

Causa C-260/23

Domanda di pronuncia pregiudiziale

Data di deposito:

24 aprile 2023

Giudice del rinvio:

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Portogallo)

Data della decisione di rinvio:

21 aprile 2023

Ricorrenti:

SIBS - Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A.

SIBS, Cartões – Produção e Processamento de Cartões, S.A.

SIBS Processos – Serviços Interbancários de Processamento, S.A.

SIBS International, S.A.

SIBS Pagamentos, S.A.

SIBS Gest, S.A.,

SIBS – Forward Payment Solutions, S.A.

SIBS MB, S.A.

Convenuta:

Autoridade da Concorrência

RINVIO PREGIUDIZIALE

1. Giudice del rinvio:

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunale della concorrenza, regolamentazione e vigilanza) (Prima Sezione)

2. Parti nel procedimento principale e loro rappresentanti:

A. Convenuta: *Autoridade da Concorrência (autorità garante della concorrenza)*

B. Ricorrenti: *SIBS, SGPC, S.A., SIBS Cartões – Produção e Processamento de Cartões, S.A., SIBS Processos – Serviços Interbancários de Processamento, S.A., SIBS International S.A., SIBS Pagamentos, S.A., SIBS Gest, S.A., SIBS – Forward Payment Solutions, S.A. e SIBS MB, S.A. (in prosieguo: le «ricorrenti» o il «Gruppo SIBS»)*

3. Oggetto della controversia e fatti rilevanti

1. In un procedimento per illecito amministrativo – che nel caso di specie ha natura incidentale – la Autoridade da Concorrência (autorità garante della concorrenza) indaga su pratiche anticoncorrenziali, vietate dall'articolo 11 della Lei da Concorrência (legge sulla concorrenza) e dall'articolo 102 TFUE.
2. In concreto, l'autorità garante della concorrenza indaga su un possibile abuso di posizione dominante da parte delle imprese appartenenti al Gruppo SIBS, che sfruttano l'indispensabilità della rete Multibanco (MB) per imporre a terzi condizioni abusive di accesso a tale rete, con l'obiettivo di restringere la concorrenza, in particolare nell'ambito del trattamento dei pagamenti. Si tratta inoltre di verificare se il Gruppo SIBS subordini o meno l'accesso ai servizi della rete MB all'emissione di carte MB da parte della SIBS Cartões.
3. Nel contesto della sua indagine, l'autorità garante della concorrenza ha ritenuto necessario adottare misure di perquisizione, esame, raccolta e acquisizione di prove.
4. A tal fine, essa ha chiesto all'autorità giudiziaria competente, nella fattispecie il Ministério Público (Pubblico Ministero), di autorizzare siffatte misure, che sono state ritenute necessarie per l'indagine in corso e, pertanto, tale richiesta è stata accolta e sono stati emessi gli opportuni mandati, disponendo il sequestro di:

«Copie o estratti di atti scritti e altra documentazione, già aperti e archiviati o che circolano aperti nei servizi, in particolare messaggi di posta elettronica e documenti interni di comunicazione di informazioni tra distinti

livelli gerarchici e di preparazione di decisioni nell'ambito della politica commerciale delle imprese, nonché verbali di riunioni di direzione o di amministrazione, a prescindere dal fatto che si trovino o meno in un luogo riservato o non liberamente accessibile al pubblico, compreso qualsiasi supporto informatico o computer, nonché l'esame e la copia delle informazioni in essi contenute, direttamente o indirettamente collegate alle pratiche restrittive della concorrenza».

5. L'ordine emesso dal Pubblico Ministero, autorità giudiziaria, si è basato sulla constatazione dell'esistenza di forti indizi di una pratica restrittiva della concorrenza (abuso di posizione dominante), ragion per cui si è ritenuto *assolutamente* necessario procedere alla raccolta di prove, «tenuto conto della complessità dei fatti illeciti in questione e delle particolari difficoltà di ottenere le relative prove, nonché del rischio, per l'indagine, derivante dall'utilizzo di altri mezzi di acquisizione di prove».
6. L'autorità garante della concorrenza ha sequestrato 10 797 file informatici a seguito di una perquisizione realizzata nelle caselle di posta elettronica dei dipendenti delle imprese in questione (sette imprese), considerati rilevanti ai fini delle indagini.

4. Disposizioni normative rilevanti

Articolo 11 della Lei da Concorrência (legge sulla concorrenza)

Articolo 102 TFUE (ex articolo 82 TCE)

5. Motivazione del rinvio

Nell'ordinamento giuridico portoghese, la Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (*novo regime jurídico da Concorrência*) [legge n. 19/2012, dell'8 maggio (*nuovo regime giuridico della concorrenza*); in prosieguo: la «legge sulla concorrenza»] conferisce all'autorità garante della concorrenza il potere di procedere *al sequestro di documenti, su qualsiasi forma di supporto, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria* [articolo 18, paragrafo 1, lettera c), e articolo 20, paragrafi 1, 6 e 8 della legge sulla concorrenza].

