



**Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

Processo nº 73/20.0YUSTR-A.L1 – Recurso penal

Tribunal recorrido: Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão – 1º Juízo

Recorrente: Modelo Continente – Hipermercados, S.A.

Recorrido: Autoridade da Concorrência

*

**Acordam na Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência,
Regulação e Supervisão do Tribunal da Relação de Lisboa:**

I. Relatório

Por decisão de 10 de Janeiro de 2020 a **Autoridade da Concorrência** (AdC) rejeitou, em definitivo, a pretensão da visada **Modelo Continente – Hipermercados, S.A.** de considerar confidenciais elementos obtidos pela AdC através de uma diligência de busca e apreensão de correio electrónico aberto.

A Modelo e Continente – Hipermercados, SA (MCH) recorreu dessa decisão para o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, circunscrevendo o objecto do recurso ao segmento da decisão recorrida que indeferiu i) «as classificações de confidencialidade com base em «Falta de Fundamentação», e que surgem identificadas com a menção «Falta de Fundamentação» na coluna M no quadro Excel que acompanha o Ofício Ref.^a S-AdC 2020/143 - PRC 2017/8 de 10 de Janeiro de 2020, e (ii) à decisão da AdC de indeferimento das classificação de confidencialidade com base em «Insuficiência de descritivo» por a VNC respectiva não incluir – relativamente às pessoas singulares mencionadas nas comunicações -



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

menção de cargos e área dos colaboradores e empresas em que as mesmas trabalham». Imputando à decisão recorrida, por um lado, «vício de forma, por se encontrar insuficientemente fundamentada» e, por outro lado, violação do nº 1, do artigo 30.º do Novo Regime Jurídico da Concorrência (NRJC, aprovado pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, com última alteração introduzida pela Lei n.º 23/2018, de 5 de Junho).

Realizou-se a audiência de julgamento e foi proferida sentença que julgou o recurso improcedente, confirmando a decisão recorrida.

Inconformada com a sentença, dela recorreu a Modelo Continente - Hipermercados, S.A., formulando as seguintes conclusões:

I. PRIMEIRAS PALAVRAS

1. O presente Recurso tem por objecto a sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão que indefere integralmente a pretensão da Recorrente quanto a pedidos de classificação de confidencialidade de prova apreendida no Processo de Contrar-Ordenação n.º PRC 2017/8 ('Pronúncia Final').

2. No momento em que este recurso é interposto está pendente de decisão, perante o TCRS a arguição de invalidade da sentença recorrida, proferida numa altura em que, por sugestão expressa daquele Tribunal, a Recorrente e a Recorrida procuravam uma solução consensual para a questão em disputa neste processo (que abrangeia igualmente o Apenso B, com origem na mesma decisão administrativa).

3. O TCRS tinha conhecimento de que a sua sugestão de uma solução consensual havia sido acolhida pelas partes, tinha validado uma prorrogação do prazo das negociações respectivas mas acabou por proferir a sentença aqui recorrida (em que indefere integralmente



**Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

a pretensão da Recorrente) na pendência da prorrogação de prazo por si concedida, de modo totalmente inesperado e inexplicável.

4. Pese embora a arguição de invalidade da sentença, atempadamente apresentada pela Recorrente, esta não logrou ainda obter uma decisão do TCRS a este respeito, porque este decidiu abrir vista ao Ministério Público pelo prazo de 10 (dez) dias e porque o requerimento de prorrogação de prazo apresentado perante aquele Tribunal para compensar o atraso na prolação da decisão sobre a irregularidade foi, até à data, ignorado.

5. O presente recurso é, pois, interposto cautelarmente, perante o esgotamento do respectivo prazo de interposição.

6. Se o tribunal a quo decidir favoravelmente o vício suscitado, o presente recurso será, em princípio, supervenientemente inútil e as partes poderão prosseguir com as negociações com vista a uma solução consensual, na qual a Recorrente mantém interesse. Se o tribunal a quo, contra a expectativa da Recorrente e contra a sua própria promoção, indeferir o vício suscitado, abre-se à Recorrente a possibilidade de interpor recurso dessa decisão, hipótese que não deixará de considerar.

C. DA INVALIDADE DA SENTENÇA

7. Para a eventualidade de o Tribunal da Relação de Lisboa entender dever conhecer e pronunciar-se acerca da INEFICÁCIA que, no entender da Recorrente, fere a sentença recorrida, desde já se deixa a mesma aqui esgrimida, em moldes mais detalhados e que lhe permitam conhecer desse vício e determinar, em conformidade, a invalidade da decisão recorrida, ordenando em consequência que as partes continuem as negociações promovidas pelo próprio Tribunal através do despacho com a Ref.^a Citius 271778, de 15 de Setembro, e aceites pela Recorrente e pela AdC.

8. Por despacho datado de 15 de Setembro (5), proferido no âmbito do processo n.º 73/20.0YUSTR-B (o ‘Apenso B’), a Requerente foi notificada para esclarecer se antevia



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

“a possibilidade de obtenção de uma solução consensual neste recurso interlocutório e no Apenso A [o presente processo], se necessário com intervenção do Tribunal, em data a indicar, para o que, se informa que o Tribunal (15) Ref.^a Citius n.^o 271778, tem sala disponível à 2^af, 4^af e 6^af. (artigo 6.^o do Código de Processo Civil, aplicável por remissão do CPP e do RGCO)”.

9. Os processos n.^o 73/20.0YUSTR-A e n.^o 73/20.0YUSTR-B visam sindicar a mesma Decisão da AdC, proferida no âmbito do processo PRC/2017/8 (Ofício Ref.^a S-AdC 2020/143 - PRC 2017/8 de 10 de Janeiro de 2020), na qual consta a sua pronúncia final relativamente a pedido de confidencialidade relativos a prova naquele processo contra-ordenacional em duas vertentes distintas: o processo n.^o 73/20.0YUSTR-A foca-se no mérito dos pedidos de confidencialidade formulados pela MCH, tratando também o tema da falta de fundamentação daquela decisão, ao passo que o processo n.^o 73/20.0YUSTR-B tem como objecto, especificamente, a falta de fundamentação da Decisão da AdC, irregularidade arguida pela MCH perante a AdC e por esta indeferida.

10. Em resposta àquele Despacho que lhe fora notificado no Apenso B, a Requerente submeteu um requerimento com a Ref.^a Citius n.^o 271778, manifestando a sua anuência para uma solução consensual em ambos os Apenos e informando o Tribunal que havia já iniciado negociações com a Autoridade da Concorrência nesse sentido.

11. Fê-lo referindo expressamente que fora interpelada “neste recurso interlocutório [Apenso B] e no Apenso A” e concluiu manifestando a sua “disponibilidade para, em conjunto com a Autoridade da Concorrência, aqui Recorrida, encontrar uma solução consensual para os temas a decidir nos referidos recursos”.

12. A Recorrente submeteu o requerimento via Citius no Apenso B, precisamente porque foi nesse Apenso – e apenas nesse Apenso – que foi notificada, também via Citius, para se pronunciar quanto aos Apenos A e B e o mesmo continha igualmente um pedido de prorrogação do prazo para negociações por 10 dias adicionais, que o TCRS deferiu a 8 de



**Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

Outubro de 2020, despacho esse que, em consonância com o que antecede, proferiu no apenso B.

13. A Recorrente foi surpreendida com uma notificação, no passado dia 12 de Outubro – em pleno período de negociações com a Autoridade da Concorrência – do depósito da Sentença proferida no presente processo (o Apenso A).

14. Essa decisão é uma verdadeira decisão-surpresa, frustra a confiança depositada pela Recorrente no compromisso assumido pelo Tribunal a quo, de permitir às partes alcançarem uma solução consensual e vem prejudicar seriamente a possibilidade de se levar a bom porto uma solução consensual no Apenso B, seja pelo sentido e teor da decisão, seja porque se desconhece se o Tribunal também virá a proferir sentença nesse recurso.

15. A prolação de uma sentença durante um período em que, por iniciativa e acordo do Tribunal, as partes procuram uma solução consensual constitui violação clara do dever de lealdade por que se pauta o processo judicial em geral, e o processo sancionatório em particular, e que emerge igualmente – juntamente com princípios de confiança e previsibilidade – do artigo 6.º, § 1.º, da Convenção Europeia dos Direitos Humanos, no artigo 14.º do Pacto Internacional Sobre os Direitos Civis e Políticos, bem como dos artigos 20.º, n.º 4 e 32.º da Constituição.

16. As autoridades judiciárias, em especial as judiciais, têm o dever de nortear a sua actividade de ordenação do processo por princípios de coerência e constância, sem recuos repentinos ou inversões de sentido de onde possam resultar frustradas as expectativas legitimamente depositadas pelos visados em direitos concedidos através de actos processuais pretéritos.

17. A consequência da violação deste princípio, na vertente aqui analisada de violação da confiança na boa ordenação processual determinada pelo juiz, não pode deixar de ser a reposição do direito arbitrariamente suprimido, como vem afirmando a jurisprudência dos tribunais superiores.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

18. Resulta do princípio da confiança na boa ordenação processual determinada pelo juiz, já importado pela maioria dos tribunais superiores nacionais, que nenhum sujeito processual pode ser prejudicado por ter depositado a sua confiança no rigor, na estabilidade e na validade de decisões dos Tribunais.

19. A prolação de uma decisão que frustre essa confiança legitimamente depositada consubstancia matéria excluída do âmbito da competência jurisdicional do Tribunal, em obediência ao princípio do processo equitativa, na sua vertente de um processo justo e leal.

20. O Tribunal a quo, frustrou, de forma arbitrária e injustificada, confiança depositada pela Recorrente no rigor, completude e fiabilidade da sua decisão de promover e consentir no desenvolvimento de uma solução consensual e violou o direito processual adquirido pela Recorrente, à promoção de uma solução consensual.

21. O princípio da segurança jurídica, embora tipicamente associado a actos normativos e a exigências de previsibilidade do legislador, abrange também a ideia de estabilidade e confiança na definitividade dos actos jurisdicionais e reflecte-se com particular intensidade, sem aí se esgotar, no instituto do caso julgado, previsto no artigo 672.º, n.º 1, CPC, aplicável por remissão ao direito das contra-ordenações, enquanto elemento garantidor de certeza jurídica.

