Сборник съдебна практика

ЗАКЛЮЧЕНИЕ НА ГЕНЕРАЛНИЯ АДВОКАТ
N. WAHL
представено на 12 февруари 2015 година[1]

Дело C-583/13 P

Deutsche Bahn AG
DB Mobility Logistics AG
DB Energie GmbH
DB Netz AG
DB Schenker Rail GmbH
DB Schenker Rail Deutschland AG
Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS)
срещу

Европейска комисия

„Обжалване — Член 20, параграф 4 и член 28 от Регламент (ЕО) № 1/2003 — Правомощия на Комисията за проверка — Основно право на неприкосновеност на частните помещения — Основно право на ефективна съдебна защита — Практиката, установена с решение Dow Benelux — Тежест на доказване — Последици от незаконни претърсвания, осъществени от Комисията“

1. Обикновено се счита, че правната защита срещу неоснователното претърсване на частното жилище от правоохранителните органи е един от принципите, които бележат разделителната линия между обществата, основаващи се на върховенството на закона, и други, по-репресивни форми на управление.

2. Всеобщо признато е обаче, че дори в общности, основани на върховенството на закона, каквато е Европейският съюз, на публичните органи трябва да се предоставят ефективни правомощия за разследване при наличие на подозрения за извършено правонарушение.

3. Поради това е необходимо в законодателството да се намери баланс между правото на личен живот, от една страна, и ефективното правоприлагане, от друга.

4. Настоящото производство е съсредоточено около въпроса дали в контекста на правото на конкуренция на ЕС е намерен подходящ баланс между необходимостта от ефективни средства за разследване и правото на защита срещу неоснователно претърсване. По-конкретно от Съда е поискано да разгледа следните два въпроса: (i) съвместима ли е действащата система за проверки съгласно Регламент (ЕО) № 1/2003[2] с членове 7 и 47 от Хартата на основните права на Европейския съюз (наричана по-нататък „Хартата“)? и (ii) какви са последиците в рамките на тази система от незаконно претърсване, осъществено от Комисията?

1 — Език на оригиналния текст: английски.

2 — Регламент на Съвета от 16 декември 2002 година относно изпълнението на правилата за конкуренция, предвидени в членове 81 и 82 от Договора (ОВ L 1, 2003 г., стр. 1; Специално издание на български език, 2007 г., глава 8, том 1, стр. 167).

I – **Правна уредба**

5. Член 20 от Регламент № 1/2003 („Правомощия на Комисията за извършване на проверки“) гласи:

„1. За да изпълни задълженията, възложени ѝ с настоящия регламент, Комисията може да извършва всички необходими проверки на предприятия или на сдружения на предприятия.

2. Длъжностните лица и другите придружаващи лица, упълномощени от Комисията да извършат проверка, разполагат с правомощията:

а) да влизат във всички помещения, имоти и транспортни средства на предприятия и на сдружения на предприятия;

б) да проверяват книгите и другите документи, свързани със стопанската дейност, независимо от носителя, на който се съхраняват;

в) да вземат или получават под всякаква форма копия или извлечения от тези книги или документи;

[…]

4. Предприятията и сдруженията на предприятия са длъжни да се подчинят на проверките, разпоредени с решение на Комисията. В решението се посочват предметът и целта на проверката, насрочва се дата, на която тя ще започне, и се посочват санкциите, предвидени в членове 23 и 24, и правото на обжалване на решението пред Съда на Европейските общности. […]

[…]

6. Когато длъжностните лица и другите придружаващи лица, упълномощени от Комисията, установят, че предприятие се противопоставя на проверка, разпоредена по реда на настоящия член, съответната държава членка им осигурява необходимото съдействие, като иска, когато е необходимо, съдействие от полицията или от равностоен правоохранителен орган, с което да им се даде възможност да извършат тяхната проверка.

7. В случай че за съдействието, предвидено в параграф 6, се изисква разрешение от съдебен орган съгласно националните правила, се внася искане за такова разрешение. Искане за такова разрешение може да се внесе и като предохранителна мярка.

8. Когато се внася искане за разрешение, както е посочено в параграф 7, националният съдебен орган осъществява контрол за автентичност на решението на Комисията и на предвидените мерки за процесуална принуда, които не трябва да са произволни, нито прекомерни, като се има предвид предметът на проверката. При осъществяване на своя контрол върху пропорционалността на мерките за процесуална принуда националният съдебен орган може да поиска от Комисията, пряко или чрез органа по конкуренция на държавата членка, подробни обяснения за конкретните основания на Комисията за нейните подозрения за нарушение на членове [101 и 102 от Договора за функционирането на ЕС], както и за тежестта на твърдяното нарушение и за характера на участието на съответното предприятие. Въпреки това националният съдебен орган не може да поставя под въпрос необходимостта от проверката, нито да изисква да му се предостави информацията от преписката на Комисията. Законосъобразността на решението на Комисията е обект на съдебен контрол само от Съда на Европейските общности“.

6. В допълнение член 28, параграф 1 от Регламент № 1/2003 предвижда:

„Без да се засяга действието на членове 12 и 15, информацията, събрана по членове 17 и 22, се използва единствено за целта, за която е събрана“.

II – **Обстоятелства, предхождащи спора**

7. През 2011 г. Комисията приема три решения, с всяко от които е разпоредена проверка в помещенията на Deutsche Bahn AG и на няколко от неговите дъщерни дружества (DB Mobility Logistics, DB Netz AG, DB Energie GmbH, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail Deutschland AG и Deutsche Umschlagegesellschaft Schiene-Straße mbH) (наричани по-нататък заедно „Deutsche Bahn“ или „жалбоподателите“). Deutsche Bahn осъществява дейност в областта на националния и международния превоз на стоки и пътници, в секторите на логистиката и в сектора на предоставянето на допълнителни услуги в железопътния транспорт.

8. Първото решение за провеждането на проверка [3] е връчено на Deutsche Bahn на 29 март 2011 г., когато проверяващи от Комисията искат достъп до помещенията му в Берлин, Франкфурт на Майн и Майнц (Германия). Решението се отнася до вероятно неоправдано преференциално отношение от страна на DB Energie спрямо други дъщерни дружества от групата DB под формата на схема за отстъпки във връзка със снабдяването с тягово електрозахранване (наричано по-нататък „първото предполагаемо нарушение“).