La legge sulla concorrenza ha riservato l'intervento del giudice istruttore ai casi di sequestro di documenti presso istituti bancari, perquisizioni domiciliari e perquisizioni in studi legali o medici; nelle altre situazioni, come nella fattispecie, la legge richiede l'intervento dell'autorità giudiziaria, nel caso in esame il Pubblico Ministero.

Il presente procedimento ha natura di illecito amministrativo, che è distinto dall'illecito penale.

Tuttavia, la normativa della legge sulla concorrenza è in linea con il criterio su cui si basa il regime penale: quando i mezzi di acquisizione delle prove possono compromettere o violare diritti fondamentali, il giudice istruttore è tenuto ad intervenire; negli altri casi, l'autorizzazione/convalida dei mezzi di acquisizione delle prove richiede (unicamente) l'intervento del Pubblico Ministero, in qualità di autorità giudiziaria, al quale spetta dirigere le indagini.

Pertanto, si pone la questione di stabilire se l'esercizio dei poteri di raccolta delle prove conferiti all'autorità garante della concorrenza nell'ambito delle indagini su pratiche anticoncorrenziali da parte di imprese violi un diritto fondamentale.

Questo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunale della concorrenza, regolamentazione e vigilanza), supportato dalla dottrina più autorevole e dal [omissis] Tribunal Superior, ha sostenuto che la documentazione sequestrata dall'autorità garante della concorrenza, nel suddetto contesto, non costituisce *corrispondenza*, in quanto [oggetto di un] diritto fondamentale, che gode di un livello più elevato di tutela.

Di conseguenza, si è ritenuto che la mera circostanza che i documenti sequestrati risultino da comunicazioni contenute nella posta elettronica funzionale dei dipendenti delle imprese ricorrenti non consenta di qualificarli come *corrispondenza* ai fini dell'attribuzione di un livello più elevato di tutela, che è necessariamente garantito quando si tratta di diritti fondamentali delle persone fisiche.

La ricorrente respinge tale approccio e sostiene che la documentazione sequestrata nella posta elettronica dei suoi dipendenti costituisce *corrispondenza* e il suo sequestro non può aver luogo nel contesto di un illecito amministrativo e **non può quindi essere effettuato nell'ambito di un'indagine su pratiche anticoncorrenziali vietate dagli articoli 101 TFUE e 102 TFUE**; essa aggiunge che, al limite, se si potesse procedere a tale sequestro, quest'ultimo dovrebbe essere comunque preceduto dall'autorizzazione del giudice istruttore, trattandosi di un'ingerenza nella *corrispondenza* che, in quanto oggetto di un diritto fondamentale, richiede tale autorizzazione.

Pertanto:

- 1 considerando il primato del diritto dell'Unione, indipendentemente dal rango e dalla natura delle norme nazionali, anche se si tratta di norme costituzionali^{1 2};

¹ V. la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (sentenza del 17 dicembre 1970 nella causa 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, punto 3), in cui si sottolinea che le norme del diritto dell'Unione prevalgono sulle norme interne, incluse le norme costituzionali:

«[i]l diritto nato dal Trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale (...). Di conseguenza, il fatto che siano menomati i diritti fondamentali sanciti dalla Costituzione di uno Stato membro, non può

- 2 considerando che le norme del diritto dell'Unione di cui trattasi nel caso di specie hanno ad oggetto il benessere economico del paese e la tutela del buon funzionamento del mercato interno in quanto i) motore fondamentale del benessere dei cittadini, ii) garante di un'effettiva concorrenza tra imprese, poiché mira a garantire che le stesse concorrano in condizioni di parità tra tutti gli Stati membri, e iii) le incoraggia a sforzarsi costantemente per offrire ai consumatori i migliori prodotti possibili ai migliori prezzi possibili;
- 3 considerando che, a tal fine, è vietato lo sfruttamento abusivo da parte di una o più imprese di una posizione dominante sul mercato che possa pregiudicare il commercio tra Stati membri, rilevando che tale pratica può consistere nell'imporre prezzi di acquisto, di vendita o condizioni di transazione non eque, nel limitare la produzione, gli sbocchi o lo sviluppo tecnico, nell'applicare condizioni economiche dissimili o nel subordinare la conclusione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari che non hanno alcun nesso con detto oggetto (articolo 102 TFUE, ex articolo 82 TCE);
- 4 considerando che i cambiamenti sociali, economici, geopolitici e tecnologici pongono ripetutamente nuove sfide per la politica di concorrenza dell'Unione europea, in particolare nel contesto di un'economia sempre più digitalizzata, che richiede pertanto l'esistenza di strumenti efficaci per la tutela effettiva degli obiettivi menzionati nel considerando 2;
- 5 considerando che, in base all'articolo 20 del regolamento n. 1/2003 del Consiglio, la Commissione, per l'assolvimento dei compiti affidatili dal regolamento – concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato –, può procedere a tutti gli accertamenti necessari presso le imprese e associazioni di imprese e può *controllare i libri e qualsiasi altro documento connesso all'azienda, su qualsiasi forma di supporto*;
- 6 considerando che, ai sensi dell'articolo 21 del medesimo regolamento, la Commissione può effettuare perquisizioni e sequestri anche in altri locali, quali il domicilio di amministratori, direttori e membri del personale, previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria;

principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato».

- 2 Nella dottrina, in tal senso, v. Prof. Ana Maria Guerra Martins:

«il diritto primario e il diritto derivato dell'Unione europea prevalgono su tutte le norme interne, incluse quelle costituzionali, le quali non saranno applicabili», in «Curso de Direito Constitucional da União Europeia», pag. 34.

E Prof. Fausto de Quadros, in «Direito da União Europeia - Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia», 4° ristampa, 2012, Almedina, pag. 403.

«il primato non esiste se non è sovracostituzionale».

- 7 considerando che l'articolo 22 del regolamento n. 1/2003 del Consiglio dispone che *l'autorità garante della concorrenza di uno Stato membro può procedere, sul proprio territorio, a qualsiasi accertamento o altra misura di acquisizione dei fatti prevista dalla legislazione nazionale;*
- 8 considerando che la legge sulla concorrenza, nella versione approvata dalla legge n. 19/2012, dell'8 maggio, all'articolo 20, paragrafo 1 stabilisce quanto segue:³

³ Disposizione che il legislatore portoghese ha mantenuto inalterata nell'ambito del recepimento della direttiva (UE) 2019/1 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, nella quale figurano i seguenti considerando (da 30 a 32), relativi al suo articolo 6:

- *«È opportuno che i poteri d'indagine delle autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza siano adeguati per rispondere alle difficoltà di applicazione legate all'ambiente digitale ed è opportuno che essi consentano alle ANC di acquisire tutte le informazioni relative all'impresa o associazione di imprese oggetto dell'indagine in formato digitale, compresi i dati ottenuti con mezzi forensi, su qualsiasi forma di supporto, per esempio computer portatili, telefoni cellulari, altri dispositivi mobili o archiviazione sul cloud».*
- *«il potere delle autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza di effettuare accertamenti ispettivi dovrebbe consentire loro di accedere alle informazioni accessibili all'impresa o all'associazione di imprese o alla persona oggetto dell'accertamento ispettivo e relative all'impresa o all'associazione di imprese sottoposta a indagine. Questo dovrebbe includere necessariamente il potere di ricercare documenti, fascicoli o dati su dispositivi che non sono preventivamente definiti in maniera precisa. Senza tale potere sarebbe impossibile ottenere le informazioni necessarie per l'indagine se le imprese o le associazioni di imprese adottano un atteggiamento ostruzionistico o rifiutano di collaborare. Il potere di controllare libri o documenti dovrebbe includere tutte le forme di corrispondenza, compresi i messaggi elettronici, indipendentemente dal fatto che appaiano non letti o siano stati cancellati».*

L'articolo 6 di detta direttiva stabilisce quanto segue:

- «1. Gli Stati membri provvedono affinché le autorità amministrative nazionali garanti della concorrenza possano svolgere tutti gli accertamenti ispettivi a sorpresa necessari presso le imprese e le associazioni di imprese ai fini dell'applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE.

Gli Stati membri provvedono affinché i funzionari e le altre persone che li accompagnano autorizzati o nominati dalle autorità nazionali garanti della concorrenza per procedere a tali accertamenti ispettivi dispongano almeno del potere di: a) accedere a tutti i locali, terreni e mezzi di trasporto delle imprese e associazioni di imprese; b) controllare i libri e qualsiasi altro documento connesso all'azienda, su qualsiasi forma di supporto, e avere il diritto di accedere a tutte le informazioni accessibili all'entità oggetto dell'accertamento ispettivo; c) fare o acquisire, sotto qualsiasi forma, copie o estratti dei suddetti libri o documenti e, qualora lo ritengano opportuno, continuare dette ricerche di informazioni e la selezione di copie o estratti nei locali delle autorità nazionali garanti della concorrenza o in altri locali designati; d) apporre sigilli a tutti i locali, libri e documenti aziendali per la durata dell'accertamento ispettivo e nella misura necessaria al suo espletamento; e) chiedere a qualsiasi rappresentante o membro del personale dell'impresa o dell'associazione di imprese spiegazioni su fatti o documenti relativi all'oggetto e allo scopo dell'accertamento ispettivo e verbalizzarne le risposte.

