



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 225/15.4YUSTR-K

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

233291

CONCLUSÃO - 03-07-2019 (de 03 de junho a 02 de julho, ausência justificada ao serviço, por licença, do Mmº Juiz de Direito, Regime de substituição definido por despacho do Exmº Juiz Presidente homologada pelo Conselho Superior da Magistratura).

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Helder Roseiro)

=CLS=

SENTENÇA

§1

- BANCO SANTANDER TOTTA, S.A., apresentou recurso de impugnação da decisão administrativa proferida pela AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA (ofício número 2019/387, de 4 de fevereiro de 2019), que, na sequência do procedimento tendente à proteção de informação confidencial, indeferiu a classificação como confidencial de vários documentos que a Recorrente entende que devem receber outra classificação. Inconformada, impugnou judicialmente a deliberação, **arguindo as seguintes conclusões**: O Recorrente entende que o presente recurso deve ter efeito suspensivo, uma vez que caso assim não se entenda, o mesmo viria a ser absolutamente inútil, dado que os efeitos muito negativos para o Recorrente da divulgação da informação que se entende por confidencial já não poderiam ser evitados. Assim sendo, caso o recurso de uma decisão interlocutória, como o que ora se apresenta, tivesse efeito meramente devolutivo, violar-se-ia o princípio fundamental da tutela jurisdicional efetiva, que decorre tanto do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia como do artigo 20.º da Constituição da República Portuguesa. Por este motivo, o artigo 84.º, n.º 4, da Lei da Concorrência, que estabelece que o recurso tem efeito meramente devolutivo (salvo para aplicação de medidas estruturais nos termos do artigo 29.º, n.º 4 da referida Lei), deve ser desaplicado no presente caso de recurso de impugnação de decisão interlocutória, por violação do princípio da tutela jurisdicional efetiva acima mencionado. Por outro lado, o indeferimento, pela AdC, do tratamento como confidencial relativamente a determinadas informações, identificadas na presente



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 225/15.4YUSTR-K

impugnação, que o Recorrente classificou como confidenciais na sua pronúncia relativa à nota de ilicitude, é ilícito, por falta de fundamentação, e por violação de lei. De facto, ao contrário do que entende a AdC, a informação em causa corresponde a segredos de negócio do Recorrente, sendo que que a divulgação pública da mesma causará um prejuízo sério ao Banco. Entende o Recorrente que, na análise do carácter confidenciais daquela informação, resulta imperativo tomar em consideração a natureza particular da informação bancária, e o estatuto do seu detentor - devendo merecer uma ponderação mais exigente em comparação com a que é realizada para outros setores de atividade — e ainda o contexto em que aquela informação se encontra inserida. Mais entende o Recorrente que a informação cujo carácter confidencial foi indeferido pela AdC respeita a matéria sensível, do ponto de vista comercial e estratégico. Em consequência, existem interesses do Recorrente, objetivamente dignos de proteção, que serão lesados, de forma inequívoca, caso a divulgação da informação em causa venha a ser concretizada. No que respeita à violação de lei, a AdC entendeu que as informações em causa não contêm segredos de negócio. Todavia, nesta sede, o recorrente entende que a AdC viola o artigo 30º, nº 1, da Lei da Concorrência, e o artigo 28º, nº 2, do Regulamento (CE) nº 1/2003, já que as referidas informações constituem segredos de negócio. O segredo de negócios está constitucionalmente protegido, pelos artigos 61º, 62º e 81º da Constituição portuguesa. No que respeita à falta de fundamentação, a fundamentação é, ou ausente, ou insuficiente. Não basta à AdC discordar da classificação fundamentada do Recorrente, é necessário à AdC *apreciar* da referida classificação, detalhando as suas razões. Não foi isso que fez a AdC, nos trechos identificados. Tal como não pode a AdC utilizar - como fez - um critério visivelmente desigual na sua decisão de deferimento ou indeferimento de confidencialidades. De facto, existem várias situações em que determinados trechos são considerados confidenciais, mas, quando repetidos noutra lugar da PNI, já não merecem aquela qualificação. São situações materialmente idênticas, que a AdC trata de forma distinta, sem que para tai seja apresentada qualquer razão justificativa. Assim, a decisão interlocutória da Autoridade da Concorrência, que se junta como Doc. 1, é parcialmente anulável, nos termos do presente recurso de impugnação. Termos em que deve o presente recurso ser recebido e julgado procedente, na parte impugnada, devendo nessa medida ser anulado o referido ato de indeferimento, pelos fundamentos expostos, como é de Lei e de Justiça.

