



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 1

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

Recurso de Medida Intercalar

Proc. 125/22.1 – B

Recorrentes:

SIBS – Sociedade Gestora de Participações Sociais, SA

SIBS – Forward Payment Solutions, SA

SIBS MB, SA

SIBS Cartões – Produção e Processamento de Cartões, SA

Recorrida:

Autoridade da Concorrência (AdC)

Decisão recorrida:

Decisão da AdC com a referência S-AdC/2023/1766, de 10 de maio de 2023, proferida no processo PRC/2020/5, que indeferiu o requerimento das recorrentes de repetição de inquérito a comerciantes, anteriormente realizado.

Síntese contextual:

Conforme resulta da Nota de Ilícitude (NI) notificada às recorrentes a 28 de julho de 2022, é-lhes imputada no processo PCR/2020/5 a alegada prática de uma contraordenação por abuso de posição dominante, em violação do disposto nos artigos 11º da Lei nº19/2012, de 8 de maio (Novo Regime Jurídico da Concorrência – NRJC) e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE);

No âmbito do processo de investigação daquela infração imputada às recorrentes, decidiu a AdC realizar um inquérito a comerciantes operando no mercado português, destinado a servir como elemento de suporte na análise e caracterização dos mercados e contexto em causa;

Notificadas do resultado daquela diligência, vieram as recorrentes requerer a repetição do inquérito por considerarem que o mesmo, nos termos em que havia sido efetuado, não era suficientemente representativo do mercado, e havia sido enviesado (por



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 1

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

conter informação e questões que retiravam objetividade e eram suscetíveis de influenciar as respostas dos inquiridos);

A AdC indeferiu tal requerimento de repetição do inquérito com fundamento no disposto no artigo 25º, nº3 do NRJC, por considerar a diligência requerida irrelevante e dilatória (Decisão da AdC com a referência S-AdC/2023/1766, de 10 de maio de 2023, agora sob recurso).

Síntese da Fundamentação do Recurso

A decisão sob recurso é ilegal por violação do art. 25º, nº3 do NRJC e do Direito de Defesa consagrado pelo art. 32º da Constituição da República Portuguesa (CRP), porquanto a repetição do inquérito requerida não constitui uma diligência complementar de prova irrelevante nem dilatória;

O inquérito realizado pela AdC não é relevante do ponto de vista estatístico, não tendo a amostra obtida a representatividade necessária para que dele se possam extrair ilações e conclusões fiáveis, credíveis e que espelhem a realidade concorrencial do mercado em que as recorrentes operem;

O inquérito realizado não foi objetivo e foi realizado em termos tais que poderá ter influenciado as respostas dadas pelos inquiridos, porquanto, não só indicou que era realizado no âmbito de um processo de contraordenação por alegadas práticas restritivas da concorrência, proibidas por lei, como identificou as recorrentes como suspeitas dessas práticas, assim atentando contra a presunção de inocência das recorrentes e contra o princípio da legalidade;

As recorrentes consideram útil a realização de um inquérito para os fins pretendidos pela AdC, mas que deverá ser conduzido noutros termos, em moldes tais que garanta a robustez dos seus resultados.

Resposta da Autoridade da Concorrência

Em resposta às alegações, veio a AdC defender a legalidade da decisão de recusa de repetição do inquérito (com fundamento na irrelevância e na intenção dilatória da sua repetição), bem como defender que o inquérito já constante do processo é suficientemente



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 1

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

representativo para os efeitos pretendidos, e que a identificação da finalidade do mesmo e das sociedades investigadas no âmbito do processo era necessária e imposta por lei.

Posição do Ministério Público

O Ministério Público apresentou o processo em juízo, não se tendo pronunciado sobre a bondade da decisão sob recurso, nem sobre os fundamentos deduzidos pelas recorrentes.

O recurso foi admitido, dispensando-se a produção de prova e realização de audiência, no que não houve oposição de nenhum dos intervenientes.

Saneamento

Mantém-se a validade e regularidade do processo, não se vislumbrando nulidades ou questões prévias que obstem à apreciação do recurso interposto.

