



292/20.9YUSTR
Exmo(a) Senhor(a)
Dr(a). Ana Cruz Nogueira
Avenida de Berna, N.º 19 - Lisboa
1050-037 Lisboa

Processo: 292/20.9YUSTR	Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas	Referência: 291678 Data: 08-02-2021
Recorrido: Autoridade da Concorrência Recorrente: Modelo Continente Hipermercados, S.A.		

Notificação

Assunto: Sentença

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

De todo o conteúdo da sentença (ref.^a 289184) proferida nos autos acima indicados, cuja cópia se junta.

O Escrivão Auxiliar,
Helder Roseiro



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 292/20.9YUSTR

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

289184

CONCLUSÃO - 21-01-2021

(Termo eletrónico elaborado por Escrivão Auxiliar Ana Patrícia Brito)

=CLS=

*

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Em 22 de Setembro de 2020, a Autoridade da Concorrência (de ora em diante AdC ou Recorrida) proferiu decisão, indeferindo, parcialmente, os pedidos de confidencialidade apresentados pela *Modelo Continente Hipermercados S.A.* (de ora em diante, Recorrente ou *MCH*) (decisão com a referência S-AdC/2020/4507).

*

Inconformada com o decidido, a Recorrente apresentou, ao abrigo do disposto nos artigos 84.º, números 1 e 3 e artigo 85.º da Lei da Concorrência, douto articulado de recurso, por meio do qual, delimitou o objecto do seu inconformismo ao segmento da decisão que rejeitou, por «falta de fundamentação», a peticionada classificação de confidencialidade (coluna M do quadro de Excel – cfr. ponto 47º do douto articulado de recurso).

Para tanto, em síntese, argumenta que a decisão recorrida não curou de proceder a uma efectiva fundamentação do decidido, pois, alega, não é suficiente a menção a que se trata de «comportamento ilícito» para arredar a necessidade de fundamentação da rejeição da confidencialidade; mais argumenta que, neste recurso, estão em causa excertos de comunicações onde se explicitam a «metodologia e métrica específicas de análise, assentes em índices de preços e desenvolvidas pela empresa para avaliação do seu posicionamento competitivo do mercado».



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 292/20.9YUSTR

*

A Recorrida, Autoridade da Concorrência, apresentou alegações, propugnando pela improcedência do recurso e pela manutenção da decisão censurada (fls. 58 a 86 dos autos).

*

Não se divisam nulidades ou questões prévias que cumpra conhecer e que obstem ao conhecimento do mérito da causa.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A) De facto

Com interesse para o objecto dos autos, encontra-se assente a seguinte factualidade:

- I. No âmbito do processo de contraordenação com o n.º PRC/2016/4, e que deu origem ao processo PRC 2017/6, a AdC procedeu a uma diligência de busca, exame, recolha e apreensão realizada entre os dias 7 de Fevereiro e 3 de Março de 2017, em cumprimento de mandados emitidos pelo Ministério Público.
- II. Os autos foram, por deliberação da AdC, datada de 21 de Março de 2017, sujeitos a segredo de justiça.
- III. Nessa sequência, a AdC notificou a aqui Recorrente 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, no acervo de comunicações electrónicas apreendidas;
- IV. Em 22 de junho de 2020, a Recorrente procedeu à identificação da informação de natureza confidencial, submetendo simultaneamente versões não-confidenciais dos documentos expurgados dos elementos essenciais.
- V. A Recorrente foi notificada, no dia 6 de outubro de 2020, do ofício S-AdC/2020/3879,



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 292/20.9YUSTR

no qual a AdC lhe comunicou o seu Sentido Provável de Decisão ('SPD') relativamente aos pedidos de confidencialidade, transmitindo, ainda, a identidade das demais pessoas colectivas co-Visadas, concedendo-lhe prazo para

- i. se pronunciar **sobre a intenção da AdC, de não qualificar como confidencial as informações** relativamente as quais esta identificava uma alegada «falta de fundamentação» da confidencialidade respectiva,
- ii. reformular as descrições resumidas ('descritivo') das passagens truncadas **não aceites pela AdC** por insuficiência de descritivo e
- iii. apresentar **versão revista dos documentos respectivos**, tendo em conta a reformulação referida em (ii) ou, quando aplicável, as indicações dadas pela AdC quanto à protecção dos dados pessoais das pessoas singulares ora identificadas como Co-Visados.

