



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

RELATÓRIO

1. A MODELO CONTINENTE HIPERMERCADOS, S.A. (doravante “Visada”, “Recorrente” ou “MCH”) veio impugnar judicialmente a decisão proferida pela Autoridade da Concorrência (doravante “AdC”) no processo de contraordenação n.º PRC/2017/5, com a referência S-AdC/2020/2026, de 23 de junho de 2020 (doravante ‘decisão impugnada’), sobre a utilização de informação confidencial, ao abrigo do disposto no artigo 31.º, n.º 3, da Lei da Concorrência (‘LdC’) na nota de ilicitude.

2. Os fundamentos de recurso, sintetizados nas conclusões de recurso da Recorrente, são os seguintes:

Do objeto do litígio

- a. O presente recurso tem por objeto a Deliberação Final, de 23 de junho de 2020, do Conselho de Administração da AdC (‘Deliberação Recorrida’) proferida no âmbito do processo de contraordenação com a referência PRC 2017/5, que corre termos na AdC.
- b. Através da Deliberação Recorrida, o Conselho de Administração da AdC decidiu, invocando para o efeito o artigo 31.º, n.º 3, da LdC, transcrever na Nota de Ilícitude (‘NI’), informações classificadas como confidenciais pela Recorrente, constantes de documentos do processo identificado nos anexos à aludida deliberação.
- c. A Deliberação Recorrida foi notificada aos mandatários da Visada, por email de 25 de junho de 2020, juntamente com a Nota de Ilícitude (‘NI’), na qual se encontra vertido o resultado material da interpretação dada pela AdC ao artigo 31.º, n.º 3, da LdC.
- d. A Recorrente entende que a informação que a AdC verteu na NI, entretanto notificada a todas as demais Co-Visadas, configura informação confidencial que, *i)* nem é necessária para efeitos de prova da infração, *ii)* nem é relevante para efeitos de imputação da mesma às Visadas.
- e. A AdC, *i)* procedeu a uma interpretação e aplicação *contra legem* do artigo 31.º, n.º 3, da LdC, *ii)* violou o direito ao segredo de negócio da Visada e ainda, *iii)* violou o direito à autodeterminação informativa dos seus colaboradores, não



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Visados no processo, cujos dados de identificação foram, sem mais, deliberada, consciente e arbitrariamente, vertidos na Nota de Ilícitude.

- f. A interpretação feita pela AdC do n.º 3 do artigo 31.º da LdC e a subsunção das informações constantes dos concretos documentos em causa a putativas necessidades ou vantagens para os efeitos da aludida norma, não encontra qualquer respaldo legal ou suporte jurídico *lato sensu* e corresponde a uma lesão gratuita de direitos fundamentais consagrados e protegidos pela Constituição da República Portuguesa.
- g. A Recorrente requer, a final, que este douto Tribunal determine a revogação da Deliberação Final do Conselho da AdC, de 23 de junho, notificada através do Ofício S-AdC/2020/2026, de 24 de junho de 2020, e, em consequência, a sua substituição por outra que não inclua referência a informação relativa a dados pessoais e a dados numéricos constantes das respostas a pedidos de elementos, nos termos acima descritos; mais devendo, em consequência, ser ordenada a revogação da NI, entretanto notificada a todos os Co-Visados, e a sua substituição por outra, na qual se ocultem os segmentos de natureza confidencial em causa no presente recurso, contidos em meios de prova de acesso restrito, substituindo-se a referida transcrição por remissões para os documentos em causa.

DA FACTUALIDADE RELEVANTE

Dos antecedentes do recurso

- h. Com a Deliberação Recorrida, a AdC concede-se o direito de utilizar na NI (nele transcrevendo), informação que ela própria aceitou como confidencial, ao abrigo de um procedimento de classificação de confidencialidades, levado a cabo de acordo com o disposto no artigo 30.º da LdC, entre maio de 2018 e janeiro de 2020.
- i. A informação em causa consta, por um lado, de mensagens de correio eletrónico apreendidas em diligências de busca e apreensão ('Prova Apreendida') nas instalações da Recorrente e, por outro lado, de respostas apresentadas pela Recorrente, a pedido de elementos da AdC ('Respostas a pedidos de elementos').
- j. O pedido de classificação de confidencialidade da Prova Apreendida decorreu entre 20 de junho de 2018 e 10 de janeiro de 2020, abrangendo várias interações entre as partes, ao abrigo e nos termos do artigo 30.º da LdC.
- k. Dessas interações resultou uma Decisão Final em matéria de confidencialidades com a referência S-AdC/2020/125, de 10 de janeiro de 2020, através da qual a AdC indeferiu, na sua quase totalidade, as classificações de confidencialidades da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

Recorrente MCH, tendo esse indeferimento sido parcialmente revertido pelo TCRS, em sede de recurso, mediante sentença datada de 18.06.2020 no processo n.º 244/18.9YUSTR-C, e através da qual foi concedido à Recorrente prazo para juntar novas Versões Não Confidenciais, em conformidade com a pronúncia judicial.

- l. A MCH remeteu à AdC, por comunicação do dia 2 de julho, essas mesmas Versões Não Confidenciais. (salientando-se, porém, que nenhum dos segmentos deferidos pelo TCRS e, portanto, truncados nas novas Versões Não Confidenciais apresentadas no passado dia 2 de julho está em causa na Deliberação Recorrida).
- m. Independentemente do que antecede, a MCH havia já apresentado à AdC, cautelarmente, de modo a evitar a cominação resultante da leitura feita pela AdC, quanto ao n.º 4 do artigo 30.º da LdC (da qual resulta a divulgação pela AdC da versão integral dos documentos, quando apenas parte dos segmentos truncados sejam aceites como confidenciais por esta), Versões Não Confidenciais dos aludidos emails em conformidade com o teor da Decisão Final da AdC.
- n. É sobre essas Versões Não Confidenciais dos aludidos emails, entregues à AdC a 24 de janeiro e posteriormente corrigidas a 6 de fevereiro que incide a Deliberação Recorrida.
- o. Mais concretamente – e uma vez que a AdC apenas aceitou a truncatura de dados pessoais de colaboradores da Recorrente – a informação constante de tais emails que a AdC utilizou na NI, com fundamento no artigo 31.º, n.º 3 da LdC, corresponde ao nome e ao endereço de email das pessoas singulares, colaboradoras da MCH, e que não são Visadas no processo contraordenacional em epígrafe.
- p. Os demais documentos sobre que incide a Deliberação Recorrida dizem respeito a respostas da MCH a dois pedidos de elementos da AdC, respostas essas apresentadas nos dias 17, 20 e 27 de julho, 16 de agosto, 18 de setembro e 1 de outubro de 2018 (quanto a um Pedido de Elementos de 3 de julho de 2018) e em 20 de dezembro de 2019 (quanto a um Pedido de Elementos de 6 de dezembro de 2019).
- q. Em particular, a Deliberação incide sobre a informação truncada pela Recorrente nas Versões Não Confidenciais dos documentos em questão apresentadas à AdC no passado dia 24 de janeiro de 2020, em cumprimento da Decisão Final em matéria de confidencialidade de respostas a pedidos de elementos, que lhe foi notificada por ofício com a referência Ofício S-AdC/2020/128, de 10 de janeiro de 2020.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

- r. A informação truncada, relativa aos valores numéricos absolutos ou relativos, constantes das respostas a pedidos de elementos, foi substituída intervalos de valor, que a AdC entendeu adequados.
- s. Com a adoção da Deliberação Recorrida, o Conselho de Administração da AdC fez tábua rasa de todo o procedimento anteriormente descrito e baseou-se numa interpretação e aplicação erradas do artigo 31.º, n.º 3, da LdC para divulgar integralmente essa informação, na NI, dessa forma possibilitando o acesso e a disseminação da mesma pelos Co-Visados.

Da Deliberação Recorrida e interações prévias com a Recorrente em matéria de «levantamento de confidencialidades»

- t. A Deliberação Recorrida foi adotada na sequência de uma auscultação prévia da Recorrente e das demais Co-Visadas no processo, através de notificação, à Recorrente, por Ofício S-AdC/2020/1482, de 28 de abril de 2020, para se pronunciar, querendo, sobre o teor de uma deliberação de 28 de abril de 2020 do Conselho da Autoridade – preliminar à Deliberação Recorrida – na qual se informava a Recorrente de que a AdC previa utilizar, a par de documentos não confidenciais, documentos que foram objeto de classificação pelas empresas detentoras da informação como integralmente ou parcialmente confidenciais.
- u. Mais se referia que esses elementos se afiguravam necessários à imputação e prova dos factos constituintes da infração, por tais documentos revelarem - direta ou indiretamente - a existência de acordos verticais e horizontais de fixação de preços, que consubstanciam uma violação do artigo 9.º da Lei da Concorrência e do artigo 101.º do TFUE, sendo necessários para a correta e completa fundamentação da Nota de Ilícitude.
- v. Essa deliberação de 28 de abril conferia à Recorrente (e demais Visadas) a oportunidade de apresentarem esclarecimentos adicionais sobre a natureza sigilosa da informação em causa, ou reverem a classificação inicialmente efetuada, levantando a respetiva confidencialidade.
- w. Na resposta apresentada à AdC a MCH manteve o seu entendimento quanto à natureza confidencial dos elementos em causa e procurou, também, alertar a AdC para a irrazoabilidade, a desnecessidade e a ininteligibilidade dos putativos motivos com base nos quais aquela aparentemente se preparava para verter na NI informação sem qualquer relevo para a prova da infração ou para a imputação da mesma às Visadas.
- x. A MCH salientou, ainda, a discrepância da solução proposta neste processo face à seguida noutros processos em tudo similares, e nos quais a AdC manteve a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