9. В хода на проверките проверяващите от Комисията откриват документи (наричани по-нататък „документите на DUSS“) в помещенията на Deutsche Bahn, от които според Комисията може да се предположи наличието на друго антиконкурентно поведение, поради което на 31 март 2011 г. на Deutsche Bahn е връчено ново решение за проверка (наричано по-нататък „второто решение за проверка“), докато първата проверка все още е в ход. Второто решение за проверка се отнася до предполагаемо нарушение на конкуренцията от страна на Deutsche Umschlagegesellschaft Schiene-Straße (наричано по-нататък „DUSS“) посредством стратегическо използване на инфраструктурата, управлявана от Deutsche Bahn (наричано по-нататък „второто предполагаемо нарушение“) [4].

10. Първата и втората проверка приключват съответно на 31 март и 1 април 2011 г.

11. Впоследствие е прието и на 26 юли връчено на Deutsche Bahn допълнително решение за провеждане на проверка (наричано по-нататък „третото решение за проверка“) [5]. В обхвата на третата проверка отново попадат предполагаеми нарушения на конкуренцията от страна на DUSS. Третата проверка се провежда от 26 до 29 юли 2011 г.

III – **Производството пред Общия съд и обжалваното съдебно решение**

12. След приключване на проверките Deutsche Bahn подава жалби срещу Комисията пред Общия съд за отмяна на трите решения за проверка (наричани по-нататък „спорните решения“), поради това че с тях се нарушавали правата на Deutsche Bahn на неприкосновеност на неговите помещения, на ефективна съдебна защита, на процесуална защита, както и принципът на пропорционалност.

3 — Решение C(2011) 1774 от 14 март 2011 г.

4 — Решение C(2011) 2365 от 30 март 2011 г.

5 — Решение C(2011) 5230 от 14 юли 2011 г.

13. С решение от 6 септември 2013 г. Deutsche Bahn и др./Комисия по съединени дела T-289/11, T-290/11 и T-521/11 (наричано по-нататък „обжалваното съдебно решение“)[6] Общият съд отхвърля тези жалби и осъжда Deutsche Bahn да понесе съдебните разноски.

IV – **Производство пред Съда и искания на страните**

14. С жалбата, подадена в Съда на 18 ноември 2013 г., жалбоподателите искат той:

— да отмени обжалваното съдебно решение,

— да отмени спорните решения,

— да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

15. От своя страна Комисията иска от Съда:

— да отхвърли жалбата,

— да осъди жалбоподателите да заплатят съдебните разноски.

16. Писмени становища в подкрепа на позицията на Комисията представят испанското правителство и Надзорният орган на ЕАСТ (наричан по-нататък „НОЕ“), които в заседанието на 4 декември 2014 г. представят и устни становища, подобно на жалбоподателите и Комисията.

V – **Анализ на основанията за обжалване**

17. Жалбоподателите сочат четири основания за обжалване, които ще разгледам последователно. Преди това ще се спра на някои ключови аспекти на предвидената в Регламент № 1/2003 система във връзка с проверките, осъществявани от Комисията.

A– *Въведение*

18. Законосъобразността на проверка, извършена от Комисията в помещенията на предприятие, зависи от съдържанието на нейното решение, с което му се разпорежда да допусне извършването ѝ. В съответствие с член 20, параграф 4 от Регламент № 1/2003 в решението „се посочват предметът и целта на проверката“. В практиката си Съдът е постановил, че в съответствие с това Комисията по принцип е длъжна да посочи възможно най-точно какво се издирва и обстоятелствата, които трябва да бъдат проверени, въпреки че не е задължена да посочи с точност границите на релевантния пазар, да даде точна правна квалификация на предполагаемите нарушения, нито пък да посочи периода, през който те са били извършени[7]. Това задължение за представяне на конкретни мотиви последователно се определя от Съда като „основополагащо изискване не само да се покаже обосноваността на планираната проверка в съответните предприятия, но и да [се] изясни на тези предприятия обхват[ът] на задължението за съдействие от тяхна страна, както и правото им на защита“[8].

6 — EU:T:2013:404.

7 — Вж. по-специално решение Nexans и NexansFrance/Комисия (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, т. 36 и цитираната съдебна практика).

8 — Пак там, т. 34 и цитираната съдебна практика.

19. За разлика от нейните задължения във връзка с помещения, които не се използват за осъществяване на стопанската дейност на предприятието (член 21 от Регламент № 1/2003), по отношение на предприятие, в което се провежда проверка по член 20, не е необходимо Комисията да има конкретни подозрения, че е налице нарушение от страна на дружеството: необходимо е единствено да подозира, че предприятието може да притежава релевантна информация.

20. При спазване на посочените по-горе изисквания решението на Комисията само по себе си не подлежи на предварителен съдебен контрол. Само когато се предвиждат принудителни мерки и за целта приложимата национална правна уредба поначало предвижда предоставянето на разрешение от съд се упражнява предварителен съдебен контрол върху решението за проверка. С оглед обаче на ограниченията, въведени с член 20, параграф 8 от Регламент № 1/2003 във връзка с този вид съдебен контрол, изглежда малко вероятно национална юрисдикция да откаже разрешение за налагане на поисканите в съответния случай принудителни мерки. Дори това да се случи, отказът на засегнатото предприятие да изпълни разпореждането за проверка при всички положения би могъл да бъде санкциониран по реда на членове 23 и 24 от Регламент № 1/2003 [9].

21. В съответствие с член 28 от Регламент № 1/2003 всички документи и информацията, събрани в хода на проверката, освен при наличие на предвидените в същия регламент изключения, трябва да се използват единствено за целта, за която са били събрани. Както е посочил Съдът, целта на това изискване е да се гарантира правото на защита на засегнатото предприятие. Това право би се оказало сериозно накърнено, ако по отношение на предприятията Комисията можеше да се позовава на доказателства, събрани в хода на разследване, но без връзка с неговия предмет и цел [10].