Factualidade relevante

Com relevância para a apreciação do recurso, e face aos documentos juntos e à posição assumida pelos intervenientes nos respetivos articulados de alegações e resposta, considera-se assente a seguinte factualidade:

No processo PCR/2020/5 da AdC é imputada às aqui recorrentes a alegada prática de uma contraordenação por abuso de posição dominante, em violação do disposto nos artigos 11º do NRJC e 102º do TFUE;

No âmbito desse processo, decidiu a AdC realizar um inquérito a comerciantes operando no mercado português, destinado a elaborar um estudo de mercado para identificação das preferências de operadores de determinadas atividades económicas (setor do comércio), relativamente a serviços de pagamento eletrónico;

Tal estudo teve por finalidade servir como elemento de suporte na análise e caracterização do mercado e contexto em que operam as recorrentes;

Aquele inquérito foi expedido a 726 comerciantes que realizam vendas em território português, selecionados de forma aleatória;



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 1

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

Desses 726 comerciantes a quem o inquérito foi expedido, 207 enviaram à AdC as respetivas respostas;

Dos que responderam, 116 aceitam no seu comércio pagamentos com cartão;

Dos 25 maiores comerciantes que operam no mercado português, considerando o respetivo volume de faturação, 7 estavam incluídos nos 726 a quem o inquérito foi expedido;

Desses 7, 4 enviaram à AdC as respetivas respostas;

Os 726 inquiridos correspondem a 0,4% dos comerciantes que utilizam soluções de pagamento suportadas pelas recorrentes, e a 0,05% do número total de empresas registadas em Portugal, suscetíveis de utilizar soluções de pagamento eletrónico;

Os 207 respondentes ao inquérito, correspondem a 0,01% do total de empresas registadas em Portugal, suscetíveis de utilizar soluções de pagamento eletrónico;

Os 116 respondentes que aceitam no seu comércio pagamentos com cartões, correspondem a 0,05% dos comerciantes que utilizam soluções de pagamento suportadas pelas recorrentes, e a 0,008% do número total de empresas registadas em Portugal, suscetíveis de utilizar soluções de pagamento eletrónico;

Do inquérito expedido aos 726 comerciantes constava: “No âmbito do Processo de Contraordenação que corre termos na AdC sob o nº PRC/2020/05 por alegadas práticas restritivas da concorrência proibidas pelo artigo 11º da Lei nº19/2012, de 8 de maio (Lei da Concorrência) e pelo artigo 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) levadas a cabo por entidades que integram o Grupo SIBS no setor dos serviços de pagamento (...)”;

O inquérito foi conduzido durante o período da pandemia da Covid-19.

Apreciação dos Fundamentos do Recurso

Conforme se viu já, o recurso em julgamento incide sobre a decisão da AdC que indeferiu, em sede de diligência complementar de prova, a repetição do inquérito aos comerciantes anteriormente realizado.

Os fundamentos para tal repetição radicam na circunstância das recorrentes entenderem que o inquérito previamente realizado não é suficientemente representativo do mercado no qual as recorrentes exercem a sua atividade, e foi realizado de forma suscetível de



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão

Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 1

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

influenciar os respondentes - porquanto mencionava a existência de um processo de contraordenação, a infração sob investigação e a identidade do suspeito dessa infração.

Por tais razões, entendem as recorrentes, o estudo de mercado baseado em tal inquérito, não tem a virtualidade de constituir um meio de prova dos fatos que se destinava a provar. Ou seja, as recorrentes não reconhecem ao inquérito a força probatória que a AdC lhe pretenderá conferir, pela extensão e termos em que foi feito.

Daqui resulta que as recorrentes não formularam um pedido de diligência complementar de prova sobre o qual tenha recaído uma decisão de indeferimento. O que as recorrentes vieram requerer foi antes a repetição de uma diligência probatória decidida pela AdC, por entenderem que tal diligência não logrou obter os efeitos probatórios arrogados pela AdC. Ou seja, as recorrentes não concordam com os termos em que certa diligência probatória foi feita, e por isso, não reconhecem o valor probatório que a AdC lhe confere.