- truncatura dos dados confidencializados pelas demais Co-Visadas, nas suas VNCs (*maxime*, nas NI's proferidas nos processos contraordenacionais PRC/2017/1, PRC/2017/13 e PRC/2017/7).
- y. A MCH foi notificada da Deliberação Final do Conselho de Administração da AdC (aqui recorrida), sobre o tema, a 25 de junho de 2020, em simultâneo com o envio, aos mandatários da MCH, da Decisão Final de Inquérito.
- z. Resulta do teor da Deliberação Recorrida que a AdC parece ter alicerçado a sua decisão no seu interesse em produzir uma NI correta e completa, sendo este um critério decisório, novo e sem esteio legal claro.
- aa. A Deliberação Recorrida não ensaia qualquer justificação quanto à necessidade dos elementos listados em anexo à Deliberação, para efeitos do artigo 31.º, n.º 3 da LdC, nem procura rebater o entendimento da Recorrente, quanto à arbitrariedade da sua utilização, antes se alicerçando, em parte, no facto de não ter ficado demonstrado o prejuízo grave decorrente da utilização da informação em causa (quando essa demonstração não foi solicitada).
- bb. A AdC confunde o seu interesse numa NI fundamentada e completa – para o que sempre beneficiará do maior número de informação que aí for possível incluir – com o escopo do n.º 3 do artigo 31.º da LdC, que é distinto.
- cc. Com base na Deliberação Recorrida, a AdC verteu na NI os nomes integrais de colaboradores da MCH, que não são Co-Visados no processo; utilizou os dados e os elementos prestados pela MCH, em sede de respostas a pedidos de elementos, para a construção de gráficos de representatividade do fornecedor, Co-Visado, na faturação da empresa MCH, nos mercados identificados para revenda MDD e MDF, e colocou na NI os dados relativos ao volume de negócios da MCH, com a venda de pães pré-embalados, substitutos de pães e bolos no mercado de distribuição retalhista alimentar, através de valores numéricos absolutos.

DO DIREITO

Do disposto no artigo 31.º, n.º 3 da LdC

- dd. Nos termos do n.º 3 do artigo 31.º da LdC, «*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*».



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

- ee. Dessa norma resulta *i)* o fundamento e *ii)* a forma dessa possibilidade, dela não se podendo retirar uma interpretação que subsuma a «transcrição» de informação na Nota de Ilícitude à expressão «utilização».
- ff. A informação confidencial protegida no Direito da Concorrência não abrange apenas os segredos de negócio *stricto sensu*, mas, também, outras esferas de segredo.
- gg. O artigo 33.º, n.º 4 da LdC é o resultado de um juízo de concordância prática encetado pelo próprio legislador, como forma de resolver o conflito entre o direito ao segredo de negócio, e os direitos de defesa das demais Co-Visadas no processo.

Dos dois erros da AdC

- hh. No presente processo, a AdC andou mal, e incorreu em dois erros.
- ii. Em primeiro lugar, a AdC errou quanto ao pressuposto de que partiu, nomeadamente, o da possibilidade de usar o artigo 31.º, n.º 3, da LdC para verter – mediante uma transcrição literal –, na NI, informação confidencial.
- jj. Em segundo lugar, a AdC errou quando concluiu no sentido da necessidade – para efeitos de prova da infração ou de imputação da mesma às Visadas – quer de dados numéricos integrais, e absolutos, constantes das respostas da MCH a pedidos de elementos, quer dos dados pessoais de colaboradores da Visada –, informações essas, em nada pertinentes para qualquer um desses efeitos, ou que, pelo menos, não o são, em medida superior à valia que já resultaria da utilização das Versões Não Confidenciais, enviadas pela MCH à AdC, e onde tais elementos surgem substituídos por descritivos adequados e validados pela própria AdC.

Da «utilização» de informação confidencial, nos termos e para os efeitos do artigo 31.º, n.º 3, da LdC

- kk. O artigo 31.º, n.º 3 da LdC deve ser lido em conjugação com os demais artigos da Lei, atinentes à *i)* classificação de confidencialidades (artigo 30.º da LdC); *ii)* à estatuição da publicidade do processo como uma regra, suscetível de exceção (artigo 32.º da LdC), ou, ainda, *iii)* ao direito de acesso das Visadas a documentação confidencial, através do seu advogado ou assessor económico externo (artigo 33.º, n.º 4 da LdC).
- ll. O artigo 31.º, n.º 3 da LdC legitima a utilização de informação confidencial, como meio de prova, mas impõe a sujeição dessa mesma utilização a um conjunto de garantias e verdadeiras válvulas de segurança.
- mm. Nos termos da solução encontrada e desenhada pelo legislador, os documentos que, não obstante confidenciais, se afigurem relevantes para efeitos de prova, *i)*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

- não serão expurgados do processo, mas, *ii*) ver-se-ão, em contrapartida, sujeitos a um regime especial de acesso, circunscrito às pessoas e às condições estipuladas no n.º 4 do artigo 33.º da LdC.
- nn. A transcrição na NI de documentos confidenciais subverte o sistema de freios e contrapesos desenhado pelo legislador, nomeadamente no que respeita às restrições impostas ao acesso a essa mesma informação.
- oo. A Comunicação da Comissão, sobre a proteção de informação confidencial pelos Tribunais Nacionais, em processos de private enforcement no Direito da Concorrência da União Europeia vai, também, no sentido da necessidade de se adotarem as medidas necessárias à proteção da informação confidencial, no âmbito do acesso à prova.
- pp. A interpretação que a AdC faz do artigo 31.º, n.º 3, da LdC, no sentido de permitir a transcrição integral de informação confidencial contida em meios de prova de acesso limitado, é ilegal e não encontra respaldo na letra ou na teleologia da norma, soçobrando também à luz de uma interpretação sistemática da mesma, motivo pelo qual deverá aquela informação ser expurgada da NI.
- qq. Da NI deverá, apenas, constar a remissão para os referidos documentos, «utilizados» para os efeitos do artigo 31.º, n.º 3 da LdC.
Da irrelevância, para efeitos de prova, das informações confidenciais objeto de divulgação em virtude da Deliberação Recorrida
- rr. Ainda que a AdC estivesse legitimada a verter na NI a informação confidencial que se revelasse pertinente para efeitos de prova da infração ou imputação da mesma às Visadas, nem assim a solução propugnada pela Deliberação recorrida seria legítima.
- ss. Aquilo que as versões originais dos documentos, vertidas na NI, acrescentam às Versões Não Confidenciais, enviadas pela Visada, em «cumprimento» da Decisão Final da AdC, não é minimamente relevante para efeitos de prova da infração ou imputação da mesma às Visadas.
- tt. A AdC desrespeitou o significado último do princípio da proporcionalidade, ao decidir verter na NI informação confidencial perfeitamente substituível pelos respetivos descritivos de substituição, constantes das Versões Não Confidenciais enviadas pela Recorrente MCH à AdC.
- uu. As Versões Não Confidenciais remetidas pela MCH à AdC são Versões com truncaturas mínimas, que se limitam, na grande parte dos casos, a substituir os nomes dos colaboradores da MCH, não Visados no processo, divulgando, no mais, o teor das mensagens de correio eletrónico trocadas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

- vv. A transcrição dos valores absolutos na NI, relativos, nomeadamente, ao volume de negócios da MCH, não são idóneos a provar o que quer que seja, e, ainda que fosse esse o caso, sempre bastariam os intervalos de valor, utilizados em sua substituição, nas Versões Não Confidenciais preparadas pela MCH.
- ww. Inexiste qualquer interesse prevalente, que não seja já devidamente acautelado, garantido e protegido, pela utilização dos intervalos de valor.
- xx. Acresce que o acesso à versão integral dos referidos documentos é, em todo o caso, possível, nos termos do artigo 33.º, n.º 4 da LdC.
- yy. Com a sua Deliberação Final, a AdC aniquilou o núcleo essencial dos direitos fundamentais em causa, em particular, o direito à autodeterminação informativa dos colaboradores da MCH.

Dos valores numéricos constantes do processo e vertidos na Nota de Ilícitude

- zz. Das respostas da MCH aos pedidos de elementos da AdC, identificadas no anexo à Deliberação Final, constam inúmeros dados numéricos – absolutos e percentuais – que a MCH teve o cuidado de transformar em intervalos de valor, vertidos nas Versões Não Confidenciais das referidas respostas.
- aaa. Na preparação dessas Versões Não Confidenciais, a MCH seguiu as orientações restritivas da AdC, quanto à necessidade de os intervalos utilizados refletirem as variações existentes entre os valores substituídos.
- bbb. Na sua resposta à Deliberação provisória, de 28 de abril, a MCH alertou a AdC para a irrazoabilidade da transcrição dos valores numéricos na NI, e para o facto de, em processos contraordenacionais semelhantes, a respetiva NI não refletir os valores absolutos em questão, havendo a AdC aceitado a sua truncatura, e divulgado, apenas, os intervalos.
- ccc. Não se vê em que medida as quotas de mercado, a representatividade do fornecedor na faturação da empresa Visada (§§ 135 e 136 da NI) ou números absolutos relativos ao volume de negócios da Visada (§138 e §787 da NI) possam servir para algo mais do que para a mera completude da NI.
- ddd. O artigo 31.º, n.º 3 da LdC não serve para assegurar a completude da NI.
- eee. Está em causa informação que ninguém, nem mesmo a AdC, nega dever ser abrangida pelo regime da tutela dos segredos de negócio ou outra informação confidencial.
- fff. Aceitar a transcrição de valores absolutos (ou percentuais) na NI equivaleria a deitar por terra todo o processo de classificação de confidencialidades, no decurso do qual os intervalos de valor utilizados em substituição dos referidos



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

valores foram já acomodados à necessidade de garantir uma transparência mínima das variações numéricas em causa.

ggg. A esta luz, saem, não só defraudados o sentido e o escopo da permissão normativa prevista no artigo 31.º, n.º 3 da LdC, como também o próprio processo de classificação de confidencialidades, tal como previsto na lei, e já concretizado no presente processo.