22. Както обаче Съдът е постановил в решение Dow Benelux, посочената разпоредба не е пречка Комисията да започне действия по разследване, за да провери или допълни информация, на която се е натъкнала случайно по време на друго разследване, ако тази информация показва евентуалното наличие на друго нарушение на правилата за конкуренция на ЕС. Подобна забрана би съставлявала ненужно препятствие при упражняване на правомощията на Комисията по разследване, тъй като предприятието, отговорно за евентуалното нарушение, е свободно да упражни изцяло правото си на защита в рамките на новото разследване [11]. Поради това не е налице пречка за използване на случайно открита информация, стига да започне ново разследване, което да се провежда в съответствие с Регламент № 1/2003.

23. Накрая, Съдът е приел също, че предприятие, преминало разпоредена от Комисията проверка, може да обжалва пред съдилищата на ЕС решението за нейното извършване. Ако решението бъде отменено, Комисията няма право да използва никакви документи или други доказателства, събрани в хода на това разследване, в производство във връзка с предполагаемо нарушение на правилата за конкуренция на ЕС, а ако го направи, решението относно нарушението, доколкото се основава на такива доказателства, може да бъде отменено от съдилищата на ЕС [12].

24. С оглед на изложеното по-долу ще направя оценка на четирите основания за обжалване.

9 — Ако се установи, че предприятието е нарушило правилата за конкуренция на ЕС, дори закъснението му при оказване на съдействие на Комисията би довело до увеличаване на глобата (вж. например решение Koninklijke Wegenbouw Stevin/Комисия, T-357/06, EU:T:2012:488, т. 220—240).

10 — Вж. решение Roquette Frères (C-94/00, EU:C:2002:603, т. 48 и цитираната съдебна практика).

11 — Вж. решение DowBenelux/Комисия (85/87, EU:C:1989:379, т. 17—19, наричано по-нататък „решение Dow Benelux“). Вж. също решение Limburgse Vinyl Maatschappij и др./Комисия (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P—C-252/99 P и C-254/99 P, EU:C:2002:582, т. 301, наричано по-нататък „решение PVC“).

12 — Вж. решение Roquette Frères (EU:C:2002:603, т. 49 и цитираната съдебна практика).

Б– *Първото основание за обжалване*

25. В първото основание за обжалване жалбоподателите твърдят, че Общият съд е тълкувал и приложил неправилно основното право на неприкосновеност на частните помещения, защитено в член 7 от Хартата и в член 8 от Конвенцията за защита на правата на човека и основните свободи (наричана по-нататък „ЕКПЧ“).

26. В точки 42—102 от обжалваното съдебно решение Общият съд е посочил във връзка с постоянната практика на Европейския съд по правата на човека (наричан по-нататък „ЕСПЧ“ или „съдът в Страсбург“), че приемливата степен на защита срещу представляващата посегателство намеса по член 8 от ЕКПЧ предполага наличието на правна рамка и на строги граници. По-нататък Общият съд изяснява, че са налице пет категории гаранции: (i) мотивирането на решенията за проверка; (ii) наложените на Комисията граници при осъществяване на проверките; (iii) невъзможността Комисията да осъществи проверките чрез сила; (iv) намесата на националните власти; и (v) съществуването на последващи средства за защита. След като разглежда фактите и правилата, съдържащи се в Регламент № 1/2003, Общият съд стига до извода, че в разглежданите случаи са били налице всички посочени по-горе пет категории гаранции. Поради това Общият съд е отхвърлил основанието, изтъкнато в първоинстанционното производство, с което се твърди нарушение на неприкосновеността на частните помещения поради липсата на предварително съдебно разрешение относно проверките на Комисията.

27. По същество жалбоподателите твърдят, че Общият съд е тълкувал неправилно практиката на ЕСПЧ по член 8 от ЕКПЧ, съгласно която при положение, каквото е предмет на спорните решения, Комисията е задължена да се снабди с предварително съдебно разрешение от Общия съд или от национална юрисдикция. От една страна, Общият съд — според жалбоподателите —е тълкувал неправилно решенията на ЕСПЧ по дела Colas Est[13], Liotard Frères[14] и Canal Plus[15], доколкото е приел, че липсата на предварително съдебно разрешение е само един от факторите, които ЕСПЧ е взел предвид, когато е установил нарушение на член 8 от ЕКПЧ. Жалбоподателите твърдят, че Общият съд е трябвало вместо това да приеме, че предварителното съдебно разрешение е ключов фактор, залегнал в основата на констатациите на ЕСПЧ. Освен това според тях Общият съд е извършил неправилно тълкуване на решенията Harju[16] и Heino[17], приемайки, че липсата на предварително оправомощаване може да се „компенсира“ чрез осъществен след проверката пълен съдебен контрол. Всъщност по тези две дела действията на публичните органи били мотивирани от съображения за неотложност. Тъй като по настоящите дела Комисията не е поискала предварително съдебно разрешение, въпреки че не е била налице неотложност, Общият съд е трябвало да постанови, че тя е действала в нарушение на принципа на пропорционалност.

28. Комисията, подкрепяна от НОЕ и испанското правителство, отвръща, че Общият съд е преценил правилно съвместимостта на спорните решения с основното право на неприкосновеност на частните помещения и не е извършил неправилно тълкуване на практиката на ЕСПЧ в това отношение.

13 — Société Colas Est и др. с/у Франция, № 37971/97, ECHR 2002-III.

14 — Société Métallurgique Liotard Frères с/у Франция, № 29598/08, ECHR 2011.

15 — Société Canal Plus и др. с/у Франция, № 29408/08, ECHR 2010.

16 — Harju с/у Финландия, № 56716/09, ECHR 2011.

17 — Heino с/у Финландия, № 56720/09, ECHR 2011.

29. По същество първото основание за обжалване повдига въпроса дали действащата система за проверки на ЕС съгласно член 20, параграф 4 от Регламент № 1/2003 е съвместима със зачитането на основното право на неприкосновеност на частните помещения, закрепено в член 7 от Хартата и в член 8 от ЕКПЧ. По-специално Съдът трябва да определи дали като общо правило Комисията следва да иска предварително съдебно разрешение, най-малко когато тази институция няма основание за действия при условията на неотложност.