§2

- 2 Fica assim delimitado o **objeto do recurso**: i) procedimento de classificação de segredos de negócio; ii) falta de fundamentação. Mantêm-se válidos e regulares os pressupostos da instância.



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 225/15.4YUSTR-K

§3

- 3 Avançando no **enquadramento fático** com vista à necessária **subsunção jurídica**, cumpre aludir à marcha do procedimento que conduziu ao momento atual, enquanto pressuposto fático da decisão, nos seguintes termos: **a)** o PRC 9/2012 teve origem num pedido de dispensa de coima apresentado em 28 de novembro de 2012, cuja abertura do processo visa um universo de quinze visadas, contanto com 95.006 ficheiros informáticos, a que acresce um total de 169 volumes de processo; **b)** no dia 28 de maio de 2015, a Autoridade da Concorrência proferiu nota de ilicitude, contando entre a prova indicada, um total de 1.124 documentos classificados como confidenciais; **c)** após a Recorrente apresentar pronúncia sobre a nota de ilicitude, foi notificada pela Autoridade da Concorrência, em 9 de fevereiro de 2018, para esclarecer sobre a natureza confidencial ou não confidencial dos documentos anexos à sua pronúncia à nota de ilicitude e, caso aplicável, juntar versão não confidencial desses documentos, com a respetiva justificação quanto à confidencialidade alegada; **d)** tendo a Recorrente respondido a 19 de fevereiro de 2018, apresentando versão pública dos anexos da sua pronúncia à nota de ilicitude; **e)** Autoridade da Concorrência, a 20 de junho de 2018, notificou a Recorrente da análise efetuada sobre a informação por esta confidencializada na versão pública da pronúncia à nota de ilicitude, concedendo-lhe prazo para se pronunciar e para reformular a versão pública e elaborar versão não-confidencial para co-visadas; **f)** com resposta da Recorrente, a 23 de julho de 2018, apresentando, a título provisório, uma versão pública reformulada da mesma; **g)** por ofício datado de 4 de fevereiro de 2019, a Autoridade da Concorrência notificou a Recorrente da sua decisão final quanto às classificações como confidencial de informação constante da pronúncia à nota de ilicitude e reformulação da versão pública da pronúncia à nota de ilicitude.
- 4 O fundamento e motivação da matéria de facto anteriormente enunciada redundava de mera prova documental, de teor não controvertido, conquanto representa em si



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 225/15.4YUSTR-K

mesma o fundamento processual do recurso, imediatamente intuído pela consulta dos autos. Pormenorizadamente, os factos enunciados em a) e b) são realidades de enquadramento processual devidamente enunciadas pela Autoridade da Concorrência. Os factos enunciados a c) e d) correspondem ao teor de folhas 193/7. Os factos enunciados a e) e f) correspondem ao teor de folhas 198/208. O facto enunciado a g) corresponde ao teor de folhas 209/16. E nada mais se considerou por não oferecer relevo, por ser de teor conclusivo ou por configurar juízos de Direito.