VI. A Recorrente respondeu, em 20 de Agosto de 2020 (cf. Resposta da MCH, de 20.08.2020, ao Ofício S-AdC/2020/3879, de 06.08.2020 - MCH - Sentido Provável Decisão), reiterando/densificando as razões pelas quais considerava que a informação deveria receber protecção e apresentou novas versões não confidenciais;

VII. A Recorrente foi notificada, no dia 22 de Setembro de 2020, do ofício S-AdC/2020/4507, com a decisão final da AdC, indeferindo os pedidos de protecção de confidencialidade;

VIII. Os autos encontram-se sujeitos a segredo de justiça.

*

Motivação:

A factualidade acima discriminada resulta da apreciação crítica da documentação junta aos autos, em concreto, o teor da decisão impugnada, concatenada com os demais documentos juntos com as alegações de recurso da AdC (designadamente, documentos MCH942, MCH943, MCH944, MCH1976, MCH1997, MCH1999, MCH2921, MCH2929) sedimentado pela circunstância de, entre os sujeitos processuais, não ser tal dinâmica factual controvertida, dado que o inconformismo da Recorrente circunscreve-se a matéria de direito.



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 292/20.9YUSTR

De Direito

Atento o supra explanado, o *thema decidendum* nestes autos respeita a apurar se, ao indeferir parcialmente os pedidos de *confidencialidade* peticionados pela Recorrente, a AdC postergou o disposto no número 1 do artigo 30.º do NRC, descurando o dever de fundamentação e utilizando uma definição de *segredo de negócio* sem amparo legal.

Para tanto, seguir-se-á o *iter* trilhado no douto articulado de recurso que, em notória clareza e inteligibilidade empregues na tarefa de delimitação do objecto do recurso, segmentou, de um lado, as confidencialidades atinentes à «apreciação estratégica interna, pela MCH, do seu posicionamento competitivo no mercado» e, de outro, as respeitantes à «análise da competitividade de certos artigos e relações com os fornecedores».

Vejamos, pois.

Sob a epígrafe *segredo de negócio*, dispõe aquele preceito que

- 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

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 292/20.9YUSTR

A densificação normativa do conceito de *segredos de negócio* opera-se, de acordo com o trilho prosseguido pela jurisprudência do TJUE¹, com a verificação dos seguintes requisitos cumulativos:

- (i) as informações têm de ser do conhecimento de um número restrito de pessoas;
- (ii) deve-se tratar de informações cuja divulgação possa causar um prejuízo sério à pessoa que as forneceu ou a terceiro;
- (iii) e é necessário que os interesses que possam ser lesados pela divulgação da informação sejam objetivamente dignos de proteção.

Para que seja reconhecida a protecção de confidencialidade, estabelece, ainda, a sobredita jurisprudência da UE, que recai sobre o titular da informação o *ónus de demonstrar* que: (i) as informações são do conhecimento de um número restrito de pessoas; (ii) são informações cuja divulgação pode causar um prejuízo sério à pessoa que as forneceu ou a terceiro; (iii) e os interesses que podem ser lesados pela divulgação da informação são objetivamente dignos de proteção. (...) em síntese final, se conclui que o ónus de fundamentação se basta com a demonstração dos seguintes elementos: (i) as informações são do conhecimento de um número restrito de pessoas; (ii) são informações cuja divulgação pode causar um prejuízo sério à pessoa que as forneceu ou a terceiro; (iii) e os interesses que podem ser lesados pela divulgação da informação são objetivamente dignos de proteção.

Revertendo ao enquadramento jurídico nacional, verifica-se que a norma constante no artigo 30.º do NRC comporta um *desvio* ao princípio geral da publicidade do processo, constante no artigo 32.º do NRC.

