

Sag C-259/23**Anmodning om præjudiciel afgørelse****Dato for indlevering:**

24. april 2023

Forelæggende ret:

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (Portugal)

Afgørelse af:

21. april 2023

Sagsøger:

Synlabhealth II, S.A.

Sagsøgt:

Autoridade da Concorrência

ANMODNING OM PRÆJUDICIEL AFGØRELSE**1. Forelæggende ret**

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (ret i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn) (1. afdeling)

2. Parter i hovedsagen

- A. Sagsøgt: *Autoridade da Concorrência* (konkurrencemyndighed)
B. Sagsøger: *SYNLABHEALTH II, S.A.*

3. Hovedsagens genstand og de relevante faktiske omstændigheder

1. Under en procedure vedrørende en administrativ overtrædelse – i forbindelse med hvilken nærværende processkridt har foreløbig karakter – undersøgte Autoridade da Concorrência (konkurrencemyndighed) en konkurrencefordrejende praksis, som er ulovlig i henhold til artikel 9 i Lei da Concorrência (konkurrenceloven) og artikel 101 TEUF.

2. Nærmere bestemt undersøgte konkurrencemyndigheden **en praksis, hvorved der blev udvekslet følsomme oplysninger mellem konkurrerende virksomheder, og en samordning mellem disse i forbindelse med forhandlinger med de portugisiske offentlige sundhedsmyndigheder vedrørende priserne på covid-19-tests.**
3. I løbet af undersøgelsen fandt konkurrencemyndigheden det nødvendigt at iværksætte foranstaltninger, som omfattede søgning, kontrol, indsamling og beslaglæggelse af beviser.
4. Til dette formål anmodede konkurrencemyndigheden den kompetente judicielle myndighed – i den foreliggende sag det offentliges repræsentant – om at give tilladelse til sådanne foranstaltninger, og dette blev fundet nødvendigt for den igangværende undersøgelse, hvorfor anmodningen blev taget til følge, og de relevante påbud blev udstedt, idet der bl.a. blev truffet beslutning om beslaglæggelse af:

»Kopier eller udtræk af skrivelser og øvrig dokumentation, hvad enten de er åbne og arkiverede eller åbne og i omløb hos tjenesterne, herunder e-mails og interne dokumenter, der indeholder præsentation af informationer på tværs af forskellige hierarkiske niveauer og forberedelse af beslutninger på virksomhedernes handelspolitiske område, samt referater fra direktions- eller bestyrelsesmøder, uanset om de befinder sig på et fortroligt eller ikke offentligt tilgængeligt sted, herunder en hvilken som helst form for databærere eller computere, samt gennemgang og kopiering af indholdet heraf, når det er direkte eller indirekte forbundet med en konkurrencebegrænsende praksis.«

5. Det nævnte påbud var baseret på en vurdering af behovet for at *»indsamle og sammenfatte beviser«*, eftersom det i den igangværende administrative sanktionsprocedure, og *»på grundlag af de allerede indsamlede beviser«*, var blevet fastslået, at *»der foreligger en klar formodning for, at de identificerede virksomheder har indgået en eller flere aftaler og/eller har iværksat en hemmelig samordnet praksis af horisontal karakter [...], hvorved de har overtrådt bestemmelserne i konkurrencelovens artikel 9, stk. 1, og artikel 101, stk. 1, TEUF«*:

»Der foreligger en formodning for, at der er indgået aftaler, der sigter mod ikke at ansætte arbejdstagere, hvorefter virksomhederne forpligter sig til ikke at ansætte hinandens arbejdstagere, hvorfor de således afstår fra at konkurrere om menneskelige ressourcer. [...] Aftalerne om ikke at ansætte arbejdstagere indeholder ligeledes aftaler om fordeling af markedet.

For så vidt angår adfærden i forbindelse med forhandlingerne med Assistência na Doença aos Servidores Civis do Estado

(sygesikringsordningen for tjenestemænd, herefter »ADSE«) foreligger der endvidere en formodning for en ulovlig praksis, hvorefter konkurrerende virksomheder aftaler vilkår og betingelser for deres tilbud og vedtager en fælles og koordineret markedsstrategi, idet de navnlig i denne forbindelse udveksler potentielt følsomme oplysninger.

[...] For så vidt angår forhandlingerne med de portugisiske offentlige sundhedsmyndigheder om priserne på covid-19-tests foreligger der ligeledes en formodning for en udveksling af følsomme oplysninger blandt konkurrenter og om en samordning mellem konkurrenter med henblik på at opretholde mindstepriser på levering af covid-19-tests.