- 5 Percorrido o nexu lógico de apreciação das *quaestio decidenda* já identificadas, importa deter o olhar no artigo 30.º, do Regime Jurídico da Concorrência, incluído sistematicamente na secção II (processo sancionatório relativo a práticas restritivas), do capítulo II (práticas restritivas da concorrência), que, sob a epígrafe: “segredos de negócio” dispõe o seguinte: “1 - Na instrução dos processos, a Autoridade da Concorrência acautela o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio, sem prejuízo do disposto no n.º 3 do artigo seguinte. 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. 4 - Se, em resposta à solicitação prevista nos n.os 2 e 3 ou no artigo 15.º, a empresa, associação de empresas ou outra entidade não identificar as informações que considera confidenciais, não fundamentar tal identificação ou não fornecer cópia não confidencial dos documentos que as contenham, expurgada das mesmas, as informações consideram-se não confidenciais. 5 - Se a Autoridade da Concorrência não concordar com a classificação da informação como segredos de negócio, informa a empresa, associação de empresas ou outra entidade de que não concorda no todo ou em parte com o pedido de confidencialidade.”.



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 225/15.4YUSTR-K

- 6 O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão já se pronunciou diretamente sobre o procedimento previsto no artigo 30.º, do Regime Jurídico da Concorrência, designadamente nos processos n.º 195/16.1YUSTR (sentença datada de 25.10.2016) e 194/16.3YUSTR (sentença datada de 11.01.2017), ambas transitadas em julgado, e aí alinhavou as coordenadas diretoras para a compreensão do procedimento, que aqui se mantêm por receberem inteira concordância, e se transcrevem, enquanto manutenção de uma desejável estabilidade jurisprudencial. Assim, escreveu-se na primeira sentença, e depois de se enquadrar devidamente a questão em sede do alcançado com a jurisprudência talhada no processo n.º 225/15.4YUSTR (autos principais e respetivo apenso A, que corresponde ao primevo processo n.º 1/16.7YUSTR), que “a AdC, quando define a regulação do acesso ao processo, mesmo que por prevalência do direito ao exercício de defesa e da celeridade processual, não pode abdicar da proteção dos seus segredos de negócio, pelo que aqui se consigna o entendimento de que o dever previsto no art.º 30.º, n.º 1 deve configurar um interesse de conformação obrigatório ainda que não prevalente”, mas abrigando “também o raciocínio inverso ou, por assim dizer, complementar: enquanto visadas no processo sancionatório e principais interessadas na proteção do segredo de negócio, as entidades devem colaborar com a definição da regulação do acesso à informação confidencial, pelo que aqui se consigna o entendimento de que a colaboração prevista no art.º 30.º, n.º 2 e 3 deve configurar um ónus processual da defesa, no sentido em que o seu regular cumprimento visa salvaguardar a prevalência do próprio direito ao exercício de defesa”. Por sua vez, deixou-se exarado na segunda sentença que dos preceitos plasmados nos números 2 e 4, do artigo 30.º, do Regime Jurídico da Concorrência, resulta a incidência de três ónus incidentes sobre os visados titulares de informações confidenciais e que os mesmos devem cumprir, sob pena de ficarem sujeitos à cominação legal de classificação das informações como não confidenciais, quais sejam: “(i) ónus de identificação das



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

1.º Juízo

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

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

Proc. nº 225/15.4YUSTR-K

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” – conferir, com muito interesse pela visão integrada e crítica, PATRÍCIA OLIVEIRA, “Acesso das visadas a documentação confidencial com potencial valor exculpatório nas contraordenações de Direito da Concorrência – análise jurisprudencial”, Revista de Concorrência e Regulação, ano VIII, número 31, Almedina, pp.147/77.

- 7 Vale para concluir que se não antevê qualquer comprometimento das obrigações da Autoridade da Concorrência ao adotar um conjunto de orientações conducentes à identificação fundamentada das informações confidenciais. Pelo contrário, não traduzindo nesse documento a imposição de quaisquer deveres ou compromissos estranhos ao dever geral de fundamentação resultante da vontade do legislador e projetada no artigo 30.º, n.º 2, do Regime Jurídico da Concorrência, traduz inclusivamente um esforço meritório de compilação e concretude, coadjuvantes do preenchimento das tabelas de confidencialidade, cujo interesse, *prima facie*, é até das próprias visadas. E assim é dentro de um quadro de contraditório necessário, de molde a salvaguardar a integridade dos segredos de negócio das visadas, mas também de colaboração necessária, tendente a permitir a exequibilidade do dever de custódia da Autoridade da Concorrência, sopesado com o superior interesse público de prossecução célere da atividade sancionatória. E por aqui decai um dos fundamentos do recurso.
- 8 Volvendo às duas decisões atrás enunciadas, vislumbra-se que a proferida no processo n.º 195/16.1YUSTR (sentença datada de 25.10.2016), adotou uma perspetiva de resolução mais umbilicalmente ligada ao Direito Administrativo, já a proferida no processo n.º 194/16.3YUSTR (sentença datada de 11.01.2017) não se desvinculou de uma perspetiva eminentemente processual penal por remissão da lei contraordenacional. Com efeito, é o próprio Regime Jurídico da Concorrência que determina a aplicação subsidiária do Regime Geral das Contraordenações e Coimas