22. O que justifica a ilegalidade – rectius, a ineficácia – da sentença proferida.

D. DA SENTENÇA RECORRIDA

23. A sentença recorrida negou provimento ao recurso de impugnação judicial interposto pela MCH de decisão da AdC em matéria de confidencialidades, proferida no âmbito do processo de contraordenação n.º PRC/2017/8 em que é Visada, entre outras empresas, a MCH.



**Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

24. A sentença recorrida demitiu-se de qualquer exame sério dos pedidos de confidencialidade efectuados pela MCH ou das razões pelas quais considera inatendíveis qualquer uma das múltiplas alegações de dano na divulgação da informação esgrimidas por esta, antes se limitando a uma adesão acrítica às considerações vagas tecidas pela AdC nas suas alegações de recurso, sem explicar sequer – na parte em que tais alegações estão em frontal contradição com o esgrimido pela Recorrente – por que razão o Tribunal não acolheu a argumentação desta última e reproduzindo, inclusivamente, lapsos das alegações da AdC.

25. A sentença revela-se verdadeiramente incompreensível, nalgumas passagens, como sucede, a respeito da natureza confidencial da informação constante dos documentos em papel (MCH papel 5, MCH papel 6, MCH papel 7, MCH papel 8, MCH papel 9 e MCH papel 10), onde o racional para indeferimento da pretensão da Recorrente é, tão-somente, o de que a recusa – pela AdC – de concessão de confidencialidade a tais documentos não merece reparo, por se tratar, igualmente, de matéria não sujeita a segredo de negócio, ou seja, impedindo a Recorrente, com um argumento de “Não, porque não!” a perceber e sindicar essa recusa.

a) ANTECEDENTES DO PROCESSO

26. O presente litígio tem origem no processo de contraordenação n.º PRC/2017/8, no âmbito do qual a AdC apreendeu documentação contendo informação que a Recorrente considera abrangida por segredo de negócio.

27. Na sequência de notificação da AdC para o efeito, a Recorrente procedeu à identificação das informações que considerava abrangidas por segredo de negócio e facultou-lhe Versões Não Confidenciais (‘VNCs’) dos documentos apreendidos para divulgação junto das demais Co-Visadas.

28. A AdC notificou a Recorrente da sua proposta de decisão por Ofício S-AdC/2019/3784 – PRC 2017/8 de 13.09.2019 (Sentido Provável de Decisão ou ‘SPD’) quanto à classificação de confidencialidades da informação apresentada por esta, discordando – na quase totalidade dos casos – da classificação pretendida.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

29. Perante a discordância manifestada pela AdC, e apesar de não lhe ser dado a conhecer a respetiva razão dessa discordância para além dos aludidos motivos genéricos (“Falta de fundamentação” e/ou “Falta e/ou insuficiência de descriptivo”), a Recorrente procurou, a 11.10.2019, em resposta ao SPD, densificar as suas fundamentações e/ou (consoante o caso) reformular os descriptivos previamente elaborados para efeitos da substituição das informações confidenciais contidas nos documentos apreendidos.

30. A AdC terminou este procedimento, notificando a Recorrente, por Ofício S-AdC/2020/143, de 10.01.2020 da sua Decisão Final (‘Decisão Final da AdC’), interpelando-a para, querendo, facultar Versões Não Confidenciais dos documentos apreendidos, em conformidade com o teor daquela Decisão Final, isto é, omitindo, nuns casos, apenas a informação que a Autoridade considerara abrangida por segredo de negócio (ou apresentando-a, noutras casos, sob a forma de descriptivos conformes com os termos e condições indicados pela AdC), e revelando, pois, a restante informação.

31. A MCH apresentou à AdC, à cautela, e sem prejuízo dos demais direitos que lhe assistiam, VNCs em conformidade com o teor da Decisão Final, o que não retira utilidade ao presente recurso, enquanto única forma de evitar a perpetuação e agravamento do dano sofrido pela MCH.

32. A MCH recorreu para o TCRS da Decisão Final da AdC sobre a classificação de confidencialidade dos documentos indeferidos pela AdC com fundamento em “Falta de Fundamentação” e igualmente, de indeferimentos relativos a dados pessoais de colaboradores, recurso que o Tribunal a quo declarou totalmente improcedente.

33. A MCH não se conforma com a Sentença Recorrida. O objeto do presente recurso é circunscrito aos indeferimentos dos pedidos de confidencialidades assentes em “Falta de fundamentação”, em que está em disputa a subsunção, da informação em causa ao conceito de segredo de negócio. Inversamente, o presente recurso não abrange os segmentos das comunicações em causa relativos a dados pessoais.



**Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

Embora a Recorrente não se reveja nos fundamentos da sentença quanto a estes, a verdade é que, já se encontra instituído e em prática, entre a AdC e os vários Visados no processo, um procedimento específico para truncatura dessa informação no processo administrativo.

b) DAS CONFIDENCIALIDADES CONCRETAMENTE EM DISPUTA

34. O conceito de segredo de negócio relevante para efeitos do Artigo 30.º da Lei da Concorrência e à luz do qual devem ser avaliados os pedidos de protecção de confidencialidade da Recorrente é o conceito reconhecido pela Jurisprudência dos Tribunais Europeus, Comissão Europeia e Tribunais Nacionais (inclusive por este Tribunal da Relação), que reserva essa qualificação para aquelas informações:

- i. Que sejam do conhecimento de um número restrito de pessoas;
- ii. Cuja divulgação possa causar um prejuízo sério à pessoa que as forneceu ou a terceiro;
- iii. Cujos interesses que possam ser lesados pela respectiva divulgação sejam objectivamente dignos de protecção.

(i) PROTECÇÃO DE CONFIDENCIALIDADE RELATIVAMENTE “À INFORMAÇÃO ATINENTE A PREÇOS OU PVPS”

35. O Tribunal a quo recusou reconhecer a confidencialidade de um conjunto de segmentos de emails relativos a preços em negociação com o fornecedor, com fundamento em que essa informação não tem natureza secreta.

36. Estão em causa as comunicações com os identificadores MCH1235, MCH1303, MCH1336, MCH1350, MCH1602, MCH1797, MCH2059, MCH2167, MCH2285, MCH2288, MCH2289, MCH2923 e MCH2927.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

37. Os preços cuja protecção se requer nesses emails não são preços de venda ao público (ou “PVPs”), isto é, preços a que o retalhista efetivamente coloca os seus produtos à venda, o que resulta desde logo da leitura das comunicações no contexto das interacções em que as mesmas surgem.

38. Trata-se, pelo contrário, de preços-alvo de negociação ou base de negociação entre a Recorrente e o seu fornecedor e que correspondem às recomendações de preço do fornecedor. Tais recomendações de preço são utilizadas, em regra, como referencial de preços para a negociação de condições de compra ou para a participação do fornecedor noutras acções comerciais da MCH, como sejam campanhas ou promoções, independentemente de, na urgência e informalidade que caracteriza estas negociações comerciais, as partes se referirem, por vezes, a eles como PVPs.

39. Não resulta das comunicações em causa que se trate dos PVPs que estão a ser praticados no mercado pelo que falece a «natureza» pública dos mesmos.

40. O conhecimento de tais preços por terceiros (aí se incluindo os Co-Visados concorrentes da MCH) é merecedor de tutela porque os mesmos constituem normalmente o ponto de partida na negociação do preço de aquisição grossista praticado pelo fornecedor ao seu distribuidor retalhista, através da negociação de um conjunto de descontos que são aplicados a um determinado PVP recomendado apresentado pelo fornecedor ao distribuidor. O PVP recomendado é igualmente muito relevante no seio da negociação da participação do fornecedor nas campanhas promocionais que são regularmente realizadas pelos distribuidores grossistas ao longo do ano, mediante a negociação de um desconto adicional sobre um determinado PVP recomendado.

41. Assim, embora os distribuidores retalhistas, sejam livres de seguir ou não o PVP recomendado apresentado pelos seus fornecedores, esta recomendação de preço desempenha um papel central nas negociações comerciais que se desenvolvem quotidianamente entre um distribuidor retalhista e os seus fornecedores, podendo os PVP



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

recomendados apresentados à MCH apresentar diferenças face aos apresentados a outros distribuidores retalhistas, na medida em que as recomendações formuladas sejam influenciadas por factores específicos da relação comercial que se estabelece entre as partes, tal como a importância relativa que este fornecedor atribui à relação com a MCH, ou mesmo o posicionamento de determinados produtos em determinado período no tempo.

42. Tal informação é do conhecimento restrito de um número restrito de pessoas, a saber, as que estão envolvidas na negociação e tomada de decisão quanto às temáticas em causa, o que é evidenciado desde logo pelo facto de a informação circular apenas entre os elementos das equipas comerciais da MCH e do fornecedor, em emails de circulação restrita ao leque de destinatários que, em cada uma das empresas envolvidas – do lado da MCH e do fornecedor – tem as funções de negociar condições de compra, campanhas ou comparticipações para aqueles produtos em específico.

43. O conhecimento do teor desta informação por terceiros – sejam eles Co-Visados, concorrentes da MCH ou terceiros –, contende directamente com a capacidade competitiva da empresa, porque os distribuidores retalhistas concorrentes podem utilizar essa informação em proveito próprio (e, correspondentemente, em prejuízo da MCH) em negociações futuras com o fornecedor relativamente à determinação do respectivo preço de aquisição grossista ou à comparticipação do fornecedor em campanhas promocionais realizadas por tais concorrentes. O conhecimento desta informação por outros fornecedores concorrentes do fornecedor aqui Co-Visado poderá ser utilizado por tais fornecedores concorrentes nas suas negociações futuras com a MCH, em particular sobre a determinação do respectivo preço de aquisição grossista ou a comparticipação desses fornecedores em campanhas promocionais que venham a ser realizadas pela MCH. É essa capacidade competitiva que aqui se visa proteger e que este Tribunal já reconheceu ser merecedora de protecção no Acórdão proferido no processo n.º 228/18.7YUSTR-E.L1, onde estava em causa um recurso interposto igualmente pela MCH e tendo por objecto correio electrónico de teor similar ao aqui em causa.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

44. A informação relativa a preços em negociação com o fornecedor corresponde a um interesse legítimo da MCH, digno de protecção, tanto mais que as comunicações em que são discutidos e negociados preços com o fornecedor não extravasam o âmbito da negociação comercial normal entre um fornecedor e um distribuidor.