30. В унисон с Комисията, испанското правителство и НОЕ считам, че Общият съд не е допуснал неправилно тълкуване и прилагане на решенията на ЕСПЧ, посочени от жалбоподателите. Действително, видно от настоящата съдебна практика на съда в Страсбург, не може да се твърди, както правят жалбоподателите, че защитата на правата, закрепени в член 8 от ЕКПЧ, изисква органът за защита на конкуренцията винаги да се снабдява със съдебно разрешение, преди да пристъпи към проверки на място в помещенията, в които предприятията осъществяват стопанска дейност. Не може също да се твърди, че поради съображения за пропорционалност необходимостта от такова разрешение може да отпадне единствено при наличие на основания, обосноваващи неотложни действия от страна на публичните органи.

31. Следва още в началото да се напомни, че разпростирайки гаранциите съгласно член 8, параграф 1 от ЕКПЧ по отношение на юридическите лица, например предприятия, съдът в Страсбург е проявил предпазливост, като е постановил, че последните не могат да бъдат напълно съпоставими с физическите лица[18] и че помещенията, в които предприятията осъществяват стопанска дейност, не следва да се третират по същия начин като частните жилища. След решение Niemietz[19] ЕСПЧ всъщност последователно приема, че публичните органи имат право на по-обширно вмешателство в защитаваните от член 8 права, що се отнася до помещенията, в които предприятията извършват стопанска дейност.

32. Второ и най-вече, за разлика от жалбоподателите, според мен е невъзможно решенията на ЕСПЧ Colas Est, Liotard Frères и Canal Plus да се тълкуват в смисъл, че изискват от органа за защита на конкуренцията по правило да иска предварително съдебно разрешение, тъй като в противен случай би действал в нарушение на член 8 от ЕКПЧ. Също така не съм убеден, че решения Harju и Heino са ирелевантни за целите на настоящото производство.

33. Най-напред следва да се отбележи, че докато решение Colas Est разглежда конкретно нарушение на член 8 от ЕКПЧ, в Liotard Frères и Canal Plus съдът в Страсбург съсредоточава вниманието си изключително върху твърдяното нарушение на член 6, параграф 1 от ЕКПЧ. Поради това жалбоподателите нямат основание за критика срещу Общия съд, поради това че той се е позовал само на Colas Est при разглеждане на основанието, в което се твърди нарушение на член 7 от Хартата.

34. При всички положения според мен Общият съд е направил подробен анализ на всички тези съдебни актове и правилно е достигнал до извода, че липсата на предварително оправомощаване е само един от елементите, които ЕСПЧ е взел предвид, за да се произнесе относно твърдените от страните нарушения на ЕКПЧ[20]. Действително съдът в Страсбург стига до такъв извод винаги въз основа на цялостна оценка на всички релевантни правни и фактически обстоятелства по конкретното дело. По-специално, наред с други фактори, той разглежда обхвата на правомощията, възложени на компетентния публичен орган, обстоятелствата, при които настъпва вмешателството в основните права и проверява дали съответната правна система предвижда различни гаранции, както и, което е дори по-важно, възможност за ефективен последващ съдебен контрол.

18 — Вж. например Bernh Larsen Holding AS и др. с/у Норвегия, № 24117/08, § 159 и цитираната съдебна практика, ECHR 2013.

19 — Niemietz с/у Германия, 16 декември 1992 г., № 31, серия A № 251-B. Вж. също Société Colas Est и др. с/у Франция, № 37971/97, посочено по-горе в бележка под линия 13.

20 — Вж. по-специално точки 64—73 и 108—110 от обжалваното съдебно решение.

35. Две неотдавнашни решения на ЕСПЧ, в които се разглеждат именно твърдени нарушения на член 8 от ЕКПЧ, подкрепят направеното тълкуване на споменатата по-горе съдебна практика.

36. В решение Bernh Larsen ЕСПЧ се произнася по въпроса дали член 8 от ЕКПЧ не допуска искане от норвежките данъчни органи, отправено до три дружества в рамките на данъчна ревизия, да бъде представено за проверка в данъчната служба резервното копие на компютърен сървър. Съдът в Страсбург отбелязва, че макар това искане да не е съпоставимо с изземването в наказателното производство и за неизпълнението му да не се налагат наказателни санкции, то е правнообвързващо за трите дружества, на които в случай на неизпълнение могат да бъдат наложени административни наказания. Поради това той приема, че искането представлява вмешателство в правото им на защита на помещенията и кореспонденцията. Макар обаче съдебен орган да не е давал предварително разрешение относно искането, ЕСПЧ стига до извода, че това вмешателство е оправдано. Наред с други фактори този съд отчита обстоятелството, че националното законодателство съдържа значителни ограничения на правомощията на въпросните органи и предвижда ефективни и адекватни гаранции срещу злоупотреби [21].

37. Освен това в неотдавнашното си решение Delta Pekárny ЕСПЧ разглежда дали проверка, извършена през 2003 г. от чешкия национален орган по конкуренция в помещенията на дружество, представлява нарушение на член 8 от ЕКПЧ. Съдът в Страсбург установява, че по отношение на засегнатото дружество спорната проверка представлява нарушение на правото на неприкосновеност на помещенията. Причината обаче е, че решението, с което се разрешава проверката, изобщо не подлежи на ефективен съдебен контрол, нито предварителен, нито последващ. По-специално единствената възможност жалбоподателите да повдигнат възражения срещу законосъобразността на проверката е в рамките на производство за оспорване на констатациите по същество на органа по конкуренция. При това положение на съдебен контрол не подлежат въпроси като необходимостта, продължителността и обхвата на проверката, както и нейната пропорционалност [22].

38. Следва да се отбележи, че в решение Delta Pekárny ЕСПЧ изрично посочва, че липсата на съдебно оправомощаване може да се компенсира с ефективен последващ съдебен контрол по всички правни и фактически въпроси. В това отношение ЕСПЧ изрично се позовава по-специално на своето решение Harju, чиято релевантност по настоящото дело, както посочих по-горе, жалбоподателите оспорват [23]. Също така в решение Bernh Larsen съдът в Страсбург стига до извода, че няма нарушение на член 8 от ЕКПЧ, като дори не проверява дали предприетите от публичните органи действия са оправдани поради съображения за неотложност.

