilizado pela AdC para recorrer ao regime da confidencialidade).

- Assim, ao impedir o acesso a este grupo de elementos, a AdC violou 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 337/16.7YUSTR

disposto nos artigos 31.º, n.º 3, 33.º, n.º 4, da LdC, bem como o direito de defesa das Visadas, previsto nos artigos 25.º da LdC e 50.º do RGCO, aplicável ex vi artigo 13.º, n.º 1, da LdC.

- As mencionadas normas, interpretadas no sentido de que pode ser vedado o acesso ao visado por processo contraordenacional a documentos classificados como confidenciais por outro motivo que não segredo de negócio, nomeadamente quando em causa estejam denúncias que estiveram na origem do processo contraordenacional em causa, são materialmente inconstitucionais por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 10, 20.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, violando ainda o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o que se deixa invocado.

- O segundo grupo inclui um conjunto de documentos (i) que a AdC alega não ter sido “utilizado enquanto suporte probatório da imputação da prática às Visadas”, (ii) que alega ter, ainda assim, sido consultado, na sua versão não confidencial, pelas Visadas, e (iii) que, por referência aos documentos de fls. 837 a 841, alega ter disponibilizado os valores das quotas de mercado fornecidas pela Visada MCH.

- Tais documentos foram expressamente indicados pela AdC na sua Nota de Ilícitude como fundamento de factos ali alegados. Acresce que tais documentos incluem, entre o mais, atas dos órgãos de administração e direção de sociedades pertencentes ao Grupo Sonae e respeitantes ao Plano EDP Continente, o que, atento o teor e âmbito da Nota de Ilícitude, demonstra a sua relevância, nomeadamente no que respeita à perceção da posição das empresas do Grupo Sonae em relação ao acordo celebrado (matéria que, naturalmente, foi tida em consideração na imputação efetuada às Visadas).

- Nesta parte, a Decisão recorrida viola o disposto nos artigos 31.º, n.º 3, 33.º, n.º 4, da LdC, bem como o direito de defesa das Visadas, previsto nos artigos 25.º da LdC e 50.º do RGCO, aplicável ex vi artigo 13.º, n.º 1, da LdC.



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 337/16.7YUSTR

- As normas agora em causa, interpretadas no sentido de que pode ser vedado o acesso dos visados aos documentos nos quais são expressas as decisões dos órgãos de administração e direção de empresas visadas por processo contraordenacional em que, entre o mais, se discutem aspetos relacionados especificamente com o objeto da acusação, redundam em normas materialmente inconstitucionais por violação dos artigos 32.º, n.º 10, 20.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, violando ainda o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o que se invoca.

- No que respeita aos terceiro e quarto grupos, a AdC alega que as Visadas tiveram acesso às versão não confidenciais, bem como acesso, nos termos do artigo 33.º, n.º 4, da LdC, ao conteúdo confidencial destes elementos utilizado enquanto suporte probatório da imputação da prática às Visadas.

- A argumentação da AdC não colhe: à uma, porque o acesso às versões não confidenciais, como se disse já, não permite o verdadeiro exercício do direito de defesa dos visados por processo contraordenacional, o que, aliás, levou à previsão das normas constantes dos artigos 31.º, n.º 3, e 33.º, n.º 4, da LdC; à outra, porque é absolutamente falso que as Visadas tenham tido acesso a tais documentos ao abrigo do artigo 33.º, n.º 4, da LdC, pois que apenas foi concedido às Visadas que consultassem as passagens — incompletas e truncadas — de tais documentos que, expressamente, foram repetidas em factos na Nota de Ilícitude.

- O artigo 33.º, n.º 4, fala expressamente de documentos e não de partes de documentos ou, muito menos, de pequenas passagens retiradas do seu conteúdo por livre arbítrio da autoridade que conduz a investigação, deduz acusação e profere decisão final. Aliás, note-se que, por exemplo, por referência ao documento de fls. 310 e 320 (absolutamente fulcral na lógica da Nota de Ilícitude, por dizer respeito à organização do Grupo Sonae, e aos seus eventuais interesses pelo mercado da energia elétrica), a 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 337/16.7YUSTR

apenas permitiu às Visadas que acesse a um simples parágrafo, quando o mesmo é composto por 11 (onze) páginas e 12 (doze) anexos [dos quais 9 (nove) confidenciais].

- A AdC impediu, assim, que as Visadas acessem à totalidade dos documentos em causa, que os apreendessem, que percebessem a razão de ser das passagens utilizadas pela AdC, que aferissem se, por exemplo, as mesmas tinham um contexto próprio que, porventura até, apontasse em sentido diferente do alegado pela AdC, etc.

- Sendo certo que é incompreensível que a AdC defenda que os elementos constantes daquela resposta não fundamentam a imputação efetuada. Aliás, se assim for, os mesmos têm necessariamente de infirmar o que a AdC alega na sua Nota de Ilícitude, servindo, então de documentos exculpatórios, aos quais a AdC também não pode negar o acesso às Visadas.

- Temos, assim, também por certo que a simples rejeição de acesso a estes documentos viola o disposto nos artigos 31.º, n.º 3, e 33.º, n.º 4, da LdC, o que não pode deixar de ser reconhecido por este Tribunal, implicando, ainda, uma restrição inadmissível ao direito de defesa das Visadas previsto expressamente nos artigos 25.º da LdC e 50.º do RGCO, aplicável ex vi artigo 13.º, n.º 1, da LdC.

- As normas agora citadas, interpretadas no sentido de ser possível limitar o acesso à totalidade do conteúdo dos documentos confidenciais utilizados assumidamente como meio de prova das imputações efetuadas a visados por processo contraordenacional, optando-se ao invés, por apenas facultar o acesso às passagens escolhidas pela autoridade que dirige o processo, redundam em normas materialmente inconstitucionais por violação dos artigos 32.º, n.º 10, 20.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, bem como violam o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, o que se argui desde já.