Såvel i forbindelse med forhandlingerne med ADSE som i forbindelse med forhandlingen af priser på covid-19-tests med de portugisiske offentlige sundhedsmyndigheder blev der holdt kontakt og foretaget udveksling af oplysninger i forbindelse med drøftelser inden for rammerne af Associação Nacional de Laboratórios Clínicos (den nationale sammenslutning af kliniske laboratorier, herefter »ANL«), herunder drøftelser vedrørende forberedelsen af initiativer, som skulle iværksættes af selve virksomhedssammenslutningen, hvilket tyder på, at ANL muligvis har deltaget i den omhandlede praksis.

Der foreligger ligeledes en formodning for udveksling af følsomme oplysninger i forbindelse med de priser, der almindeligvis skal anvendes over for kunder (uden for rammerne af forhandlingerne med ADSE og priserne på covid-19-tests), og om samordning med henblik på udelukkelse af en konkurrent fra markedet.

Disse omstændigheder udgør en alvorlig overtrædelse af konkurrenceretten, for så vidt som der er tale om aftaler om fordeling af markedet og om fastsættelse af priser, udveksling af følsomme oplysninger og samordning med henblik på udelukkelse af en konkurrent fra markedet, som er omfattet af bestemmelserne i konkurrencelovens artikel 9, stk. 1, og – i fald de forskellige formodninger bekræftes – bestemmelserne i artikel 101, stk. 1, TEUF.

Denne praksis er blevet udført af virksomhederne AFFIDEA UNILABS, JOAQUIM CHAVES SAÚDE, SYNLAB, GERMANO DE SOUSA, REDLAB og BEATRIZ GODINHO SAÚDE, som leverer tjenesteydelser inden for diagnosticering og kliniske analyser i Portugal, og med mulig deltagelse af ANL.«

6. Den tilladelse, der blev givet ved det af den judicielle myndighed udstedte påbud, omfattede ikke beslaglæggelse af beviser i lokaler, hvor der blev leveret sundhedsydelser, eller hvor der var arkiveret dokumenter, som var omfattede af den lægelige tavshedspligt.

[7.] I forbindelse med den udførte søgning i den pågældende virksomheds medarbejders e-mails, beslaglagde konkurrencemyndigheden 731 elektroniske filer, som efter dens opfattelse var relevante for undersøgelsen.

4. Relevante retsfor skrifter

Artikel 9 i Lei da Concorrência (konkurrenceloven)

Artikel 101 TEUF

5. Begrundelsen for anmodningen om præjudiciel afgørelse

I den portugisiske retsorden giver Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (*novo regime jurídico da Concorrência*) (lov nr. 19/2012 af 8.5.2012 (indførelse af en ny konkurrencelovgivning), herefter »konkurrenceloven«) konkurrencemyndigheden beføjelse til at foretage *beslaglæggelse af dokumenter, uanset medium, efter forudgående tilladelse fra den judicielle myndighed* [konkurrencelovens artikel 18, stk. 1, litra c), og artikel 20, stk. 1, 6 og 8].

Konkurrenceloven forbeholder forundersøgelsesdomstolens medvirken til de tilfælde, hvor der beslaglægges dokumenter hos pengeinstitutter eller foretages husransagninger og ransagninger hos advokatkontorer eller lægekonsultationer, mens loven i de øvrige tilfælde – som i den foreliggende sag – foreskriver den judicielle myndigheds medvirken, hvilket i dette tilfælde vil sige det offentlige repræsentant.

Den foreliggende sag er en sanktionerende forvaltningsretlig sag, og omhandler ikke en strafferetlig lovovertrædelse.

Ikke desto mindre opfylder konkurrencelovens bestemmelser det kriterium, der regulerer den strafferetlige ordning: Når metoderne til indsamling af beviser kan bringe grundlæggende rettigheder i fare eller krænke disse, skal forundersøgelsesdomstolen medvirke. I de øvrige tilfælde forudsætter tilladelsen til eller godkendelsen af metoderne til indsamling af beviser (alene) det offentlige repræsentants medvirken som judicial myndighed, idet det tilkommer denne at lede undersøgelsen.

Dermed opstår behovet for at afklare, om udøvelsen af den beføjelse til at indsamle beviser, som konkurrencemyndigheden indrømmes i forbindelse med en undersøgelse af virksomheders konkurrencefordrejende praksis, indebærer en krænkelse af en eller flere grundlæggende rettigheder.