Tal discordância é absolutamente legítima, admissível e, não podemos descurar a hipótese de estar votada ao sucesso. Ou seja, é provável, ou configurável, que o tribunal considere também que o inquérito que venha a ser apresentado como meio de prova pela AdC não é suficientemente representativo para dele se retirarem as conclusões que retira a AdC, ou que contém informações suscetíveis de influenciar o sentido das respostas dadas pelos inquiridos. Não será, porém, em sede de recurso interlocutório que tais discordâncias, quer das recorrentes, quer do Tribunal, deverão ser conhecidas.

Na verdade, entendendo as recorrentes que os meios de prova recolhidos em sede de investigação não são bastantes ou completos para fundamentar uma eventual sanção que lhes venha a ser aplicada, embora possam manifestar esse seu entendimento após o recebimento da nota de ilicitude (visto que, nos termos do art. 25º, nº1 do NRJC, o investigado é notificado, entre outras finalidades, para se pronunciar sobre as provas produzidas), não poderá impugnar através de recurso interposto ao abrigo do art. 85º do NRJC (equivalente ao art. 55º do RGCO) a decisão da autoridade que, discordando daquele entendimento, decide manter o meio probatório tal como o produziu. Uma tal divergência de entendimentos sobre a força probatória de determinado meio deverá apenas ser conhecida em sede de recurso de impugnação judicial da decisão condenatória, incluindo entre os possíveis



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 1

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

fundamentos da impugnação, a circunstância do meio de prova empregue não ser suficiente nem bastante para provar a infração.

Da mesma forma que o Tribunal não deverá, senão na fase de julgamento em sede de impugnação judicial, pronunciar-se sobre a força e eficácia probatória dos meios de prova produzidos pelos intervenientes.

É certo que, no caso presente, as recorrentes, pronunciando-se sobre a insuficiência do inquérito efetuado junto dos comerciantes, requereram, enquanto diligência probatória complementar, a repetição da mesma diligência embora nos termos que consideram ser os adequados. Ora, se é verdade que, ao abrigo do art. 25º do NRJC, o investigado pode requerer a realização de diligências probatórias complementares, não é menos verdade também que de tal disposição não resulta o direito processual de requerer a repetição de diligências por as considerar insuficientes ou inadequadas ao fim probatório a que se destinam. A repetição de uma diligência já efetuada nada tem de complementar.

Assim, as recorrentes poderiam requerer a realização de outras diligências probatórias e, estamos em crer, poderiam inclusivamente, requerer a realização de novo inquérito, do qual constassem novas questões e do qual pudessem ser recolhidas outras informações. De igual modo, poderiam as próprias realizar e apresentar ao processo um outro inquérito do qual constassem as questões e temas julgados pertinentes, e com a representatividade julgada adequada. O que não podem é, com fundamento na circunstância de não concordarem com os termos da diligência previamente efetuada, requerer a sua repetição nos termos que consideram ser os corretos.

Supondo que a autoridade administrativa procede à inquirição de certas testemunhas e, com base nos depoimentos recolhidos, fundamenta determinados fatos. Notificado desses depoimentos, o investigado pode requerer a inquirição de outras testemunhas, e poderá também requerer a reinquirição das já inquiridas para a formulação de novas questões ou esclarecimentos de respostas dadas. O que não pode é dizer que os depoimentos recolhidos são insuficientes para fundamentar os fatos e, em conformidade, requerer a sua repetição. Supondo agora que a autoridade elabora ou solicita a terceiros a elaboração de determinado estudo técnico (por exemplo, para determinação e quantificação de determinado dano decorrente da conduta infratora). Notificado desse estudo, o investigado



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 1

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

pode requerer esclarecimentos ao autor do estudo, tal como pode apresentar outro estudo com resultados divergentes. Mas já não poderá requerer que aquele estudo seja considerado sem efeito e que seja elaborado outro, por não concordar, por exemplo, com a metodologia empregue, ou com a fonte dos dados empregues na sua elaboração, ou com as conclusões que dele constem.

Ou seja, o investigado pode manifestar a sua opinião, pode requerer outras provas, mas não pode requerer a repetição de prova por discordar da já produzida. Que foi o que as recorrentes fizeram, requerendo que fosse repetido o inquérito, com questões “não enviesadas e objetivas” e de modo a recolher uma amostragem significativa do universo dos destinatários, que avaliou em, pelo menos 50%.