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 337/16.7YUSTR

- Da mesma forma, aquelas normas, interpretadas no sentido de negar aos visados por processo contraordenacional o acesso a informação confidencial que poderá ser essencial para a sua estratégia de defesa, nomeadamente quando se refira a matéria expressamente imputada na Nota de Ilícitude, redundam também em normas materialmente inconstitucionais por violação dos artigos 32.º, n.º 10, 20.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

- Em terceiro lugar, não pode colher o argumento da AdC de que as Visadas não justificaram a necessidade de acesso àqueles documentos para o exercício do seu direito de defesa.

- E não pode por duas ordens de razão: por um lado, porque as Visadas justificaram que o acesso àqueles documentos se revelou necessário por os mesmos constarem expressamente da Nota de Ilícitude como fundamento dos factos alegados; por outro lado, porque, para além desta análise objetiva, se torna especialmente difícil, sem aceder aos mesmos e sem conhecer o seu conteúdo, fundamentar detalhadamente a sua relevância (o que, aliás, nem sequer é exigido pelo artigo 33.º, n.º 4, da LdC).

- Ao exigir tal fundamentação, a AdC violou os artigos 31.º, n.º 3, e 33.º, n.º 4, da LdC, bem como o direito de defesa das Visadas consagrado nos artigos 25.º da LdC e 50.º do RGCO, aplicável ex vi artigo 13.º, n.º 1, da LdC.

- De todo o modo, e tomando como exemplo, uma vez mais, os documentos de fls. 310 a 320, sempre é de notar que a sua relevância resulta de terem sido solicitados pela própria AdC com os fundamentos de fls. 181 a 184 e de, até ao presente momento, não terem sido devolvidos ao seu remetente (como aconteceu com outros elementos que chegaram a constar dos autos).

- Aliás, a Comissão Europeia, na sua Comunicação (2005/C 325/07) relativa às



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc.Nº 337/16.7YUSTR

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 (cf. JO C 325, de 22.12.2005, p. 7 e seguintes) reconhece que numa investigação de concorrência, o processo é composto por todos os documentos que foram obtidos, elaborados e/ou recolhidos durante a investigação e que, não tendo sido considerados irrelevantes para o processo em questão, não foram devolvidos à empresa junto da qual foram obtidos, deixando de fazer parte do processo.

- Neste contexto, as normas indicadas supra, interpretadas no sentido de que cabe ao visado, que desconhece o conteúdo confidencial de determinados documentos juntos a processo contraordenacional contra ele movido, justificar a necessidade de acesso aos mesmos para o cabal exercício do seu direito de defesa, sob pena de a eles não poder aceder, redundam em normas materialmente inconstitucionais por violação do disposto nos artigos 32.º, n.º 10, 20.º, n.º 4, e 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, violando ainda o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos de Homem, o que desde já se invoca.

A Autoridade da Concorrência apresentou as suas alegações, nas quais reitera os fundamentos já aduzidos e termina impetrando pela manutenção da decisão administrativa, nos seguintes termos:

- As Recorrentes pedem a revogação da decisão interlocutória da AdC de 21 de setembro de 2016, por violação do direito de defesa, na medida em que se indeferiu o acesso a um conjunto de informações que integram o processo contraordenacional e que estão classificadas como confidenciais e que não foram usadas como meio de prova da infração.



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 337/16.7YUSTR

• As Recorrentes pretendem aceder a toda a informação – confidencial ou não – constante de documentação que tenha sido referenciada na NI adotada pela AdC, independentemente de a mesma ter sido utilizada pela AdC como meio de prova para a demonstração de uma infração às normas do direito da concorrência.

• A lei prevê expressamente que, sem prejuízo dos segredos de negócio que importe proteger, a AdC pode usar informação confidencial como meio de prova (cf. n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012) e que, para o exercício dos direitos de defesa, as visadas podem aceder a esta mesma informação confidencial usada como meio de prova (cf. n.º 4 do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012).

• Em cumprimento das normas aplicadas, as Recorrentes tiveram acesso (através de consulta) a todos os documentos classificados como confidenciais e usados como meio de prova da infração (cf. n.º 4 do artigo 33.º);

• As Recorrentes tiveram acesso (através de cópia) às versões não confidenciais de todos os documentos confidenciais; e, finalmente,

• As Recorrentes tiveram acesso (através de cópia) a todos os documentos não confidenciais.

• Os elementos a que as Recorrentes alegam não ter tido acesso são elementos internos e confidenciais da denunciante, dos seus concorrentes e das co-visadas, assim classificados ao abrigo da alínea c) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 15.º, dos n.ºs 2 e 3 do artigo 30.º, que



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

2005-345 Santarém

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

Proc.º 337/16.7YUSTR

cumprir à AdC salvaguardar ao abrigo do n.º 1 do artigo 30.º e n.º 1 do artigo 32.º, todos da Lei n.º 19/2012.

• O indeferimento do pedido de acesso ao processo apresentado pelas Recorrentes respeitou apenas ao acesso aos documentos classificados como confidenciais que não foram utilizados na NI como prova da imputação da infração às regras da concorrência.

• Por fim, não pode esta Autoridade deixar de fazer referência à Sentença de 28 de setembro de 2015 do TCRS, que precisamente quanto a esta mesma matéria entendeu ser *“inegável aceitar a argumentação da Autoridade da Concorrência no sentido de indeferir o pedido de acesso genérico e integral das visadas à documentação confidencial não utilizada como meio de prova – e que por isso não se encontra abrangida pela exigência plasmada no artigo 33.º, n.º 4 do Regime Jurídico da Concorrência – sem que seja identificado com rigor os documentos que entendem poder ser relevantes para a sua defesa”, e, “só depois, e concorda-se, a Autoridade da Concorrência poderá decidir de forma crítica sobre a oportunidade de acesso à documentação e necessariamente mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio, porquanto é esta a visão que se afigura obediente às consabidas coordenadas constitucionais que presidem ao processo de tomada de decisão, preservação dos segredos de negócio e garantia dos direitos de defesa”*. (destaque da responsabilidade da AdC).

