



C-260/23-1

REENVIO PREJUDICIAL

1. Órgão jurisdicional de reenvio
Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Juízo I)
2. Partes no litígio no processo principal e seus representantes

Inscrito no registo do Tribunal de Justiça sob o n.º	1255306	
Luxemburgo,	25. 04. 2023	Pelo Secretário,
Fax/E-mail:	244.23	Leticia Carrasco Marco
apresentado em:	24.4.23	Administradora

- A. Recorrida: Autoridade da Concorrência
- B. Recorrentes: 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. (“Recorrentes” ou “Grupo SIBS”)

3. Objecto do litígio e factos pertinentes

1. Em autos de ilícito contraordenacional – de que estes autos são um recurso de natureza interlocutória - a Autoridade da Concorrência investiga práticas anti-concorrenciais, proibidas pelos artigos 11.º da Lei da Concorrência e artigo 102.º do TFUE.
2. Em concreto, a Autoridade da Concorrência investiga um eventual abuso de posição dominante por parte das empresas que integram o Grupo SIBS, aproveitando-se da natureza essencial da rede Multibanco (MB) para impor a terceiros condições abusivas de acesso a essa rede, com o objetivo de restringir a concorrência, nomeadamente na área de processamento de pagamentos. Mais se pretendia apurar se o Grupo SIBS está, ou não, a condicionar o acesso aos serviços da rede MB à emissão de cartões MB da SIBS Cartões.
3. No inquérito, por si dirigido, a Autoridade da Concorrência julgou necessário proceder a diligências de busca, exame recolha e apreensão de prova.
4. Para tanto, peticionou à autoridade judiciária competente, *in casu*, o Ministério Público que autorizasse tais diligências, o que foi julgado necessário para a investigação em curso e, por isso, deferido, tendo sido emitidos os competentes mandados, ordenando a apreensão de:

“Cópias ou extratos da escrita e demais documentação, que se encontrem já abertos e arquivados ou circulando abertos nos serviços, designadamente mensagens de correio eletrónico e documentos internos de reporte de informação entre níveis hierárquicos distintos e de preparação de decisões a nível da política comercial das empresas, bem como atas de reuniões de direção ou de administração, quer se encontrem ou não em lugar reservado ou não livremente acessível ao público, incluindo quaisquer suportes informáticos ou computadores, e exame e cópia da informação que contiverem, que estejam direta ou indiretamente relacionados com práticas restritivas da concorrência.”

5. O mandado emitido pelo Ministério Público, autoridade judiciária, fundou-se na constatação da existência da existência de fortes indícios de prática restritiva da concorrência (abuso de posição dominante), reputando-se de *imprescindível* a necessidade de proceder à recolha de elementos constitutivos de prova - «atenta a complexidade dos factos ilícitos em apreço e a especial



dificuldade de obtenção da respetiva prova, bem como o risco para a investigação decorrente da utilização de outro tipo de meios de obtenção de prova».

6. A Autoridade da Concorrência apreendeu 10797 ficheiros informáticos, na sequência de busca realizada nas caixas de correios eletrónicos dos colaboradores das Visadas (7 empresas), tidos por relevantes para a investigação.

4. Disposições legais pertinentes

Artigo II.º da Lei da Concorrência

Artigo 102.º do TFUE (ex-artigo 82.º TCE)

5. Fundamentação do reenvio

No ordenamento jurídico português, a Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio (*novo regime jurídico da Concorrência*) confere à Autoridade da Concorrência competência para proceder *à apreensão de documentos, independentemente do seu suporte, mediante prévia autorização de autoridade judiciária* (artigos 18.º, número 1, alínea c) e 20.º, números 1, 6 e 8 da Lei da Concorrência).

A Lei da Concorrência reservou a intervenção do Juiz de Instrução para a apreensão de documentos em instituições bancárias, buscas domiciliárias, busca em escritório de advogado ou consultório médico; no demais, como sucede no caso concreto, a Lei exige a intervenção da autoridade judiciária, *in casu*, do Ministério Público.

Os presentes autos têm natureza contraordenacional, que se aparta do ilícito penal.