Por esta razão – ao contrário do que se surpreende no douto recurso da Recorrente - é à Recorrente que compete observar o tríptico ónus justificador da concessão de protecção de confidencialidade: i) o ónus de identificação das informações que considera confidenciais; ii) o ónus de fundamentação de tal identificação; iii) e, finalmente, o ónus de fornecimento de uma

¹ Neste sentido, cf. decisões proferidas nos processos T-474/04 Pergan Hilfsstoffe fur industrielle Prozesse v Comissão, EU:T:2007:306, §65, T-88/09, Idromacchine v Comissão, EU:T:2011:641, § 45, e, a propósito do âmbito mais geral do segredo profissional, as decisões proferidas nos processos T-198/03 Bank Austria Creditanstalt AG c. Comissão Europeia, § 71, e T-345/12, Akzo Nobel e Outros v Comissão, EU:T:2015:50, § 65, e Evonik Degussa v Comissão, EU:T:2015:51, § 94



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 292/20.9YUSTR

cópia não confidencial dos documentos que contenham informações confidenciais expurgadas das mesmas.

Assim, a procedência ou improcedência deste tipo de recursos decorre de, casuisticamente, se considerar, ou não, cumprido aquele ónus e nessa medida, considerar, justificada, ou não, a decisão da AdC de recusar a peticionada confidencialidade².

No caso *subjudice* importa enfatizar que, mesmo tratando-se de matéria contraordenacional, a regra é a publicidade e a transparência. Com efeito, embora as contraordenações constituíam condutas ilícitas, é pacífica a asserção de que não comprometem os alicerces em que assenta a convivência humana e social, e, dando lugar à aplicação de coimas, não se dirige, através delas, qualquer juízo de censura ético-jurídica à pessoa do agente, mas uma simples advertência de alcance comportamental, cuja garantia é apenas e só de ordem patrimonial (neste sentido, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 612/2014, disponível no site do TC, assim como todos os demais convocados e Nuno Brandão, «Acordos sobre a decisão administrativa e sobre a sentença no processo contraordenacional», *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Ano 21, N.º 4, 2011, p. 594).

Donde, a prossecução dos interesses do Estado, na investigação e apuramento de condutas susceptíveis de configurar responsabilidade contraordenacional, sobrepõe-se à concessão de tratamento confidencial a informações que encerrem em si mesmas indícios de postergação das regras da concorrência. Na verdade, pese embora a menor densidade axiológica subjacente às condutas contraordenacionais, as mesmas tutelam, ainda assim, relevantes bens jurídicos, cuja competência para assegurar a sua observância se encontra cometida a entidades reguladoras. Por isso, o exercício das competências de investigação, fiscalização e censura pública sobre comportamentos anticoncorrenciais seria, desproporcionadamente, coactado se a AdC ficasse privada de escrutinar, com detalhe e profundidade, a observância dos ditames concorrenciais devido à supremacia do valor *segredo de negócio*.

Assim, o acervo factual, de natureza principal ou instrumental, que seja susceptível de consubstanciar práticas comerciais ilícitas não pode ser considerado, nesta dialética, digno de protecção.

² No sentido de que a tomada de decisão a este propósito demanda, necessariamente, um juízo de ponderação, cfr. a, título meramente exemplificativo, o Acórdão do TJUE de 30 de maio de 2006, Bank Austria Creditanstalt/Comissão (T-198/03, EU:T:2006:136). Sobre a temática cfr. também o acórdão AKZO Chemie/Comissão.



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 292/20.9YUSTR

Ora, é o que se constata no caso em análise a propósito da «apreciação estratégica, interna, pela MCH, do seu posicionamento competitivo no mercado».

Com efeito, cotejado o seu teor (designadamente, MCH942) que o que aí vem descrito não respeita a uma pretensa «metodologia e métrica específica de análise».

Verdadeiramente, se assim fosse, o conteúdo daquele documento encerraria o detalhe de um procedimento, geral e abstracto, explicitando os seus desideratos, as premissas sobre as quais se edificava e as conclusões que a concatenação de tais premissas consente.

Nada disto se surpreende nesses documentos. Na verdade, o que, ali se surpreende é uma dinâmica de interação, com pessoas concretas, num contexto específico (envolvendo o LIDL e a SONAE e determinados produtos) e historicamente datado («pvps promocionais de Natal de 2014»). Acresce que, tal mensagem foi objecto de ampla divulgação, como resulta dos anexos do documento MCH943.

Por outro lado, a perspectiva específica que a MCH desenvolva sobre determinados concorrentes e a sua capacidade, ou não, de consigo ombrear, é matéria deveras dinâmica e conjuntural, pelo que, há que fazer notar que estes factos respeitam a 2014/2015, tendo, por isso, decorrido já sobre os mesmos mais de 6 anos.

