

C-259/23-1



PEDIDO DE REENVIO PREJUDICIAL

- I. Órgão jurisdicional de reenvio
Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Juízo I)
2. Partes no litígio no processo principal e seus representantes
 - A. Recorrida: *Autoridade da Concorrência*
 - B. Recorrente: *SYNLABHEALTH II, S.A.*

Inscrito no registo do Tribunal de Justiça sob o n.º	12.55.305	
Luxemburgo,	25. 04. 2023	Pelo Secretário,
Fax/E-mail:	24.4.23	Leticia Carrasco Marco
apresentado em:	24.4.23	Administradora

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 9.º da Lei da Concorrência e artigo 101.º do TFUE.
2. Em concreto, a Autoridade da Concorrência investiga **uma prática de troca de informação sensível entre concorrentes e concertação entre os mesmos no quadro da negociação de preços de testagem à COVID-19, com as autoridades de saúde pública portuguesas.**
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 acima referido fundou-se na constatação da existência da necessidade de se proceder à *“aquisição e recolha de elementos constitutivos de prova”* por se ter concluído, no âmbito do processo contraordenacional em curso e *“de acordo com a prova já recolhida”*, *“pela existência de indícios fortes de que as empresas identificadas terão celebrado um ou mais acordos e/ou práticas concertadas secretas de cariz horizontal (...) em violação do disposto no n.º I do artigo 9.º da Lei da Concorrência e do n.º I do artigo 101.º do TFUE”*:



Verificam-se indícios de Acordos de não contratação de trabalhadores, ao abrigo dos quais as empresas se comprometem a não contratar trabalhadores umas das outras, deste modo renunciado à concorrência pela aquisição de recursos humanos. (...) os Acordos de não contratação consubstanciam também acordos de repartição do mercado.

Adicionalmente, no que respeita às condutas relacionadas com as negociações com a ADSE, verificam-se indícios de uma prática ilícita mediante a qual empresas concorrentes concertaram os termos e condições da sua oferta, através da adoção de uma estratégia comum e coordenada no mercado, designadamente trocando de informação potencialmente sensível entre si para esse efeito.

(...) no que respeita a negociação dos preços de testagem à covid-19 com as autoridades de saúde pública portuguesas, resulta indiciada, de igual modo, uma troca de informação sensível entre concorrentes, assim como uma concertação entre concorrentes com o intuito de manter o nível de preços mínimos para o fornecimento de testes covid-19.

Tanto no que respeita as negociações com a ADSE, como a propósito das negociações dos preços dos testes à covid-19 com as autoridades saúde pública portuguesas, foram desenvolvidos contacto e levadas a cabo trocas de informações no contexto de discussões no âmbito da ANL, designadamente discussões preparatórias de iniciativas a levar a cabo pela própria Associação de empresas, o que indicia um possível envolvimento da ANL, nas práticas em causa.

Resultam ainda indícios de uma troca de informação sensível relativa a preços a aplicar a cliente em geral (fora do contexto das negociações com a ADSE ou relativas aos preços dos testes à covid-19) assim como de concertação no sentido excluir um concorrente do mercado.

Estes factos integram a prática de infrações jusconcorrenciais graves, designadamente acordos de repartição de mercado e fixação de preços, troca de informação sensível e concertação para excluir um concorrente do mercado, enquadráveis no disposto no número 1, do art.º 9.º da Lei da Concorrência e, quando verificados os respectivos propostos, do número 1 do artigo 101.º do TFUE.

Estas práticas têm assim levadas a cabo pelas empresas AFFIDEA UNILABS, JOAQUIM CHAVES SAÚDE, SYNLAB, GERMANO DE SOUSA, REDLAB E BEATRIZ GODINHO SAÚDE, que presta um serviço diagnóstico e análises clínicas em Portugal, com o possível envolvimento da ANL.

6. Foi excluído do âmbito de autorização conferida pelo mandado, emitido pela autoridade judiciária, a apreensão de prova em locais onde fossem prestados cuidados de saúde ou onde estivessem arquivados documentos sujeitos a sigilo médico.
7. A Autoridade da Concorrência apreendeu, na sequência de busca realizada nos correios eletrónicos dos colaboradores, da Visada, tidos por relevantes para a investigação, 731 ficheiros informáticos.

4. Disposições legais pertinentes

Artigo 9.º da Lei da Concorrência

Artigo 101.º do TFUE



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 I, alínea c) e 20.º, números I, 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 normação 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 acutelado 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 IO1.º e IO2.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};

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,



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, por incompatibilidade com o mercado interno, todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno (artigo 101.º do TFUE, ex artigo 81.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 de empresas, podendo *inspeccionar 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*

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».



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

I - 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 juiz de instrução, que as autorizará quando tiver fundadas razões para crer que eles*

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 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.



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;

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, número 3 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 101.º do TFUE (ex artigo 81.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 Mmª Juiz de Direito
(assinatura eletrónica)
Mariana Gomes Machado