Porém, a norma da Lei da Concorrência encontra-se em concordância com o critério que norteia o regime penal: quando os meios de obtenção de prova são susceptíveis de colocar em crise ou ofender direitos fundamentais há lugar à intervenção do Juiz de instrução; nos demais, a autorização/validação de meios de obtenção de prova exige (apenas) a intervenção do Ministério Público, enquanto autoridade judiciária, a quem compete a direcção do inquérito.

A questão que se coloca é, pois, aquilatar se o exercício dos poderes de recolha de prova conferidos à Autoridade da Concorrência, no quadro da investigação de práticas anti-concorrenciais, levadas a cabo por empresas, coloca em causa algum direito fundamental.

Este Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, secundado pela doutrina mais autorizada e pelo Venerando Tribunal Superior, tem sufragado o entendimento de que a documentação apreendida pela Autoridade da Concorrência, naquele enquadramento, não constitui *correspondência*, enquanto direito fundamental, que goza de um superior nível de protecção.

Por conseguinte, tem-se rejeitado que, a simples circunstância de os documentos apreendidos resultarem de comunicações constantes do correio eletrónico funcional dos colaboradores das empresas Visadas, consinta a sua qualificação como *correspondência*, para efeitos de mobilização de um nível superior de garantismo, necessariamente acautelado em sede de direitos fundamentais das pessoas singulares.

A Visada rejeita este entendimento e argumenta que a documentação apreendida, no correio eletrónico dos seus colaboradores, constitui *correspondência* e que a sua apreensão não pode ter lugar em sede de



ilícito contraordenacional, e, portanto não pode ter lugar no quadro da investigação de práticas anticoncorrenciais proibidas pelos artigos 101.º e 102.º do TFUE; e, no limite, a poder proceder-se a tal apreensão, sempre a mesma deveria ser precedida de prévia autorização de Juiz de instrução, por estar em causa uma ingerência na *correspondência*, direito fundamental que assim o exige.

Assim:

1. Considerando o primado do Direito da União, qualquer que seja o status e a natureza das normas nacionais, mesmo que se trata de normas constitucionais^{1 2};
2. Considerando que as normas do Direito da União, aqui em causa, visam o bem-estar económico do País, a protecção do bom funcionamento do mercado interno enquanto i) motor essencial do bem-estar dos cidadãos, ii) garante da efetiva concorrência entre empresas, assegurando que estas competem em condições de igualdade entre todos os Estados-Membros, iii) incentivando-as a, continuamente, se esforçarem por oferecer aos consumidores os melhores produtos possíveis aos melhores preços possíveis,
3. Para tanto proibindo a exploração abusiva, por uma ou mais empresas, de uma posição dominante do mercado, que seja suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros, sinalizando que tal prática pode consistir em impor preços de compra, venda ou transação em condições não equitativas, limitação a produção, distribuição ou o desenvolvimento técnico, aplicar condições económicas desiguais ou subordinar a celebração de contratos à aceitação de prestações suplementares sem ligação àquele objeto (artigo 102.º do TFUE, ex artigo 82.º TCE);
4. Considerando que, as mudanças sociais, económicas, geopolíticas e tecnológicas colocam reiteradamente inovadores desafios à política de concorrência da UE, particularmente no quadro de uma economia crescentemente digitalizada, assim demandando a vigência de instrumentos eficazes para protecção efetiva dos desideratos referidos no considerando 2);
5. Considerando que, segundo o artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003, do Conselho, a Comissão, no cumprimento das funções que lhe são atribuídas pelo Regulamento – relativo à execução das regras da concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado – pode efetuar todas as inspeções necessárias junto das empresas e associações

¹ Cfr. A Jurisprudência do TJUE (acórdão de 17-12-1970, no processo 11/70, ECLI:EU:C:1970:114, PARA,3), na qual se enfatiza que as normas de direito da união se sobrepõem às normas internas, incluindo normas constitucionais:

«ao direito emergente do Tratado, emanado de uma fonte autónoma, não podem em virtude da sua natureza, ser opostos em juízo regras de direito nacional, quaisquer que sejam(...); Portanto, a invocação de violações, quer aos direitos fundamentais, tais como estes são enunciados na constituição de um estado-membro, quer aos princípios de estrutura constitucional nacional, não pode afetar a validade de um ato da comunidade ou o seu efeito no território desse Estado».

