

Asunto C-259/23**Petición de decisión prejudicial****Fecha de presentación:**

24 de abril de 2023

Órgano jurisdiccional remitente:

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión, Portugal)

Fecha de la resolución de remisión:

21 de abril de 2023

Parte demandante:

Synlabhealth II, S.A.

Parte demandada:

Autoridade da Concorrência (Autoridad de Defensa de la Competencia)

PETICIÓN DE DECISIÓN PREJUDICIAL**1. Órgano jurisdiccional remitente**

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión) (Sala 1)

2. Partes del litigio principalA. Demandada: *Autoridade da Concorrência* (Autoridad de Defensa de la Competencia)B. Demandante: *SYNLABHEALTH II, S.A.***3. Objeto del litigio principal y hechos pertinentes**

1. En el contexto de un procedimiento por infracción administrativa —respecto del cual las presentes actuaciones revisten carácter interlocutorio—, la Autoridade da Concorrência (Autoridad de Defensa de la Competencia) investiga unas prácticas contrarias a la

competencia de las prohibidas por el artículo 9 de la Lei da Concorrência (Ley de Competencia) y por el artículo 101 TFUE.

2. Concretamente, la Autoridad de Defensa de la Competencia investiga **una práctica de intercambio de información sensible entre competidores y una concertación entre estos en el marco de la negociación con las autoridades portuguesas de salud pública de los precios de test de Covid-19.**
3. Durante su investigación, la Autoridad de Defensa de la Competencia consideró necesario practicar diligencias de búsqueda, examen, recogida e incautación de pruebas.
4. A tal efecto, solicitó a la autoridad judicial competente, en el presente asunto, el Ministerio Fiscal, que autorizara tales diligencias, lo que se consideró necesario para la investigación en curso, de modo que se estimó dicha solicitud y se emitieron las órdenes correspondientes, decidiéndose, entre otras cosas, la incautación de:

«Copias o extractos de escritos y demás documentación, ya estén abiertos y archivados o abiertos y en circulación en los servicios, en particular, correos electrónicos y documentos internos de presentación de información entre distintos niveles jerárquicos y de preparación de decisiones en el ámbito de la política comercial de las empresas, así como actas de reuniones de dirección o de administración, se encuentren o no en un lugar reservado o no accesible libremente al público, incluidos cualesquiera soportes informáticos u ordenadores, y el examen y la copia de la información que contengan, que estén directa o indirectamente relacionados con prácticas restrictivas de la competencia.»

5. La orden mencionada se basó en la apreciación de la necesidad de *«recabar y recopilar elementos de prueba»*, por haberse concluido, en el marco del procedimiento administrativo sancionador en curso y *«con arreglo a las pruebas ya recogidas»*, que *«existen claros indicios de que las empresas identificadas han celebrado uno o varios acuerdos y/o han establecido prácticas concertadas secretas de carácter horizontal [...], infringiendo con ello lo dispuesto en el artículo 9, apartado 1, de la Ley de Competencia y el artículo 101 TFUE, apartado 1»*:

«Existen indicios de acuerdos destinados a no contratar a trabajadores, mediante los cuales las empresas se comprometen a no contratar trabajadores las unas de las otras y renuncian así a competir para adquirir recursos humanos. [...] Los acuerdos de no contratación conllevan igualmente acuerdos de repartición del mercado.

Además, por lo que respecta a las conductas relacionadas con las negociaciones con la Assistência na Doença aos Servidores Civis do Estado (ADSE) [(Seguro de Enfermedad de los Funcionarios)], existen indicios de una práctica ilícita mediante la cual empresas competidoras acuerdan los términos y condiciones de su oferta y adoptan una estrategia común y coordinada de mercado, en particular, intercambiando a tal efecto entre ellas información potencialmente sensible.