45. A informação em causa não perdeu a sua relevância pelo decurso do tempo, uma vez que está em causa um elemento essencial do posicionamento comercial da empresa o qual surge no contexto de uma relação comercial de longa data e que subsiste, até ao presente, entre um mesmo retalhista e um seu fornecedor, visando os mesmos produtos que outrora e, além disso, as interacções negociais de cariz comercial decorrem de forma cíclica e repetida ao longo dos anos.

(ii) PERDA DE RELEVÂNCIA PELO DECURSO DO TEMPO

46. O Tribunal a quo considerou ainda que as informações datadas de há mais de cinco anos, perderam o seu carácter confidencial e devem ser tidas por históricas, ignorando que a perda do carácter confidencial de uma informação com mais de cinco anos nunca foi considerada de forma absoluta pelo Tribunal de Justiça ou pela Comissão Europeia.

47. Pelo contrário, entende a Comissão Europeia e a jurisprudência do TJUE (instância que a Sentença Recorrida expressamente convoca) que certas informações históricas mantêm, ainda assim, a sua natureza confidencial, quando se refiram a elementos essenciais da posição comercial da empresa interessada e que a presunção de perda de confidencialidade pelo decurso do tempo pode ser ilidida.

48. A perda de confidencialidade pelo decurso de mais de cinco anos sobre a data da informação em causa está pensada, sobretudo, para informação de cariz quantitativo, como sejam volumes de negócios e quotas de mercado e não é um factor absolutamente decisivo na avaliação de um pedido de protecção de segredo de negócio, que justifique a desconsideração de outros aspectos como o tipo de informação em causa, o seu contexto e a sua relevância presente.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

49. A possibilidade de se ilidir da presunção da natureza «não confidencial» de informações datadas de cinco ou mais anos é reconhecida igualmente pela jurisprudência nacional.

50. Embora alguns dos emails em causa neste processo remontem há mais de 5 anos, a informação cuja confidencialidade é solicitada mantém a sua relevância no momento actual, seja porque estão em causa informações que são elementos essenciais do posicionamento comercial da empresa, seja porque tais informações surgem a propósito de uma relação comercial duradoura e que se mantém até ao momento presente, envolvendo o mesmo fornecedor, os mesmos produtos e interacções recorrentes ao longo do tempo, sobre os mesmos temas comerciais.

(iii) QUANTO AOS DOCUMENTOS EM PAPEL

51. A sentença recorrida não apresentou qualquer fundamentação própria para indeferir os pedidos de confidencialidade das comunicações com identificadores MCH Papel 5, MCH papel 6, MCH Papel 7, MCH papel 8, MCH Papel 9 e MCH papel 10.

52. Limita-se a remeter para as alegações da AdC (aparentemente apenas para efeito de identificação da documentação em causa) que, por sua vez, apenas referem que os pedidos de confidencialidade relativamente a estes documentos já foram decididos pelo TCRS na sentença proferida no processo n.º 228/18.9YUSTR-E.

53. No entanto, os mesmos pedidos foram, entretanto, analisados em outros recursos, o que mostra que a questão não é pacífica, tendo a posição do TCRS evoluído a este respeito.

54. Embora, naturalmente, nem o Tribunal a quo, nem este Tribunal estejam vinculados pelo sentido decisório dessoutras sentenças, a MCH reafirma que os seus pedidos de confidencialidade quanto a estes documentos devem ser aceites por este Tribunal, pelo



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

menos na parte em que foram aceites pelo TRCRS nas suas sentenças de 18 de Junho de 2020, nos processos n.º 243/18.0YUSTR-C e 244/18.9YUSTR-B.

55. Estes e-mails contêm segmentos que constituem segredo de negócio da MCH, abordando temas relativos à relação com o respectivo fornecedor. Estão em causa conversações diárias entre a MCH e os fornecedores em causa, que dizem respeito à negociação de campanhas, respectivas condições e implementação, bem como a condições de fornecimento dos produtos comercializados pela MCH.

56. Trata-se de informação restrita à equipa comercial da MCH e ao fornecedor em causa, que mantêm a relevância no tempo corrente, dado que as relações comerciais perduram até ao dia de hoje.

57. Nessa medida, a divulgação de tais segmentos confere uma vantagem competitiva a concorrentes da MCH e causa-lhe, por isso, prejuízo sério.

(iv) DA LEGITIMIDADE E DIGNIDADE OBJETIVA DE PROTEÇÃO DOS INTERESSES LESADOS PELA DIVULGAÇÃO DA INFORMAÇÃO

58. Na Sentença Recorrida indeferiu os pedidos de confidencialidade designadamente por alguns desses segmentos conterem informação que constitui, ela própria, matéria susceptível de configurar a postergação das regras da concorrência.

59. No entanto, o Tribunal a quo não faz, também aqui, qualquer análise específica das informações concretamente em causa, limitando-se a enunciar o princípio de que a informação que for susceptível de configurar uma violação das regras de concorrência não é merece proteção de confidencialidade.

60. Contrariamente ao referido na Sentença Recorrida, os pedidos de confidencialidade em nada impactam a investigação da AdC. Tal procedimento apenas tem efeito ao nível do acesso ao processo, quer por Co-Visados, quer por Terceiros.



**Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

61. Estes segmentos abordam vários temas e matérias e não são susceptíveis de serem “arrumados em bloco” por um mesmo motivo de indeferimento transversal, que ignora as nuances e o contexto dos mesmos.

62. A análise desses segmentos é necessária para a boa decisão da causa, uma vez que o Tribunal a quo não se pode dispensar a verificar se efectivamente estará em causa um comportamento susceptível de constituir um comportamento ilícito.

63. A título de exemplo, o Tribunal a quo considerou que os emails com os identificadores MCH2661 e MCH2649 eram passíveis de constituir comportamento ilícito.

64. Esses e-mails contêm conversações entre um analista de preço da MCH e o respectivo fornecedor (neste caso, a Sogrape). Em ambos se assiste à discussão sobre uma tentativa negocial da MCH de obter melhores condições comerciais para realizar uma campanha, na sequência de uma campanha mais agressiva de um concorrente.

65. O fornecedor utiliza, em resposta, argumentos de natureza comercial, eximindo- se de corresponder às propostas da MCH.

66. Os segmentos que a MCH pretendeu truncar contêm informação concreta sobre os termos dessas propostas e quanto ao plano promocional daquele ano, acordado entre a MCH e a Sogrape.

67. Estes segmentos nada têm de ilícito e não podem ser vistos como compatíveis com a prática ilícita em investigação. São antes conversações necessárias no âmbito da relação de fornecimento e que visam melhorar as condições de compra desses produtos, de modo a jusante poder oferecer aos consumidores melhores promoções.

68. Estes exemplos visam ilustrar as objecções levantadas à sentença recorrida a este respeito. A exposição pura e simples da regra desgarrada de uma aplicação prática aos factos em causa é insuficiente, na medida em que retira à sentença conteúdo decisório próprio.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

**(v) QUANTO A OUTROS ASPECTOS DA POLÍTICA COMERCIAL DA MCH
– O DOCUMENTO MCH372**

69. A MCH não logrou obter qualquer decisão do Tribunal a quo relativamente ao e-mail com o identificador MCH372, relativamente ao qual solicitou a protecção de um segmento que aborda temas de estratégia comercial quanto a campanhas e política comercial. Nenhum dos argumentos transversais expostos na sentença recorrida se afigura aplicável a este documento em concreto.

70. Está em causa, nesse email, a protecção de informação que explicita factores relevantes para a decisão comercial de alteração do preço, o que corresponde a um interesse legítimo da MCH.

71. O conhecimento desta informação, em especial pelos Co-Visados concorrentes da MCH, acarreta prejuízo para esta na medida em que lhe retira vantagem competitiva face a empresas concorrentes (que passam a conseguir antecipar a existência ou não de eventuais reacções comerciais da MCH e os parâmetros relevantes nessa análise).

72. Trata-se além disso de informação de conhecimento apenas das pessoas envolvidas nas comunicações em causa.

73. Pelo que forçoso é concluir que também este documento, que não é alvo de pronúncia expressa na sentença Recorrida, é merecedor de protecção nos termos do artigo 30.º da LdC.

A Autoridade da Concorrência respondeu, formulando as seguintes conclusões:



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

A. O presente recurso tem por objeto a Sentença proferida pelo Tribunal a quo em 9 de outubro de 2020 que negou provimento ao recurso interposto da Decisão da AdC de 10 de janeiro de 2020, com a referência S-AdC/2020/143.

B. Do disposto no artigo 30.º, no n.º 1 do artigo 32.º e do artigo 33.º da Lei da Concorrência, resulta que a ponderação entre o direito ao segredo de negócio, por um lado e, por outro, o direito de defesa, deve ser casuística e fundamentalmente ponderada pela AdC. Veja-se, neste sentido, a sentença do TCRS datada de 07.06.2019 – Processo n.º 228/18.7YUSTR-E (já transitado em julgado).

C. O procedimento de classificação de confidencialidades tem uma natureza dinâmica e tanto as empresas como a própria AdC têm aperfeiçoado a sua atuação e colaboração ao longo do tempo, tendo a jurisprudência tido um papel fundamental na construção deste procedimento de tratamento de confidencialidades, com vista à sua classificação.

D. A AdC, por um lado, especificando e densificando as orientações de como devem ser elaborados os pedidos de proteção de confidencialidades, e especificando, sempre que possível, a razão do seu indeferimento, nos seus ofícios de sentido provável e decisão final e nas respetivas tabelas excel que os acompanham, sendo que, relativamente a cada um dos elementos cuja confidencialidade é solicitada, existe uma célula específica onde a AdC expõe, com recurso a uma identificação numérica, os motivos de indeferimento (seja por falta de fundamentação, seja por falta de descriptivo) por vezes oferecendo-se alguma justificação adicional.

E. Por outro lado, as empresas, com menor ou maior rigor têm, também elas aperfeiçoado e na maior parte dos casos, colaborado com a AdC para a simplificação deste procedimento seguindo as orientações da AdC.

