

Zaak C-260/23

Verzoek om een prejudiciële beslissing

Datum van indiening:

24 april 2023

Verwijzende rechter:

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (rechter voor mededinging, regulering en toezicht, Portugal)

Datum van de verwijzingsbeslissing:

21 april 2023

Verzoekende partijen:

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.

Verwerende partij:

Autoridade da Concorrência (mededingingsautoriteit, Portugal)

VERZOEK OM EEN PREJUDICIËLE BESLISSING

1. Verwijzende rechter

Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (rechter voor mededinging, regulering en toezicht) (eerste kamer)

2. Partijen in het hoofdgeding

- A. Verwerende partij: *Autoridade da Concorrência* (mededingingsautoriteit)
- B. Verzoekende partijen: *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. en SIBS MB, SA.* (hierna: „SIBS-groep”)

3. Voorwerp van het hoofdgeding en relevante feiten

1. In het kader van een administratieve inbreukprocedure – ten aanzien waarvan het onderhavige geding een incidenteel karakter heeft – onderzoekt de *Autoridade da Concorrência* (mededingingsautoriteit) mededingingsbeperkende praktijken die verboden zijn bij artikel 11 van de *Lei da Concorrência* (mededingingswet) en artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna doorgaans: „VWEU”).
2. Meer bepaald onderzoekt de mededingingsautoriteit een mogelijk misbruik van machtspositie door de ondernemingen die tot de SIBS-groep behoren en die, gebruikmakend van de omstandigheid dat het Multibanco (hierna: „MB”)-netwerk essentieel is, aan derden onrechtmatige voorwaarden voor toegang tot dat netwerk opleggen, met het doel de mededinging te beperken, in het bijzonder op het gebied van betalingsverwerking. De belangrijkste vraag is of de SIBS-groep de toegang tot de diensten van het MB-netwerk al dan niet afhankelijk maakt van de uitgifte van MB-cards door SIBS Cartões.
3. De mededingingsautoriteit achtte het noodzakelijk om bewijsmateriaal te doorzoeken, te onderzoeken, te verzamelen en in beslag te nemen tijdens haar onderzoek.
4. Daartoe heeft zij de bevoegde gerechtelijke autoriteit, in dit geval het openbaar ministerie, verzocht om toestemming voor dergelijke acties, hetgeen noodzakelijk werd bevonden voor het lopende onderzoek, zodat het verzoek werd ingewilligd en de desbetreffende bevelen werden gegeven, waarbij, onder meer, de inbeslagname werd bevolen van:

„Kopieën of uittreksels van stukken en andere documenten, die zijn geopend en gearchiveerd of die zijn geopend en in omloop zijn onder het personeel, in het bijzonder e-mails en interne documenten voor de uitwisseling van informatie tussen verschillende hiërarchische niveaus en voor de voorbereiding van beslissingen over het commerciële beleid van de ondernemingen, evenals notulen van bestuurs- of directievergaderingen, al dan niet gehouden op een beveiligde locatie of een niet vrij toegankelijke plaats voor het publiek, met inbegrip van digitale opslagmedia of computers,

alsook het inzien en kopiëren van de opgeslagen informatie, die rechtstreeks of indirect verband houdt met mededingingsbeperkende praktijken.”

5. Het bevel van het openbaar ministerie – de gerechtelijke autoriteit – was gebaseerd op de beoordeling van het bestaan van duidelijke aanwijzingen van een mededingingsbeperkende praktijk (misbruik van machtspositie), zodat de noodzaak om bewijs te verzamelen als *dwingend* werd beschouwd, „gelet op de complexiteit van de onrechtmatige handelingen in kwestie, de bijzondere moeilijkheid om het relevante bewijsmateriaal te verkrijgen en het risico voor het onderzoek als gevolg van het gebruik van andere manieren om bewijsmateriaal te verkrijgen”.
6. De mededingingsautoriteit nam, na de e-mail inboxen van de werknemers van de betrokken ondernemingen (zeven ondernemingen) te hebben doorzocht, 10 797 computerbestanden in beslag die relevant werden bevonden voor het onderzoek.