[...] Por lo que respecta a la negociación con las autoridades portuguesas de salud pública de los precios de test de Covid-19, existen igualmente indicios de un intercambio de información sensible entre competidores y de una concertación entre competidores con el objetivo de mantener el nivel de precios mínimos para el suministro de test de Covid-19.

Tanto en lo referente a las negociaciones con la ADSE como en lo referente a la negociación de los precios de los test de Covid-19 con las autoridades portuguesas de salud pública, se mantuvieron contactos y se llevaron a cabo intercambios de información en el contexto de conversaciones en la esfera de la Associação Nacional de Laboratórios Clínicos (ANL) [(Asociación Nacional de Laboratorios Clínicos)], en particular, conversaciones de preparación de iniciativas que debía emprender la propia asociación de empresas, lo que parece indicar una posible participación de la ANL en las prácticas de que se trata.

También existen indicios de intercambio de información sensible con relación a precios que aplicar a clientes en general (fuera del contexto de las negociaciones con la ADSE y de los precios de los test de Covid-19) y de concertación destinada a excluir a un competidor del mercado.

Estos hechos configuran una práctica de infracciones graves al Derecho de la competencia, en concreto, acuerdos de repartición del mercado y de fijación de precios, intercambio de información sensible y concertación para excluir a un competidor del mercado, que quedan comprendidas en lo dispuesto en el artículo 9, apartado 1, de la Ley de Competencia y, en caso de verificarse los diversos supuestos, en lo dispuesto en el artículo 101 TFUE, apartado 1.

Estas prácticas se han llevado a cabo por las empresas AFFIDEA UNILABS, JOAQUIM CHAVES SAÚDE, SYNLAB, GERMANO DE SOUSA, REDLAB y BEATRIZ GODINHO SAÚDE, que presta[n] servicios de diagnóstico y análisis clínicos en Portugal, con la posible participación de la ANL.»

6. De la autorización conferida mediante la orden emitida por la autoridad judicial se excluyó la incautación de pruebas en locales en que se prestase atención sanitaria o en que estuviesen archivados documentos amparados por el secreto médico.

[7.] La Autoridad de Defensa de la Competencia se incautó de 731 archivos informáticos, a raíz de la búsqueda efectuada en los correos electrónicos de los empleados de la empresa de que se trata, que se consideraron pertinentes para la investigación.

4. Disposiciones jurídicas pertinentes

Artículo 9 de la Lei da Concorrência (Ley de Competencia)

Artículo 101 TFUE

5. Motivación de la remisión prejudicial

En el ordenamiento jurídico portugués, la Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (*novo regime jurídico da Concorrência*) [Ley n.º 19/2012, de 8 de mayo (Nuevo Régimen Jurídico de la Competencia); en lo sucesivo, «Ley de Competencia»] confiere a la Autoridad de Defensa de la Competencia la facultad para proceder a la *incautación de documentos, cualquiera que sea su soporte, previa autorización de la autoridad judicial* [artículos 18, apartado 1, letra c), y 20, apartados 1, 6 y 8, de la Ley de Competencia].

La Ley de Competencia reservó la intervención del juez de instrucción a los supuestos de incautación de documentos en entidades bancarias, registros domiciliarios y registros en despachos de abogados o en consultorios médicos; en las demás situaciones, como la del presente asunto, la Ley exige la intervención de la autoridad judicial, en este caso, del Ministerio Fiscal.

El presente asunto es de carácter administrativo sancionador, distinto de la infracción penal.

No obstante, la regulación de la Ley de Competencia se ajusta al criterio que orienta el régimen penal: cuando los medios de obtención de pruebas puedan poner en peligro o vulnerar derechos fundamentales, debe intervenir el juez de instrucción; en los demás casos, la autorización/validación de los medios de obtención de pruebas requiere (únicamente) la intervención del Ministerio Fiscal, como autoridad judicial, a quien compete dirigir la investigación.