F. No presente caso, observa-se que, após sucessivas interações, a AdC concluiu que a Recorrente não fundamentou de forma capaz os seus pedidos de classificação de



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

informação como confidencial, indeferindo consequentemente e de forma parcial o requerido, o que motiva o presente recurso.

G. Assim, dos n.ºs 2 e 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência decorrem, para os visados titulares de informações confidenciais, “três ónus (...) sob pena de ficarem sujeitos à cominação legal de classificação das informações como não confidenciais. Tais ónus são: (i) ónus de identificação das informações que considera confidenciais; (ii) ónus de fundamentação de tal identificação; (iii) e ónus de fornecimento de uma cópia não confidencial dos documentos que contenham informações confidenciais expurgadas das mesmas.” (cf. Sentenças proferidas pelo TCRS, no âmbito do Processo n.º 194/16.3YUSTR, 228/18.7YUSTR (apensos E, F, G, I), e 18/19.0YUSTR (apensos E e F)). Também no mesmo sentido a recente decisão do TRL de 30.06.2020 no âmbito do processo 272/19.7YUSTR-D.L (p. 27 do Acórdão).

H. Daqui decorre que, primeiramente, a empresa tem um ónus de identificar de forma fundamentada a informação que considera dever ser protegida como confidencial; num segundo momento, a empresa tem de ser capaz de explicar à AdC as razões para aquelas informações não poderem ser divulgada a terceiros, nomeadamente a co-Visados, sob pena de essa divulgação causar prejuízo grave à empresa.

I. Dito de outro modo: a empresa tem de ser capaz de explicar que essa informação é reservada, ou seja, não é pública, foi sempre tratada como reservada e que sendo divulgada lhe pode causar prejuízo sério.

J. Não existe uma confidencialidade automática em função da temática; existe um ónus de fundamentação. Esta asserção é corroborada pelo TCRS na sentença de 07.06.2019 – Processo 228/18.7YUSTR-E (já transitado em julgado).

K. Por outro lado, e sempre assumindo que a fundamentação do tratamento confidencial está suficientemente completa, a Lei da Concorrência determina ainda que a



**Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

confidencialidade requerida só pode ser aceite se as versões não confidenciais apresentadas pela empresa permitirem apreender o teor da informação confidencial suprimida.

L. A AdC fornece às empresas orientações para a identificação fundamentada de informações confidenciais nos termos da Lei da Concorrência, a todos os pedidos de informação da AdC (consistindo num conjunto de orientações bastante concretas sobre a necessidade de se explicar o caráter secreto de uma informação, o valor comercial dessa informação por ser secreta, as diligências adotadas pela empresa para preservar o caráter secreto da informação e o prejuízo concreto advindo para a empresa da divulgação desses segredos).

M. O fundamento para a não aceitação das versões não confidenciais pode também assentar na falta ou insuficiência de descriptivo se este não permitir intuir a informação ocultada: só assim não ficarão comprometidos a publicidade do processo e os direitos de defesa de eventuais co-visados.

N. Esta matéria já foi alvo de decisão pela TCRS que validou quer a necessidade da elaboração de descriptivos para as informações ocultadas dos documentos considerados confidenciais, quer o método sugerido pela AdC.

O. Por outro lado, a não apresentação de versões não confidenciais nos termos acima indicados, determina, nos termos do n.º 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência, que as informações sejam consideradas não confidenciais.

P. Ou seja, se num documento existirem segmentos de informação classificados como confidenciais e efetivamente não o forem ou os seus descriptivos não permitem intuir o seu conteúdo, a AdC levanta a confidencialidade de todo o documento, considerando- se as informações constantes do mesmo não confidenciais.

Q. Para o cumprimento destes três ónus, a AdC concede três oportunidades às visadas para apresentarem os pedidos de proteção de confidencialidades: num primeiro



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

momento concede as orientações necessárias para realizarem o tratamento de confidencialidades; num segundo momento envia um sentido provisório da decisão desse tratamento dando oportunidade às visadas de justificarem melhor a informação considerada confidencial e apresentarem as versões conforme o entendimento da AdC em caso de discordância com as orientações fornecidas; e, ainda, por fim, num terceiro momento e após decisão final, concede prazo para apresentar novas versões não confidenciais em consonância com tal decisão.

R. Em anexo aos ofícios enviados às empresas visadas a AdC especifica como deve ser fundamentada a confidencialidade, procedimento esse que se materializa numa tabela de onde consta a informação em causa, o fundamento da necessidade de confidencialização e o descriptivo da informação a confidenciar. Ainda nesse momento, as interessadas devem juntar uma primeira versão não confidencial da informação em causa.

S. Posteriormente, através de um sentido provável de decisão (em cumprimento do n.º 5 do artigo 30.º da Lei da Concorrência), a AdC, numa análise integrada das tabelas e num ofício específico para o efeito, (i) admite a informação como confidencial, ou (ii) indefere essa classificação justificando o motivo do indeferimento, sendo certo que, conforme já explicado, esse indeferimento pode dever-se à falta ou insuficiência de fundamentação dada pela empresa visada quanto ao facto de determinada informação constituir segredo de negócio ou à falta de descriptivo.

T. Assim, e quando em causa esteja falta de fundamentação quanto à necessidade de classificação como segredo de negócio, a AdC fundamenta o seu indeferimento (ou sentido provável) com as seguintes justificações, que podem, efetivamente, ser cumulativas entre si: (i) A informação não é secreta; (e/ou) (ii) A informação não tem valor comercial pelo simples facto de ser secreta; (e/ou) (iii) A informação não tem sido/não foi objeto de diligências consideráveis para a manter secreta; (e/ou) (iv) Não ficou demonstrado pela empresa que a sua divulgação pública ou mera transmissão a pessoas diferentes daquelas que as forneceram ou que delas tenham conhecimento é suscetível de lesar gravemente os interesses da empresa.



**Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

U. Quando, por outro lado, a AdC não questione a natureza confidencial da informação mas o descritivo da mesma oferecido pela visada se encontre em falta ou é insuficiente, a AdC aponta a falta/insuficiência de descritivo por entender que o sumário ou a descrição resumida da informação suprimida não permitia apreender o seu conteúdo e matéria.

V. Ora, o ofício através do qual a AdC se pronuncia sobre a informação constante daquelas tabelas não pode ser lido de forma dissociada destas nem vice-versa uma vez que, ao fundamento generalizado constante do ofício se segue, uma por uma, a identificação da informação em causa (em cada linha da tabela), o que permite ao seu destinatário perceber por que motivo a AdC concretamente indeferiu determinada classificação de um segmento como confidencial.

W. Em resposta a este sentido provável de decisão, as empresas podem novamente justificar ou fornecer/ aperfeiçoar os fundamentos da necessidade de confidencialização e, sendo o caso, aperfeiçoar ou respetivos descritivos.

X. Por último, a AdC emite a sua decisão final, estruturando igualmente a sua decisão num ofício e nas referidas tabelas, concedendo uma terceira e última oportunidade às interessadas para fornecer novas versões não confidenciais em conformidade com esta decisão e, deste modo, acautelarem a confidencialidade da informação.

Y. Caso determinado segmento de informação não esteja devidamente fundamentado ou descrito, ou não seja junta versão não confidencial, a AdC é obrigada a levantar a confidencialidade de todo o documento, em cumprimento do disposto no n.º 4 do artigo 30.º da Lei da Concorrência – o que, de resto, já foi confirmada pelo TRL, no acórdão proferido em 13.11.2019, no Processo n.º 228/18.7YUSTR-F.L1 e no acórdão proferido em 18.12.2019, no Processo n.º 228/18.7YUSTR-E.L1.

Z. No que diz respeito aos documentos MCH1303, MCH1336, MCH1350, MCH1797, MCH2059, MCH2167, MCH2285, MCH2288, MCH2289 e MCH2927, uma das



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

causas para o indeferimento do respeitante pedido de confidencialidade da informação foi o facto de a mesma ser passível de consubstanciar o ilícito em investigação, relevando também ter em conta o descrito na secção VI. acerca da legitimidade e dignidade objetiva de proteção da informação.

AA. O que a AdC procurou demonstrar, tanto na sua Decisão Final, como nas suas alegações de recurso para a 1^a instância, foi o facto de que a MCH não foi capaz de fundamentar de forma suficiente que estas informações não constituíam efetivamente informação de conhecimento público.

BB. E o que se pode concluir da Sentença recorrida foi que o TCRS acompanhou e confirmou este entendimento da AdC.

CC. No Acórdão do TRL referido pela Recorrente nas suas alegações, há que clarificar que o TRL, no âmbito desse processo, não procedeu a uma análise casuística dos documentos em discussão nesse recurso, aceitando prima facie, a argumentação exposta pela MCH, delineando critérios gerais que auxiliem na constatação de se preços “recomendados” são ou não merecedores da tutela de confidencialidade própria dos segredos de negócio.

DD. Neste mesmo Acórdão, o Tribunal ressalvou as situações em que “as VNC em apreço não poderem ser aceites por outro motivo, de acordo com os parâmetros acima enunciados”.

EE. Não pode a Recorrente ignorar que nenhuma informação é automaticamente confidencial em razão da temática. Veja-se o estabelecido pelo TCRS nos parágrafos 60 e 61 da Sentença de 07.06.2019.

FF. Significa isto que cabe à MCH demonstrar que o entendimento da AdC de que a informação é respeitante a valores de preços públicos é errado e o porquê daquela informação em concreto merecer ser protegida.



**Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

GG. O exercício feito pelo Tribunal foi o de concordar com a decisão tomada pela AdC, quanto àqueles segmentos em causa na decisão recorrida (“Neste enquadramento, também não merece censura o segmento, da decisão recorrida, que invocou a recusa de concessão de proteção de confidencialidade com fundamento no decurso do tempo (...)”).

HH. Significa isto que, em boa verdade, o que parece ter sido a conclusão do Tribunal a quo foi a de concordar com a Autoridade no ponto em que considerou que a Recorrente não foi capaz de fundamentar de forma suficiente o porquê de aquela informação, já com mais de 5 anos, manter a sua relevância e continuar a carecer de proteção.

II. Tal como também a própria Recorrente refere, este é um critério também aplicado pela própria Comissão Europeia e confirmado pela jurisprudência dos tribunais da União, que entende que informação com mais de 5 anos poderá já não merecer ser classificada como confidencial.