2. Gli Stati membri provvedono affinché le imprese e le associazioni di imprese siano obbligate a sottoporsi agli accertamenti ispettivi di cui al paragrafo 1. Lo Stato membro provvede altresì affinché, se un'impresa o un'associazione di imprese si oppone a un accertamento ispettivo disposto da un'autorità amministrativa nazionale garante della concorrenza e/o autorizzato da un'autorità giudiziaria nazionale, le autorità nazionali garanti della concorrenza possano

«1 - I sequestri di documenti, a prescindere dalla loro natura o dal loro supporto, devono essere autorizzati, ordinati o convalidati mediante ordinanza dell'autorità giudiziaria»;

9 considerando che, ai sensi dell'articolo 20, paragrafo 6, della legge sulla concorrenza, solo in caso di sequestro presso banche o altri *enti creditizi di documenti coperti dal segreto bancario* si richiede la *previa autorizzazione del giudice istruttore, che rilascerà tale autorizzazione quando ha fondati motivi di ritenere che tali documenti siano correlati ad un'infrazione e siano particolarmente rilevanti ai fini dell'accertamento della verità o della prova, anche se non appartengono all'interessato;*

10 considerando che i paragrafi 3 e 5 dell'articolo 2 della legge sulla concorrenza stabiliscono, rispettivamente, quanto segue:

«3- La presente legge deve essere interpretata in conformità al diritto dell'Unione europea, alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, anche per quanto riguarda le pratiche restrittive della concorrenza che non possono pregiudicare il commercio tra gli Stati membri.

5- Nell'ambito degli articoli 101 e 102 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), l'applicazione della presente legge deve rispettare i principi generali del diritto dell'Unione europea e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»;

11 considerando che i documenti in questione riguardano lo sviluppo dell'attività commerciale di imprese che operano nel contesto del mercato unico e, nell'era digitale in cui viviamo, sono trasmessi mediante posta elettronica;

12 considerando che detta posta elettronica, che funge da mezzo di trasmissione di documenti dell'attività commerciale delle imprese, ha carattere istituzionale [*@impresa*], essendo di proprietà esclusiva dell'impresa, la quale impone unilateralmente al dipendente le condizioni per il suo utilizzo fintantoché sussiste il rapporto funzionale con il medesimo;

13 considerando [*che*], conformemente alle disposizioni interne delle imprese, detta posta elettronica, che funge da mezzo di trasmissione di documenti dell'attività commerciale delle imprese, si limita all'uso funzionale e ne è vietato l'utilizzo per scopi personali e relativi alla vita privata del lavoratore;

14 visto il considerando 26 del regolamento n. 1/2003 del Consiglio, che qualifica i documenti summenzionati come *documenti aziendali*.

ottenere l'assistenza necessaria per l'esecuzione dell'accertamento ispettivo dalla polizia o da un'autorità equivalente. Tale assistenza può anche essere richiesta in via cautelativa.

3. Il presente articolo lascia impregiudicati i requisiti previsti dal diritto nazionale riguardo all'autorizzazione preventiva dell'autorità giudiziaria nazionale per tali accertamenti ispettivi».

Al fine di chiarire le considerazioni di cui sopra, risulta necessario ricorrere al meccanismo del rinvio pregiudiziale, nei termini qui di seguito esposti.

6. Questioni pregiudiziali

Ai sensi dell'articolo 267 TFUE e dell'articolo 19 del Trattato sull'Unione europea, vengono sottoposte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «I. Se i documenti aziendali controversi, trasmessi mediante posta elettronica, costituiscano “corrispondenza” ai sensi dell'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.
- II. Se l'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti al sequestro di documenti aziendali risultanti da comunicazioni effettuate tra amministratori e dipendenti di imprese mediante posta elettronica, qualora si tratti di indagini su accordi e pratiche vietate a norma dell'articolo 102 TFUE (ex articolo 82 TCE).
- III. Se l'articolo 7 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea osti al sequestro di detti documenti aziendali previa autorizzazione dell'autorità giudiziaria, nella fattispecie il Pubblico ministero, al quale spetta rappresentare lo Stato, difendere gli interessi determinati dalla legge, esercitare l'azione penale sulla base del principio di legalità e difendere la legalità democratica conformemente alla Costituzione, e che agisce in autonomia rispetto agli altri organi del potere centrale, regionale e locale».

21 aprile 2023

La Giudice

Mariana Gomes Machado

(omissis)