² Na doutrina, neste sentido, cfr. a Professora Ana Maria Guerra Martins:

«o direito originário e o direito derivado da União Europeia prevalecem sobre todas as normas internas, incluindo as constitucionais, as quais não serão aplicáveis», *In* «Curso de Direito Constitucional da União Europeia», pág. 34.

E o Professor Fausto de Quadros, *In* «Direito da União Europeia – Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia», 4.ª reimpressão, 2012, Almedina, Pág. 403.

«o primado não existe se não for supraconstitucional».



de empresas, podendo *inspecionar os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do seu suporte.*

6. Considerando que, nos termos do artigo 21.º do mesmo Regulamento, a Comissão pode, ainda, proceder a buscas e apreensões noutras instalações, como o domicílio dos dirigentes, administradores e colaboradores, mediante autorização prévia de autoridade judicial.
7. Considerando que o artigo 22.º do Regulamento n.º 1/2003, do Conselho, estipula que *a autoridade de um Estado-Membro responsável em matéria de concorrência pode proceder, no seu território, a qualquer inspeção ou outra medida de inquérito em aplicação da respetiva legislação nacional.*
8. Considerando que a Lei da Concorrência, na versão aprovada pela Lei n.º 19/2012, de 8 de Maio, prevê no artigo 20.º, número 1 que³

³ Disposição que o legislador português manteve inalterada, no quadro da transposição da **Diretiva (EU) 2019/2 do Parlamento e do Conselho Europeu, de 11 de dezembro de 2018**, na qual se surpreendem os seguintes considerandos (30 a 32), atinentes ao seu artigo 6.º:

- *“a competência de investigação das autoridades administrativas nacionais da concorrência deverá ser adequada aos desafios da aplicação das normas no ambiente digital e deverá permitir que as ANC obtenham todas as informações relacionadas com a empresa ou associação de empresas objeto da medida de investigação em formato digital, incluindo os dados forenses, independentemente do suporte em que as informações estiverem armazenadas, designadamente computadores portáteis, telemóveis, outros dispositivos móveis ou armazenamento em nuvem.”*

- *“a competência das autoridades administrativas nacionais da concorrência para realizar inspeções deverá permitir-lhes ter acesso a informações acessíveis à empresa ou associação de empresas ou à pessoa sujeita a inspeção e relacionadas com a empresa ou associação de empresas investigada. Deverá assim incluir necessariamente a competência para pesquisar documentos, ficheiros ou dados em dispositivos não previamente identificados com precisão. Sem uma tal competência, seria impossível obter as informações necessárias à investigação nos casos em que as empresas ou associação de empresas assumissem uma atitude de obstrução ou se recusassem a cooperar. A competência para examinar livros ou outros documentos deverá ser extensiva a todas as formas de correspondência, incluindo mensagens eletrónicas, independentemente de parecerem não ter sido lidas ou de terem sido apagadas.”*

Dispõe o artigo 6.º daquela Diretiva que

1. Os Estados-Membros asseguram que as autoridades administrativas nacionais da concorrência estão em condições de realizar todas as inspeções necessárias sem aviso prévio nas empresas e associações de empresas, para efeitos da aplicação dos artigos 101.o e 102.o do TFUE.

Os Estados-Membros asseguram que os funcionários e outros acompanhantes autorizados pelas autoridades nacionais da concorrência a realizarem tais inspeções, ou por elas nomeados para o efeito, dispõem, pelo menos, de competência para: a) Aceder a todas as instalações, terrenos e meios de transporte das empresas e associações de empresas; b) Inspeccionar os livros e outros registos relativos à empresa, independentemente do suporte em que estiverem armazenados, tendo o direito de aceder a quaisquer informações acessíveis à entidade inspecionada; c) Tirar ou obter sob qualquer forma cópias ou extratos dos documentos controlados e, sempre que o considerem adequado, continuarem a efetuar esse tipo de pesquisa de informação e seleção de cópias ou extratos nas instalações das autoridades nacionais da concorrência ou em quaisquer outras instalações designadas; d) Apor selos em quaisquer instalações, livros ou registos relativos à empresa por período e na medida necessária à inspeção; e) Solicitar a qualquer representante ou membro do pessoal da empresa ou da associação de empresas explicações sobre factos ou documentos relacionados com o objeto e a finalidade da inspeção e registar as suas respostas.