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 225/15.4YUSTR-K

aos processos por práticas restritivas da concorrência (conferir artigo 13.º, do Regime Jurídico da Concorrência), mas não se pode olvidar o específico enquadramento processual e material trazido pelo procedimento de classificação de segredos de negócios.

- 9 Ultimamente, e num esforço de síntese patente nas sentenças do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, já transitadas em julgado, e proferidas no apenso I destes autos, datada de 17.05.2019 e apensos C e D, do processo n.º 229/18.5YUSTR, datadas de 28.11.2018 e 2.12.2018, respetivamente, tendemos a considerar que o procedimento a que alude o artigo 30.º, do Regime Jurídico da Concorrência, e sem que tal seja entendido enquanto desvirtuação da lei subsidiária aplicável, está mais próximo de um vulgar procedimento de natureza administrativa, do que de natureza processual penal, tendo em conta que o mesmo surge num momento prévio à própria consideração da viabilidade da abertura de inquérito e eventual exercício do direito de defesa, atua enquanto mero instrumento do procedimento sancionatório, e detém uma valia exógena, porque relevante fora do procedimento, e autónoma, porque independente deste, assim impelindo à consideração de um bloco de normatividade (substantivo e processual) próprio para regular os procedimentos sancionatórios de tipo administrativo – conferir MIGUEL PRATA ROQUE, “O direito sancionatório público enquanto bisetris (imperfeita) entre o Direito Penal e o Direito Administrativo – a pretexto de alguma jurisprudência constitucional”, Revista de Concorrência e Regulação, ano IV, número 14/15, abril/setembro 2013, Almedina, p. 124/134.
- 10 Se assim é, como cremos que seja, logo se infere a consequência quanto aos poderes de cognição e sindicância do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, e estes são os já expressos no processo n.º 195/16.1YUSTR, aí se expendendo que “a conformação do pedido de colaboração do art.º 30.º, n.º 2, do NRJC está igualmente próxima de uma discricionariedade de conformação do sentido da decisão, incidente o conteúdo do ato administrativo em sindicância – identificação, de maneira



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 225/15.4YUSTR-K

fundamentada, das informações recolhidas -, e de uma discricionariedade de valoração e prognose, incidente sobre os elementos da decisão, no sentido em que oferece ampla margem de conformação no seu resultado através da integração de conceitos indeterminados”, sendo que “concluída a margem de livre apreciação dos critérios de decisão no regime de acesso a documentos que contenham segredos de negócio, a decisão da AdC de conformação da enunciada colaboração reveste uma grande discricionariedade pela previsão normativa do conteúdo do ato”.