Se suscita, pues, la cuestión de dilucidar si el ejercicio de las facultades de recopilación de pruebas conferidas a la Autoridad de Defensa de la Competencia, en el contexto de una investigación sobre prácticas contrarias a la competencia, llevadas a cabo por empresas, vulnera algún derecho fundamental.

El Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Tribunal de Competencia, Regulación y Supervisión), respaldado por la doctrina más autorizada y por el [omissis] tribunal superior, ha sostenido que la documentación incautada por la Autoridad de Defensa de la Competencia, en el referido contexto, no constituye correspondencia, [cuya inviolabilidad] es un derecho fundamental, que goza de un nivel de protección superior.

Por consiguiente, se ha rechazado que la mera circunstancia de que los documentos incautados resulten de comunicaciones contenidas en el correo electrónico funcional de los empleados de las empresas de que se trate permita calificarlos de *correspondencia* a efectos de atribuirles una mayor protección, que se garantiza necesariamente cuando se trata de derechos fundamentales de las personas físicas.

La empresa de que se trata rechaza este enfoque y alega que la documentación incautada en el correo electrónico de sus empleados constituye *correspondencia* y que su incautación no puede tener lugar en el contexto de un expediente administrativo sancionador y, **por tanto, no puede efectuarse durante la investigación de las prácticas contrarias a la competencia prohibidas por los artículos 101 TFUE y 102 TFUE**; añade que, a lo sumo, si se pudiera proceder a tal incautación, esta debería contar en todo caso con la autorización previa de un juez de instrucción, al tratarse de una injerencia en la *correspondencia*, [cuya inviolabilidad] es un derecho fundamental que así lo exige.

Por todo ello:

1. Considerando la primacía del Derecho de la Unión, con independencia del rango y de la naturaleza de las normas nacionales, incluso si se trata de normas constitucionales.^{1 2}

¹ Véase la jurisprudencia del TJUE (sentencia de 17 de diciembre de 1970 dictada en el asunto 11/70, EU:C:1970:114, apartado 3), en la que se subraya que las normas del Derecho de la Unión prevalecen sobre las normas internas, incluidas las normas constitucionales:

«Al Derecho nacido del Tratado, surgido de una fuente autónoma, por su propia naturaleza no se le puede oponer ninguna norma del Derecho nacional [...]; [...] la alegación de violaciones de los derechos fundamentales, tal como están formulados por la Constitución de un Estado miembro, o de los principios de una estructura constitucional nacional no puede afectar a la validez de un acto de la Comunidad o a su efecto en el territorio de dicho Estado.»

² En la doctrina, en este sentido, véanse:

Prof.^a Ana Maria Guerra Martins, en *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, p. 34:

«El Derecho primario y el Derecho derivado de la Unión Europea prevalecen sobre todas las normas internas, incluidas las constitucionales, que no serán aplicables».

Y Prof. Fausto de Quadros, en *Direito da União Europeia — Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, 4.^a reedición, 2012, Almedina, p. 403:

«La primacía no existe si no es supraconstitucional».

2. Considerando que las normas del Derecho de la Unión que aquí se examinan tienen por objeto el bienestar económico del país y la protección del correcto funcionamiento del mercado interior como i) motor fundamental del bienestar de los ciudadanos, ii) garante de una competencia efectiva entre las empresas, asegurando que estas compitan en igualdad de condiciones entre todos los Estados miembros, y iii) incentivo del esfuerzo continuo de las empresas por ofrecer a los consumidores los mejores productos posibles a los mejores precios posibles.
3. Considerando la prohibición, por ser incompatibles con el mercado interior, de todos los acuerdos entre empresas, de todas las decisiones de asociaciones de empresas y de todas las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (artículo 101 TFUE, antiguo artículo 81 TCE).
4. Considerando que los cambios sociales, económicos, geopolíticos y tecnológicos plantean reiteradamente nuevos desafíos para la política de competencia de la Unión Europea, en particular en el contexto de una economía cada vez más digitalizada que, por ende, exige que existan instrumentos eficaces para poder proteger de modo eficaz los desiderátums mencionados en el segundo considerando.
5. Considerando que, según el artículo 20 del Reglamento n.º 1/2003 del Consejo, la Comisión, para la realización de las tareas que le asigna el Reglamento —relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado—, podrá proceder a cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas, y podrá *examinar los libros y cualquier otra documentación profesional, cualquiera que sea su soporte material*.
6. Considerando que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 21 de dicho Reglamento, la Comisión también podrá practicar operaciones de inspección e incautación en otros locales, como el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal, previa obtención de un mandamiento judicial.
7. Considerando que el artículo 22 del Reglamento n.º 1/2003 del Consejo dispone que *una autoridad de competencia de un Estado miembro podrá proceder en su territorio a realizar cualquier inspección u otra medida de investigación de los hechos al amparo de su Derecho nacional*.