JJ. Como tal, nada impede a AdC de aplicar este critério aquando do seu procedimento de confidencialidades, não significando que, obviamente, não possa existir informação com mais de 5 anos, mas que careça ainda de proteção por constituir segredo de negócio e, por isso, ser considerada confidencial.

KK. Assim, o que se espera é que a empresa responsável pela informação em crise seja capaz de fundamentar e justificar por que razão é que tal informação, apesar de contar com mais de 5 anos, carece ainda de proteção.

LL. Veja-se o decidido em Sentença do TCRS de 18.06.2020, proferida no âmbito do processo 243/18.0YUSTR-C.

MM. O que sucedeu no presente processo contraordenacional foi que a AdC entendeu que a fundamentação apresentada pela Recorrente não se mostrou suficiente a afastar a presunção em causa; e, consequentemente, o Tribunal a quo concordou com a decisão tomada pela AdC.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

NN. Tal como a AdC havia já referido nas suas alegações em sede de recurso para a 1^a instância, existem já decisões judiciais, quer do TCRS, quer do TRL que decretaram a não confidencialidade dos documentos em crise.

OO. O que na verdade se pode retirar da Sentença recorrida é que esta acolhe a fundamentação apresentada pela AdC nas suas alegações, e que vai além da invocação das decisões judiciais referidas no parágrafo anterior, mas inclui também a fundamentação apresentada nas tabelas excel que acompanham o procedimento de confidencialidade e que são do conhecimento da MCH, assim como toda a explication pela AdC do procedimento de confidencialidade.

PP. A MCH refere nas suas alegações a existência de duas sentenças posteriores às referidas pela AdC, que entenderam que os documentos em causa seriam confidenciais, inibindo-se, contudo, de clarificar o que foi efetivamente decidido nessas sentenças.

QQ. Veja-se, então, que as sentenças de 18.06.2020, proferidas no âmbito dos processos 244/18.9YUSTR-B e 243/18.0YUSTR-C, não acompanham o pedido da Recorrente em todo o seu âmbito.

RR. A tomada pelo TCRS nestas sentenças não invalida, neste âmbito, a efetiva existência de jurisprudência do TCRS já confirmada pelo TRL (no âmbito do processo 228/18.7YUSTR-E), na qual os documentos em causa foram considerados não confidenciais, tal como referido nos parágrafos 204 e 206 das alegações da AdC para a 1^a instância.

SS. Portanto, a jurisprudência tem decidido de forma divergente, não sendo então óbvio que todas as informações em todos estes documentos constituam segredo de negócio.

TT. O que parece ser possível interpretar da Sentença recorrida é o facto de o Tribunal a quo ter concordado com a fundamentação apresentada pela AdC quanto a este tema e quanto aos documentos em relação a cujas confidencialidades a MCH recorreu.



**Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

UU. O artigo 30.º da Lei da Concorrência incute à AdC o dever de acautelar o legítimo interesse dos visados na não divulgação dos seus segredos de negócio.

VV. Contudo, na ponderação nesse interesse, o que a AdC procurará efetivamente tutelar serão aqueles que se mostrem objetivamente dignos de proteção. Isto é, o segredo de negócio pressupõe a existência de informação secreta cuja divulgação é suscetível de lesar gravemente a empresa, dentro dos parâmetros da legalidade.

WW. Ora, resulta óbvio que informação que ateste práticas comerciais ilícitas não poderá consubstanciar interesses dignos de proteção.

XX. Esta ideia está perfeitamente estabilizada na jurisprudência europeia e nacional.

YY. Veja-se, a título meramente exemplificativo, o determinado na Sentença do TCRS datada de 07.06.2019 (e confirmada pelo TRL no Acórdão de 18.12.2019) acerca desta matéria.

ZZ. E a jurisprudência tem sido de facto unânime quanto à questão do mérito/dignidade da informação para que seja possível a sua proteção.

AAA. Se a AdC entende que determinada informação é suscetível de consubstanciar um ilícito e, portanto, eventualmente constituir prova da prática investigada, importa que todos os Co-Visados possam ter acesso a essa informação, por forma a preparar a sua defesa e conhecer a prática que eventualmente lhes será sancionada.

BBB. Não pode, por isso, valer o argumento de que neste processo contraordenacional todas as Co-Visadas são representadas por mandatário, uma vez que outros processos existem em que tal não acontece e, portanto, está em causa um precedente que não se deve abrir, sob pena de se vir a pôr em causa direitos de defesa de outros Visados em futuros processos contraordenacionais.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

CCC. Da análise do documento em causa resulta de forma clara que a informação trocada é, na verdade, informação pública, já que diz respeito a uma ação promocional em vigor à data do envio do e-mail num concorrente da MCH, procedendo-se a uma comparação dos preços praticados por esse concorrente com os preços praticados pela própria MCH, sendo possível reconduzir a informação a uma situação de shopping.

DDD. Por fim, o próprio texto do e-mail refere-se a um pedido de alinhamento de preços entre a MCH e o seu concorrente, portanto esta informação é também ela passível de constituir prova de um ilícito.

O Ministério Público respondeu ao recurso pugnando pela sua improcedência e concluindo que a sentença recorrida deve ser integralmente mantida, tanto mais que como se encontra indicado na dota sentença do TCRS foi já proferida Nota de Ilicitude na fase administrativa.

*

Colhidos os vistos e realizada a conferência, cumpre decidir.

*

II. Questões a decidir

Atentas as conclusões formuladas pela Recorrente que, condensando as razões da sua divergência com a decisão recorrida, delimitam o objecto do recurso e definem as questões a decidir (cf. artigos 402º, 403º e 412º, n.º 1 do Código de Processo Penal), exceptuando as que sejam de conhecimento oficioso, importa apreciar e decidir neste caso, a invalidade/ineficácia da sentença, a sua falta de fundamentação e a violação do artigo 30.º, n.º 1, do Novo Regime Jurídico da Concorrência.

*



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

III. Fundamentação

III.1. Os factos

Na sentença recorrida foram considerados provados os seguintes factos:

I. No âmbito do processo de contraordenação que correu termos na AdC (sob a referência interna PRC/2016/4), a Recorrente foi sujeita a uma diligência de busca, exame, recolha e apreensão, em cumprimento dos mandados emitidos pelo Ministério Público;

II. Aquelas diligências deram origem à extracção de uma certidão que fundou outro processo de contraordenação (com a referência interna PRC/2017/8), investigando-se uma eventual infração sobre preços de revenda dos produtos nos supermercados aos consumidores finais e sobre o nível de preços praticados pelas insígnias concorrentes para os mesmos produtos, que envolve a Recorrente e outras Co-Visadas;

III. O sobredito processo de contraordenação foi sujeito a segredo de justiça, por deliberação do Conselho de Administração da AdC;

IV. Nesta sequência, a AdC notificou as empresas Visadas no processo de contraordenação, incluindo a aqui Recorrente, para identificarem, de maneira fundamentada, as informações apreendidas consideradas confidenciais por motivo de segredo de negócio e, sendo o caso, juntarem versão não confidencial desses documentos (mais se informando as empresas de que, nos termos da lei, a não identificação de eventuais confidencialidades, a falta de fundamentação ou a falta de envio de versão não confidencial de documentos confidenciais determina a publicidade da informação);

V. Para tanto, a AdC exortou a Recorrida a observar as orientações contantes do anexo I ao ofício SAdC/2018/1421, por um lado; por outro lado, a AdC remeteu à Recorrente um suporte de armazenamento externo com toda a documentação em causa acompanhada de



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

uma tabela/índice de todos os documentos apreendidos, elaborada pela AdC para facilidade de identificação pela empresa de eventuais confidencialidades e sua fundamentação;

VI. A Recorrente respondeu ao pedido de identificação de confidencialidades, por referência aos 84 documentos eletrónicos e 23 documentos em papel;

VII. De seguida, a AdC notificou a Recorrente do sentido provável de indeferimento quanto ao pedido de proteção de confidencialidade relativo à prova apreendida, concedendo-lhe prazo para «dizer o que tivesse por conveniente»;

VIII. Em concreto, relativamente à prova apreendida, a AdC explicitou que foi deferido o pedido de proteção de confidencialidades relativamente a 15 documentos em papel e a dois documentos eletrónicos; mas que o pedido da Recorrente não poderia ser aceite (i) relativamente a 2 documentos eletrónicos, com fundamento no não preenchimento dos critérios de fundamentação exigidos no n.º 2 do artigo 30.º da Lei da Concorrência (e vertidos nas Orientações constantes do Anexo I ao pedido enviado em maio); (ii) relativamente a 10 documentos eletrónicos, por falta de descriptivo suficiente; (iii) relativamente a 67 documentos eletrónicos, por falta de fundamentação e falta de descriptivo; (iv) relativamente a 4 documentos em papel, por falta de descriptivo suficiente; (v) relativamente a 6 documentos em papel, por falta de fundamentação e falta de descriptivo;

IX. Nas versões não confidenciais (VNC) apresentadas pela Recorrente à AdC, aquela substituiu o nome dos colaboradores, envolvidos ou mencionados nas comunicações, por siglas;

X. A AdC rejeitou esse procedimento, invocando que tal descriptivo é insuficiente, pois que a «VNC tem de permitir intuir cargos e áreas de colaboradores, empresas envolvidas»;

XI. A Recorrente apresentou Resposta ao sentido provável de decisão, reiterando e densificando as razões pelas quais considera que a informação classificada como



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

confidencial deveria beneficiar de proteção e apresentou novas versões não confidenciais e/ou sumários ou descrições resumidas reformuladas da informação protegida;

XII. A Recorrente alterou a suas VNC, de modo a que nas mesmas passasse a figurar, sempre que tal se encontrasse igualmente do original, a menção [Email Sonae] ou Email [Fornecedor], conforme o caso; além disso, aditou, em cada documento contendo uma menção ao cargo, área e actividade ou empresa do colaborador em causa, essa menção fosse evidenciada na respectiva VNC;

XIII. Em 10.01.2020, a AdC indeferiu o pedido de proteção de confidencialidade da Recorrente (ofício SAdC/2020/143), fundado na circunstância de a Recorrente não ter logrado satisfazer o solicitado, por não ter enviado as fundamentações adequadas, as reformulações de descritivos apresentados e novas versões não confidenciais, em que observasse o vertido em IX;

XIV. Além disso, vários pedidos de informação confidencial foram rejeitados, pela AdC, com fundamento na perda de confidencialidade pelo decurso do tempo, com fundamento na circunstância de a informação em causa não constituir segredo de negócio ou outro tipo de negócio e, finalmente, por se tratar de informação passível de consubstanciar um comportamento ilícito, objecto da investigação;

XV. Em 24.01.2020, a Recorrente enviou novas versões não confidenciais dos documentos e, em 06.02.2020, apresentou um requerimento com pedido de correção de lapsos em ficheiros já entregues.