• As Recorrentes pedem a revogação da decisão interlocutória da AdC de 21 de setembro de 2016, por violação do direito de defesa, na medida em que se indeferiu o acesso



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 337/16.7YUSTR

a um conjunto de informações que integram o processo contraordenacional e que estão classificadas como confidenciais e que não foram usadas como meio de prova da infração.

- As Recorrentes pretendem aceder a toda a informação – confidencial ou não – constante de documentação que tenha sido referenciada na NI adotada pela AdC, independentemente de a mesma ter sido utilizada pela AdC como meio de prova para a demonstração de uma infração às normas do direito da concorrência.

- A lei prevê expressamente que, sem prejuízo dos segredos de negócio que importe proteger, a AdC pode usar informação confidencial como meio de prova (cf. n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012) e que, para o exercício dos direitos de defesa, as visadas podem aceder a esta mesma informação confidencial usada como meio de prova (cf. n.º 4 do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012).

- Em cumprimento das normas aplicadas, as Recorrentes tiveram acesso (através de consulta) a todos os documentos classificados como confidenciais e usados como meio de prova da infração (cf. n.º 4 do artigo 33.º);

- As Recorrentes tiveram acesso (através de cópia) às versões não confidenciais de todos os documentos confidenciais; e, finalmente,

- As Recorrentes tiveram acesso (através de cópia) a todos os documentos não confidenciais.

- Os elementos a que as Recorrentes alegam não ter tido acesso são elementos internos e confidenciais da denunciante, dos seus concorrentes e das co-visadas, assim classificados



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 337/16.7YUSTR

ao abrigo da alínea c) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 15.º, dos n.os 2 e 3 do artigo 30.º, que cumpre à AdC salvaguardar ao abrigo do n.º 1 do artigo 30.º e n.º 1 do artigo 32.º, todos da Lei n.º 19/2012.

- O indeferimento do pedido de acesso ao processo apresentado pelas Recorrentes respeitou apenas ao acesso aos documentos classificados como confidenciais que não foram utilizados na NI como prova da imputação da infração às regras da concorrência.

- Por fim, não pode esta Autoridade deixar de fazer referência à Sentença de 28 de setembro de 2015 do TCRS, que precisamente quanto a esta mesma matéria entendeu ser *“inegável aceitar a argumentação da Autoridade da Concorrência no sentido de indeferir o pedido de acesso genérico e integral das visadas à documentação confidencial não utilizada como meio de prova – e que por isso não se encontra abrangida pela exigência plasmada no artigo 33.º, n.º 4 do Regime Jurídico da Concorrência – sem que seja identificado com rigor os documentos que entendem poder ser relevantes para a sua defesa”, e, “só depois, e concorda-se, a Autoridade da Concorrência poderá decidir de forma crítica sobre a oportunidade de acesso à documentação e necessariamente mediante consulta prévia dos titulares do segredo de negócio, porquanto é esta a visão que se afigura obediente às consabidas coordenadas constitucionais que presidem ao processo de tomada de decisão, preservação dos segredos de negócio e garantia dos direitos de defesa”*. (destaque da responsabilidade da AdC).

- Da decisão da AdC, na parte que indeferiu, de forma fundamentada, o requerido pelas Visadas, ora Recorrentes, resulta o seguinte.



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 337/16.7YUSTR

o

Os

elementos constantes de fls. 6, 7, 8 e 10 do processo constituem apenas **notícia da infração**, tal como referido no ponto 1 da NI, cujo conteúdo, classificado como confidencial, **não foi utilizado enquanto suporte probatório da imputação da prática às Visadas**;

o

Os

elementos constantes de fls. 334-344, 356, 358, 491, 530, 798-799, 811, 1105-1107, 1122-1124, 1140, 1142, 1144, 1146, 1147, 1150-1151 e 1155-1156 do processo constituem a versão confidencial de respostas a pedidos de elementos enviados pela AdC no âmbito das diligências probatórias realizadas no processo, pormenorizadamente descritas nos pontos 15 a 32 da NI, cujo conteúdo **não foi utilizado enquanto suporte probatório da imputação da prática às Visadas**, tendo, não obstante, sido **disponibilizado às Visadas o acesso às respetivas versões não confidenciais**.

o

Os

elementos constantes de fls. 837-841 do processo, respeitantes os valores das quotas de mercado fornecidas pela Visada Modelo Continente Hipermercados, S.A., foram disponibilizados às Visadas em intervalos de valor de quota, além da versão não confidencial do documento (ponto 190 da NI);

o

Os

elementos constantes de fls. 159-162, 165-166, 310-320, 805-806 do processo constituem a versão confidencial de respostas a pedidos de elementos enviados pela AdC no âmbito das diligências probatórias realizadas no processo, pormenorizadamente descritas nos pontos 15



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 337/16.7YUSTR

a 32 da NI, e que contêm informação usada como meio de prova e informação não usada como meio de prova; neste caso foi disponibilizado às Visadas **o acesso às respetivas versões não confidenciais dos documentos (integrais), bem como o acesso, através de consulta realizada nos termos do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência, à parte confidencial destes elementos utilizada enquanto suporte probatório da imputação da prática às Visadas**, nos termos da deliberação adotada pelo conselho de administração da AdC, em 29 de julho de 2016 (pontos 205, 220, 223, 241, 244 e 256 da NI, constantes do capítulo II.3 relativo à descrição do comportamento das Visadas);