4. Relevante wettelijke bepalingen

Artikel 11 van de Lei da Concorrência (mededingingswet)

Artikel 102 VWEU (oud artikel 82 VEG)

5. Motivering voor de prejudiciële verwijzing

In het Portugese rechtssysteem geeft Lei n.º 19/2012, de 8 de maio (*novo regime jurídico da Concorrência*) [wet nr. 19/2012 van 8 mei 2012 (nieuw rechtskader voor de mededinging); hierna: „mededingingswet”] de mededingingsautoriteit de bevoegdheid om *documenten, ongeacht de informatiedrager en met voorafgaande toestemming van een gerechtelijke autoriteit, in beslag te nemen* [artikel 18, lid 1, onder c), en artikel 20, leden 1, 6 en 8, van de mededingingswet].

De mededingingswet heeft de tussenkomst van de onderzoeksrechter voorbehouden voor de gevallen van inbeslagname van documenten in banken, huiszoekingen en zoekacties in advocatenkantoren of dokterspraktijken; in andere situaties, zoals in de onderhavige zaak, vereist de wet de tussenkomst van een gerechtelijke autoriteit, in dit geval het openbaar ministerie.

In deze zaak gaat het om een administratieve sanctie, die verschilt van een strafbaar feit.

De regeling van de mededingingswet is echter in overeenstemming met het criterium in het strafrechtelijke systeem: wanneer de manier van bewijsverkrijging de grondrechten in gevaar zou kunnen brengen of zou kunnen schenden, moet de onderzoeksrechter tussenkomen; in de andere gevallen vereist de toestemming/validering van de manier van bewijsverkrijging (uitsluitend) de

tussenkomen van het openbaar ministerie, als gerechtelijke autoriteit, aan wie de leiding van het onderzoek toekomt.

Bijgevolg rijst de vraag of de uitoefening van de aan de mededingingsautoriteit verleende bevoegdheden om bewijsmateriaal te verzamelen, in het kader van een onderzoek naar mededingingsbeperkende praktijken van ondernemingen, grondrechten schendt.

De Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (rechter voor mededinging, regulering en toezicht), ondersteund door de meest gezaghebbende doctrine en door de (*omissis*) hogere rechter, heeft betoogd dat de door de mededingingsautoriteit in beslag genomen documenten in de bedoelde context geen *correspondentie* vormt, [de onschendbaarheid waarvan] een grondrecht is, dat een hoger niveau van bescherming geniet.

Bijgevolg werd verworpen dat de enkele omstandigheid dat de in beslag genomen communicatie plaatsvond in het kader van functionele e-mailberichten van de werknemers van de betrokken ondernemingen, het mogelijk zou maken deze documenten als *correspondentie* te kwalificeren teneinde daaraan een grotere bescherming toe te kennen, welke bescherming noodzakelijkerwijs wordt gewaarborgd wanneer het gaat om de grondrechten van natuurlijke personen.

De betrokken onderneming(en) verworpt (verwerpen) deze benadering en stelt (stellen) dat de in beslag genomen communicatie in het kader van het e-mailverkeer van haar (hun) werknemers *correspondentie* vormt, alsmede dat de inbeslagneming ervan niet kan plaatsvinden in het kader van een administratieve sanctieprocedure en **derhalve niet kan plaatsvinden in het kader van een onderzoek naar mededingingsbeperkende praktijken die verboden zijn op grond van de artikelen 101 en 102 VWEU**; zij voegt (voegen) daaraan toe dat, zo een dergelijke inbeslagneming al zou kunnen plaatsvinden, daarvoor in elk geval de voorafgaande toestemming van een onderzoeksrechter vereist is, aangezien het gaat om inmenging in de *correspondentie*, [de onschendbaarheid waarvan] een grondrecht is dat zulks vereist.