Dos dados pessoais de pessoas singulares, não Visadas no processo

hhh. A MCH preparou e submeteu à AdC Versões Não Confidenciais dos documentos listados em anexo à Deliberação recorrida, que se limitaram, na grande parte dos casos, a trincar os nomes pessoais dos colaboradores não Visados no processo, divulgando tudo o mais.

iii. A AdC decidiu, porém - de forma deliberada, e sem apresentar uma qualquer explicação razoável para o efeito - verter na NI as versões integrais de alguns desses documentos (v. por exemplo, §§268-270, 299, 349, 351, 353, 371 e 732).

jjj. Em resultado dessa transcrição, resultam violados o direito à autodeterminação informativa dos colaboradores da MCH, previsto e consagrado no artigo 35.º, n.º 4 da CRP e no artigo 8.º da CDFUE.

kkk. A definição de dados pessoais (prevista no artigo 4.º 1) do RGPD) inclui toda a informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável.

lll. A AdC tem o dever de impossibilitar o acesso de terceiros aos dados pessoais constantes do processo, quando esse acesso se faça em termos mais amplos do que aqueles previstos no artigo 33.º, n.º 4 da LdC e permitidos pelo legislador.

mmm. Além desse dever preventivo, a AdC encontra-se, ainda, obrigada a não verter os referidos elementos na NI.

nnn. A AdC incumpriu o seu dever de garante, em violação frontal e manifesta do direito à autodeterminação informativa dos colaboradores da MCH, não Visados no processo, direito esse previsto e consagrado no artigo 35.º, n.º 4 da CRP.

ooo. A AdC desrespeitou, ainda, os mais basilares princípios aplicáveis ao tratamento de dados pessoais, tal como determinados no RGPD, em particular, o princípio da minimização dos dados, decorrente da alínea c) do artigo 5.º daquele diploma.

ppp. Nem o respeito pelas finalidades da recolha, nem o princípio da proibição do excesso foram cumpridos.

qqq. O tratamento dos dados deve ser adequado, pertinente e não excessivo e a mera completude ou melhor fundamentação da NI, não é uma hipótese de ultima ratio.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

- rrr. Nas NI's proferidas em processos em tudo semelhantes ao presente, não figuraram os nomes dos colaboradores das empresas, mas os respetivos descritivos de substituição, do tipo [colaborador da empresa X].
- sss. Por via da identificação clara dos colaboradores da MCH em causa nas concretas comunicações, há, ainda, uma dimensão de competitividade da própria empresa Visada – a MCH – que é indiretamente posta em crise.
- ttt. A referida divulgação poderá levar ao aliciamento de colaboradores da MCH, que se afigurem reunir competências relevantes para os interesses das demais Co-Visadas.
- uuu. A transcrição dos nomes dos colaboradores da MCH, não Visados no processo, na NI, poderá provocar-lhes uma sensação de «constante vigilância».
- vvv. Os emails onde surgem os referidos nomes permitem que os Co-Visados daí retirem conclusões muito precisas sobre um conjunto de aspetos atinentes à vida privada dos colaboradores da MCH, em causa nas referidas comunicações.
- www. Esta vigilância contínua é de molde a provar um sentimento de receio constante pelos colaboradores em MCH, que veem a sua «pegada profissional» resumida numa Nota de Ilícitude.
- xxx. Nos termos do artigo 23.º, n.º 1 da Lei n.º 58/2019, de 8 de agosto «1 - O tratamento de dados pessoais por entidades públicas para finalidades diferentes das determinadas pela recolha tem natureza excecional e deve ser devidamente fundamentado com vista a assegurar a prossecução do interesse público que de outra forma não possa ser acautelado, nos termos da alínea e) do n.º 1, do n.º 4 do artigo 6.º e da alínea g) do n.º 2 do artigo 9.º do RGPD».
- yyy. A partir do momento em que as pessoas singulares, Co-Visadas no processo, se encontram, já, determinadas, e considerando que as Versões Não Confidenciais enviadas pela MCH à AdC, divulgam praticamente o teor integral das comunicações em causa, a única finalidade que poderá estar aqui em causa é a de, com isso, a AdC procurar uma NI mais completa.
- zzz. Não é essa a finalidade do artigo 31.º, n.º 3 da LdC, nem pode ela subverter direitos fundamentais como os que se encontram aqui em causa.
- aaaa. **Nestes termos e nos demais de Direito aplicável, deverá ser declarado integralmente procedente o presente recurso e, em consequência, ser: ordenada a revogação da Deliberação Final do Conselho da AdC, de 23 de junho, notificada através do Ofício S-AdC/2020/2026, de 24 de junho de 2020, e, em consequência, a sua substituição por outra que não inclua referência a informação relativa a dados pessoais e a dados numéricos**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

constantes das respostas a pedidos de elementos, nos termos acima descritos; e ordenada a revogação da NI, entretanto notificada a todos os Co-Visados, e a sua substituição por outra, na qual se ocultem os segmentos de natureza confidencial acima identificados contidos em meios de prova de acesso restrito, substituindo-se a referida transcrição por remissões para os documentos em causa.

3. A AdC apresentou alegações, nas quais pugnou pela manutenção da decisão recorrida, tendo formulado as seguintes conclusões:

OBJETO DO RECURSO

- a. É com a deliberação final do conselho de administração da AdC de 23.06.2020, que decidiu levantar as confidencialidades de algumas informações constantes de documentos necessários para imputação da infração cujas informações se mostram necessárias à correta e completa fundamentação da Nota de ilicitude a adotar nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º e do n.º 1 do artigo 25.º da mesma Lei, que a MCH não se conforma e que constitui o objeto do presente recurso ao qual, todavia, não assiste fundamento de facto ou de Direito, pelas razões que de seguida se passam a elencar.

DA LEGALIDADE DA DELIBERAÇÃO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO DA ADC DE 23.06.2020

- b. O resultado do processo de tratamento de confidencialidades condiciona invariavelmente o exercício de direitos de defesa na medida em que o acesso à informação que integra o processo é distinto conforme esteja em causa informação confidencial e não confidencial.
- c. Um menor rigor por parte da AdC na classificação de confidencialidades é suscetível de alargar o âmbito da informação confidencial que condiciona diretamente o acesso ao processo dos demais co-visados, impactando no seu exercício de direitos de defesa.
- d. A AdC tem de atuar na instrução de processos de modo a assegurar esta ponderação e equilíbrio entre a proteção dos segredos de negócio e o exercício de direitos de defesa dos visados.
- e. O tratamento e classificação de informação confidencial impõe à AdC um processo rigoroso, tendencialmente uniforme mas sempre dinâmico em razão das especificidades do caso concreto e das orientações jurisprudenciais que têm vindo a ser proferidas.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

- f. Não se podendo ignorar a extrema sensibilidade e complexidade do tema, pois estão em causa interesses e valores constitucionais em confronto, a AdC tem tentado sempre seguir o entendimento da jurisprudência e, perante cada caso concreto, encontrar a melhor solução com vista a que os direitos de defesa dos visados sejam restringidos o menos possível de modo a poderem exercê-los com a plenitude que à partida a natureza pública de um processo contraordenacional o obriga.
- g. A AdC, no caso sub judice constatou a necessidade de utilizar como meio de prova alguma da informação classificada pela MCH como confidencial (constante do anexo à deliberação da AdC) para imputar e demonstrar uma infração às normas de direito da concorrência, in casu à alínea a) do n.º 1 do artigo 9.º da Lei da Concorrência e alínea a) do n.º 1 do artigo 101.º do TFUE, consubstanciada numa fixação de preços por via de uma prática concertada de hub and spoke tendente a estabelecer, garantir ou, pelo menos, promover um alimento horizontal dos PVP dos produtos da Bimbo Donuts no mercado nacional de distribuição retalhista de base alimentar, que se manteve de forma ininterrupta durante, pelo menos, treze anos (2004-2017).
- h. De acordo com o n.º 3 do artigo 31.º da Lei da Concorrência, a AdC pode utilizar informação classificada como confidencial, sem prejuízo da garantia dos direitos de defesa dos visados pelo processo, quando esteja em causa informação necessária para a demonstração e consequente punibilidade de uma infração às normas de direito da concorrência.
- i. Deve entender-se como informação confidencial, para além daquela respeitante à atividade comercial da empresa em sentido estrito, toda a informação empresarial confidencial, bem como aquela que ao abrigo de outras normas do ordenamento jurídico foi tutelada, incluindo-se aqui os nomes dos colaboradores da empresa que são remetentes e destinatários dos elementos probatórios para imputar a infração, pois serão necessários, como se verá infra, para exercer em plenitude os direitos de defesa pelos visados do processo.
- j. No caso em que a AdC decide adotar uma NI imputando uma infração a um conjunto de visados no processo, verifica-se um confronto entre segredos de negócio e/ou outra informação confidencial, por um lado, e defesa do visado em plenitude, por outro, o qual este último deve prevalecer.
- k. Afirmar que a Autoridade, ao verter tais elementos confidenciais na NI, pretendeu, à margem do preceituado no n.º 3 do artigo 31.º da LdC, proceder à mera completude da NI, violando com tal conduta o seu direito de segredo de negócio,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

corresponde a uma visão manifestamente redutora sobre o verdadeiro âmago subjacente à transcrição desses elementos.