A este respeito, cumpre fazer notar que, procurando temperar os riscos decorrentes da quebra de confidencialidade, a AdC sujeitou os autos contraordenacionais a segredo de justiça, assim mitigando eventuais constrangimentos decorrentes do indeferimento da peticionada confidencialidade.

Neste segmento, também assiste razão à decisão recorrida quando assinala que os nomes das concorrentes da MCH, cuja protecção era peticionada, trata-se de matéria publicamente identificável. A própria MCH, como refere a douta decisão recorrida, ora menciona, nas suas conversações o concorrente em causa, ora procede à sua ocultação, isso mesmo podendo acontecer durante o mesmo diálogo, como resulta do e-mail de 20 de Janeiro de 2015, enviado por Maria Fátima Pires, pelas 15:54.

Donde, não se divisa amparo legal conferir protecção de confidencialidade a esta matéria.

No que concerne à matéria atinente à «análise da competitividade de certos artigos e relações com fornecedores» (documentos MCH967, 918, 920, 021, 922, 926, 1005 e 1020) a conclusão não é distinta.



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 292/20.9YUSTR

Não sendo o momento para apreciar o mérito da causa e sempre havendo que aguardar pela imprescindível contraditação, afigura-se constituir uma plausível interpretação normativa, de facto e de direito, aquela sustentada pela decisão recorrida com reporte ao teor do documento MCH918 e MHC967. Por outras palavras, considera-se perfunctoriamente fundada a conclusão da Recorrida de que tal matéria pode ser, directa ou reflexamente, relevante para o objecto de um comportamento contraordenacional e, nessa medida, não é merecedor da protecção conferida pelo segredo de negócio.

Finalmente, cumpre apreciar os segmentos truncados nos «assuntos» dos e-mails (documentos MCH 918, a 922, MCH 926, MCH 1005 e MCH1020), respeitantes a «artigos cronicamente descompetitivos».

Sobre isto, esclarece a Recorrida que, tendo sido julgado insuficientemente fundado o pedido para concessão de protecção de confidencialidade àquela expressão quando a mesma conste no corpo do texto dos e-mails em causa, então, em coerência, o mesmo tratamento deve ser conferido quando figurem no «assunto», asserção com que se concorda.

Sem prejuízo, também se divisam, nos autos, situações em que própria Recorrente aceitou a desnecessidade de conferir protecção de segredo de negócio a tal *tema*, como se verifica no –email enviado por ██████████, no dia 19 de Junho de 2014, às 15h58. Veja-se, uma vez mais, que se trata de informação com mais de 5 anos, não tendo sobrevindo qualquer fundamento que demande a superação da presunção natural de que se trata de informação cristalizada e, por isso, arredada já do âmbito de protecção do segredo de negócio.

Em síntese, é sobre a Recorrente que impende o ónus de demonstração da necessidade de concessão de confidencialidade para protecção do segredo de negócio. A conclusão pela observância de tal ónus demanda particular ponderação nos casos em que, perfunctoriamente, tal acervo factual é suscetível de estar integrado, de modo essencial ou reflexo, no objecto de uma investigação atinente a prática anticoncorrenciais, pois que, no limite, bastaria tal invocação para que se pusessem em crise os públicos interesses punitivos do Estado nesta matéria.

A decisão censurada acha-se fundada, tendo procedido a uma ponderação crítica do argumentário da Recorrente, não se divisando violação do artigo 30.º do NRC.

Termos em que, pelas razões supra expostas, improcede o recurso.



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 292/20.9YUSTR

*

III – DISPOSITIVO

Em face do exposto e com os fundamentos acima explicitados, julga-se improcedente o douto recurso apresentado, confirmando-se a douta decisão recorrida.

Uma vez que o recurso foi julgado totalmente improcedente, são devidas custas pelo Recorrente, fixando-se a taxa de justiça em 4 UC's, nos termos previstos nos artigos 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, ponderada a complexidade da causa e as diligências que demandou.

*

Deposite. Notifique.

6 de Fevereiro de 2020
(e não antes por estar em curso, simultaneamente, a elaboração de sentença em 2 RCO's de nível 3)

A Juíza de Direito
Mariana Gomes Machado