8. Considerando que la Ley de Competencia, en su versión aprobada por la Ley n.º 19/2012, de 8 de mayo, establece en su artículo 20, apartado 1, que:³

³ Disposición que el legislador portugués mantuvo sin cambios en la transposición de la **Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018**, en la que aparecen los siguientes considerandos (30 [y] 32), relativos al artículo 6 de esta Directiva:

– «*Las competencias de investigación de las autoridades administrativas nacionales de competencia deben ser suficientes para hacer frente a los retos que supone el entorno digital en cuanto a la aplicación de la normativa y deben permitir que las ANC obtengan toda la información relativa a la empresa o asociación de empresas que esté siendo investigada en formato digital, incluidos los datos obtenidos por procedimientos técnico-legales, con independencia del soporte en que se almacene la información, tales como ordenadores portátiles, teléfonos móviles, otros dispositivos móviles o almacenamiento en la nube.*»

– «*[...] La facultad de las autoridades administrativas nacionales de competencia de realizar inspecciones debe permitirles tener acceso a [información] accesible para la empresa, la asociación empresarial o la persona que se esté investigando y que esté relacionada con la empresa o la asociación de empresas investigadas. Evidentemente, esta facultad debe comprender la facultad de registrar documentos, archivos o datos almacenados en dispositivos que no se hayan identificado específicamente con anterioridad. Sin esta facultad resulta imposible recoger los elementos de información necesarios para la investigación, en el supuesto de enfrentarse con una negativa de colaboración o, incluso, con una actitud de obstrucción por parte de las empresas o las asociaciones de empresas. La facultad de examinar libros o documentos debe abarcar todas las formas de correspondencia, incluidos correos electrónicos, independientemente de si aparecen como no leídos o han sido eliminados.*»

El artículo 6 de dicha Directiva establece que:

1. Los Estados miembros velarán por que las autoridades administrativas nacionales de competencia estén capacitadas para realizar todas las inspecciones necesarias sin previo aviso en las empresas y asociaciones de empresas para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE.

Los Estados miembros velarán por que los agentes y sus acompañantes autorizados o designados por las autoridades nacionales de competencia para proceder a tales inspecciones estén facultados, como mínimo, para: a) acceder a todos los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas y asociaciones de empresas; b) examinar los libros y cualquier otra documentación en relación con la actividad empresarial, independientemente del soporte en que se almacene, y tener derecho a acceder a toda información a la que tenga acceso la entidad inspeccionada; c) hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentación y, cuando lo consideren oportuno, continuar tales búsquedas de información y la selección de copias o extractos en los locales de las autoridades nacionales de competencia o en cualquier otro local que se designe; d) precintar cualquiera de los locales y libros o documentación de la empresa durante el tiempo y en la medida necesarios para la inspección; e) solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

2. Los Estados miembros velarán por que las empresas y asociaciones de empresas estén obligadas a someterse a las inspecciones a que se refiere el apartado 1. Los Estados miembros también se asegurarán de que, si una empresa o asociación de empresas se opone a una inspección que ha sido ordenada por una autoridad administrativa nacional de competencia o que ha sido autorizada por una autoridad judicial nacional, las autoridades nacionales de competencia recaben la asistencia necesaria por parte de la policía o de una autoridad con funciones coercitivas equivalente, a fin de permitirles llevar a cabo la inspección. Esta asistencia también podrá obtenerse como medida preventiva.