Om deze redenen:

1. Gelet op de voorrang van het Unierecht, ongeacht de *rang* en de aard van de nationale bepalingen, ook al gaat om grondwettelijke bepalingen.^{1 2}

¹ Zie rechtspraak van het Hof van Justitie (arrest van 17 december 1970 in zaak 11/70, EU:C:1970:114, punt 3), waarin wordt benadrukt dat de bepalingen van het Unierecht voorrang hebben op nationale bepalingen, met inbegrip van grondwettelijke bepalingen:

„Dat immers de aard van het Verdragsrecht, dat zijn oorsprong in een autonome rechtsbron vindt, medebrengt dat daartegenover, [...], in rechte geen beroep op enige nationale rechtsregel mag worden gedaan; [...] dat derhalve beweerde inbreuken op grondrechten zoals die in de constitutie van een lidstaat zijn neergelegd of op de beginselen van het constitutioneel bestel van een lidstaat, aan de rechtsgeldigheid van een handeling der Gemeenschap of aan de werking dier handeling op het grondgebied van die staat niet kunnen afdoen.”

2. Overwegende dat de regels van het Unierecht die hier aan de orde zijn, gericht zijn op het economische welzijn van het land en de bescherming van de goede werking van de interne markt als i) een belangrijke motor voor het welzijn van de burgers, ii) een waarborg voor doeltreffende mededinging tussen ondernemingen, waarbij ervoor wordt gezorgd dat zij in alle lidstaten op voet van gelijkheid met elkaar concurreren, en iii) een stimulans voor ondernemingen om zich te blijven inspannen om consumenten de best mogelijke producten tegen de best mogelijke prijzen aan te bieden.
3. Overwegende dat te dien einde het misbruik door een of meer ondernemingen van een machtspositie op de markt die de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, verboden is, rekening houdend met het feit dat een dergelijke praktijk kan bestaan in het opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden; het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling; het toepassen van ongelijke economische voorwaarden; of het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van het aanvaarden van bijkomende prestaties die geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomst (artikel 102 VWEU, oud artikel 82 VEG).
4. Overwegende dat sociale, economische, geopolitieke en technologische veranderingen herhaaldelijk nieuwe uitdagingen vormen voor het mededingingsbeleid van de Europese Unie, met name in de context van een steeds meer gedigitaliseerde economie, die bijgevolg doeltreffende instrumenten vereist om de in de tweede overweging genoemde doelstellingen doeltreffend te kunnen beschermen.
5. Overwegende dat, volgens artikel 20 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, de Commissie, ter vervulling van de haar bij deze verordening opgedragen taken, alle noodzakelijke inspecties bij ondernemingen en ondernemersverenigingen kan verrichten, en *de boeken en alle andere bescheiden in verband met het bedrijf, ongeacht de aard van de drager van die bescheiden* kan controleren.

² Zie in de doctrine in deze zin:

Prof. Ana Maria Guerra Martins, in *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, blz. 34:

„Het primaire en secundaire recht van de Europese Unie hebben voorrang op alle interne bepalingen, met inbegrip van grondwettelijke bepalingen, die niet van toepassing zullen zijn.”

En prof. Fausto de Quadros, in *Direito da União Europeia – Direito Constitucional e Administrativo da União Europeia*, vierde druk, 2012, Almedina, blz. 403:

„De voorrang bestaat niet als er geen sprake is van supraconstitucionaliteit.”

6. Overwegende dat de Commissie, overeenkomstig artikel 21 van voornoemde verordening, ook inspecties en inbeslagnemingen op andere plaatsen kan verrichten, waaronder de woningen van directeuren, bestuurders en andere personeelsleden, mits voorafgaande toestemming van de nationale rechterlijke instantie.
7. Overwegende dat artikel 22 van verordening nr. 1/2003 van de Raad bepaalt dat *een mededingingsautoriteit van een lidstaat overeenkomstig het nationale recht op het grondgebied van deze lidstaat elke inspectie of andere onderzoeksmaatregelen ten aanzien van de feiten kan uitvoeren.*
8. Overwegende dat artikel 20, lid 1, van de mededingingswet, in de versie zoals goedgekeurd bij wet nr. 19/2012 van 8 mei 2012, het volgende bepaalt³:

³ Bepaling die de Portugese wetgever ongewijzigd heeft gelaten bij de omzetting van **richtlijn (EU) 2019/1 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018**, waarin de volgende overwegingen [30 (en) 32] met betrekking tot artikel 6 van deze richtlijn zijn opgenomen:

- „*De onderzoeksbevoegdheden van nationale administratieve mededingingsautoriteiten moeten afdoende zijn om opgewassen te zijn tegen de uitdagingen op handhavingsgebied die de digitale omgeving meebrengt. Zij moeten de NMA's in staat stellen om alle, ook forensische, informatie die verband houdt met de onderzochte onderneming of ondernemersvereniging, in elektronische vorm te verkrijgen, ongeacht het medium waarop de informatie is opgeslagen, zoals laptops, mobiele telefoons, andere mobiele apparatuur of opslag in de cloud.*”
- „*[...] De bevoegdheid van nationale administratieve mededingingsautoriteiten om inspecties uit te voeren, [moet] hen in staat stellen inzage te krijgen in informatie die toegankelijk is voor de onderzochte onderneming, ondernemersvereniging of persoon die het voorwerp van de inspectie uitmaakt en die verband houdt met de onderzochte onderneming of ondernemersvereniging. Dit moet noodzakelijkerwijs de bevoegdheid omvatten om te zoeken naar documenten, bestanden of gegevens op dragers die vooraf niet nauwkeurig zijn omschreven. Zonder dergelijke bevoegdheid is het onmogelijk de nodige informatie voor het onderzoek te vergaren wanneer ondernemingen of ondernemersverenigingen het onderzoek belemmeren of weigeren mee te werken. De bevoegdheid om boeken en bescheiden te controleren moet alle vormen van correspondentie dekken, met inbegrip van elektronische berichten, ongeacht of ze ongelezen lijken te zijn of gewist.*”

Artikel 6 van deze richtlijn bepaalt:

- „1. De lidstaten zien erop toe dat nationale administratieve mededingingsautoriteiten in staat zijn alle noodzakelijke onaangekondigde inspecties van ondernemingen en ondernemersverenigingen voor de toepassing van de artikelen 101 en 102 VWEU uit te voeren.

De lidstaten zien erop toe dat de ambtenaren en de andere door de nationale mededingingsautoriteiten tot het uitvoeren van dergelijke inspecties gemachtigde of aangewezen begeleidende personen ten minste de bevoegdheid hebben om: a) alle bedrijfsruimten, terreinen en vervoermiddelen van ondernemingen en ondernemersverenigingen te betreden; b) de boeken en alle andere bescheiden die verband houden met het bedrijf te controleren, ongeacht het medium waarop deze zijn opgeslagen, en recht op toegang hebben tot alle informatie die toegankelijk is voor de entiteit die onderwerp is van de inspectie; c) in welke vorm ook kopieën van of uittreksels uit boeken of bescheiden te maken of te ontvangen en om, wanneer zij dat passend achten, verder dergelijk onderzoek naar informatie uit te voeren en om verder kopieën

„1- De inbeslagneming van documenten, ongeacht de aard of de drager ervan, wordt toegestaan, bevolen of gevalideerd bij beschikking van de gerechtelijke autoriteit.”

9. Overwegende dat volgens artikel 20, lid 6, van de mededingingswet enkel wanneer *documenten die onder het bankgeheim vallen in banken of andere kredietinstellingen in beslag worden genomen, die inbeslagnemingen de voorafgaande toestemming van de onderzoeksrechter vereisen, die toestemming zal verlenen wanneer hij gegronde redenen heeft om aan te nemen dat deze documenten verband houden met een inbreuk en dat zij van groot belang zijn om de waarheid aan het licht te brengen of voor het bewijs, zelfs als zij niet aan de betrokken persoon toebehoren.*

10. Overwegende dat de leden 3 en 5 van artikel 2 van de mededingingswet respectievelijk bepalen:

„3- Deze wet moet worden uitgelegd op een wijze die verenigbaar is met het recht van de Europese Unie, in het licht van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie, inclusief op het gebied van mededingingsbeperkende praktijken die de handel tussen de lidstaten niet kunnen beïnvloeden.”

„5- In het kader van de artikelen 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) moeten bij de toepassing van deze wet de algemene beginselen van het recht van de Europese Unie en het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie in acht worden genomen.”