○ Os elementos constantes de **fls. 1164 e 1176** do processo constituem uma lista de informações qualificadas como confidenciais pela Visada Modelo Continente Hipermercados, S.A., anexa à deliberação adotada pelo conselho de administração da AdC, em 7 de julho de 2016, cujo conteúdo se repete na lista anexa à deliberação final adotada pelo conselho de administração da AdC, em 29 de julho de 2016, tal como resulta do texto da própria deliberação, a que as Visadas tiveram acesso, por ofício registado sob o n.º S-AdC/2016/1649, de 29 de julho de 2016, cabendo ainda referir que, não obstante, **as Visadas tiveram acesso, através de consulta realizada nos termos do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência, ao conteúdo de todas as informações constantes da referida lista.**

- Em suma, o recurso das Recorrentes só pode ser indeferido, porquanto:

○ Em cumprimento das normas aplicadas, as Recorrentes tiveram acesso (através de consulta) a todos os documentos classificados como confidenciais e usados como meio de prova da infração (cf. n.º 4 do artigo 33.º); as Recorrentes tiveram acesso (através de cópia)



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 337/16.7YUSTR

às versões não confidenciais de todos os documentos confidenciais e, finalmente, as Recorrentes tiveram acesso (através de cópia) a todos os documentos não confidenciais.

o Os elementos a que as Recorrentes alegam não ter tido acesso são elementos internos e confidenciais da denunciante, dos seus concorrentes e das co-visadas, assim classificados ao abrigo da alínea c) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 15.º, dos n.ºs 2 e 3 do artigo 30.º, que cumpre à AdC salvaguardar ao abrigo do n.º 1 do artigo 30.º e n.º 1 do artigo 32.º, todos da Lei n.º 19/2012.

o O indeferimento do pedido de acesso ao processo apresentado pelas Recorrentes respeitou apenas ao acesso aos documentos classificados como confidenciais que não foram utilizados na NI como prova da imputação da infração às regras da concorrência.

•

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

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



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 337/16.7YUSTR

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

•

O juiz deve resolver todas as questões que as partes tenham submetido à sua apreciação, exceptuadas aquelas cuja decisão esteja prejudicada pela solução dada a outras (cfr. art.º 608º/2 do nCPC, aqui aplicável execução vi art.ºs 4º, do CPP ex vi art.º 41º do Regime Geral das Contra-Ordenações, aprovado pelo DL 433/82 de 27.10).

Trata-se no presente recurso de apreciar a legalidade da deliberação de 21 de Setembro de 2016, da AdC que indeferiu o acesso à totalidade ou segmentos de documentos qualificados como confidenciais.

•

II - Fundamentação

À apreciação das questões colocadas no recurso em apreço importa a seguinte factualidade.

—O presente recurso tem por objecto decisão proferida no âmbito da fase administrativa do processo de contra-ordenação que corre termos na AdC sob o n.º PRC/2014/5, cuja abertura foi determinada 3 de Dezembro de 2014, em face da notícia de indícios de uma infracção prevista no art.º 9º da Lei n.º 19/2012.



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 337/16.7YUSTR

– Em 2 de agosto de 2016 as Recorrentes foram notificadas da Nota de Ilícitude (NI), nos termos do n.º 1 do artigo 25.º da Lei n.º 19/2012, bem como da deliberação do conselho respeitante à utilização de documentos classificados como confidenciais, tendo-lhes sido concedido um prazo de 30 (trinta) dias úteis para se pronunciarem por escrito para exercerem a sua pronúncia. Este prazo foi posteriormente prorrogado, mediante requerimento das Visadas, por mais 10 (dez) e, ainda, por mais 5 (cinco) dias úteis, perfazendo um prazo total de pronúncia de 45 (quarenta e cinco) dias úteis – cf. documentos de fls. 1281-1326, fls. 1378-A-1384, fls.1446-1453, respetivamente, do processo juntos com a certidão (versão não confidencial) que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

–Em 16 de agosto de 2016 foi disponibilizada cópia digital integral do processo, com exceção dos documentos confidenciais, que foi entregue ao mandatário das Visadas em CD-ROM – cf. documento de fls. 1441-1445 do processo junto com a certidão (versão não confidencial) que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

–Em 17 de agosto de 2016 foi solicitada pelas Recorrentes a consulta presencial da versão confidencial dos autos que a AdC utilizou na NI para imputação dos factos às Visadas (Recorrentes e co-visadas), tendo a mesma sido deferida, nos termos legais, em 18 de agosto de 2016.

–A referida consulta do processo e da versão confidencial dos documentos que a AdC utilizou como meio de prova para imputação dos factos às Visadas e indicados na deliberação do conselho notificada com a NI teve lugar no dia 19 de agosto de 2016 nas



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 337/16.7YUSTR

instalações da AdC cf. documentos de fls. 1421-1429, fls. 1436-1440, fls. 1441-1445, respetivamente, do processo juntos com a certidão (versão não confidencial) que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

–Em **12 de setembro de 2016** deu entrada na AdC um requerimento das Recorrentes a solicitar o acesso do processo, incluindo a consulta de um conjunto de elementos constantes dos autos e classificados como confidenciais, para efeitos exercício do direito de defesa, nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e n.º 4 do artigo 33.º da Lei n.º 19/2012 – cf. documento de fls. 1421 a 1429 do processo (versão não confidencial), junto com a certidão que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

–Por decisão de **21 de setembro de 2016** o referido requerimento foi parcialmente deferido e, como tal, foi disponibilizado um CD-ROM contendo uma cópia dos 9 ficheiros Excel contidos nas pastas “CD folha 168” e “CD folha 176” (identificados nos pontos 7 e 8 do requerimento das Visadas), bem como uma cópia da folha 819 dos autos (informações não classificadas como confidenciais) – cf. resposta da AdC ao requerimento de acesso ao processo, a fls. 1441-1443, junto com a certidão do processo (versão não confidencial) que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

–Tendo sido indeferido o acesso a um conjunto de documentos classificados como confidenciais, sinteticamente, por três razões – cf. resposta da AdC ao requerimento de acesso ao processo, fls. 1441-1443, junto com a certidão do processo (versão não confidencial) que aqui se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.