39. На това основание трябва да заключа, че Общият съд не е допуснал грешка при прилагането на правото в рамките на своето тълкуване на практиката на ЕСПЧ, посочена от жалбоподателите. Той не е допуснал такава грешка и при прилагането на тази съдебна практика по разглежданото от него дело.

40. Действително съгласно системата на ЕС последващият съдебен контрол, който може да се упражнява от съдилищата на ЕС, осигурява адекватно ниво на защита на основното право на неприкосновеност на помещенията. Според мен без съмнение в компетентността на съдилищата на ЕС попадат всички правни и фактически аспекти от значение за проверката на

21 — Bernh Larsen Holding AS и др. с/у Норвегия, посочено по-горе в бележка под линия 18.

22 — Delta Pekárny AS с/у Чешка република, № 97/11, § 82—94, ECHR 2014.

23 — Пак там, § 83, 87, 92 и 93.

законосъобразността на решенията относно проверките[24] в съответствие с практиката, установена с решения Chalkor и KME Germany[25]. Освен това, както бе посочено в точка 23 по-горе, отмяната на решение за проверка прегражда възможността на Комисията да използва откритите в хода на тази проверка документи.

41. Поради това считам, че жалбоподателите изобщо не са доказали нарушение на член 8 от ЕКПЧ. Освен това те не твърдят, че член 7 от Хартата би могъл да налага по-висока степен на защита от предвидената в ЕКПЧ[26]. При всички положения в първичното и вторичното право на ЕС не откривам основание за подобен извод. Всъщност член 7 от Хартата е с много сходна формулировка с тази на член 8, параграф 1 от ЕКПЧ. Освен това Регламент № 1/2003 изрично изисква предварително съдебно разрешение единствено за проверките по реда на член 21 от него, с което мълчаливо изключва необходимостта от подобно разрешение във връзка с проверките на основание член 20, параграф 4.

42. Поради изложените съображения считам, че Общият съд не е допуснал грешка при прилагане на правото, като е отхвърлил основанията на жалбоподателите, с които твърдят, че е налице нарушение на правото им на неприкосновеност на помещенията, в които осъществяват стопанска дейност. Следователно предлагам на Съда да отхвърли първото основание за обжалване.

B– *Второто основание за обжалване*

43. С второто си основание за обжалване жалбоподателите твърдят, че Общият съд е допуснал неправилно тълкуване и прилагане на основното право на ефективна съдебна защита, предвидено в член 47 от Хартата.

44. Комисията и встъпилите страни оспорват тези доводи.

45. Според мен второто основание за обжалване до голяма степен преповтаря изложените във връзка с първото основание за обжалване доводи. Жалбоподателите твърдят единствено, че липсата на предварително съдебно разрешение за дадена проверка лишава предприятията от адекватна съдебна защита в нарушение на правото, признато в член 47 от Хартата и в член 6, параграф 1 от ЕКПЧ. Във връзка с това основание те отново се позовават на посочените по-горе решения на ЕСПЧ по делата Colas Est, Canal Plus и Liotard Frères[27].

46. В съответствие с това е достатъчно да се изтъкнат отново вече дадените разяснения: преминалите проверка предприятия могат да оспорват пред съдилищата на ЕС законосъобразността на приетото от Комисията решение за проверка. Тези производства могат да започнат незабавно след връчването на решението от Комисията на съответното дружество (обикновено в началото на проверката), като не се налага да се изчака приемането на окончателно решение от нея относно предполагаемите нарушения на правилата за конкуренция на ЕС.

24 — Вж. заключение на генералния адвокат Kokott по дело Nexans и Nexans France/Комисия (C-37/13 P, EU:C:2014:223, т. 85).

25 — Вж. решения Chalkor/Комисия (C-386/10 P, EU:C:2011:815) и KME и др./Комисия (C-272/09 P, EU:C:2011:810).

26 — Вж. член 52, параграф 3 in fine от Хартата: „[…] Тази разпоредба не пречи правото на Съюза да предоставя по-широка защита [от предвидената в ЕКПЧ]“.

27 — Посочени по-горе в бележки под линия 13—15. В този контекст бих искал да отбележа, че жалбоподателите не са обяснили точно поради какви съображения решение Colas Est е релевантно в настоящия контекст, тъй като, както бе посочено по-горе, в него се разглежда само нарушение на правото на личен и семеен живот (член 8 от ЕКПЧ).

47. Освен това няма съмнение, че съдилищата на ЕС са компетентни да проверят всички правни и фактически аспекти на решенията за проверка, включително дали Комисията е упражнила надлежно дискреционните си правомощия, както и да ги отменят изцяло или отчасти на всякакви основания [28].

48. В тези аспекти е значителната разлика между системата на ЕС, за която става въпрос в настоящото производство, и разгледаната от ЕСПЧ национална система в Canal Plus и Liotard Frères. По посочените дела констатираното в решението на Съда в Страсбург нарушение на член 6, параграф 1 от ЕКПЧ се основава на два ключови фактора: (i) дружествата са можели да обжалват решението за проверка единствено в рамките на („касационно“) производство за проверка на *законосъобразността*, което ги лишава от възможността да оспорят фактическите елементи в основата на решението [29], и (ii) решението за проверка е можело да се обжалва единствено заедно с окончателното решение на органа за защита на конкуренцията, в резултат от което обжалването на решението за проверка би било несигурно и при всички положения отложено във времето с няколко години [30].

49. Общият ясно посочва това в точки 109—112 от обжалваното съдебно решение.

50. Още веднъж според мен няма основание — нито пък жалбоподателите са се опитали по някакъв начин да обяснят на Съда защо следва — да се приеме в това отношение, че член 47 от Хартата налага по-високи изисквания за Европейския съюз, отколкото произтичащите за съда в Страсбург по член 6, параграф 1 от ЕСПЧ.

51. Самият факт, че съдебният контрол е последващ, според мен не съставлява нарушение на правото на ефективна съдебна защита поради изложените по-горе съображения.

52. Ето защо стигам до извода, че решенията за проверка подлежат на определена форма на съдебен контрол, която отговаря на изискванията за ефективност съгласно член 47 от Хартата. При това положение Общият съд по никакъв начин не е допуснал грешка в правото при тълкуването и прилагането на този принцип. Така второто основание за обжалване следва също да бъде отхвърлено.