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (ret i første instans i sager om konkurrence, regulering og tilsyn) bemærker, støttet af den autoritative retslitteratur og [udelades] retten i højere instans, at den af konkurrencemyndigheden beslaglagte dokumentation ikke i den nævnte

sammenhæng udgør en korrespondance, [hvis ukrænkelighed] er en grundlæggende rettighed, som nyder godt af en højere grad af beskyttelse.

Følgelig er det blevet afvist, at den blotte omstændighed, at de beslaglagte dokumenter måtte hidrøre fra meddelelser i de funktionelle e-mails hos den pågældende virksomheds medarbejdere, skulle gøre det muligt at kvalificere dem som *korrespondance* med henblik på at opnå en højere grad af beskyttelse, som nødvendigvis er sikret, når der er tale om fysiske personers grundlæggende rettigheder.

Den omhandlede virksomhed har bestridt denne tilgangsvinkel, idet den har gjort gældende, at den beslaglagte dokumentation i dens medarbejders e-mails udgør *korrespondance*, og at der ikke må foretages en beslaglæggelse heraf i forbindelse med en administrativ forseelse, **hvorfor en sådan ikke må finde sted under undersøgelsen af den type konkurrencefordrejende praksis, som er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF og 102 TEUF**. Den har tilføjet, at det, såfremt det i yderste tilfælde skulle være muligt at foretage en sådan beslaglæggelse, i alle tilfælde ville forudsætte en forudgående tilladelse fra en forundersøgelssdomstol, eftersom der er tale om et indgreb i en *korrespondance*, [hvis ukrænkelighed] er en grundlæggende rettighed, som kræver en sådan tilladelse.

På baggrund af ovenstående, og ud fra følgende betragtninger:

1. EU-retten har forrang, uanset de nationale bestemmelsers rang eller art, og uanset om der er tale om forfatningsmæssige bestemmelser^{1 2}.
2. De her undersøgte EU-retlige forskrifter har til hensigt at sikre økonomisk velfærd i landet og et velfungerende indre marked som i) drivkraft for borgernes velfærd, ii) garant for en effektiv konkurrence mellem

¹ – Jf. Domstolens praksis (dom af 17.12.1970, afsagt i sag 11/70, EU:C:1970:114, præmis 3), hvori det fastslås, at de EU-retlige forskrifter har forrang for de nationale retsforskrifter, herunder de forfatningsmæssige bestemmelser:

»Dersom [...] den af traktaten, dvs. af en autonom retskilde flydende ret skulle vige for nationale retsregler, af hvad art disse end måtte være, [ville den miste sin karakter af fællesskabsret] [...]; [...] derfor påvirkes en fællesskabsakts gyldighed eller virkning i en medlemsstat ikke af, at det gøres gældende, at den krænker de fundamentale rettigheder, som de er udformet i statens forfatning, eller grundsætningerne i en national forfatningsstruktur.«

² – Jf. i denne retning følgende retslitteratur:

Professor Ana Maria Guerra Martins, i *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, s. 34:

»Primærretten og den afledte EU-ret har forrang for alle nationale bestemmelser, herunder de forfatningsmæssige, som således ikke finder anvendelse«.

Samt Professor Fausto de Quadros, i *Direito da União Europeia – Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, 4. genudgivelse, 2012, Almedina, s. 403:

»Forrang kan ikke eksistere, medmindre den er suprakonstitutionel.«

- virksomheder, hvor det sikres, at disse konkurrerer på lige vilkår på tværs af samtlige medlemsstater, og iii) incitament for virksomhederne til løbende at bestrebe sig på at tilbyde forbrugerne de bedst mulige produkter til de bedst mulige priser.
3. Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for det indre marked, er forbudte, eftersom de er uforenelige med det indre marked (artikel 101 TEUF, tidligere artikel 81 TEF)
 4. De sociale, økonomiske, geopolitiske og teknologiske ændringer fører jævnligt til nye udfordringer for EU's konkurrencepolitik, navnlig i forbindelse med en økonomi, der bliver mere og mere digitaliseret, og som derfor kræver effektive instrumenter, for at de i anden betragtning nævnte mål kan beskyttes effektivt.
 5. Kommissionen er i henhold til artikel 20 i Rådets forordning nr. 1/2003, med henblik på at udføre de opgaver, som den er betroet i henhold til forordningen, vedrørende anvendelsen af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82, beføjet til at foretage alle nødvendige kontrolundersøgelser hos virksomheder og virksomhedssammenslutninger, og kan *kontrollere bøger og andre forretningspapirer, uanset informationsmedium.*
 6. Kommissionen kan i henhold til bestemmelserne i nævnte forordnings artikel 21 ligeledes foretage kontrolundersøgelser og beslaglæggelse i andre lokaler, herunder private hjem tilhørende direktører, ledere og andre medarbejdere, efter forudgående retslig tilladelse.
 7. Det bestemmes i artikel 22 i Rådets forordning nr. 1/2003, at *en medlemsstats konkurrencemyndighed kan [...] foretage enhver form for kontrolundersøgelse eller anden indsamling af oplysninger på sit område i henhold til national ret.*
 8. Konkurrenceloven, som godkendt ved lov nr. 19/2012 af 8. maj 2012, fastsætter i sin artikel 20, stk. 1, at ³:

³ – Den portugisiske lovgiver bibeholdt denne bestemmelse uden ændringer ved gennemførelsen af **Europa-Parlamentets og Rådets direktiv (EU) 2019/1 af 11.12.2018**, som indeholder følgende betragtninger (30. [og] 32.) vedrørende direktivets artikel 6:

– *»De nationale administrative konkurrencemyndigheder bør have tilstrækkelige undersøgelsesbeføjelser til at imødegå udfordringerne med håndhævelse på det digitale område, og disse beføjelser bør sætte de nationale konkurrencemyndigheder i stand til at indhente alle oplysninger vedrørende den virksomhed eller virksomhedssammenslutning, som er genstand for undersøgelsen i digital form, herunder data indhentet ved hjælp af kriminaltekniske metoder, uanset hvilket medium oplysningerne er lagret på, f.eks. bærbar computer, mobiltelefoner, andre mobile enheder eller cloudlagring.«*

»1. Beslaglæggelser af dokumenter, uanset deres art eller medie, tillades, besluttet eller godkendes ved kendelse afsagt af den judicielle myndighed.«

9. Alene i tilfælde af beslaglæggelse af dokumenter omfattet af bankhemmeligheden i banker eller andre kreditinstitutter kræves der i henhold til konkurrencelovens artikel 20, stk. 6, *forudgående tilladelse til sådanne beslaglæggelser fra en forundersøgelsesdomstol, som giver tilladelse, såfremt der er begrundet formodning om, at de pågældende dokumenter er forbundet med en overtrædelse, og at de er særligt nødvendige for at kunne afdække sandheden eller til bevisførelsen, også når de ikke tilhører den berørte person.*

– »De nationale administrative konkurrencemyndigheders beføjelse til at foretage kontrolundersøgelser bør [...] omfatte adgang til oplysninger, som den virksomhed eller virksomhedssammenslutning eller person, der er genstand for kontrolundersøgelsen, har adgang til, og som vedrører den undersøgte virksomhed eller virksomhedssammenslutning. Dette bør nødvendigvis omfatte beføjelsen til at søge efter dokumenter, filer eller oplysninger på enheder, der ikke er præcist identificeret på forhånd. Uden en sådan beføjelse vil det være umuligt at indsamle de for undersøgelsen nødvendige oplysninger, når virksomhederne eller virksomhedssammenslutningerne forsøger at lægge hindringer i vejen eller afslår at samarbejde. Beføjelsen til at undersøge bøger eller forretningspapirer bør omfatte alle former for korrespondance, såsom elektroniske meddelelser, uanset om de synes at være ulæste eller er blevet slettet.«

Det bestemmes i det nævnte direktivs artikel 6:

1. Medlemsstaterne sikrer, at de nationale administrative konkurrencemyndigheder kan foretage alle nødvendige uanmeldte kontrolundersøgelser hos virksomheder og virksomhedssammenslutninger med henblik på anvendelse af artikel 101 og 102 i TEUF.

Medlemsstaterne sikrer, at de embedsmænd og andre ledsagende personer, som de nationale konkurrencemyndigheder har bemyndiget eller udpeget til at foretage disse kontrolundersøgelser, som minimum har beføjelse til: a) at få adgang til alle virksomhedernes og virksomhedssammenslutningernes lokaler, grunde og transportmidler, b) at kontrollere bøger og andre forretningspapirer, uanset hvilket medie de er lagret på, og at få adgang til enhver oplysning, som den kontrollerede enhed har adgang til, c) at tage eller få kopi eller udskrift under enhver form af sådanne bøger eller forretningspapirer og, hvor de finder det hensigtsmæssigt, at fortsætte sådanne informationssøgninger og at udvælge kopier eller udskrift i den nationale konkurrencemyndigheds lokaler eller i andre udpegede lokaler, d) at forsegle alle forretningslokaler samt bøger eller andre forretningspapirer i det for kontrolundersøgelsen nødvendige tidsrum og omfang, e) at afkræve alle virksomhedens eller virksomhedssammenslutningens repræsentanter eller ansatte forklaringer om faktiske oplysninger eller dokumenter vedrørende kontrolundersøgelsens genstand og formål og registrere deres svar.