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 337/16.7YUSTR

▪ Os documentos solicitados tinham natureza confidencial e não foram utilizados como meio de prova para a imputação dos factos, não obstante serem referidos na Nota de Ilicitude (NI);

▪ As Visadas tinham consultado os elementos confidenciais que foram utilizados como meio de prova para a imputação da contraordenação em causa, para o cabal exercício do seu direito de defesa;

▪ As Visadas tiveram acesso às versões não confidenciais de todos os documentos do processo.

•

Cabe a este tribunal apreciar da bondade da decisão da AdC de 21 de Setembro de 2016 que indeferiu o requerimento para consulta de documentos classificados como confidenciais endereçado pelas Recorrentes em 12 de Setembro de 2016 com o fundamento de não terem sido utilizados como meio de prova da infracção.

Tal apreciação será norteadada pela consideração de princípios constitucionais como o direito à defesa e à igualdade de armas.

Dispõe o artigo 32º/1 da Constituição da República Portuguesa que nos processos contra-ordenacionais ou em quaisquer processos sancionatórios são assegurados ao arguido os direitos de audiência e defesa.



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 337/16.7YUSTR

Como decorrência dos sobreditos princípios o artigo 50º do RGCO impõe que ao arguido sejam comunicados os factos que lhe são imputados, a respectiva qualificação jurídica e as sanções em que incorrem, pois só inteirado desta forma poderá eficazmente exercer o contraditório.

Trata-se aqui de emanção do princípio do contraditório previsto no artigo 32º/5 da Constituição da República Portuguesa. Como referem G. Canotilho e Vital Moreira, in Constituição da República Portuguesa Anotada, Artigos 1º a 107º, Volume I, 4ª edição revista, Coimbra Editora, em anotação ao citado artigo “Relativamente aos destinatários *ele significa: (a) dever e direito de o juiz ouvir as razões das partes (da acusação e da defesa) em relação a assuntos sobre os quais tenha de proferir uma decisão; (b) direito de audiência de todos os sujeitos processuais que possam vir a ser afectados pela decisão, de forma a garantir-lhes uma influência efectiva no desenvolvimento do processo; (c) em particular, direito do arguido de intervir no processo e de se pronunciar e contraditar todos os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova ou argumentos jurídicos trazidos ao processo (...).*”

“Quanto à sua extensão processual, o princípio abrange todos os actos susceptíveis de afectar a sua posição, e em especial, a audiência de discussão e julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar, devendo estes ser seleccionados sobretudo de acordo com o princípio da máxima garantia de defesa do arguido.”

Em conexão com este, o princípio de igualdade de armas, também designado princípio do processo equitativo, também consagrado no nº4 do artigo 20º da Lei Fundamental,



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 337/16.7YUSTR

emanado do princípio da igualdade com assento no artigo 13º da Constituição da República Portuguesa, impõe uma posição de igualdade entre arguido e entidade acusadora (administrativa) só concretizada plenamente na fase judicial do processo de contra-ordenação.

Será, assim, à luz destes dois princípios que a questão concreta colocada nestes autos terá que ser analisada.

O DL 125/14 de 18 de Agosto que instituiu a Autoridade da Concorrência dispõe no seu artigo 1º, nº1 que esta é uma pessoa coletiva de direito público, com a natureza de entidade administrativa independente.

Dispondo o nº3 do mesmo diploma que a AdC tem por missão assegurar a aplicação das regras de promoção e defesa da concorrência nos setores privado, público, cooperativo e social, no respeito pelo princípio da economia de mercado e de livre concorrência, tendo em vista o funcionamento eficiente dos mercados, a afetação ótima dos recursos e os interesses dos consumidores, nos termos previstos na lei e nos presentes estatutos.

A definição do âmbito da competência da AdC está em linha com o disposto no artigo 81º/f) da Constituição da República Portuguesa do qual emana como incumbência prioritária do Estado, assegurar o funcionamento eficiente dos mercados, de modo a garantir a equilibrada concorrência entre as empresas, a contrariar as formas de organização monopolistas e a reprimir os abusos de posição dominante e outras práticas lesivas do interesse geral.



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 337/16.7YUSTR

Para levar a cabo o desígnio modelado pelo normativo acima referido – artigo 1º/3 do DL 125/14 de 18 de Agosto de acordo com o artigo 18º da Lei da Concorrência a AdC está dotada de poderes de inquirição, busca e apreensão, entre os quais se detecta o de solicitar documentos e outros elementos de informação a quaisquer pessoas.

Contudo, este poder não é irrestrito, decorrendo do preceituado no artigo 30º/1 da Lei da Concorrência, a necessidade de a AdC acautelar o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio, sem prejuízo do disposto no nº3 do artigo seguinte.

Daí que a AdC esteja vinculada, após diligências que envolvam, nomeadamente a apreensão de documentos, ao dever de, no prazo de 10 dias, conceder ao visado para identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por motivo de segredo de negócio, juntando uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgadas das mesmas – artigo 30º/3 da Lei da Concorrência.

Como refere Nuno Ruiz em anotação este último artigo, in Lei da Concorrência, Comentário Conimbricense, pág.325, nota 1., *‘A questão da protecção dos segredos de negócio num processo sancionatório suscita a necessidade de conciliar, sobretudo, três ordens de interesses (i) o da transparência e da publicidade do processo; (ii) o do pleno exercício do direito de defesa que pressupõe o conhecimento de toda a informação reunida pela AdC; (iii) o da protecção da confidencialidade das informações cuja divulgação pode lesar gravemente os interesses dos visados e de terceiro.*



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 337/16.7YUSTR

Os dois primeiros valores comprimem o terceiro ao ponto de o poderem circunscrever ao essencial, não sendo conveniente, nem justo, nem lícito que o aniquilem.