Г– *Третото основание за обжалване*

53. С третото основание за обжалване жалбоподателите твърдят, че Общият съд е допуснал грешка, като е приел, че документите на DUSS са били „случайно намерени“ по смисъла на решение Dow Benelux [31]. Всъщност Комисията признала, че нейните служители, които провеждали проверката, били предварително уведомени, че е налице жалба, в която се твърди, че жалбоподателите са извършили и друго нарушение на правилата за конкуренция. Те твърдят, че е налице нередност, засегнала упражняването на правото им на защита.

54. Комисията възразява, първо, срещу допустимостта на това основание за обжалване, тъй като жалбоподателите оспорват фактическа констатация, направена от Общия съд. Във всички случаи според Комисията изложените от жалбоподателите доводи са неоснователни.

28 — Вж. цитираната по-горе в точка 40 съдебна практика. Относно практиката на ЕСПЧ вж. по-специално решение Menarini Diagnostics Srl с/у Италия, № 43509/08, § 57—67 и цитираната съдебна практика, ECHR 2011.

29 — Вж. Société Canal Plus и др. с/у Франция, посочено по-горе в бележка под линия 15, § 37 и Société Métallurgique Liotard Frères с/у Франция, посочено по-горе в бележка под линия § 18 и 19.

30 — Вж. Société Canal Plus и др. с/у Франция, посочено по-горе в бележка под линия 15, § 40.

31 — EU:C:1989:379.

1. Допустимост

55. Според мен възражението за недопустимост на това основание следва да се отхвърли. По същество критиката на жалбоподателите се основава не на случайното откриване на документите на DUSS, а на това, че същите не могат да се считат за такива по смисъла на решение Dow Benelux. Поради това в настоящото производство жалбата е свързана с правната квалификация на фактите от Общия съд и с правните изводи, които той е извел от тях.

2. По същество

56. В самото начало следва отново да напомня, че в съответствие с член 28 от Регламент № 1/2003 всички документи и информацията, събрани в хода на проверката, освен при наличие на предвидените в същия регламент изключения, трябва да се използват единствено за целта, за която са били събрани. От решение Dow Benelux обаче следва, че в отклонение от установения в член 28 принцип документите и информацията, които са открити, но не попадат в предмета на проверката, могат да се използват за започването на ново разследване.

57. В решението си въз основа на представените от страните доводи и доказателства Общият съд стига до извода, че документите на DUSS не са целенасочено издирвани, тъй като са случайно намерени в части от помещенията, в които предприятието осъществява стопанска дейност, претърсвани от Комисията с цел събиране на информация, свързана с предмета на първата проверка. Поради това и най-вече предвид практиката, установена с решение Dow Benelux, Общият съд отхвърля доводите на жалбоподателите относно твърдяната нередност във връзка с първата проверка [32].

58. Намирането на документите на DUSS в хода на издирване на други видове документи е фактическа констатация, която по принцип не подлежи на проверка в производството по обжалване пред Съда. Основният въпрос обаче е следният: достатъчно ли е това, за да се твърди, че в хода на първата проверка правото на защита и на неприкосновеност на жалбоподателите са били надлежно зачетени? С други думи, Общият съд приложил ли е правилно член 28 от Регламент № 1/2003 и установената с решение Dow Benelux съдебна практика?

59. Не считам, че това е така.

60. Според мен, за да стане ясно защо следва да се приеме, че Общият съд не е приложил правилно практиката на Съда, се налага да се разгледа смисълът от съществуването на правилата, установени в Регламент № 1/2003 съгласно тълкуването им от Съда.

61. Безспорно Регламент № 1/2003 предоставя на Комисията широки правомощия по разследване, които представляват сериозно вмешателство в някои основни права на юридическите и физическите лица. Както бе посочено по-горе, тези правомощия се упражняват, без да е налице почти никакъв (или има съвсем ограничен) предварителен съдебен контрол. В допълнение следва да се отбележи, че вътрешните предпазни мерки, които обичайно се предвиждат, когато Комисията приема решения и други правно задължителни актове [33], не се прилагат в пълния си обхват по отношение на решенията по членове 20 и 21 от Регламент № 1/2003. Всъщност правото да приема решения по реда на тези разпоредби е поверено [34] на

32 — Вж. точки 115—165 от обжалваното съдебно решение.

33 — Посочените предпазни мерки включват по-специално обсъждане в рамките на колегиума на всички комисари след консултации между службите.

34 — На основание на член 13 от Процедурния правилник на Комисията (C(2000) 3614) (ОВ L 308, стр. 26; Специално издание на български език, 2007 г., глава 1, том 2, стр. 216), последно изменен с Решение на Комисията от 9 ноември 2011 година за изменение на своя Процедурен правилник (2011/737/ЕС, Евратом) (ОВ L 296, стр. 58).

комисаря, който отговаря за политиката на конкуренция, а той на свой ред го е делегирал на генералния директор на ГД „Конкуренция“ на Комисията (наричана по-нататък „ГД Конкуренция“)[35]. Това означава, че решенията за проверки реално се вземат от самите служители на ГД Конкуренция, и в този процес останалите служби на Комисията не играят никаква или почти никаква роля.

62. Общоприето е обаче, че Комисията следва да разполага с подобни широки правомощия, както и с подходяща свобода на преценка при тяхното упражняване, тъй като нарушенията на конкуренцията представляват сериозни простъпки в разрез с икономическата правна уредба, на която е основан Европейският съюз. Също така с основание приемането на решения за проверки се делегира на комисаря, отговорен за политиката по конкуренция, за да бъде възможно бързото им извършване при възможно най-малък риск от изтичане на информация[36].

63. Същевременно обаче, именно защото тези правомощия са толкова големи, преценката — така обширна, а процесът на вземане на решения е съпътстван с толкова малко възможности за (съдебен или административен) предварителен контрол, съдилищата на ЕС следва да гарантират пълното спазване на правата на предприятията и гражданите, засегнати от разследването[37]. С други думи, Комисията основателно разполага с правото да се намесва, понякога сериозно, в основните права на предприятията и гражданите в хода на антитръстовите разследвания. Тя обаче не може да прекрачи границите на закона, тъй като би накърнила неприкосновената същност на тези основни права, гарантирани от правото на ЕС[38].