- l. Trata-se, diversamente, de garantir o equilíbrio entre a proteção do direito de segredo de negócio da Recorrente e de salvaguardar as garantias de defesa das Co-Visadas no presente processo, equilíbrio esse que a Autoridade buscou ao transcrever, de acordo com o modus operandi em crise, os elementos confidenciais para a NI, arredado de qualquer juízo de desproporcionalidade, obscuridade e parcialidade.
- m. Outra solução poderia ferir e restringir o direito constitucional constante do n.º 10 do artigo 32.º da CRP.
- n. E através da NI que se dá conhecimento, pela primeira vez, aos visados de um processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, dos factos que permitem demonstrar a infração de que são acusados.
- o. A indicação do acervo probatório consubstancia um elemento fundamental da nota de ilicitude, à semelhança da indicação das provas na acusação, de forma a possibilitar a plena e adequada defesa dos Visados, para poderem, em plenitude, responderem à NI expondo o seu ponto de vista sobre as questões de facto e de direito relevantes para a decisão final, contraditar as provas contra si apresentadas, requerer à AdC a realização das diligências adicionais de prova que repute necessárias ou requerer a realização de uma audição oral – o que a Autoridade logrou fazer.
- p. Sem prejuízo de a AdC entender que aquela metodologia não constitui uma ilegalidade, a verdade é que a mesma é suscetível de condicionar o acesso ao processo de informação utilizada para demonstrar a infração, entendendo-se ser mais curial que co-visadas possam a aceder diretamente a toda a informação que constitui a prova da infração, ao invés de terem de se deslocar à AdC, por intermédio de advogado, para acederem ao processo integral em data room.
- q. Deverá estar na disponibilidade da Autoridade que, em cada caso, decida qual a informação que melhor fundamenta a imputação que pretende levar a cabo e que melhor permita aos destinatários dessa imputação exercer os seus direitos de defesa.
- r. Pretendeu a Autoridade salvaguardar, de forma equilibrada e independente, os direitos e interesses de todas as Visadas, com a nuance que, em face das circunstâncias do caso concreto, e pelas razões apontadas, as garantias de defesa das Visadas deviam prevalecer sobre o direito de segredo de negócio da Recorrente.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

- s. Se é certo que as particulares diferenças existentes entre o ilícito penal e o ilícito contraordenacional impedem a transposição mutatis mutandi das prerrogativas próprias do direito processual penal para o processo sancionatório, também é certo que essa limitada aplicação das garantias de defesa no âmbito do ilícito de mera ordenação social reclama da Autoridade especiais exigências na salvaguarda das (mais reduzidas) garantias de defesa dos Visados em causa nos processos contraordenacionais.
- t. Perante uma diminuição das garantias em processo contraordenacional, é essencial que os direitos de defesa sejam completamente assegurados – até, reitere-se por imposição constitucional, como previsto no n.º 10 do artigo 32.º da CRP.
- u. O regime decorrente do n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência não permite uma equiparação efetiva entre o acesso ao processo pelos visados e o acesso que é feito pelo seu mandatário ou assessor económico, até porque, de resto, as empresas não são obrigadas a constituir mandatário em processo de contraordenação, pelo que, se o visado não tiver advogado nunca poderá aceder à informação classificada como confidencial para cabal exercício dos seus direitos de defesa.
- v. Ainda que as empresas constituam mandatário, será uma falácia considerar que os direitos de defesa serão plenamente assegurados se os advogados tiverem que se apresentar na AdC todos os dias para consulta do processo.
- Dos Valores Numéricos*
- w. A forma como a Autoridade disponibilizou esses elementos na NI, por exemplo, de forma agregada, para não fornecer informações sensíveis às visadas, conforme exemplos infra, não só não violou o dever de acautelar o direito de segredo de negócio da aqui Recorrente, como, simultaneamente, acautelou as garantias de defesa das Co-Visadas.
- x. Veja-se, a título exemplificativo, a Figura 10 relativa Representatividade da Bimbo Donuts na faturação da MCH nos mercados identificados para revenda MDF (em %), entre 2010 a 2017, constante da NI, na qual se pode observar que a Autoridade procede à indicação em valores aproximados, da qual infere que “a representatividade da Bimbo Donuts no mercado dos pães pré-embalados e bolos para revenda MDF se situou entre 35% e 50% da faturação da MCH nos anos de 2010 a 2017. Para o mercado dos substitutos de pão para revenda MDF, a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

- representatividade situou-se entre 0% a 20% da faturação da MCH para o mesmo período de análise”¹.
- y. A respeito do volume de negócios, veja-se, também, a Tabela 4, constante da NI2, relativa ao Volume de negócios da MCH com a venda de pães pré-embalados, substitutos de pães e bolos, no mercado de distribuição retalhista de base alimentar, no período compreendido entre 2010 a 2017, na qual a Autoridade procede, mais uma vez, ao tratamento de tais dados através da mera aproximação de valores.
- z. Veja-se, por exemplo, o documento BakeryDonuts6243 que consiste num email de 6 de fevereiro de 2006, sobre o assunto “PVP – Alinhamento”, enviado por uma KAM da Bimbo Donuts ao seu interlocutor na loja da Auchan nas Amoreiras, que permite demonstrar a existência de um acordo prévio entre a Bimbo Donuts e várias insígnias (incluindo, MCH, Feira Nova, Dia e Pingo Doce).
- aa. Existem razões por demais evidentes para a Autoridade ter procedido à transcrição de documentos e elementos com conteúdo confidencial, quer para fundamentar a imputação da infração à Recorrente, quer para assegurar a plena garantia dos direitos de defesa das restantes visadas, sem que com essa conduta tenha, em momento algum, beliscado o direito ao segredo de negócio da Recorrente.
- bb. Subjacente ao caráter fundamental do acesso das restantes visadas a documentos e a elementos cujo conteúdo se considera confidencial, encontram-se também razões de transparência e de imparcialidade na aplicação da coima pela Autoridade, bem como a exigência pelo respeito do princípio da igualdade, quer na sua vertente material, quer na sua vertente objetiva (artigo 13.º CRP).
- cc. Nos termos da alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da LdC, com a notificação da nota de ilicitude são comunicados ao visado pelo processo os critérios a considerar na determinação concreta da coima, nomeadamente o volume de negócios total considerado para efeitos da moldura abstrata da coima, o volume de negócios relacionado com a infração ou, se for caso disso, o volume de negócios total do visado pelo processo no último ano da infração, a qualificação da gravidade da infração e a duração da mesma, sem prejuízo dos elementos e informações que forem trazidos ao conhecimento da Autoridade durante a instrução do processo, designadamente a pronúncia do visado.

¹ Cfr. parágrafo 136 da NI.

² Cfr. parágrafo 138 da NI.

³ Cfr. parágrafo 193 da NI.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

dd. Se é certo que na NI não é comunicada a concreta coima a aplicar, por não se encontrarem reunidos, ainda, os elementos necessários para a sua determinação, também é certo que o acesso aos elementos supra referidos permite, além do mencionado juízo valorativo sobre a imparcialidade e legalidade da coima aplicada pela Autoridade, previamente às Visadas pronunciarem-se cabalmente sobre as imputações que lhe são feitas, produzir prova pré-constituída e, eventualmente, requerer prova constituenda, elementos estes que, como bem se sabe, são suscetíveis, a final, de modificarem o juízo inculpatório inicialmente formado pela Autoridade quanto aos elementos objetivos ou subjetivos da infração imputada.

Dos Dados Pessoais

- ee. É nesta fase que os visados têm a oportunidade de requerer a realização de diligências complementares de prova e/ou audições orais, ao abrigo dos n.ºs 1 e 2, respetivamente, do artigo 25.º da LdC.
- ff. Para esses efeitos, poderão as visadas considerar relevante requerer a inquirição de algum dos funcionários/colaboradores que participem na troca de correspondência eletrónica em evidência na NI, usada como prova para imputação da infração.
- gg. Poderão as visadas considerar relevante para outros fins da sua defesa saber quais os colaboradores que participaram na correspondência e que possam já não colaborar com a empresa em questão.
- hh. O período temporal em causa neste processo contraordenacional vai de 2004 a 2017 (cerca de 13 anos!), período durante o qual certamente muitos dos colaboradores da MCH foram alterando, podendo já não se manter hoje em funções, inclusivamente, colaboradores de cargos de chefia que poderão ter tido um papel relevante na infração (ainda que não sejam considerados visados).
- ii. O facto é que esta informação consubstancia um elemento subjetivo da prova e, na ponderação entre a proteção de informação confidencial e direitos de defesa das visadas, não existem razões para a AdC ocultar esta informação das visadas.
- jj. Veja-se, neste sentido, a Sentença do Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão, de 18.06.2020, processo n.º 244/18.9YUSTR-B.
- kk. A AdC no caso em concreto, considerou que era necessário para os fins referidos, e portanto entendeu que esta informação utilizada especificamente na NI não poderia merecer proteção, sob pena de a apreensão do teor da NI por parte das demais co-visadas poder ficar comprometida.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

- ll. O tratamento realizado pela AdC destes dados pessoais é perfeitamente lícito, à luz do ponto 2 do artigo 4.º e da alínea e) do n.º 1 do artigo 6.º do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados, uma vez que o tratamento em causa no âmbito deste recurso destina-se à utilização desses dados numa nota de ilicitude, para imputação de infrações jusconcorrenciais,
 - mm. Assim preenchendo o critério do interesse público, uma vez que, nos termos da alínea f) do artigo 81.º da CRP4, a proteção da concorrência constitui uma das incumbências prioritárias do Estado.
 - nn. Pelo exposto, deverá a decisão recorrida ser mantida na íntegra, improcedente o recurso interposto pela Recorrente.
 - oo. Nestes termos e nos demais de direito aplicáveis, deverá ser negado provimento ao recurso e, em consequência, confirmada a deliberação do conselho de administração da AdC de 23 de junho de 2020.
4. Procedeu-se à realização da audiência de julgamento com observância das formalidades legais.
5. Não há questões prévias, nulidades ou exceções que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO:

6. Com relevo para a presente decisão ficaram provados, com base na prova documental junta aos autos, os seguintes factos:

Respostas da MCH a pedidos de elementos da AdC (*'respostas a pedidos de elementos'*) - valores numéricos:

- a. A 3 de julho de 2018, e, posteriormente, a 6 de dezembro de 2019, a AdC solicitou à MCH, através, respetivamente, dos Ofícios Ref.^a S-AdC/2018/1557, de 3 de julho de 2018 (*'Primeiro Pedido de Elementos'*) e Ref.^a S-AdC/2019/4963, de 6 de dezembro de 2019 (*'Segundo Pedido*