Por outro lado, a inadequada harmonização da protecção dos segredos de negócio e do direito de defesa pode, em certos casos, comprometer a missão da AdC.”

E continua o mesmo autor afirmando que *“A primeira condição para otimizar a tutela dos interesses em causa reside na caracterização exigente do que deve considerar-se como segredo de negócio. É vulgar dizer-se que se trata de informações relativas à empresa e à sua actividade que, se divulgadas, lhe podem causar dano grave.” (...)*

“ A divulgação de uma determinada informação só é susceptível de causar dano à entidade a que se refere se não for do conhecimento geral ou não puder sê-lo. Todavia, a circunstância de a informação não ser conhecida por terceiros, ou de ser conhecida apenas por um número restrito de entidades, não basta para a considerar como um segredo de negócio. A necessidade de protecção pode depender da actualidade da informação, da sua natureza mais ou menos sensível (ex. condições de financiamento, saber-fazer, custo e proveitos, processos de produção, fontes de abastecimento, quantidades produzidas e vendidas, quotas de mercado, clientes e fornecedores, estratégia comercial, preços e políticas de vendas) e, sobretudo, do prejuízo que a sua divulgação pode efectivamente causar.”

E continua na mesma anotação. *“(…) Procurando salvaguardar a capacidade de exercício da sua missão tanto a Comissão Europeia como a AdC têm entendido que a qualificação de um elemento de informação como confidencial não constitui um impedimento à sua divulgação se tal for indispensável para provar uma infração*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc.Nº 337/16.7YUSTR

(“documento incriminatório) ou para excluir a ilicitude ou a culpa (“documento exculpatório”).”

E mais à frente refere que a solução legislativa dos art.ºs 31º, nº3 e 33º, nº4 da Lei da Concorrência não têm sido acolhida sem reservas pelo Tribunal de Justiça, TPI/TG e pelo TCL, devendo, por isso, ser interpretada e aplicada com algumas cautelas.

Nesta esteira, salienta o mesmo Professor que “(...) O princípio, tanto a nível nacional como a nível comunitário, é o de que a protecção dos segredos de negócio é indispensável e fundamental. Portanto, não é pacífica a relação de precedência do direito de defesa sobre o direito à protecção dos segredos de negócio, não obstante o primeiro ser estruturante de um Estado de Direito.

Desde logo a questão só deve suscitar-se quando a as autoridades de concorrência não tenham outra forma de prosseguir o interesse público de defesa da concorrência sem comprometer a natureza confidencial de determinada informação usando-a como prova.”

Aqui chegados, podemos ter como certa a necessidade de harmonização entre o direito à defesa e o direito à protecção do segredo de negócio, a obter em face do caso concreto sujeito à apreciação do tribunal, implicando o apelo aos princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade.

(i) *Acesso a documentos inculpatórios referidos na nota de ilicitude (fls. 159-162, 165-166, 310-320, 805-806 e 837-841)*



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 337/16.7YUSTR

Importa atentar nas normas contidas na Lei n.º 19/2012, de 8 de maio), designadamente nos seus artigos 15.º, n.º 1, alínea c), 30.º, n.º 2 e 3, 31.º, n.º 3, 33.º, n.º 3 e 4 e 81.º que dispõem sobre a matéria em causa.

No artigo 15.º, n.º 1, alínea c), dispõe-se que:

“1 – Sempre que a Autoridade da Concorrência solicitar, por escrito, documentos e outras informações a empresas ou quaisquer outras pessoas, singulares ou coletivas, o pedido deve ser instruído com os seguintes elementos: (...)

c) A menção de que as empresas devem identificar, de maneira fundamentada, as informações que consideram confidenciais, por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas; (...).”.

Por seu turno, o artigo 31.º, n.º 3 dispõe o seguinte:

“(...) 3 – Sem prejuízo da garantia dos direitos de defesa do visado pelo processo, a Autoridade da Concorrência pode utilizar como meios de prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência previstas na presente lei ou no direito da União Europeia a informação classificada como confidencial, por motivo de segredos de negócio, ao abrigo da alínea c) do n.º 1 e do n.º 3 do artigo 15.º e dos n.os 2 e 3 do artigo anterior.”.

Dispondo o artigo 30.º, n.º 2 e 3 o seguinte:



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 337/16.7YUSTR

“(…) 2 – Após a realização das diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º, a Autoridade da Concorrência concede ao visado pelo processo prazo, não inferior a 10 dias úteis, para identificar, de maneira fundamentada, as informações recolhidas que considere confidenciais por motivo de segredos de negócio, juntando, nesse caso, uma cópia não confidencial dos documentos que contenham tais informações, expurgada das mesmas.

3 – Sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de ser classificadas como segredos de negócio, concede à empresa, associação de empresas ou outra entidade a que as mesmas se referem a oportunidade de se pronunciar, nos termos do número anterior. (…).”.

Dispõe o artigo 33.º, n.º 3 e 4, do Regime Jurídico da Concorrência.

“(…) 3 – Qualquer pessoa, singular ou coletiva, que demonstre interesse legítimo na consulta do processo pode requerê-la, bem como que lhe seja fornecida, a expensas suas, cópia, extrato ou certidão do mesmo, salvo o disposto no artigo anterior.

4 – O acesso aos documentos referidos no n.º 3 do artigo 31.º é dado apenas ao advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para efeitos do exercício de defesa nos termos do n.º 1 do artigo 25.º e da impugnação judicial da decisão da Autoridade da Concorrência na qual os referidos elementos tenham sido utilizados como meio de prova, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim.”.



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 337/16.7YUSTR

Quanto à documentação atinente ao pedido de dispensa ou redução de coima, dispõe o artigo 81.º, sob a epígrafe documentação confidencial, estatuinto:

“1 – A Autoridade da Concorrência classifica como confidencial o pedido de dispensa ou de redução da coima, bem como todos os documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da coima.