11. Overwegende dat de in deze zaak onderzochte documenten betrekking hebben op de commerciële ontwikkeling van ondernemingen die actief zijn op de interne markt en dat deze documenten in het huidige digitale tijdperk per e-mail worden verzonden.

of uittreksels in de ruimten van de nationale mededingingsautoriteiten of andere aangewezen ruimten te selecteren; d) bedrijfsruimten en boeken of bescheiden te verzegelen zolang en voor zover dat nodig is voor de inspectie; e) vertegenwoordigers of personeelsleden van de betrokken onderneming of ondernemersvereniging te verzoeken om toelichting bij feiten of documenten die verband houden met het voorwerp en het doel van de inspectie, en om hun antwoorden op te nemen.

2. De lidstaten zien erop toe dat ondernemingen en ondernemersverenigingen worden verplicht zich te onderwerpen aan de inspecties als bedoeld in lid 1. De lidstaten zorgen er tevens voor dat wanneer een onderneming of ondernemersvereniging zich verzet tegen een inspectie die door de nationale administratieve mededingingsautoriteit is gelast en/of door een nationale gerechtelijke autoriteit is toegestaan, de nationale mededingingsautoriteiten de nodige bijstand kunnen krijgen van de politie of van een gelijkwaardige handhavingsinstantie zodat zij de inspectie kunnen uitvoeren. Dergelijke bijstand kan tevens als voorzorgsmaatregel worden verkregen.

3. Dit artikel geldt onverminderd de vereisten uit hoofde van nationale wetgeving voor voorafgaande machtiging van dergelijke inspecties door een nationale gerechtelijke autoriteit.”

12. Overwegende dat de e-mail, die fungeert als middel voor de overdracht van documenten met betrekking tot de commerciële activiteiten van ondernemingen, een institutioneel karakter [@onderneming] heeft en het exclusieve eigendom is van die ondernemingen, die hun werknemers eenzijdig de voorwaarden voor het gebruik van dit medium opleggen voor de duur van de functionele relatie met hen.
13. Overwegende [dat] overeenkomstig de personeelsreglementen van de ondernemingen de e-mail, die fungeert als middel voor de verzending van documenten met betrekking tot de commerciële activiteiten van de ondernemingen, slechts functioneel mag worden gebruikt en dat het gebruik ervan voor persoonlijke doeleinden en doeleinden die verband houden met het privéleven van de werknemer verboden is.
14. Gelet op overweging 26 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad, die de voornoemde documenten kwalificeert als *zakelijke bescheiden*.

Om het bovenstaande te verduidelijken, moet een beroep worden gedaan op het mechanisme van de prejudiciële verwijzing, zoals hieronder uiteengezet.

6. Prejudiciële vragen

Krachtens artikel 267 VWEU en artikel 19 van het Verdrag betreffende de Europese Unie worden aan het Hof van Justitie van de Europese Unie de volgende prejudiciële vragen gesteld:

- I. Zijn de in deze zaak aan de orde zijnde, per e-mail verzonden zakelijke documenten als correspondentie aan te merken voor de toepassing van artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie?
- II. Verzet artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zich ertegen dat zakelijke communicatie in het kader van e-mailverkeer tussen leidinggevenden en werknemers van ondernemingen in beslag wordt genomen in het kader van een onderzoek naar overeenkomsten en gedragingen die verboden zijn op grond van artikel 102 VWEU (oud artikel 82 VEG)?
- III. Verzet artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie zich ertegen dat die zakelijke communicatie in beslag wordt genomen nadat daartoe toestemming is verleend door een gerechtelijke autoriteit, in dit geval het openbaar ministerie, dat tot taak heeft de staat te vertegenwoordigen, de bij de wet bepaalde belangen te verdedigen, op basis van het legaliteitsbeginsel strafvervolging in te stellen en overeenkomstig het bepaalde in de grondwet de democratische rechtsstaat te verdedigen, en dat onafhankelijk van andere organen van de centrale, regionale en lokale overheid handelt?

21 april 2023

Rechter

Mariana Gomes Machado

[*omissis*]

WERKDOCUMENT