64. Член 28 от Регламент № 1/2003 следва да се тълкува в този контекст. Една от целите в основата на тази разпоредба е да не се допуска Комисията да предприема опити за извличане на информация (т.нар. „fishing expeditions“) под претекста на текущо разследване на евентуално нарушение на правилата на конкуренция. Комисията не може да издирва доказателства относно евентуални нарушения на правилата на конкуренция на ЕС, освен свързаните с предмета на разследване.

65. От друга страна, ratio decidendi на решение Dow Benelux според мен се свежда до това, че от Комисията не може да се очаква да затвори очи, ако напълно случайно попадне на писмени доказателства, които изглежда разкриват данни за друго евентуално нарушение на правилата на конкуренция на ЕС. Ако Комисията не си затвори очите, няма да е налице нито злоупотреба, нито заобикаляне на някое процесуално правило. Това положение може да се сравни, mutatis mutandis, например с положението на правоохранителен орган, който в хода на проверка на място по подозрения за избягване на данъчни задължения се натъква на данни за евентуално изпиране на пари. Няма смислена причина този орган да пренебрегне откритата напълно случайно информация. Същото важи и за Комисията в рамките на разследванията по реда на Регламент № 1/2003.

66. При това положение основният въпрос по настоящото дело е следният: заобиколила ли е Комисията правилото на член 20, параграф 4 от Регламент № 1/2003?

67. В обжалваното съдебно решение Общият съд е установил, че непосредствено преди извършване на проверката всички служители на Комисията са били изрично информирани, че е получена още една жалба срещу жалбоподателите и те са запознати с нейния предмет. Всъщност Комисията открито признава този факт както в първоинстанционното, така и в хода на

35 — Вж. най-вече Решения PV(2004) 1655, SEC(2004) 520/2 и PV(2006) 1763, SEC(2006) 1368 на Комисията.

36 — Относно законосъобразността на делегирането вж. решения AKZO Chemie и AKZO Chemie UK/Комисия (5/85, EU:C:1986:328, т. 28—40) и Dow Chemical Ibérica и др./Комисия (97/87—99/87, EU:C:1989:380, т. 58).

37 — Вж. заключение на генералния адвокат Ruiz-Jarabo Colomer по дело Aalborg Portland и др./Комисия (C-204/00 P, EU:C:2003:85, т. 26). Вж. също в този смисъл решение Hoechst/Комисия (C-227/92 P, EU:C:1999:360, т. 14, 15 и цитираната съдебна практика).

38 — Вж. по-специално член 52, параграф 1 от Хартата.

настоящото производство по обжалване. Общият съд обаче не намира за укоримо това поведение, което явно счита за ирелевантно с оглед на посоченото по-горе решение Dow Benelux. Общият съд е посочил само, че „следва да се [приеме], че е било правомерно длъжностните лица да се уведомят за общия контекст на делото“, без обаче всъщност да изясни защо това е така [39].

68. В писменото си становище Комисията подкрепя мотивите на Общия съд с твърдението, че за персонала на Комисията е било полезно да познава контекста, в който се провежда проверката.

69. По принцип съм съгласен с Комисията, че преди извършването на проверка е особено важно нейните служители да бъдат уведомени относно релевантния контекст на разследването. За целта според мен е разумно и полезно съответните лица да получат цялата информация, която може да допринесе за ефективността при издирване на доказателства от значение за предмета на проверката. Тук се включва например полезна информация за установяване на естеството и обхвата на евентуалното нарушение (засегнати стоки, географски пазар, други участващи дружества, имена на уличените от разследваното дружество лица и пр.), както и информация относно логистиката на проверката (подлежащи на претърсване офиси, относими видове документи, ключови думи или друг вид конкретна информация, която се издирва). Този вид информация може не само да повиши ефективността на претърсването, като по този начин осигури постигане на неговите цели, но и да ограничи вмешателството в правата на проверяваните предприятия, като направи претърсването по-целенасочено и съкрати времето за извършването му.

70. Въпреки това на мен изобщо не ми става ясно какво има предвид Комисията, когато по настоящия случай говори за „контекст“ на проверката. Също не ми е ясно защо второто предполагаемо нарушение следва по думите на Общия съд да представлява „общ контекст“ на първото предполагаемо нарушение.

71. На въпрос по време на заседанието Комисията се затрудни да изясни пред Съда защо информацията относно второто предполагаемо нарушение е била релевантна при издирването на информация във връзка с първото предполагаемо нарушение. Комисията твърдеше, че връзката между двата случая е възможна по две направления: първо, защото жалбоподателят и по двете разследвания е един и същ; второ, защото към момента Комисията не е била в състояние да отхвърли възможността и двете разследвани насоки на действие да са израз на обща стратегия, осъществявана от Deutsche Bahn, за да предостави на конкурентите си дискриминационен достъп до притежаваната от негови дъщерни дружества инфраструктура.

72. Неубедителните и неясни доводи на Комисията по този въпрос показват, че в действителност двата случая нямат нищо общо освен обстоятелството, че се отнасят до дъщерни дружества на Deutsche Bahn, макар и не до едно и също дъщерно дружество. Това, че сред жалбоподателите по двата случая е едно и също дружество, не изглежда по никакъв начин да е от значение, доколкото укоримите насоки на действие са твърде различни и се осъществяват на отделни пазари.

73. Относно твърдението на Комисията, че не е могла да отхвърли възможността двете насоки на действие да са израз на обща стратегия, по делото няма никакви данни в подкрепа на това изявление. Всъщност описанието на събитията, представено от самата Комисия, подкрепя обратното. Комисията признава, че нейните служители са били информирани относно предмета на втората жалба преди провеждането на първата проверка, но добавя, че същевременно им е било напомнено, че цел на тази проверка е предметът на първата жалба, а не на втората.

39 — Точка 162 от обжалваното съдебно решение.

Очевидно, ако Комисията е подозирала, че и двете насоки на действие са израз на единен план, подобно предупреждение би било не само излишно, а дори непродуктивно. Предполагаемото нарушение всъщност би било много по-значително по естеството и мащаба си. Поради това би било логично Комисията активно да издирва евентуалните връзки между двата случая.