2 – Para efeitos do disposto no n.º 1 do artigo 25.º, a Autoridade da Concorrência concede ao visado pelo processo acesso ao pedido de dispensa ou redução da coima, aos documentos e às informações referidos no número anterior, não sendo deles permitida qualquer reprodução, exceto se autorizada pelo requerente.

3 – O acesso de terceiros aos pedidos, documentos e informações apresentados pelo requerente, para efeitos da dispensa ou redução da coima, carece de autorização deste.

4 – Ao visado pelo processo não será concedido acesso a cópias das suas declarações orais e aos terceiros será vedado o acesso às mesmas.”.

No presente recurso coloca-se precisamente a questão de saber até onde pode comprimir-se o direito à defesa da Recorrente que pretende aceder a documentação que, segunda ela, fundamentou em termos probatórios a nota de ilicitude, em busca, do indispensável equilíbrio entre a protecção ao segredo de negócio e inerente dimensão constitucional de tutela da vida privada e livre iniciativa e o direito de audição e defesa.

Ora, a norma plasmada no artigo 33.º, n.º 4, do Regime Jurídico da Concorrência prevê precisamente que: (i) no caso de um processo em que a AdC utilize como meios 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 337/16.7YUSTR

prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência informação classificada como **confidencial, por motivo de segredos de negócio**, (ii) o acesso a tal documentação é apenas facultado ao advogado ou ao assessor económico externo, (iii) é-o estritamente para efeito de resposta à nota de ilicitude e da futura impugnação judicial e (iv) não é permitida a reprodução, total ou parcial.

Daí que a documentação confidencial utilizada como meio de prova é acessível somente pelo advogado ou ao assessor económico externo e estritamente para resposta à nota de ilicitude ou impugnação judicial.

A primeira questão que a decisão sob impugnação coloca é, antes de mais, a de saber se às Recorrentes deve ser facultado o acesso a documentos enunciados na nota da ilicitude, independentemente de servirem de suporte à factualidade que nela lhes é imputada.

Questão que se coloca porquanto a AdC refere na decisão de 21 de Setembro de 2016, que os elementos confidenciais que as Recorrentes identificam no pedido de acesso não foram utilizados por aquela autoridade para imputação de factos.

Ora, se em parte tal afirmação da AdC é verdadeira, de outro ponto de vista não o é, como passará a explicitar-se.

Com efeito, no que tange aos documentos constantes de fls. 6, 7, 8, 10, 334-344, 356, 358, 491, 530, 798-799, 811, 1105-1107, 1122-1124, 1140, 1142, 1144, 1146, 1147, 1150-1151, 1155-1156, 1164 e 1176, apesar de se encontrarem mencionados na nota 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 337/16.7YUSTR

ilicitude *lato sensu* não foram indicados à frente de qualquer dos factos que constituem o núcleo da factualidade imputada às Recorrentes elencada sob os pontos 48. a 289.

E que dizer do documentos confidenciais nos quais a AdC admite ter fundamentado a factualidade imputada na nota de ilicitude?

Estão incluídos neste acervo os documentos de fls. 159-162, 165-166, 310-320, 805-806 e 837-841, indicados nos pontos 190, 205, 220, 223, 241, 244, 256, do elenco factual constante da nota de ilicitude.

Neste ponto, não pode deixar de reconhecer-se razão às Recorrentes quando propugnam que a indicação das folhas do processo, correspondentes aos documentos juntos aos autos, à frente de cada facto, só pode permitir o entendimento de que tal documento sustenta em termos probatórios a descrição fáctica que o precede.

Destarte a situação cai na alçada do nº 4 do artigo 33º da Lei da Concorrência, **devendo ser permitido o acesso ao teor integral dos documentos e não apenas a passagens.**

ii. Acesso a documentos não inculpatórios referidos na nota de ilicitude (fls. 334-344, 356, 358, 491, 530, 798-799, 811, 1105-1107, 1122-1124, 1140, 1142, 1144, 1146, 1147, 1150-1151 e 1155-1156)



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1º Juízo

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

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

Proc.Nº 337/16.7YUSTR

A segunda questão, tangente à primeira, ou seja, a pretensão de acesso a documentos confidenciais não fundamentadores dos factos imputados, já não é, contudo, aceitável quando se pretende aceder a documentos mencionados em segmentos da nota de ilicitude em que está ausente a descrição dos factos susceptíveis de integrar o tipo contra-ordenacional.

Neste conspecto não se coloca a questão da violação do direito de defesa das visadas nos moldes que em cima se aludiu, porquanto não servem os documentos em causa de esteio probatório à factualidade imputada às Recorrentes.

Há, contudo, que aferir se, ainda assim, quanto aos documentos confidenciais não fundamentadores da nota de ilicitude se se pode concluir não afectar o direito de defesa das Visadas, já que tais documentos poderão assumir, eventualmente, cariz exculpatório.

O problema do acesso das Recorrentes aos documentos cujo acesso lhe foi vedado pela AdC, por conterem segredos de negócio dos quais não se serviu para fundamentar os factos constantes da nota de ilicitude não encontra solução no art.º 33º/4 da LdC.

Não existindo norma que expressamente regule o acesso a documentos classificados como confidenciais por motivos de segredo de negócio e não utilizados pela AdC para imputar a infracção.

Nestes casos, não tendo o documento que contém informação confidencial servido como meio de prova, a sua disponibilização a uma visada carece da devida ponderação de interesses que viabilize a conclusão da preponderância do direito de acesso ao 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 337/16.7YUSTR

em prol do cabal exercício do contraditório, em detrimento do direito à não divulgação dos segredos de negócio.