2. Medlemsstaterne sikrer, at virksomheder og virksomhedssammenslutninger har pligt til at underkaste sig en kontrolundersøgelse, jf. stk. 1. Medlemsstaterne sikrer ligeledes, at hvis en virksomhed eller en virksomhedssammenslutning modsætter sig en kontrolundersøgelse, der er blevet besluttet af en national administrativ konkurrencemyndighed og/eller er blevet godkendt af en national domstol, kan de nationale konkurrencemyndigheder anmode politiet eller en tilsvarende retshåndhævende myndighed om den fornødne bistand til at foretage kontrolundersøgelsen. En sådan bistand kan også indhentes som en forebyggende foranstaltning.

3. Denne artikel berører ikke kravene i national ret om forudgående godkendelse af sådanne undersøgelser fra en national domstol.«

10. Stk. 3 og 5 i konkurrencelovens artikel 2 fastsætter, at:

»3. Denne lov skal fortolkes i overensstemmelse med EU-retten og i lyset af Den Europæiske Unions Domstols praksis, også for så vidt angår den form for konkurrencebegrænsende praksis, som ikke måtte påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.«

»5. I forbindelse med artikel 101 og 102 i traktaten om Den Europæiske Unions funktionsmåde (TEUF) skal anvendelsen af denne lov overholde de generelle principper i EU-retten samt Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder.«

11. De dokumenter, der er genstand for undersøgelsen i den foreliggende sag, omhandler udførelsen af de erhvervmæssige aktiviteter hos virksomheder, der opererer inden for det indre marked, og sådanne dokumenter overføres i den nuværende digitale tidsalder via e-mail.

12. E-mails, der fungerer som et medium til overførelse af dokumenter vedrørende virksomheders erhvervmæssige aktiviteter, er af institutionel karakter [@virksomhed], eftersom den fulde ejendomsret hertil tilhører de pågældende virksomheder, som ensidigt opstiller betingelserne for brug af dette medie for deres medarbejdere, så længe der består et ansættelsesforhold mellem parterne.

13. De pågældende e-mails, der fungerer som et medium til overførelse af dokumenter vedrørende virksomheders erhvervmæssige aktiviteter, er ifølge virksomhedernes forretningsorden begrænset til en funktionel anvendelse, og det er således forbudt at anvende dem til personlige formål og formål, der er knyttet til arbejdstagerens privatliv.

14. Under henvisning til 26. betragtning til Rådets forordning nr. 1/2003, hvori de ovennævnte dokumenter kvalificeres som *forretningspapirer* –

findes det med henblik på afklaring af ovenstående nødvendigt at indgive en anmodning om præjudiciel afgørelse med nedenstående ordlyd.

6. Præjudicielle spørgsmål

I medfør af bestemmelserne i artikel 267 TEUF og artikel 19, stk. 3, i traktaten om Den Europæiske Union forelægges følgende præjudicielle spørgsmål:

I. Udgør de forretningspapirer, som er genstand for kontrol i den foreliggende sag, og som er overført via e-mail, en »korrespondance« som omhandlet i artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder?

- II.** Er artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder til hinder for en beslaglæggelse af forretningspapirer, som hidrører fra kommunikationen via e-mail mellem virksomheders ledere og medarbejdere, når der pågår en undersøgelse af forbudte aftaler og forbudt praksis i henhold til artikel 101 TEUF (tidligere artikel 81 TEF)?
- III.** Er artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder til hinder for en beslaglæggelse af sådanne forretningspapirer efter forudgående tilladelse fra en judiciel myndighed, i den foreliggende sag det offentlige repræsentant, som har til opgave at repræsentere staten, at forsvare de i loven fastsatte interesser, at retsforfølge strafbare handlinger på grundlag af legalitetsprincippet og at forsvare den demokratiske legitimitet i henhold til forfatningens bestemmelser, og som handler uafhængigt af de øvrige centrale, regionale og lokale myndighedsorganer?

21. april 2023

Dommer

Mariana Gomes Machado

[udelades]