Este entendimento em nada contraria os ensinamentos de Mário Gomes Dias quando afirma “Não pode deixar de se entender que no processo de contraordenações devem ser dadas ao arguido possibilidades de contestar as provas contra ele recolhidas, de formular a sua defesa, de sugerir diligências probatórias, de arrolar testemunhas, etc” – in *Contraordenações – Notas e Comentários*, Escola Superior de Polícia, p. 138 (apud, sentença do Tribunal de Comércio de Lisboa de 10 de dezembro de 2010, Processo nº 262/10.5TYLSB, citada pelas recorrentes nas suas alegações). “Contestar as provas”, tanto quanto podemos perceber, terá o mesmo alcance e sentido que “pronunciar-se sobre a prova produzida”, sendo que, nem de uma nem de outra resulta o direito processual de obter a repetição de prova com a qual não se concorda. À semelhança, aliás, do que sucede no direito processual penal. Sobre a extensão do conteúdo do direito de defesa do arguido em processo contraordenacional no que concerne ao pedido de produção de prova na fase administrativa, vide, entre outros, os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 28 de junho de 2023, Proc. nº 1173/22.7T8VFR.P1 (relator Desembargador Moreira Ramos); e do Tribunal da Relação de Guimarães de 23 de março de 2019, Proc. nº 674/18.6T8EPS.G1 (relatora Desembargadora Cândida Martinho).

Reitera-se: na fase instrutória, no exercício do direito de defesa que lhe assiste, o investigado pode requerer a realização de diligências probatórias novas, bem como a junção de outras provas que ainda não se encontrem no processo, estando a sua admissão sujeita, no



Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 1

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

caso, à apreciação da autoridade (podendo esta indeferir tais requerimentos com fundamento na sua irrelevância ou intuito dilatatório, conforme estipula o art. 25º, nº3 do NRJC).

Tendo as recorrentes requerido, ao invés da produção de nova prova, a repetição de prova já produzida, bem andou a AdC ao indeferir tal repetição, com fundamento na sua irrelevância.

Com um tal juízo não se vincula o tribunal a qualquer apreciação do meio de prova em concreto, nomeadamente, considerando o inquérito suficientemente representativo, ou objetivo. Nesta sede, não caberá proceder a uma tal avaliação, nem à aferição da suficiência probatória do meio produzido.

Pelo que, não obstante a inevitável improcedência do presente recurso, todas as possibilidades permanecem em aberto: as recorrentes, sendo condenadas pela AdC com base em fatos considerados provados por via daquele inquérito, sempre poderão impugnar judicialmente a decisão condenatória com fundamento, entre outros, na insuficiência da prova dos fatos; sempre poderão requerer a apresentação de um inquérito distinto, que considerem mais completo, objetivo e representativo; tal como poderão requerer ao tribunal a realização de um tal inquérito, cabendo ao juiz do julgamento apreciar a necessidade e oportunidade de uma tal diligência, ao abrigo do art. 72º, nº2 do RGCOG.

Dispositivo

Por todo o exposto, nos termos do disposto no artigo 25º, nº3 do NRJC, julga-se improcedente o recurso interposto por **SIBS – Sociedade Gestora de Participações Sociais, SA; SIBS – Forward Payment Solutions, SA; SIBS MB, SA; e SIBS Cartões – Produção e Processamento de Cartões, SA**, mantendo-se a decisão da Autoridade da Concorrência com a referência S-AdC/2023/1766, de 10 de maio de 2023, proferida no processo PRC/2020/5, que indeferiu o requerimento das Recorrentes de repetição de inquérito a comerciantes, anteriormente realizado.

Custas pelas recorrentes, fixando a taxa de justiça em duas UCs – Tabela III anexa ao Regulamento das Custas Processuais.

Notifique e Deposite.



Processo: 125/22.1YUSTR-B
Referência: 435899

Santarém - Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão
Juízo da Concorrência, Regulação e Supervisão - Juiz 1

Pç. do Município, Edif. Ex-Escola Prática de Cavalaria
2005-345 Santarém

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

Recurso das Medidas das Autoridades Administrativas

Santarém, 27 de janeiro de 2024

(elaborado e revisto pelo signatário na data constante da assinatura digital)