XVI. Entretanto, foi proferida nos autos Nota de Ilicitude (nos termos do disposto na alínea a) do n.º 3 do artigo 24.º da Lei n.º 19/2012, em 26.06.2020) sendo visados no processo de contraordenação PRC/2017/8, as seguintes empresas e pessoas singulares (para além da Modelo Continente Hipermercados, S.A.): Sogrape – Distribuição, S.A., Auchan Retail Portugal, S.A., Pingo Doce – Distribuição Alimentar, S.A., Cooplecnorte – Aquisição e



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Fornecimento de Bens e Serviços, C.R.L., ITMP Alimentar, S.A., Tomás Lince Fernandes e Manuel de Sousa Pinto de Almeida, todos com I. Mandatários constituídos.

*

III.2. Do mérito do recurso

2.1. Invalidade/ineficácia da sentença

Entende a Recorrente que deve ser declarada *a ilegalidade, rectius, a ineficácia* da sentença recorrida, alegando que a mesma frustou a confiança que depositou no TCRS, porque o Tribunal, no apenso B do mesmo processo, a respeito de outro recurso interlocutório, terá consentido num prazo para que a Recorrente e a AdC procurassem obter uma solução consensual e nesse prazo proferiu a sentença deste apenso.

Começa a sua motivação de recurso referindo estar pendente a arguição de invalidade da sentença, o que, compulsados os autos se verifica já ter sido decidido. Bem como proferida sentença no referido apenso B, o qual se mostra já encerrado.

Como referido pelo Tribunal nessa decisão, “a menção do Tribunal à utilidade na obtenção de uma solução consensual não significa, por falta de base legal para o efeito ou determinação deste Tribunal nesse sentido, qualquer mitigação dos poderes jurisdicionais de que o Tribunal que está investido para o conhecimento do mérito da causa”. O que a Recorrente não desconhece, assim como as normas legais aplicáveis, não se verificando qualquer violação dos princípios da lealdade, confiança e previsibilidade pelo facto de o Tribunal, realizado o julgamento, ter proferido sentença (para cujo efeito, conforme consta da respectiva acta, determinou a abertura de conclusão).

Sustenta a Recorrente que deve ser declarada a invalidade da sentença neste apenso A, devendo reabrir-se o período de negociações com a AdC para que as partes continuem a prosseguir a solução consensual que entende ter sido promovida pelo Tribunal *a*



**Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

quo, através das negociações que entende que o Tribunal autorizou. Ora, como consta do ponto XVI da matéria de facto provada, já foi, entretanto (26.06.2020), proferida nos autos a Nota de Ilicitude, sendo visados no processo de contraordenação PRC/2017/8, outras empresas e pessoas singulares para além da Recorrente.

Subscrevemos a respeito a posição do Ministério Público na sua resposta ao recurso, que aqui reproduzimos: “o direito das contraordenações, mesmo no sector da concorrência é direito sancionatório, sujeito a normas de ordem pública, indisponíveis, pelo que, mesmo as medidas de diversão têm de estar previstas na lei, e os eventuais critérios de oportunidade são também de legalidade.

Ora, quer percorrendo (todo) o RJC, quer percorrendo o RGCO e o CPP, enquanto seus regimes subsidiários, não se encontra qualquer alusão a acordos de sentença, pelo que não são permitidos, por não previstos.

Por outro lado, tendo os autos seguido para julgamento a impulso da Recorrente, e, tendo efetivamente ocorrido julgamento, não se descortinam razões legais para o Tribunal sobrestar na sentença.

Ainda, essa eventual solução consensualizada entre a Recorrente e a AdC, em qualquer dos apensos organizados de acordo com o disposto no artigo 85.º do RJC, dada a natureza de ordem pública do processo, sempre teria de se manifestar através das fórmulas legais de finalização do recurso sem intervenção do Tribunal, ou por via da retirada da acusação, ou por via da retirada do recurso, respetivamente, previstas nos artigos 87.º/6 do RJC, aplicável subsidiariamente aos recursos interlocutórios (cfr. artigo 85.º/1 do mesmo diploma legal) e 83.º do RJC conjugado com o artigo 71.º do RGCO.

Deste modo, para obstar à prolação de sentença, e em concreto, ou o MP retirava a acusação ou a Recorrente retirava o recurso, mas, como já se havia iniciado julgamento, teria de obter o acordo do MP, o que nada aconteceu, pelo que bem andou o douto TCRS ao



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

proferir sentença na sequência do julgamento realizado, não contendo a sentença recorrida qualquer vício ou invalidade por se ter limitado a cumprir a lei.”

Pelo que se conclui, nesta parte, pela improcedência do recurso.

*

2.2. falta de fundamentação

Alega a Recorrente que a sentença recorrida não fez um *exame sério* dos pedidos de confidencialidade efectuados pela MCH ou das razões pelas quais considera inatendíveis qualquer uma das múltiplas alegações de dano na divulgação da informação esgrimidas pela Recorrente, limitando-se a uma adesão acrítica às considerações tecidas pela AdC nas suas alegações de recurso, sem explicar por que razão o Tribunal não acolheu a argumentação da Recorrente.

Entende que a sentença se revela *incompreensível* nalgumas passagens, como sucede a respeito da natureza confidencial da informação constante dos documentos em papel (MCH papel 5, MCH papel 6, MCH papel 7, MCH papel 8, MCH papel 9 e MCH papel 10), onde o racional para indeferimento da pretensão da Recorrente é apenas o de que a recusa de concessão de confidencialidade a tais documentos não merece reparo, por se tratar de matéria não sujeita a segredo de negócio.

Vejamos.

Escreveu-se na sentença recorrida, depois de enfatizar que a AdC proporcionou à Recorrente efectivas condições para o exercício do tríplice ónus que a Lei impõe à Visada em matéria de protecção da confidencialidade (i) de identificação das informações que considera confidenciais; ii) de fundamentação de tal identificação; iii) de fornecimento de uma cópia não confidencial dos documentos que contenham informações confidenciais expurgadas das



**Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

mesmas), incluindo o estabelecimento da dicotomia entre improcedência do peticionado por falta de fundamentação e por falta de descriptivo, o seguinte:

“relativamente ao segmento da decisão recorrida que recusou a protecção de confidencialidade a matéria que, segundo a Recorrente, continha segredo de negócio (cfr. ponto 199.º das Alegações de recurso, constante de fls. 259 dos autos), constata-se que a recusa se fundou na circunstância de a matéria em causa não poder merecer a sobredita protecção por conter informação susceptível de configurar a infracção objecto de investigação dos autos contraordenacionais.

Com efeito, sem prejuízo dos demais requisitos, afigura-se proporcional e adequado estabelecer como limite, ao tratamento confidencial, a circunstância de essa informação constituir, ela própria, matéria susceptível de configurar a 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. Donde, o exercício das competências de fiscalização e censura sobre comportamentos anticoncorrenciais seria, desproporcionadamente, coartado se a AdC ficasse privada de escrutinar, com detalhe e profundidade, a observância dos ditames concorrenciais devido à supremacia do valor segredo de negócio.

Note-se, aliás 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.

Por outro lado, conforme explicitado na decisão recorrida, o objecto dos autos contraordenacionais em investigação abrange outras Visadas, cuja compressão do exercício efectivo de Defesa se acharia, desproporcionadamente, afectado, caso se vissem privadas de



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

acerder à informação apreendida à Recorrente, com fundamento na circunstância de a mesma constituir segredo de negócio.

Com efeito, por força do disposto no número 10, do artigo 32.º da Constituição, dúvidas não restam de que o arguido, visado em processo contraordenacional, goza de um direito de defesa constitucionalmente tutelado, de matriz idêntica ao conferido ao arguido visado em sede de processo penal⁵.

*De igual sorte, não está aqui em causa qualquer postergação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*⁶ pois que, a informação, em causa, foi obtida na sequência de uma busca e apreensão determinada pelo Ministério Público e tal princípio comporta excepções⁷, quer em matéria de processo penal, quer no plano contraordenacional, designadamente, no que tange aos denominados deveres de colaboração, fundados em razões de eficiência e apuramento da verdade material.*

Ainda no que tange ao segmento de recusa de protecção de confidencialidade estribado na falta de fundamentação, importa salientar que bem andou a decisão da AdC ao recusar a protecção de confidencialidade relativamente à informação atinente a preços ou PVP's (cfr. ponto 203 das alegações da AdC), pois que, não sendo tal natureza secreta, não é idónea a merecer tratamento de protecção de confidencialidade.

Neste enquadramento, também não merece censura o segmento, da decisão recorrida, que invocou a recusa de concessão de protecção de confidencialidade com fundamento no decurso do tempo, na medida em que constitui jurisprudência estabilizada, do Tribunal de Justiça da União Europeia⁸, o entendimento de que as informações datadas de «há mais de cinco anos, perderam o seu carácter confidencial e devem ser tidas por históricas». De igual sorte, também não merece reparo a recusa de concessão de confidencialidade aos documentos em papel melhor identificados no ponto 205 das alegações da AdC (fls. 260 dos autos), por se tratar, igualmente, de matéria não sujeita a segredo de negócio, logo desprovida de carácter confidencial.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Em síntese, neste trecho, a Recorrente não logrou demonstrar, como lhe competia, por um lado, a natureza secreta da informação visada e, por outro lado, a existência de prejuízo decorrente da não concessão de protecção de confidencialidade. Por outro lado, em contraponto, apurou-se que a informação em causa respeita, em larga medida, a matéria não protegida por segredo de negócio por se tratar de matéria objecto de investigação contraordenacional, indicadora da violação das regras da concorrência. Finalmente, neste conspecto, a recusa de protecção confidencialidade destinou-se ainda a possibilitar às Co-visadas o exercício efectivo do seu direito de defesa, pois que só a recusa de confidencialidade lhes confere acesso ao seu teor, para efectiva e cabal contraditação. "

No que respeita em concreto aos documentos em papel (MCH papel 5, MCH papel 6, MCH papel 7, MCH papel 8, MCH papel 9 e MCH papel 10), estão identificados no ponto 205 das alegações da AdC (fls. 260 dos autos, para que a sentença remete).