⁴ "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

- de Elementos'), a prestação de um conjunto de informações, documentos e elementos, listados em anexo aos mesmos Ofícios, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 15.º; n.º 2, do artigo 17.º e da alínea a) do n.º 1 do artigo 18.º da LdC (cf. suporte de gravação de fls. 314, documentos n.sº 11 e 19).
- b. A MCH respondeu aos referidos pedidos de elementos nos dias 17, 20 e 27 de julho, 16 de agosto, 18 de setembro e 1 de outubro de 2018 (quanto ao Primeiro Pedido de Elementos) e em 20 de dezembro de 2019 (quanto ao Segundo Pedido de Elementos), submetendo, de igual modo Versões Não Confidenciais dos documentos em questão (cf. suporte de gravação de fls. 314, documentos n.ºs 12, 13, 14, 15, 17, 18 e 20).
- c. Depois da prolação, pela AdC, do seu Sentido Provisório de Decisão, e uma vez concluídas as demais interações processuais entre aquela e a MCH, a Recorrente veio a ser notificada, no passado dia 10 de janeiro de 2020, da Decisão Final da AdC relativamente às classificações de confidencialidades da Visada, quanto a respostas a pedidos de elementos - cf. Ofício S-AdC/2020/128, de 10 de janeiro de 2020 (Decisão final: tratamento de informação classificada como confidencial – pedidos de elementos), que consta no suporte de gravação de fls. 314, documento n.º 23, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.
- d. Essa decisão não foi objeto de impugnação judicial pela MCH, tendo a Recorrente remetido à AdC, a 24 de janeiro de 2020, Versões Não Confidenciais das respostas aos pedidos de elementos, em conformidade com o determinado pela AdC na sua Decisão Final, de 10 de janeiro de 2020, que consta no suporte de gravação de fls. 314, documento n.º 24, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.
- e. Em concreto, a MCH procedeu à substituição dos valores numéricos absolutos ou relativos, constantes das respostas a pedidos de elementos, pelos intervalos de valor, que a AdC entendeu adequados



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

(cf. Ofício S-AdC/2020/125, de 10 de janeiro de 2020) – cf. suporte de gravação de fls. 314, documento n.º 24.

Mensagens de correio eletrónico (*'prova apreendida'*):

- f. A Recorrente foi notificada, a 16 de maio de 2018, pela AdC para, nos termos do n.º 2 do artigo 30.º da LdC, identificar as informações que considerasse confidenciais por motivo de segredo de negócio – cf. Ofício Ref.ª S-AdC/2018/1032 – Pedido de identificação de informação confidencial, incluindo respetivos anexos em suporte informático, de documentos apreendidos em instalações da MCH (cf. suporte de gravação de fls. 314, documento n.º 5).
- g. Em 20 de junho de 2018, a Recorrente procedeu à identificação da informação de natureza confidencial, submetendo, simultaneamente, Versões Não Confidenciais e descrições sumárias dos documentos expurgados dos elementos confidenciais – cf. Resposta da MCH, de 20 de junho de 2018, incluindo respetivos anexos em suporte informático, que consta no suporte de gravação de fls. 314, documento n.º 6.
- h. Depois da prolação, pela AdC, do seu Sentido Provisório de Decisão, e após várias interações processuais entre aquela e a MCH, no âmbito e no decurso do processo de classificação de confidencialidades, a Recorrente veio a ser notificada, no passado dia 10 de janeiro de 2020, da Decisão Final da AdC relativamente às classificações de confidencialidades da MCH, quanto à prova apreendida – cf. Ofício S-AdC/2020/125, de 10 de janeiro de 2020 (Decisão final: tratamento de informação classificada como confidencial, incluindo respetivos anexos em suporte informático), que consta no suporte de gravação de fls. 314, documento n.º 8, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.
- i. Na sequência de tal decisão, a MCH, apresentou à AdC, a 24 de janeiro de 2020, Versões Não Confidenciais dos aludidos emails em conformidade com o teor da Decisão Final da AdC em matéria de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

confidencialidade da prova apreendida, versões corrigidas, posteriormente a 6 de fevereiro de 2020, pelo facto de a MCH se ter apercebido de que algumas dessas Versões Não Confidenciais se não encontravam integralmente de acordo, como pretendido, com a referida Decisão Final, que constam no suporte de gravação de fls. 314, documentos n.ºs 9 e 10, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.

- j. A informação dos aludidos emails que está truncada nas Versões Não Confidenciais entregues à AdC corresponde, em concreto, ao nome e o endereço de email das pessoas singulares, colaboradoras da MCH, não Visadas no processo contraordenacional, que estão envolvidas nessas comunicações, informação essa que a MCH, em cumprimento da Decisão Final da AdC em matéria de confidencialidades, manteve truncada, e substituiu por uma designação alternativa – sigla em substituição do nome e a menção «email Sonae» ou «email MCH» acompanhadas, depois, de uma lista de correspondências entre as siglas e os cargos, área e empresa desses mesmos colaboradores, lista essa também remetida à AdC – cf. suporte de gravação de fls. 314, documentos n.ºs 9 e 10.

Nota de ilicitude:

- k. Em momento prévio ao da adoção da Deliberação Recorrida, a MCH foi notificada, através do Ofício Ref.ª S-AdC/2020/1482, de 28 de abril de 2020, de uma Deliberação Provisória do Conselho de Administração da AdC, também de 28 de abril de 2020, ('Deliberação Provisória'), no mesmo sentido daquele que veio a constar da Deliberação Final, visando a divulgação, na nota de ilicitude (doravante "NI"), de informação cuja confidencialidade foi aceite pela AdC (cf. fls. 111 a 120, documento nº 1 junto pela AdC).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

- l. Por via desse Ofício e Deliberação a ele anexa, foi concedido à MCH o prazo de 10 (dez) dias úteis, para, querendo, se pronunciar nos termos nele previstos (cf. fls. 111 a 120, documento n.º 1 junto pela AdC).
- m. A MCH apresentou tal pronúncia (cf. fls. 140 a 153, documento n.º 4 junto pela AdC).
- n. Em 25.06.2020, a AdC notificou a MCH da deliberação final adotada pelo Conselho de administração em 23.06.2020, cuja cópia consta a fls. 157 a 162, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor (documento n.º 5 junto pela AdC), que decidiu *“1. Determinar a utilização, para efeitos de demonstração e imputação às Visadas, dos factos que constituem a infração, e consequente punibilidade, das informações classificadas como confidenciais pelas Visadas, ou seja, na medida em que as referidas informações se mostram necessárias à correta e completa fundamentação da Nota de ilicitude, e nos demais termos referidos na Deliberação de 28 de abril de 2020, nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 31.º da Lei n.º 19/2012. 2. O conjunto de informações classificadas como confidenciais pelas Visadas a utilizar pela Autoridade encontra-se identificado nos anexos à presente Deliberação, fazendo parte integrante da mesma.”*, sendo esta a decisão impugnada e constando, no seu anexo, entre o mais os seguintes documentos: MCH1119; MCH1120; MCH1121; MCH1122; MCH1129; MCH1131; MCH1132; MCH1133; MCH1134; MCH1134; MCH1135; MCH1136; MCH1137; MCH1139; MCH1140; MCH1142; MCH1143; MCH1144; MCH1146; MCH1150; MCH1151; MCH1154; e MCH1721.
- o. Em 25.06.2020, a AdC notificou a MCH da NI, cuja cópia consta a fls. 167 a 313, dando-se aqui por integralmente reproduzido o seu teor (documento n.º 6 junto pela AdC).
- p. Na nota de ilicitude, a AdC utilizou os dados e os elementos prestados pela MCH, em sede de respostas a pedidos de elementos supra referidos nas alíneas a) a e), para a construção de gráficos de



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

- representatividade do fornecedor, Co-Visado, na faturação da empresa MCH, nos mercados identificados para revenda MDD e MDF, e colocou na NI os dados relativos ao volume de negócios da MCH, com a venda de pães pré-embalados, substitutos de pães e bolos no mercado de distribuição retalhista alimentar, através de valores numéricos absolutos, nos termos que constam nos pontos 135, 136, 138 e 787 da NI, cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.
- q. Mais fez constar os nomes dos colaboradores da MCH, que se encontravam truncados nas versões não confidenciais das mensagens de correio eletrónico aceites pela AdC, nos termos supra indicados nas alíneas f) a j), como é o caso das mensagens reproduzidas nos pontos 268-270 (documentos MCH1133 e MCH1144), 299 (documento MCH1140), 346 (MCH1150), 349 (documento MCH1134), 351 (documento MCH1120), 353 (documento MCH1120), 371 (documento MCH1721) e 732 (documento MCH1721), cujo teor aqui se dá por integralmente reproduzido.
- r. A 25 de junho, a AdC promoveu igualmente a notificação da NI aos representantes legais de todas as Visadas – cf. email de fls. 164 (documento n.º 6 junto pela AdC).
- s. Com essa notificação, o processo passou a estar disponível para consulta pelos demais Co-Visados no processo, ainda de acordo com o mesmo email de 25 de junho «(...) *nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 33.º da Lei da Concorrência, o processo está disponível para acesso em dataroom, nas instalações da AdC, mediante agendamento prévio (versão confidencial) [cf. n.º 4 do artigo 33.º da Lei da Concorrência], e mediante cópia, a pedido (versão não confidencial) [cf. n.º 1 do artigo 33.º da Lei da Concorrência], salientando-se que a referida cópia se destina (exclusivamente) a assegurar os direitos de audição e defesa*» - cf. email de fls. 164 (documento n.º 6 junto pela AdC).



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

7. Não há factos não provados com relevo para a decisão da causa.

FUNDAMENTAÇÃO DE DIREITO:

8. Conforme resulta dos factos provados, a AdC verteu na nota de ilicitude informação que classificou como confidencial, designadamente:
- a. por um lado, utilizou os dados e os elementos prestados pela MCH, em sede de respostas a pedidos de elementos (cf. alíneas a) a e) dos factos provados), para a construção de gráficos de representatividade do fornecedor, Co-Visado, na faturação da empresa MCH, nos mercados identificados para revenda MDD e MDF, e colocou na NI os dados relativos ao volume de negócios da MCH, com a venda de pães pré-embalados, substitutos de pães e bolos no mercado de distribuição retalhista alimentar, através de valores numéricos absolutos, nos termos que constam nos pontos 135, 136, 138 e 787 da NI – cf. alínea p) dos factos provados;
 - b. e, por outro lado, as versões integrais de mensagens de correio eletrónico cujas versões não confidenciais truncavam os nomes pessoais dos colaboradores não visados no processo (como é o caso dos pontos 268-270, 299, 349, 351, 353, 371 e 732 da NI) – cf. alíneas f) a j) e q) dos factos provados.
9. A Recorrente considera, pelos fundamentos *supra* reproduzidos a relativos às conclusões do seu recurso, que ao verter esta informação na nota de ilicitude, a AdC cometeu dois erros:
- a. Em primeiro lugar, errou quanto ao pressuposto de que partiu, nomeadamente, o da possibilidade de usar o artigo 31.º, n.º 3, da LdC para verter – mediante uma transcrição literal –, na NI, informação confidencial;
 - b. Em segundo lugar, a AdC errou quando concluiu no sentido da necessidade – para efeitos de prova da infração ou de imputação da mesma às Visadas – informações essas, em nada pertinentes para



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

qualquer um desses efeitos, ou que, pelo menos, não o são, em medida superior à valia que já resultaria da utilização das Versões Não Confidenciais, enviadas pela MCH à AdC, e onde tais elementos surgem substituídos por descritivos adequados e validados pela própria AdC.