- «1- Las incautaciones de documentos, cualquiera que sea su naturaleza o su soporte, serán autorizadas, ordenadas o validadas mediante auto de la autoridad judicial.»
9. Considerando que, a tenor del artículo 20, apartado 6, de la Ley de Competencia, solo en caso de incautación en bancos u otras *entidades de crédito de documentos amparados por el secreto bancario* requieren las antedichas incautaciones la *autorización previa del juez de instrucción, que las autorizará cuando tenga razones fundadas para creer que esos documentos están relacionados con una infracción y que son altamente pertinentes para el esclarecimiento de la verdad o para la prueba, aun cuando no pertenezcan al afectado.*
10. Considerando que los apartados 3 y 5 del artículo 2 de la Ley de Competencia establecen, respectivamente, que:
- «3- La presente Ley se interpretará de manera conforme con el Derecho de la Unión Europea, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, incluido en materia de prácticas restrictivas de la competencia que no tengan capacidad para afectar al comercio entre los Estados miembros.»
- «5- En el contexto de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la aplicación de la presente Ley deberá respetar los principios generales del Derecho de la Unión Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.»
11. Considerando que los documentos objeto de examen en el presente asunto se refieren al desarrollo de la actividad comercial de empresas que operan en el mercado único y que, en la era digital actual, esos documentos se transmiten por correo electrónico.
12. Considerando que el correo electrónico, que actúa como vehículo transmisor de documentos de la actividad comercial de las empresas, tiene carácter institucional [*@empresa*], siendo propiedad exclusiva de dichas empresas, que imponen unilateralmente a sus empleados las condiciones de utilización de este medio mientras dure la relación funcional con ellos.
13. Considerando [que], con arreglo a los reglamentos internos de las empresas, dicho correo electrónico, que actúa como vehículo transmisor de documentos de la actividad comercial de las empresas, se limita a una utilización funcional, prohibiéndose su uso con fines personales y relacionados con la vida privada del trabajador.
3. El presente artículo se entiende sin perjuicio de los requisitos establecidos en el Derecho nacional en relación con la autorización previa de tales inspecciones por parte de una autoridad judicial nacional.»

14. Visto el considerando 26 del Reglamento n.º 1/2003 del Consejo, que califica los documentos anteriores de *documentos de índole profesional*.

Para esclarecer lo anterior, resulta necesario acudir al mecanismo de remisión prejudicial, en los términos que se exponen a continuación.

6. Cuestiones prejudiciales

Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 267 TFUE y en el artículo 19, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea, se plantean las siguientes cuestiones prejudiciales:

- I. ¿Constituyen «correspondencia», a efectos del artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, los documentos profesionales, objeto de examen en el presente asunto, transmitidos por correo electrónico?
- II. ¿Se opone el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la incautación de documentación profesional, resultante de comunicaciones efectuadas entre administradores y empleados de empresas mediante correo electrónico, cuando se estén investigando acuerdos y prácticas prohibidos en virtud del artículo 101 TFUE (antiguo artículo 81 TCE)?
- III. ¿Se opone el artículo 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a la incautación de dicha documentación profesional, previa autorización de una autoridad judicial, en el presente asunto el Ministerio Fiscal, al que incumbe representar al Estado, defender los intereses determinados por la ley, ejercer la acción penal sobre la base del principio de legalidad y defender la legalidad democrática con arreglo a lo dispuesto en la Constitución y que actúa con independencia frente a los demás órganos del poder central, regional y local?

21 de abril de 2023

Jueza

Mariana Gomes Machado

[omissis]