Do ponto 205 e seguinte das alegações da AdC consta, para além da identificação dos documentos, o seguinte: "*Sucede que, estes mesmos documentos já foram alvo de decisão por parte do TCRS na sentença de 07.06.2019 e confirmado por acórdão do TRL de 18.12.2019, tendo sido considerados não confidenciais (cf. pontos 127, 128, 129, 130), ao que acresce a fundamentação explanada na tabela excel anexa à decisão da AdC, pelo que não se vislumbra qualquer explicação adicional quanto a estes documentos.*".

Ao referir, no contexto da restante fundamentação supra reproduzida, que a recusa de concessão de confidencialidade aos referidos documentos em papel não merece reparo, a sentença fundamentou de forma suficiente a sua decisão de manter a recusa decidida pela AdC, permitido à Recorrente perceber as razões da improcedência do recurso, nessa parte. Como se escreveu no ac. do STJ de 24.01.2018, no proc. 111/02.8TAALQ.L1.S1 citado na sentença em sede de apreciação da questão prévia de falta de fundamentação da decisão administrativa recorrida, "a falta de fundamentação não se confunde, ou não pode ter a mesma dimensão comprensiva, da falta de convencimento que essa fundamentação opera no destinatário".



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Pelo que o recurso improcede, nesta parte.

*

2.3. violação do artigo 30.º, n.º1, do Novo Regime Jurídico da Concorrência

Dispõe o art. 30.º do NRJC sobre segredo de negócio:

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.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

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.

i) protecção de confidencialidade relativamente “à informação atinente a preços ou PVPs”

Alega a Recorrente que o Tribunal recusou reconhecer a confidencialidade de um conjunto de segmentos de emails relativos a preços em negociação com o fornecedor, com fundamento em que essa informação não tem natureza secreta (comunicações com os identificadores MCH1235, MCH1303, MCH1336, MCH1350, MCH1602, MCH1797, MCH2059, MCH2167, MCH2285, MCH2288, MCH2289, MCH2923 e MCH2927).

Não podemos aqui deixar de sublinhar que o Tribunal *a quo* não recusou reconhecer a confidencialidade a qualquer dos documentos em causa, resultando dos pontos VIII, X, XIII e XIV da matéria de facto provada a sua rejeição pela AdC e os fundamentos para tanto. Matéria de facto cuja impugnação lhe está vedada neste recurso, face ao disposto no art. 75.º do RGCO.

Sustenta a Recorrente que os preços em questão nesses emails não são preços de venda ao público (PVP) e sim preços-alvo de negociação ou base de negociação entre a Recorrente e o seu fornecedor, correspondendo às recomendações de preço do fornecedor. Recomendações essas que, em regra, são utilizadas como referencial de preços para a negociação de condições de compra ou para a participação do fornecedor noutras ações comerciais da MCH, como sejam campanhas ou promoções, independentemente de, na urgência e informalidade que caracteriza estas negociações comerciais, as partes se referirem, por vezes, a eles como PVPs. Sustenta que o conhecimento de tais preços por terceiros (aí se incluindo os Co-Visados concorrentes da MCH) é merecedor de tutela, sendo do conhecimento apenas das pessoas que estão envolvidas na negociação e tomada de decisão



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

quanto às temáticas em causa, e o seu conhecimento por terceiros contende directamente com a capacidade competitiva da empresa.

Vejamos.

Todos os documentos referidos pela Recorrente viram a sua confidencialidade recusada pela AdC, para além dos fundamentos específicos que constam da tabela de excel anexa à decisão final, por conterem informação susceptível de configurar o ilícito objecto de investigação pela AdC, não podendo por isso ser considerados confidenciais (cfr. ponto 6 i) da decisão administrativa, porque dizem em especial respeito a *procedimentos internos de marcação de preços, análises de preços, política comercial, negociação com fornecedores, acções promocionais, shopping e condições comerciais*) e, alguns, como os docs. MCH1235, MCH1350, MCH2167, por insuficiência de descriptivo no que respeita a intervalos de valor (cfr. ponto 6 ii) da decisão final da AdC). E ainda, outros, como os docs. MCH1336, MCH1602, MCH2167, MCH2288, MCH2289, MCH2923 e MCH2927, porque, cfr. referido no ponto 6 iii) da decisão final da AdC, tratando-se de *PVP's, dada a sua natureza, são considerados pela AdC como não confidenciais e terá de ser revelado o valor respectivo*.

Quanto à referida tabela de excel, consta que não foi apresentada uma versão não confidencial (VNC) em conformidade com as orientações da AdC no que respeita às pessoas singulares e ainda, quanto ao MCH1602, ter sido truncada a informação relativa aos “PVPs recomendados; Alinhamento de preços”, tendo a Visada justificado que “*Os segmentos em intervalos de valor dizem respeito a uma recomendação de preço efectuada pelo fornecedor à MCH, tratando-se de uma questão contratual e, por isso, de matéria reservada das partes. (...)*”

A sentença referiu-se aos documentos identificados pela Recorrente nos seguintes termos: “*relativamente ao segmento da decisão recorrida que recusou a protecção de confidencialidade a matéria que, segundo a Recorrente, continha segredo de negócio (cfr. ponto 199.º das Alegações de recurso, constante de fls. 259 dos autos), constata-se que a*



**Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão**

Recurso Penal

recusa se fundou na circunstância de a matéria em causa não poder merecer a sobredita protecção por conter informação susceptível de configurar a infracção objecto de investigação dos autos contraordenacionais. Com efeito, sem prejuízo dos demais requisitos, afigura-se proporcional e adequado estabelecer como limite, ao tratamento confidencial, a circunstância de essa informação constituir, ela própria, matéria susceptível de configurar a 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. Donde, o exercício das competências de fiscalização e censura sobre comportamentos anticoncorrenciais seria, desproporcionadamente, coartado se a AdC ficasse privada de escrutinar, com detalhe e profundidade, a observância dos ditames concorrenenciais devido à supremacia do valor segredo de negócio. Note-se, aliás 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.

Por outro lado, conforme explicitado na decisão recorrida, o objecto dos autos contraordenacionais em investigação abarca outras Visadas, cuja compressão do exercício efectivo de Defesa se acharia, desproporcionadamente, afectado, caso se vissem privadas de aceder à informação apreendida à Recorrente, com fundamento na circunstância de a mesma constituir segredo de negócio. Com efeito, por força do disposto no número 10, do artigo 32.º da Constituição, dúvidas não restam de que o arguido, visado em processo contraordenacional, goza de um direito de defesa constitucionalmente tutelado, de matriz idêntica ao conferido ao arguido visado em sede de processo penal5. "

Temos por correcta a avaliação feita pelo Tribunal, improcedendo o recurso nesta parte.

*



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

(ii) perda de relevância pelo decurso do tempo

A Recorrente alega que o Tribunal considerou que as informações datadas de há mais de cinco anos perderam o seu carácter confidencial e devem ser tidas por históricas, ignorando que a perda do carácter confidencial de uma informação com mais de cinco anos nunca foi considerada de forma absoluta pelo Tribunal de Justiça ou pela Comissão Europeia.

Sem razão, no entanto, não tendo o Tribunal *a quo* incorrido em tal erro.

Sendo certo que “um segredo comercial não o deixa de ser, sem mais, pelo facto de conter elementos do ano passado”, a informação passada pode perder relevância, sendo de sufragar neste âmbito o entendimento adoptado pela jurisprudência da União Europeia, traduzido no seguinte: “*Há que lembrar que, por força de jurisprudência bem assente, não são secretas nem confidenciais as informações que o foram mas que datem de cinco anos ou mais e devam, por isso, ser consideradas históricas, a menos que, excepcionalmente, o recorrente demonstre que, apesar da sua antiguidade, tais informações continuam a constituir elementos essenciais da sua posição comercial ou de um terceiro* (despacho do Tribunal Geral de 15 de novembro de 1990, *Rhône-Poulenc e o./Comissão*, T-1/89 a T-4/89 e T-6/89 a T-15/89, *Colet.*, p. II-637, n.º 23; v. despacho do presidente da Quarta Secção do Tribunal Geral de 22 de fevereiro de 2005, *Hynix Semiconductor/Conselho*, T-383/03, *Colet.*, p. II-621, n.º 60 e jurisprudência aí referida; despachos do presidente da Oitava Secção do Tribunal Geral de 8 de maio de 2012, *Diamanthandel A. Spira/Comissão*, T-108/07, n.º 65, e de 10 de maio de 2012, *Diamanthandel A. Spira/Comissão*, T-354/08, n.º 47)”. - decisão proferida no processo T-341/12, *Evonik Degussa v Commission*, EU:T:2015:51, §84¹ [destaque nosso]

A AdC alega não discordar da Recorrente e que informação com mais de 5 anos pode ainda ter carácter sensível e, como tal, merecer protecção. Cabendo, contudo, à empresa a quem essa informação pertence, o ónus de demonstrar que determinada informação com 5

¹ Cf. ac. do TRL de 18.12.2019, proc. n.º 228/18.7YUSTR-G.LI-3



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

anos ou mais mantém a sua relevância actual, quando tal não seja evidente à AdC. O que não sucedeu no caso, tendo a AdC entendido que a fundamentação apresentada pela Recorrente não se mostrou suficiente para afastar a presunção em causa, de perda de relevância da informação com base no decurso do tempo. Com efeito, cfr. ponto 6 iv) da decisão administrativa final, consta que casos houve em que a Recorrente não logrou especificar qual o carácter secreto da informação em causa, nomeadamente, *explicitando qual o seu valor comercial em 2019*.