10. Mais sustenta que ao proceder nestes termos, a AdC vem legitimar violações do direito ao segredo de negócio da Visada e, ainda, (iii) violações do direito à autodeterminação informativa dos seus colaboradores, não Visados no processo.
11. Vamos analisar as informações *supra* indicadas em separado.

*

Valores numéricos relativos indicados nas respostas da MCH a pedidos de elementos da AdC:

12. Concorda-se com a Recorrente no sentido de que o artigo 31.º, n.º 3, da LdC, não serve de fundamento para a inclusão na nota de ilicitude de informações classificadas como confidenciais, uma vez que diz respeito aos meios de prova e tem de ser conjugado com o artigo 33.º, n.º 4, da LdC. Contudo, isso não significa que a AdC não pudesse proceder nos termos em que o fez, pois, conforme se tentará expor de seguida, o regime de proteção de segredos de negócio consagrado na LdC não é aplicável à nota de ilicitude.
13. Assim, a LdC prevê normas específicas para proteção dos segredos de negócio, designadamente os artigos 30.º, 31.º, n.º 3 e 33.º, n.º 4, todos da LdC.
14. No n.º 1 do artigo 30.º, da LdC, consagra-se o dever da AdC de, na instrução do processo, acautelar o interesse legítimo das empresas, associações de empresas ou outras entidades na não divulgação dos seus segredos de negócio. Nos restantes números do preceito prevê-se um procedimento tendente à classificação da informação recolhida no âmbito das diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º e sempre que a Autoridade da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1.º Juízo

Concorrência pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de ser classificadas como segredos de negócio.

15. Por sua vez, no n.º 3 do artigo 31.º, da LdC, o legislador esclarece que a AdC pode utilizar como meios de prova para a demonstração de uma infração às normas da concorrência previstas na LdC 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.
16. Por fim, no n.º 4, do artigo 33.º, da LdC, na redação dada pela Lei n.º 23/2018, de 05.06, estipula-se que o acesso a documentos contendo informação classificada como confidencial, independentemente de ser utilizada ou não como meio de prova, é permitido apenas ao advogado ou ao assessor económico externo do visado 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, não sendo permitida a sua reprodução, total ou parcial por qualquer meio, nem a sua utilização para qualquer outro fim, sem prejuízo do disposto no n.º 7 do artigo 12.º, e nos artigos 14.º e 16.º da Lei n.º 23/2018, de 5 de junho.
17. Através deste regime legal, o legislador procurou conciliar os vários interesses juridicamente protegidos em conflito, que são os seguintes: os interesses salvaguardados pelos segredos de negócio; o direito de defesa dos visados; e a publicidade do processo. Contudo, este regime não é extensivo à nota de ilicitude. Conclui-se nestes termos por várias razões.
18. Em primeiro lugar, a nota de ilicitude contém normas próprias (cf. artigos 24.º, n.º 3, alínea a) e 25.º, n.º 1, ambos da LdC) e essas normas não incluem qualquer referência ao artigo 33.º, n.º 4, da LdC.
19. Em segundo lugar, as normas do artigo 30.º, da LdC, que preveem procedimentos concretos de classificação de informação confidencial referem



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

especificamente a informação recolhida no âmbito das diligências previstas nas alíneas c) e d) do n.º 1 do artigo 18.º e sempre que a Autoridade da Concorrência pretenda juntar ao processo documentos que contenham informações suscetíveis de ser classificadas como segredos de negócio. A nota de ilicitude não é uma informação recolhida no âmbito das diligências referidas, nem um documento que a AdC junta ao processo, mas uma peça processual produzida pela AdC no processo. Ora, o n.º 4 do artigo 33.º, da LdC, aplica-se ao acesso a *documentos contendo informação classificada como confidencial*, ou seja, a norma pressupõe um procedimento prévio de classificação da informação, designadamente o procedimento previsto no artigo 30.º, da LdC, que não inclui a nota de ilicitude.

20. Em terceiro lugar, a nota de ilicitude a que aludem os artigos 24.º, n.º 3, alínea a), e 25.º, n.º 1, ambos da LdC, cumpre, no processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, o disposto no artigo 50.º, do RGCO. Este preceito é uma concretização na lei ordinária dos direitos de audiência e defesa consagrados no artigo 32.º, n.º 10, da Constituição, que, segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional, exarada no acórdão nº 659/2006 e reiterada em outros arestos, nomeadamente nos acórdãos nº 461/2011 e nº 73/2012, implica, no essencial, “a inviabilidade constitucional da aplicação de qualquer tipo de sanção, contraordenacional, administrativa, fiscal, laboral, disciplinar ou qualquer outra, sem que o arguido seja previamente ouvido (direito de audiência) e possa defender-se das imputações que lhe são feitas (direito de defesa), reagindo contra uma acusação prévia, apresentando meios de prova e requerendo a realização de diligências tendentes a apurar a verdade”⁵.
21. É, assim, essencial para o exercício deste direito que o arguido tenha conhecimento das imputações que lhe são feitas. O que implica, de acordo com o acórdão do Tribunal Constitucional nº 99/2009, “a descrição sequencial, narrativamente orientada e espaço-temporalmente circunstanciada, dos

⁵ In www.tribunalconstitucional.pt.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

elementos imprescindíveis à singularização do comportamento contraordenacionalmente relevante; e que essa descrição deve contemplar a caracterização, objetiva e subjetiva, da ação ou omissão de cuja imputação se trate⁶. Trata-se, no essencial, da fórmula adotada pelo Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de fixação de jurisprudência nº 1/2003, publicado no Diário da República I série nº 21, de 25.01.2003, e que é a seguinte: deverão ser fornecidos “os elementos necessários para que o interessado fique a conhecer todos os aspetos relevantes para a decisão, nas matérias de facto e de direito (artigo 101º, nº 2)”.

22. Note-se que, segundo o Tribunal Constitucional, a comunicação ao arguido dos factos que lhe são imputados, a comunicação da respetiva qualificação jurídica e a comunicação das sanções que incorre *são essenciais de modo a que seja assegurado o direito de defesa, pois sem o acesso a tais informações, não poderiam os arguidos lançar mão, em termos substantivos, das garantias de defesa previstas na Constituição* – cf. acórdão n.º 537/2011.
23. Sendo assim, é de concluir – agora numa perspetiva teleologicamente orientada e conforme com a Constituição – que a solução prevista no artigo 33.º, n.º 4, da LdC, aplicada à nota de ilicitude redundaria na falência do núcleo essencial do direito de defesa.
24. Por conseguinte, não só a letra da lei e a sua ordenação e conjugação sistemáticas são reveladoras de que a nota de ilicitude não está incluída no âmbito de aplicação do artigo 33.º, n.º 4, da LdC, como essa interpretação é imposta de um ponto de vista teológico, que considera a finalidade da nota de ilicitude, e por uma leitura constitucionalmente conforme.
25. A conclusão precedente não significa que tudo o que é vertido na nota de ilicitude deixa de estar abrangido pelo disposto no artigo 33.º, n.º 4, da LdC. O critério não pode ser evidentemente um critério puramente formal, sob pena de, conforme alerta a Recorrente, se incorrer numa fraude à lei. O critério tem

⁶ In www.tribunalconstitucional.pt.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

de ser material e atender à finalidade da nota de ilicitude, enquanto concretização do núcleo essencial do direito de defesa constitucionalmente consagrado. Por conseguinte, dever-se-á concluir que **o conteúdo da nota de ilicitude não está abrangido pelo disposto no artigo 33.º, n.º 4, da LdC, quando se reporta à narrativa dos factos imputados e suscetíveis de consubstanciar a infração imputada e também dos factos com relevo para a escolha e determinação das sanções.** Ou seja, os factos que são necessários, por um lado, para a AdC cumprir a sua missão de defesa da concorrência e, por outro lado e concomitantemente, para os visados exercerem o seu direito de defesa.

26. O que – note-se – não inclui a reprodução de meios de prova, quando essa reprodução não é necessária para a concretização dos factos imputados e dos factos relevantes para a escolha e determinação da sanção. Efetivamente, o Tribunal Constitucional esclarece, no citado acórdão n.º 537/2011, que o artigo 50.º, do RGCO não impõe que a notificação aí prevista contenha a alusão às provas tidas em conta pela autoridade administrativa e que sustentam a imputação que lhes é dirigida. Mesmo que se considere que este entendimento é discutível em determinados casos⁷, é, ainda assim, absolutamente incontroverso, que o artigo 50.º, do RGCO, podendo eventualmente implicar a indicação dos meios de prova, não exige a reprodução do seu conteúdo, quando essa reprodução não é, conforme referido, necessária para a concretização dos factos imputados e dos factos relevantes para a escolha e determinação da sanção.
27. Por conseguinte, é necessário efetuar a distinção entre factos e meios de prova. A narrativa dos factos que consubstanciam a contraordenação e que são relevantes para a escolha e determinação da sanção deve constar na nota de ilicitude e não está abrangida pelo artigo 33.º, n.º 4, da LdC. A reprodução de meios de prova, quando essa reprodução não é necessária para a concretização

⁷ Cf. AUGUSTO SILVA DIAS, in *Direito das Contra-Ordenações*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 228.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

dos factos imputados e dos factos relevantes para a escolha e determinação da sanção, está abrangida pelo artigo 33.º, n.º 4, da LdC.