- 11 No entanto, claro está que se impõem espaços de valoração próprios do poder judicial mesmo quanto a atos discricionários sem que ocorra violação do princípio da separação de poderes, contanto tal valoração se contenha na apreciação dos requisitos formais dos atos administrativos, onde se inclui a competência do órgão decisor, a vinculação ao procedimento legal adequado e o dever de fundamentação expressa dos atos, e bem assim na apreciação do vício de desvio de poder (doloso ou resultante de erro de direito), quando ocorra erro manifesto ou a violação de princípios gerais de direito, como sejam os da igualdade, proporcionalidade, imparcialidade e justiça – conferir BERNARDO DINIZ DE AYALA, O (Défice) de Controlo Judicial da Margem de Livre Decisão Administrativa, LEX 1995, pp. 187/8.
- 12 No caso vertente, e reiterando o pensamento já anteriormente expresso nas decisões atrás mencionadas, a Visada impetra que a decisão proferida pela Autoridade da Concorrência incorre em falta de fundamentação. Compendiados os fundamentos que constituem a jurisprudência constante deste Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão e já referenciada, um dado se antepõe como incontornável. É que o dever de fundamentação da Autoridade da Concorrência revela-se enquanto corresponsivo do dever de fundamentação das visadas. O procedimento é necessariamente dinâmico e simbiótico.
- 13 Ora, quando se observa o anexo integrante (conferir folhas 218/38) do facto descrito a alínea g) e que constitui o objeto da impugnação, constata-se que a Recorrente



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 225/15.4YUSTR-K

começou por fundamentar os vários pedidos de classificação como segredo de negócio, num lacónico *segredo de negócio*. Só posteriormente, em face da notificação da Autoridade da Concorrência, veio acrescentar mais elementos aos seus pedidos, mas sem que tivesse aduzido na maior parte dos casos mais materialidade, porquanto se limitou a referir “informação relativa a estratégias de venda do produto CH (...)”, “informação que respeita à estratégia de marketing e de vendas que o banco prosseguia à altura (...)”, ou “identificação de documento interno, não público (...)”.

- 14 Naturalmente, quando a Autoridade da Concorrência, em sede de apreciação final, resume a sua decisão a “falta descritivo”, “a afirmação é genérica (...)” ou “as afirmações dizem respeito a procedimentos burocráticos (...)”, tal constitui a resposta possível à falta de fundamentação precedente.
- 15 Seja como for, o Tribunal considera que sopesadas as respostas oferecidas pela Autoridade da Concorrência às objeções levantadas pela Visada no preenchimento da tabela, complementadas com o teor do ofício impugnado, bem se pode dizer que, considerado a linearidade do procedimento que é adotado, a condução dinâmica e participada do mesmo com cumprimento pleno e cabal de contraditório e, considerado, por fim, que o destinatário do ato é quem melhor conhece o documento em causa, bem se pode concluir que a fundamentação adotada pela Autoridade da Concorrência exhibe a necessária suficiência e adequação, não conduzindo a quaisquer dificuldades interpretativas, pelo menos maiores do que as causadas pela própria Visada no esforço de fundamentação escassamente exercido.
- 16 No mais, consideradas as sobreditas limitações ao poder de sindicância do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, e quando se conclua, como é o caso, pela suficiência da fundamentação apresentada pela Autoridade da Concorrência, fica subtraída qualquer aferição judicial acerca do mérito da classificação do documento, contanto é a Autoridade da Concorrência que, no âmbito de juízos discricionários eminentemente técnicos, valorativos e de prognose possui o *munus*, quer material



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 225/15.4YUSTR-K

quer instrumental à atividade sancionatória, necessário à execução de tal tarefa, consentâneo com o dever geral que lhe é imposto de acautelar o interesse legítimo das empresas na preservação do segredo de negócio, assim decaindo todos os fundamentos de recurso, que ditam pois a sua improcedência.

§4

17 Em obediência ao mandato constitucional de administrar a justiça em nome do povo, o **TRIBUNAL DA CONCORRÊNCIA, REGULAÇÃO E SUPERVISÃO** decide não providir o recurso interposto por BANCO SANTANDER TOTTA, S.A. e manter a deliberação da Autoridade da Concorrência ora impugnada.

Condenar BANCO SANTANDER TOTTA, S.A. nas custas judiciais devidas, fixando a taxa de justiça em 3 UC - conferir artigo 93.º, n.º 3 e 4, do Regime Geral das Contraordenações e Coimas e artigo 8.º, n.º 7 e anexo III, do Regulamento das Custas Processuais.

Deposite e notifique, sendo a Autoridade da Concorrência com envio de certidão judicial.

Sérgio Martins P. de Sousa

Santarém, 11 de julho de 2019