A tal entendimento está subjacente o dever que cabe à AdC de protecção da confidencialidade das informações sob pena de a respectiva actividade sancionatória poder vir a ser posta em causa.

A restrição ou ampliação do dever de salvaguarda dos dados de natureza confidencial há-de ser norteados pela inexorável necessidade de harmonização entre o interesse de uma co-visada em aceder aos documentos em causa e o dever de protecção do segredo de negócio das respectivas titulares.

Se não merece contestação a compressão do dever de confidencialidade quando estão em causa documentos inculpatórios, o acesso a documentos confidenciais com eventual relevo exculpatório, sob pena de subversão do dever imposto à AdC pelo art.º 30º/1 da LdC, não pode ser alvo do mesmo tratamento.

Vejamos o caso concreto relativamente aos documentos mencionados na nota de ilicitude relativamente aos quais a AdC apenas concedeu acesso à versão não confidencial constantes de fls. 6, 7-8, 10, 334-344, 356, 358, 491, 530, 798-799, 811, 1105-1107, 1122-1124, 1140, 1142, 1144, 1146, 1147, 1150-1151 e 1155-1156.

No caso concreto, a AdC entende que a necessidade do acesso aos documentos confidenciais não usados para prova dos factos constantes da nota de ilicitude, carece de fundamentação pelas Recorrentes, o que não sucedeu.



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 337/16.7YUSTR

Pelo contrário, as Recorrentes entendem que sem acederem aos documentos e sem conhecerem o seu conteúdo, torna-se especialmente difícil fundamentar detalhadamente a sua relevância.

Mostra-se com interesse para a dilucidação da questão em apreço fazer apelo à jurisprudência comunitária, nomeadamente, ao Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Junho de 1995, Solvedy vs. Comissão Europeia, processo T-30/91, acessível in <http://eur-lex.europa.eu/>) que afirma que a finalidade de uma lista com a catalogação da informação confidencial impõe que as indicações dela constantes deem aos visados informações suficientemente precisas e detalhadas para lhes permitir determinar, com conhecimento de causa, se os documentos descritos são susceptíveis de ser pertinentes para a sua defesa.

Ainda a este propósito, pela sua assertividade, a propósito da necessidade de fundamentação do pedido de acesso, respiga-se da decisão proferida no recurso n.º 225/15.4YUSTR deste TCRS o seguinte trecho: *‘tendemos a considerar que os argumentos apresentados pelas sociedades visadas quando referem que atentando na escassa informação aduzida na descrição de cada documento torna-se pois difícil, senão inviável, compreender o teor do documento de molde a buscar qualquer motivação que funde o seu direito de acesso ao processo.*

Só se pode fundamentar o que minimamente se conhece.

Só depois de conhecer se pode saber o interesse subjacente.



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 337/16.7YUSTR

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

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

Concede-se. Mas não só a documentação está nos autos e é meio de prova, ainda que não expressamente invocada como tal, como a Autoridade da Concorrência, se efetuou tal juízo, poderá não ter adoptado fundamentação bastante.”

No caso concreto, será, contudo, de salientar que em análise dos documentos não utilizados como substracto probatório da factualidade enunciada na nota de ilicitude, na sua versão não confidencial, (supra enunciados) se alcança em diversos passos constar informação tida por confidencial – indicando à frente o segredo de negócio em causa – num contexto de acessibilidade ao demais conteúdo que permitiria às Recorrentes fundamentarem a necessidade de acesso aos segmentos confidenciais com potencial valor exculpatório.

Subjacente à solução perfilhada para os documentos não inculpatórios está a consideração de que o dever de protecção da confidencialidade não poderá, sem mais, ser postergado, quando é certo que às ora Visadas se afigura, no caso *sub judice* ser viável pela leitura do contexto dos documentos parcialmente truncados aferirem da valia exculpatória.



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 337/16.7YUSTR

Não obstante, esta solução não será extensível às denúncias constantes de fls. 6/7/8/10, uma vez que, quanto a elas, não justificou a AdC a inacessibilidade à versão confidencial com fundamento no segredo de negócio.

..

III - Decisão

Em face de todo o exposto, decide-se:

(i.) julgar procedente o recurso de impugnação de medidas administrativas interposto pelas Recorrentes EDP – Energias de Portugal, SA e EDP Comercial – Comercialização de Energia, SA. e, relativamente aos documentos que serviram esteio probatório à factualidade indicada na nota de ilicitude indicados como constando de fls. 159-162, 165-166, 310-320, 805-806 e 837-841 a cuja versão confidencial foi indeferido o acesso;

e, em consequência, anula-se a decisão proferida pelo Conselho de Administração da AdC em 21 de Setembro de 2016 e dos subsequentes termos do processado dependente da decisão, na parte em que vedou o acesso às Recorrentes ao teor integral dos documentos enunciados nos pontos do elenco dos factos imputados na nota de ilicitude;

(ii.) julgar procedente o recurso quanto à inviabilização do acesso ao teor das denúncias constantes de fls. 6, 7-8 e 10;

(iii.) julgar improcedente o recurso da decisão da AdC no segmento em que obistou ao acesso aos documentos indicados na nota de ilicitude como constando de fls. 334-344, 356,



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 337/16.7YUSTR

358, 491, 530, 798-799, 811, 1105-1107, 1122-1124, 1140, 1142, 1144, 1146, 1147,
1150-1151, 1155-1156, 1164 e 1176.

•

Condena-se as Recorrentes em custas, fixando-se em 03 UCs a taxa de justiça – art.º
93º/3/4 do Regime Geral das Contra-Ordenações, aprovado pelo DL 433/82 de 27.10, e art.º
8/7 do RCP.

Proceda ao depósito.

Notifique e comunique à AdC, sendo esta com envio de certidão judicial.

Após trânsito, archive-se os autos, diligenciando pela inviolabilidade da versão
confidencial.

••

Santarém, 02 de Fevereiro de 2017