28. As conclusões precedentes não violam o princípio da proporcionalidade ou o princípio da proibição do excesso, pois apenas excluem do âmbito de aplicação do artigo 33.º n.º 4, da LdC, comunicações impostas pela proteção do núcleo essencial do direito de defesa.
29. Também não são afastadas pela proposta de Comunicação da Comissão, sobre a proteção de informação confidencial pelos Tribunais Nacionais, em processos de *private enforcement* no Direito da Concorrência da União Europeia (8), referida pela Recorrente, desde logo, porque é uma proposta. Para além disso, não tem valor vinculativo e destina-se aos processos de *private enforcement*.
30. Por fim, não se diga que o entendimento exposto torna inútil todo o procedimento prévio de classificação da informação e aniquila o núcleo essencial dos interesses protegidos pelos segredos de negócio. Esta conclusão não é correta, pois, por um lado, esse procedimento é prévio à nota de ilicitude e, como tal, é desencadeado numa fase do processo de recolha de prova na qual não é exigível à AdC que forme um juízo sobre a necessidade de divulgação de tais informações na nota de ilicitude. Adicionalmente, a divulgação na nota de ilicitude não abrange ou pode não abranger todos os documentos classificados como confidenciais. Por outro lado, a conclusão *supra* alcançada, no sentido de que a nota de ilicitude não está incluída no âmbito de aplicação do artigo 33.º, n.º 4, da LdC, nos termos indicados, não significa que aquele núcleo essencial que caracteriza materialmente a nota de ilicitude e que está excluído do artigo 33.º, n.º 4, da LdC, não tenha de ser conciliado com a proteção dos segredos de negócio. Essa conciliação resulta do princípio geral plasmado no artigo 30.º, n.º 1, do LdC. Contudo, as formas

⁸ COMMUNICATION FROM THE COMMISSION - Communication on the protection of confidential information by national courts in proceedings for the private enforcement of EU competition law, disponível em https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/communication_on_protection_of_confidential_information_en.pdf.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

de conciliação terão de ser encontradas e definidas de acordo com as regras de preenchimento das lacunas (cf. artigo 10.º do Código Civil). Para o efeito, considera-se que a proteção dos segredos de negócio na nota de ilicitude passa pela advertência por parte da AdC aos visados no sentido de que apenas poderão fazer uso daquela peça processual para o exercício do direito de defesa. Para além desta restrição do uso, há outras formas de conciliação, como ocultar os segmentos que não interessam a determinado co visado, porque não têm qualquer conexão com a sua responsabilidade.

31. Em face do exposto, conclui-se que, apesar da inclusão na NI de informação classificada como confidencial não poder ter suporte legal no artigo 31.º, n.º 3, da LdC, ainda assim a AdC podia fazê-lo, desde que respeitado o critério material *supra* exarado.
32. Cumpre, então, aferir se se verifica este critério material. A resposta é afirmativa. Com efeito, os valores numéricos relativos a quotas de mercado, representatividade do fornecedor na faturação da empresa visada, vertidos nos pontos 135 e 136 da NI, e os números absolutos relativos ao volume de negócios da Visada (pontos 138 e 787 da NI) são claramente relevantes para a perceção, com a maior acuidade possível, da gravidade da conduta imputada à MCH. O que é um fator muito importante para a escolha e determinação da medida das coimas. Quanto maior precisão houver nestes elementos mais ajustada poderá ser a sanção. Razão pela qual se justifica a indicação dos montantes respetivos, sem intervalos, mesmo que a amplitude destes seja reduzida. Tratando-se de factos com relevo para a escolha e determinação das sanções, é essencial que sejam comunicados a todos os Visados, para o exercício do seu direito de defesa, pois permite-lhes, num juízo de ponderação relativa, controlar a escolha e medida das sanções aplicáveis.
33. A circunstância da AdC ter, em outros processos similares (como os processos de contraordenação indicados pela Recorrente no artigo 137.º do recurso de impugnação), procedido de outra forma, designadamente substituindo a



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

informação em causa por intervalos de valor, não afasta as asserções precedentes, desde logo, porque o Tribunal não está vinculado aos juízos firmados pela AdC em outros processos.

34. Assim, pelas razões expostas, o recurso é improcedente quanto à informação em causa.

*

Nomes pessoais dos colaboradores da MCH não visados no processo – mensagens de correio eletrónico:

35. Passemos agora à análise da informação que diz respeito aos nomes pessoais dos colaboradores não visados no processo e que intervêm nas mensagens reproduzidas na nota de ilicitude.
36. O primeiro ponto relevante a considerar é que não está aqui em causa a proteção de segredos de negócio, por não se encontrarem razões na alegação da Recorrente para concluir no sentido de que a divulgação destes dados é suscetível de a prejudicar com seriedade. É certo que a Recorrente alega, nos artigos 169.º e 170.º do recurso de impugnação, que há *também uma dimensão de competitividade da própria empresa Visada – a MCH – que é indiretamente posta em crise com esta divulgação, já que a mesma permite o conhecimento e a apreensão imediata, pelas empresas Visadas suas concorrentes, de quem são os trabalhadores de um determinado departamento da empresa, como se organizam, como negociam e o quão eficaz ou criativamente o fazem, permitindo a esses Co-Visados concorrentes conhecer e testar as competências dos trabalhadores – pelos quais as empresas retalhistas concorrem como empregadoras – em “ambiente real”, o que lhes dá uma vantagem adicional para estratégias de aliciamento de tais trabalhadores.* Discorda-se, pois estão em causa algumas mensagens, não se percebendo como é que das mesmas se retira uma perceção global e suficiente acerca das capacidades dos trabalhadores da Recorrente suscetível de gerar interesse nos seus concorrentes. Para além disso, desconhecem-se as capacidades concretas



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

das pessoas envolvidas e da sua relevância para o negócio atual da Recorrente e do impacto que o seu aliciamento teria na sua atividade.

37. Por conseguinte, do que se trata é da tutela ao abrigo do regime de proteção de dados pessoais.
38. Delimitada a questão, constata-se que o regime previsto no artigo 30.º, da LdC, está apenas expressamente direcionado para a tutela dos segredos de negócio. É claro que é possível aplicá-lo por analogia a outras esferas de segredo. Contudo, no caso específico da proteção de dados pessoais é necessário levar em conta o Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais (Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho) e deve ser, à luz do mesmo, que se deverá procurar saber se o nome dos colaboradores envolvidos em comunicações consubstancia um dado pessoal merecedor de proteção e, em segundo lugar e em caso afirmativo, determinar como é que, nestas situações, se deve garantir essa proteção.
39. O Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados Pessoais (doravante “RPDP”) destina-se a tutelar o direito à autodeterminação informativa, consagrado, no nosso ordenamento jurídico, no artigo 35.º, da Constituição. Esse direito incide sobre operações de tratamento de dados pessoais. À luz das definições consagradas no artigo 4.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento, a recolha e divulgação do nome das pessoas é uma operação de tratamento de um dado pessoal.
40. O tratamento de dados pessoais está sujeito a um conjunto de princípios, consagrados no artigo 5.º, do diploma, entre os quais o princípio da licitude. De acordo com este princípio só pode haver tratamento de dados pessoais se for lícito e, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea e), do Regulamento, o tratamento é lícito, entre o mais, *se for necessário ao exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento.*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

41. A divulgação do nome dos sujeitos envolvidos nas comunicações, que não são visados no processo, na nota de ilicitude pode ser necessária para a imputação de uma infração, designadamente se tais comunicações corporizarem a prática da contraordenação por parte de uma pessoa coletiva, pois a responsabilidade das pessoas coletivas, à luz do disposto no artigo 73.º, n.º 2, da LdC, depende de atos praticados por pessoas singulares concretas. É claro que a aplicação desta norma é possível mesmo sem a identificação das pessoas singulares que atuaram, quando o contexto permite concluir, sem margem para dúvida, que os factos não poderiam deixar de ter sido praticados por uma das pessoas indicadas pelo artigo 73.º, n.º 2, da LdC. Contudo, a identificação das concretas pessoas singulares que praticaram os factos imputados, em qualquer circunstância, é sempre um dado de facto cuja inclusão nos factos imputados tem fundamento legal na norma indicada, uma vez que a mesma consagra um modelo de responsabilidade por representação ou indireta, que parte ou funda-se em atos de pessoas singulares. Por conseguinte: a nota de licitude pode não identificar as pessoas singulares sem comprometer a aplicação do artigo 73.º, n.º 2, da LdC, se o contexto permitir concluir, sem margem para dúvida, que os factos não poderiam deixar de ter sido praticados por uma das pessoas aí indicadas; contudo, a identificação dessas pessoas singulares, quer quando é necessária para a aplicação do artigo 73.º, n.º 2, da LdC, quer quando a sua omissão não impede a aplicação da norma, é sempre legalmente admissível à luz deste preceito, em virtude do modelo de imputação aí consagrado.
42. Este entendimento não viola o princípio da minimização dos dados, consagrado no artigo 5.º, n.º 1, alínea c), do RPDP, nos termos do qual os dados pessoais devem ser adequados, pertinentes e limitados ao que é necessário relativamente às finalidades para as quais são tratados, pois a identificação das pessoas singulares que atuaram, mesmo naquela hipótese em que a sua omissão não impede a aplicação do artigo 73.º, n.º 2, da LdC, é sempre justificada em nome de uma mais cabal, plena e linear aplicação desta norma,



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

em moldes que impedem a ocorrência de divergências, discussão e litígio no processo relacionados com a questão de saber se a norma exige ou não a identificação das pessoas singulares que atuaram em nome e representação da pessoa coletiva. E esta mais cabal, plena e linear aplicação da norma é tanto mais alcançada quantos mais dados são fornecidos que permitam identificar as pessoas singulares envolvidas, designadamente o seu nome, para além do seu cargo e função.