2. Os Estados-Membros asseguram que as empresas e as associações de empresas se sujeitam às inspeções a que se refere o n.º 1. Caso uma empresa ou uma associação de empresas se oponha a uma inspeção que tenha sido ordenada por uma autoridade administrativa nacional da concorrência e/ou que tenha sido autorizada por uma autoridade judicial nacional, os Estados-Membros garantem também que as autoridades nacionais da concorrência podem obter a assistência necessária da polícia ou de



1 - As apreensões de documentos, independentemente da sua natureza ou do seu suporte, são autorizadas, ordenadas ou validadas por despacho da autoridade judiciária.

9. Considerando que, nos termos do número 6, do artigo 20.º da Lei da Concorrência, apenas no caso de apreensão em bancos ou outras *instituições de crédito de documentos abrangidos por sigilo bancário*, as sobreditas apreensões demandam *prévia autorização do Juíza de instrução, que as autorizará quando tiver fundadas razões para crer que eles estão relacionados com uma infração e se revelam de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, mesmo que não pertençam ao visado.*

10. Considerando que os números 3 e 5, do artigo 2.º da Lei da Concorrência estabelecem, respectivamente que

3- A presente lei é interpretada de modo conforme ao direito da União Europeia, à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, incluindo no que diz respeito às práticas restritivas da concorrência que não sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros

5- No âmbito dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), a aplicação da presente lei deve respeitar os princípios gerais do direito da União Europeia e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

11. Considerando que os documentos aqui em causa respeitam ao desenvolvimento de atividade comercial de empresas que operam no quadro do mercado único, os quais são, na era digital que vivemos, veiculados através de correio eletrónico;

12. Considerando que o sobredito correio eletrónico, que atua como veículo de transmissão de documentos da atividade comercial das empresas, tem natureza institucional [*@empresa*] sendo propriedade exclusiva da mesma, que impõe unilateralmente, ao colaborador, os termos da sua utilização, enquanto durar a relação funcional com o mesmo;

13. Considerando, de acordo com regras internas das empresas, o sobredito correio eletrónico, que atua como veículo de transmissão de documentos da atividade comercial das empresas, é circunscrito a utilização funcional, sendo proibido o seu uso para efeitos pessoais e da vida privada do trabalhador;

uma autoridade com poderes de polícia equivalentes, a fim de lhes permitir realizar a inspeção. Essa assistência também pode ser obtida a título preventivo.

3. O presente artigo é aplicável sem prejuízo dos requisitos previstos no direito nacional para a autorização prévia por parte de uma autoridade judicial nacional à realização de tais inspeções.



14. Tendo presente o considerando 26 do Regulamento n.º 1/2003, do Conselho, que classifica como *documentos profissionais* o que antecede,

Afigura-se necessário, para dilucidar o que antecede, mobilizar o instituto do reenvio prejudicial, nos termos abaixo explicitados.

6. Questões Prejudiciais

Nos termos e para os efeitos constantes no artigo 267.º do TFUE e artigo 19.º do Tratado da União Europeia, formulam-se as seguintes questões prejudiciais:

- I. Os documentos profissionais, aqui em causa, veiculados através de correio eletrónico, são «correspondência» na aceção do artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia?
- II. O artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia opõe-se à apreensão de documentação profissional, resultante de comunicações estabelecidas entre Administradores e colaboradores de empresas através de endereços de correio eletrónico, quando esteja em causa a investigação de acordo e práticas proibidas nos termos do artigo 102.º do TFUE (ex artigo 82.º do TCE)?
- III. O artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia opõe-se à apreensão daquela documentação profissional, mediante prévia autorização de autoridade judiciária, *in casu*, o Ministério Público, a quem compete representar o Estado, defender os interesses que a lei determinar, exercer a ação penal orientado pelo princípio da legalidade e defender a legalidade democrática, nos termos da Constituição e que atua com autonomia em relação aos demais órgãos do poder central, regional e local?

21 de Abril de 2023
A Juíza de Direito
Mariana Gomes Machado

Anexo: sentença, recurso de impugnação judicial da Visada, Alegações de resposta da Recorrida, acompanhados dos respectivos documentos.

Com os melhores cumprimentos,

A Juíza de Direito,
Mariana Gomes Machado