Reproduzimos já acima a fundamentação da sentença recorrida, de que consta, a propósito, o seguinte: *Neste enquadramento, também não merece censura o segmento, da decisão recorrida, que invocou a recusa de concessão de protecção de confidencialidade com fundamento no decurso do tempo, na medida em que constitui jurisprudência estabilizada, do Tribunal de Justiça da União Europeia⁸, o entendimento de que as informações datadas de «há mais de cinco anos, perderam o seu carácter confidencial e devem ser tidas por históricas».*

Ou seja, a sentença recorrida, referindo expressamente na nota 8 a jurisprudência do TJUE que começamos por citar, decidiu neste ponto em concordância com a decisão tomada pela AdC.

*

(iii) documentos em papel

Sustenta a Recorrente que a sentença recorrida não apresentou qualquer fundamentação *própria* para indeferir os pedidos de confidencialidade das comunicações com identificadores **MCH Papel 5, MCH papel 6, MCH Papel 7, MCH papel 8, MCH Papel 9 e MCH papel 10**, limitando-se a remeter para as alegações da AdC que, por sua vez, apenas referem que os pedidos de confidencialidade relativamente a estes documentos já foram decididos pelo TCRS na sentença proferida no processo n.º 228/18.9YUSTR-E.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Alega que, entretanto, os mesmos pedidos foram analisados em outros recursos, não sendo por isso pacífica a questão, e que os pedidos de confidencialidade quanto a estes documentos devem ser aceites, pelo menos na parte em que o foram pelo TCRS nas suas sentenças de 18 de Junho de 2020, nos processos n.º 243/18.0YUSTR-C e 244/18.9YUSTR-B. Por se tratarem de e-mails que contêm segmentos que constituem segredo de negócio da Recorrente, abordando temas relativos à relação com o respectivo fornecedor.

Vejamos.

Como escrevemos já a propósito da falta de fundamentação, a sentença recorrida refere-se a estes documentos - que identifica pela referência ao ponto 205 das alegações da AdC, a fls. 260 dos autos – nos seguintes termos: *De igual sorte, também não merece reparo a recusa de concessão de confidencialidade aos documentos em papel melhor identificados no ponto 205 das alegações da AdC (fls. 260 dos autos), por se tratar, igualmente, de matéria não sujeita a segredo de negócio, logo desprovida de carácter confidencial.* Prosseguindo com a seguinte síntese: (...) *Por outro lado, em contraponto, apurou-se que a informação em causa respeita, em larga medida, a matéria não protegida por segredo de negócio por se tratar de matéria objecto de investigação contraordenacional, iniciadora da violação das regras da concorrência. Finalmente, neste conspecto, a recusa de protecção confidencialidade destinou-se ainda a possibilitar às Co-visadas o exercício efectivo do seu direito de defesa, pois que só a recusa de confidencialidade lhes confere acesso ao seu teor, para efectiva e cabal contraditação.*

Manifesta, pois, concordância com a AdC, que não justificou a recusa de concessão de confidencialidade aos documentos em causa apenas por já terem sido alvo de decisão por parte do TCRS, que os considerou não confidenciais, na sentença de 7.06.2019, confirmada por acórdão deste Tribunal da Relação de 18.12.2019, mas também por outras razões que a Recorrente omite nas suas alegações.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Da tabela anexa à decisão final consta, relativamente aos documentos MCH Papel 5, MCH papel 6, MCH Papel 7, MCH papel 8, MCH Papel 9 e MCH papel 10 que os fundamentos para a confidencialidade (parcial) eram:

MCH5 - Identificação de pessoas singulares; Segredo de negócio quanto a estratégia comercial, metodologia interna de análise de mercado e condições comerciais; MCH6 - Identificação de pessoas singulares; Segredo de negócio quanto à gestão de relação com o fornecedor e condições comerciais; MCH7 - Identificação de pessoas singulares; Segredo de negócio quanto à gestão comercial de encomenda e condições comerciais aplicadas em campanhas; MCH8 - Identificação de pessoas singulares; Segredo de negócio quanto a condições comerciais e métricas de campanhas; MCH9 - Identificação de pessoas singulares; Segredo de negócio quanto à gestão comercial de campanha; MCH10 - Identificação de pessoas singulares; Segredo de negócio quanto a condições comerciais aplicadas em campanhas.

Posteriormente foram apresentadas mais justificações, invocando em suma, quanto à identificação de pessoas singulares, que as VNC foram parcialmente alteradas no que respeita à referência a email da empresa quando constante do original e, quanto ao demais, que as referências do email original a cargos, área do colaborador e empresa foram mantidas nas VNC, apenas não constando essa informação das VNC nos segmentos em que o respectivo original era omisso a esse propósito. E, quanto aos restantes segmentos, que se trata, em suma, de informação de circulação restrita à equipa comercial da MCH e comercialmente muito sensível, cuja divulgação é lesiva dos interesses comerciais legítimos da MCH na medida em que os segmentos truncados são relevadores de uma estratégia comercial específica da empresa (...).

Dos 25 documentos em papel cuja confidencialidade (parcial) foi requerida, foi deferida em relação a praticamente todos (com exceção do 2 e 24) aqueles em que o fundamento para a confidencialidade era a identificação de pessoas singulares. Apenas não o



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

tendo sido os documentos em que, para além desse fundamento, se alegava que seriam, em suma, reveladores da *estratégia comercial da empresa*.

Ora, dizendo respeito a “*procedimentos internos de marcação de preços, análises de preços, política comercial, negociação com fornecedores, acções promocionais, shopping e condições comerciais*”, consta do ponto 6 da decisão final da AdC (fls. 352 e ss. dos autos) que não poderão ser objecto de deferimento uma vez que a informação em causa é, na quase totalidade dos casos, passível de consubstanciar o comportamento ilícito objecto da investigação, não sendo, portanto, essa eventual confidencialidade digna de protecção.

Quanto à recusa de confidencialidade por a informação ser passível de consubstanciar o comportamento ilícito objecto da investigação pela Autoridade da Concorrência, a sentença recorrida pronunciou-se a respeito, como já reproduzimos acima, e de forma que entendemos correcta.

*

(iv) da legitimidade e dignidade objectiva de proteção dos interesses lesados pela divulgação da informação

Alega a Recorrente que, relativamente aos pedidos de confidencialidade indeferidos por conterem informação que constitui, ela própria, matéria susceptível de configurar a postergação das regras da concorrência, o Tribunal não fez qualquer análise específica das informações em causa, limitando-se a enunciar o princípio de que a informação que for susceptível de configurar uma violação das regras de concorrência não merece protecção de confidencialidade. Entende que os pedidos de confidencialidade em nada impactam a investigação da AdC, tendo tal procedimento apenas efeito ao nível do acesso ao processo, quer por co-Visados, quer por terceiros.



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Com o devido respeito, o facto de a Recorrente entender que as informações constantes dos documentos cuja confidencialidade foi recusada não impactam a investigação da AdC, não releva.

Dos fundamentos adiantados para o pedido de concessão das confidencialidades e da própria motivação do presente recurso resulta que os mesmos contêm informação que *“dizem respeito, em especial, a procedimentos internos de marcação de preços, análises de preços, política comercial, negociação com fornecedores, acções promocionais, shopping e condições comerciais”*, matérias que são destacadas no ponto 6 i) da decisão final da AdC como passíveis de consubstanciar o comportamento ilícito objecto da investigação (por ex. os MCH1303, MCH1336, MCH1350, MCH1797, MCH2059, MCH2167, MCH2285, MCH2288, MCH2289, MCH2923 e MCH2927 já acima referidos), não tendo o Tribunal *a quo* que apreciar, nesta sede, as condutas objecto da investigação da Autoridade da Concorrência.

*

(v) outros aspectos da política comercial da MCH – o documento MCH372

Alega a Recorrente que o Tribunal não se pronunciou expressamente sobre o e-mail com o identificador MCH372, relativamente ao qual solicitou a protecção de um segmento que aborda temas de estratégia comercial quanto a campanhas e política comercial, estando em causa a protecção de informação que explicita factores relevantes para a decisão comercial de alteração do preço, o que corresponde a um interesse legítimo da MCH. Entende que nenhum dos argumentos transversais expostos na sentença é aplicável a este documento em concreto.

Como resulta da tabela anexa à decisão, a confidencialidade relativamente ao documento com o identificador MCH372 foi indeferida por falta de fundamentação. E, como acrescentado no ponto 6.i. da decisão administrativa, porque a informação em causa é passível de consubstanciar o comportamento ilícito objecto de investigação, não sendo, portanto, essa



Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

eventual confidencialidade digna de protecção. A sentença refere-se a este ponto da decisão administrativa em sede de conhecimento da questão prévia de falta de fundamentação que a Recorrente também imputava à decisão da AdC.

Não é certo que a sentença não se tenha pronunciado sobre o documento MCH372. Fê-lo por remissão para o ponto 199.º das alegações de recurso da AdC, a fls. 259 dos autos – onde consta a referência expressa ao documento e depois, no ponto 200.º, a remissão para o ponto 6 (i) da decisão recorrida e a explicitação que nele consta de que o documento contém informação susceptível de configurar infracção, pelo que não poderá ser considerado confidencial – nos termos que já reproduzimos acima: ““relativamente ao segmento da decisão recorrida que recusou a protecção de confidencialidade a matéria que, segundo a Recorrente, continha segredo de negócio (cfr. ponto 199.º das Alegações de recurso, constante de fls. 259 dos autos), constata-se que a recusa se fundou na circunstância de a matéria em causa não poder merecer a sobredita protecção por conter informação susceptível de configurar a infracção objecto de investigação dos autos contraordenacionais. (...)””

Pelo que o recurso falece também nesta parte.

Não restando senão concluir pela total improcedência do recurso e confirmação da sentença recorrida.

*

IV. Decisão

Pelo exposto, acordam em julgar o recurso **improcedente**, confirmando a sentença recorrida.



Processo: 73/20.0YUSTR-A L1
Referência: 18687805

Tribunal da Relação de Lisboa
Secção da Propriedade Intelectual e da Concorrência, Regulação e Supervisão

Recurso Penal

Custas pela Recorrente, com taxa de justiça que se fixa em 4 UCs (quatro unidades de conta) - (arts.º 513.º, n.º 1, do CPP e 8.º, n.º 9, do RCP e Tabela III ao mesmo anexa).

Lisboa, 29.06.2022

Eleonora Viegas

Ana Mónica Mendonça Pavão

Ana Pessoa (Presidente)