43. Isto é relevante não só para a pessoa coletiva co visada cujas pessoas singulares identificadas estão relacionadas consigo de acordo com um dos fatores de conexão previstos no artigo 73.º, n.º 2, da LdC, mas também para os demais co visados envolvidos na prática da mesma infração, pois é importante para estes, para efeitos de afastamento da responsabilidade contraordenacional, tanto os factos que são imputados como tendo sido praticados por si, como os factos que são imputados aos demais co visados e que no seu conjunto corporizam a contraordenação.
44. Por conseguinte, conclui-se que a divulgação do nome dos sujeitos envolvidos nas mensagens que corporizam a infração imputada é necessária para a AdC cumprir a missão que lhe compete de defesa da concorrência, sancionando as práticas legalmente previstas que a infringem e, concomitantemente, para o exercício do direito de defesa dos visados, sendo admissível à luz do princípio da licitude *supra* indicado e sendo compatível com o princípio da minimização dos dados.
45. O entendimento exposto não viola o princípio da proporcionalidade, pois cumpre os requisitos da adequação e necessidade pelas razões expostas e, quanto à proibição do excesso e à violação do núcleo essencial do direito à autodeterminação informativa dos colaboradores envolvidos, não está em causa a exposição de todas as comunicações dos sujeitos envolvidos no exercício das suas funções, independentemente do seu conteúdo, mas a exposição de comunicações suscetíveis de corporizar uma prática restritiva da



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

concorrência num contexto profissional. Em relação a estas comunicações, que traduzem um comportamento ilícito e repudiado pela ordem jurídica, o facto dos sujeitos envolvidos se sentirem objeto de “constante vigilância” não é um interesse digno de proteção. Por outro lado, é verdade que as mensagens em causa podem revelar algumas dimensões da personalidade, hábitos e comportamentos dos colaboradores da MCH. Contudo, constata-se que não está em causa qualquer exposição relacionada com a esfera mais íntima da pessoa ou sequer com esferas, menos íntimas, mas mais privadas, como a familiar. Estão em causa alguns fragmentos da sua conduta profissional que, em confronto com os interesses que se pretendem salvaguardar, expostos no parágrafo precedente, não são mais importantes.

46. Importa ainda referir que as asserções precedentes não são afastadas pelo disposto no artigo 23.º, n.º 1, da Lei nº 58/2019, de 08.08, uma vez que esta norma implica o tratamento de dados para finalidades diferentes das determinadas pela recolha. Ora, a recolha de qualquer meio de prova num processo de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, como é o caso das comunicações em causa, é apurar os factos juridicamente relevantes para a demonstração da existência ou inexistência da infração, a punibilidade ou não punibilidade do visado pelo processo, a determinação da sanção aplicável e a medida da coima (cf. artigo 31.º, n.º 1, da LdC). Por conseguinte, a utilização dessas comunicações na nota de ilicitude não consubstancia um tratamento com uma finalidade diferente daquela que presidiu à recolha.
47. Em face do exposto, conclui-se que a AdC podia incluir na nota de ilicitude o nome dos colaboradores da Recorrente envolvidos nas mensagens se fosse necessária para a imputação da infração, designadamente se tais comunicações corporizarem a prática da contraordenação por parte da Recorrente. É o que se verifica no caso em relação às mensagens divulgadas na nota de ilicitude (cf. alínea q) dos factos provados), que surgem, na narrativa da AdC vertida na NI, como corporizadoras da infração imputada.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

48. A circunstância da AdC ter, em outros processos similares (como os processos de contraordenação indicados pela Recorrente no artigo 137.º do recurso de impugnação – cf. artigo 167.º do recurso de impugnação), procedido de outra forma, designadamente substituindo a informação em causa pela descrição [colaborador da empresa X], não afasta as asserções precedentes. Em primeiro lugar, porque o Tribunal não está vinculado aos juízos firmados pela AdC em outros processos. Em segundo lugar, porque conforme referido, a identificação das pessoas singulares que agiram em nome da pessoa coletiva pode não obstar à aplicação do disposto no artigo 73.º, n.º 2, da LdC, mas é sempre justificada por uma aplicação cabal, plena e linear desta norma.
49. Em face de todo o exposto, improcede também este fundamento de recurso no que respeita às mensagens de correio eletrónico vertidas na nota de ilicitude (alínea q) dos factos provados).
50. No que respeita às mensagens ou documentos não vertidos na nota de ilicitude (cf. alíneas n) e q), *a contrario*, dos factos provados) a conclusão é diversa.
51. Assim, tal como se referiu *supra*, a divulgação do nome dos sujeitos envolvidos nas comunicações, que não são visados no processo, na nota de ilicitude pode ser necessária para a imputação de uma infração, designadamente se tais comunicações corporizarem a prática da contraordenação. Contudo, tal juízo só pode ser alcançado, nesta fase, através da narrativa vertida na NI. O facto da AdC não ter vertido os segmentos classificados como confidenciais na nota de ilicitude impede que se conclua no sentido da reprodução desses elementos ser necessária para a imputação da infração, pois essa aferição tem de ser efetuada dentro da narrativa.
52. Resta a possibilidade da divulgação do nome dos sujeitos envolvidos nas comunicações aos Co Visados ter fundamento no plano probatório, ou seja, apenas para efeitos de prova dos factos que constam na nota de ilicitude.



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

53. Neste plano, o entendimento que se tem adotado, já exarado no processo n.º 244/18.9YUSTR-B, é no sentido de que o direito de defesa pode implicar saber quem são as pessoas envolvidas nas comunicações, pois pode ser necessária a sua inquirição ou a confrontação desse elemento com outros meios de prova. Esse conhecimento das pessoas envolvidas pode passar por saber o nome da pessoa, anotá-lo e divulgá-lo, sem prejuízo da necessidade de informação adicional sobre a mesma. Por conseguinte, em relação aos Co-visados considera-se que a revelação do nome dos sujeitos envolvidos nas comunicações, sem restrições, pode ser necessária para o exercício do seu direito de defesa. Note-se que a divulgação de tal informação aos Co-visados não os desonera de, na utilização que vierem a fazer da mesma, respeitarem o referido Regulamento, pois a divulgação nos presentes autos apenas lhes permite o uso lícito nos termos e para os efeitos do exercício do seu direito de defesa.
54. Nas hipóteses enunciadas, a AdC pode utilizar e divulgar os dados em questão aos Co-visados. No entanto, pode acontecer que a divulgação do nome da pessoa não seja necessária para os fins referidos e, neste caso, tal elemento merece proteção.
55. Ora, a aferição do requisito da necessidade pode não ser linear em determinados casos, dependendo da avaliação feita por cada um dos Co-visados. Assim sendo, coloca-se a questão de saber como é que a AdC deve proceder quando lhe é requerida a proteção do nome dos sujeitos envolvidos nas mensagens e não seja linear a necessidade de revelação imediata desses dados aos co-visados, designadamente: (i) se não deve atender a tal pretensão e revelar, de imediato, aos co-visados esta informação; (ii) se deve aceitar como suficiente apenas a ocultação do nome e substituição por siglas e aguardar que os demais co-visados manifestem interesse na sua divulgação, para o exercício do seu direito de defesa; (iii) ou se deve exigir que, em substituição do nome, se faça referência aos *cargos e área dos colaboradores, bem como das*



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

empresa(s) envolvida(s), conforme faz, e, se ainda assim os co-visados necessitarem de proceder à identificação cabal dos sujeitos envolvidos nas mensagens, fornecer tal informação a pedido dos mesmos.

56. Este último procedimento revela-se ajustado e proporcional, pois a indicação dos *cargos e área dos colaboradores, bem como das empresa(s) envolvida(s)* pode ser suficiente.
57. Por conseguinte, no plano probatório, a revelação do nome deve ser fornecida apenas se for solicitada pelos Co Visados para efeitos do exercício do seu direito de defesa. É este entendimento que se mostra mais consentâneo com o princípio da licitude já referido e também com o princípio da minimização dos dados, consagrados no RPDP.
58. Ora, não é isso que se verifica no caso, tendo a AdC decidido por sua iniciativa fornecer tais elementos.
59. Pelas razões expostas, considera-se que, nesta parte, a decisão da AdC carece de fundamento legal, devendo ser revogada. O que não implica a revogação da NI, uma vez que esta não contém os segmentos em causa.

DISPOSITIVO:

- 60. Em face de todo o exposto, julgo o presente recuso parcialmente procedente nos seguintes termos:**
- a. revogo a Deliberação Final do Conselho da AdC, de 23 de junho, notificada através do Ofício S-AdC/2020/2026, de 24 de junho de 2020 no que respeita aos documentos identificados no seu anexo e cujos segmentos classificados como confidenciais não foram vertidos na nota de ilicitude;**
 - b. indefiro tudo o mais requerido, mantendo-se a decisão impugnada quanto ao mais.**



Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
1º Juízo

CUSTAS:

61. A Recorrente deve ser condenada em custas, que inclui a taxa de justiça – cf. artigos 93.º, n.º 3 e 94.º, n.º 3, ambos do RCP.
62. No que respeita ao valor da taxa de justiça, verifica-se que a Recorrente já procedeu à liquidação, cada uma, de uma unidade de conta a título de taxa de justiça, em conformidade com o artigo 8.º, n.º 7, do Regulamento das Custas Processuais (RCP). Importa proceder, nos termos do mesmo preceito legal, à correção da taxa de justiça, de acordo com os limites previstos na tabela III anexa ao diploma, designadamente 1 a 5 unidades de conta.
63. Neste âmbito, entende-se que a fixação da taxa de justiça em três unidades de conta é adequada, face à complexidade da matéria, sendo certo que, tratando-se de uma atividade de correção da taxa de justiça, este valor final inclui a unidade de conta já liquidada. Quer isto dizer que a Recorrente apenas terá de pagar o remanescente.
64. **Em face do exposto, condena-se a Recorrente em custas, fixando-se a taxa de justiça em três unidades de conta, que inclui a unidade de conta já liquidada pela Arguida ao abrigo do disposto no artigo 8.º, n.º 7, do RCP, faltando pagar o remanescente.**
65. Deposite.

12.01.2021