74. Освен това в заседанието Комисията изясни, че първоначално решила да не разследва втората жалба, тъй като се отнасяла за действия със съвсем ограничено значение. Трудно е обаче това изявление да се съвмести с нейния довод, че към онзи момент не е можела да отхвърли възможността Deutsche Bahn да провежда широкообхватна стратегия с цел да предостави на конкурентите си дискриминационен достъп до своята инфраструктура.

75. При всички положения за мен е ясно, че ако Комисията подозираше за такава мащабна стратегия от страна на Deutsche Bahn, тя би посочила това в първото решение за проверка. Дори след откриването на документите на DUSS по време на първата проверка подобна предполагаема стратегия изобщо не е упомената нито във второто, нито в третото решение за проверка. От една страна, изглежда, че това е в пряко противоречие с доводите на Комисията, а от друга, буди допълнителни съмнения относно законосъобразността на обжалваните решения.

76. Накрая, в отговор на друг въпрос по време на заседанието, Комисията призна, че издирването на информация за първото предполагаемо нарушение не е станало непременно по-ефективно в резултат от предварителното информиране на нейните служители относно предмета на второто предполагаемо нарушение.

77. Предвид явната липса на ясна връзка между двете предполагаеми нарушения и признанието на Комисията, че информацията, предоставена на нейните служители относно второто предполагаемо нарушение, в действителност не е била полезна за издирването на информация относно първото предполагаемо нарушение, според мен неизбежно се налага изводът, че за информирането на служителите на Комисията е имало друга причина. Единственото правдоподобно според мен обяснение е, че информацията относно предполагаемото нарушение на DUSS е била дадена на служителите на Комисията, за да „си отварят очите“ за доказателства във връзка с втората жалба.

78. Всъщност не е съвсем сигурно, че служителите на Комисията — без предварителна информация — биха могли да разберат значението на документите на DUSS. Допълнително съображение в тази насока е, че предполагаемото нарушение в този случай не се изразява в типично и лесно разпознаваемо нарушение на член 101 ДФЕС (за разлика например от документите, свързани с твърдо установени картели), а в действие, чиито евентуални антиконкурентни последици биха могли да се оценят само с помощта на анализ с известна сложност [40].

79. По същество от изложеното се налага изводът, че умишлено или поради небрежност Комисията е заобиколила установените с Регламент № 1/2003 правила, уреждащи проверките, като е използвала проверката за издирване на документи по друг, *несвързан* с този случай.

80. В този контекст почти не се налага да се отбележи, че когато — както в разглеждания случай — Комисията е получила информация за друго, отделно и самостоятелно твърдяно нарушение на правилата за конкуренция от някои дружества, срещу които вече тече разследване, тя може да разследва едновременно и двете насоки на действие. По-конкретно няма пречка, ако са изпълнени приложимите условия, Комисията да приеме две решения за проверка на едно и също дружество, всяко в рамките на отделно разследване, които да се

40 — Вж. в този смисъл по-специално точки 15 и 22 от обжалваното съдебно решение.

осъществяват по едно и също време. Ако обаче нейното намерение е да действа по такъв начин, Комисията трябва да го направи открито, при спазване на установените с Регламент № 1/2003 процедури, така че всички мерки за защита и гаранции, предвидени в полза на проверяваните предприятия, да бъдат спазени надлежно.

81. По настоящото дело първоначално Комисията умишлено решава да не приема едновременно две отделни решения и да разследва официално само едно предполагаемо нарушение. Въпреки това тя уведомява служителите си, изрично или мълчаливо, да внимават за информация, конкретно свързана с отделно, второ предполагаемо нарушение.

82. Очевидно не такива действия Съдът е възнамерявал да определи като допустими в решение Dow Benelux. Според мен няма разлика между случая, в който Комисията започва проверка, без да е налице валидно решение, и случая, в който предприема действия на основание на такова решение, но издирва свързана с друго разследване информация, която не е обхваната от това решение.

83. В заключение, заобикалянето на разпоредбите на член 20, параграф 4 от Регламент № 1/2003 води не само до нарушение на правото на защита на жалбоподателите, а и до явно нарушение на правото на неприкосновеност на частните помещения. Поради това третото основание за обжалване трябва да се приеме, а решението на Общия съд да се отмени в частта, с която основанието на жалбоподателите в първоинстанционното производство, с което се твърди нередност във връзка с първата проверка, е било отхвърлено.

Д– *Четвъртото основание за обжалване*

84. В рамките на четвъртото основание за обжалване жалбоподателите твърдят, че Общият съд е допуснал грешка при прилагане на правото, като им е възложил тежестта да докажат, че документите на DUSS не са били „намерени случайно“. Според жалбоподателите Общият съд по-скоро е трябвало да разпореди на Комисията да докаже, че са били изпълнени условията съгласно решение Dow Benelux.

85. Според Комисията настоящото основание за обжалване е недопустимо и недоказано. Относно неговата допустимост тя твърди, че по същество жалбоподателите искат от Съда да преразгледа направената от Общия съд оценка на доказателствата, приведени от жалбоподателите в първоинстанционното производство, за да се установи, че документите на DUSS не са намерени случайно. Общият съд е установил, че доказателствата не подкрепят изложените от жалбоподателите доводи и тази оценка не може да бъде обжалвана.

86. По същество във връзка с разглежданото основание за обжалване Комисията твърди, че за жалбоподателите изобщо не е било невъзможно да представят доказателства в подкрепа на твърдението си, че по време на първата проверка Комисията е издирвала и документи във връзка с второто предполагаемо нарушение. Действително, жалбоподателите представили в първоинстанционното производство редица документи, които според тях доказвали неправомерните действия на Комисията, но които Общият съд — според Комисията правилно — не намерил за убедителни.

87. Очевидно настоящото основание за обжалване е свързано и с отхвърленото от Общия съд основание, повдигнато от жалбоподателите, във връзка с използваните от Комисията документи на DUSS, намерени при първата проверка, като основание за приемане на второто и третото решение за проверка. Следователно, ако Съдът се присъедини към моята оценка на третото основание за обжалване, няма да се налага разглеждане на четвъртото. Поради това по съображения за пълнота ще се спра съвсем накратко на това основание за обжалване, както и в случай че Съдът приеме за недопустимо или недоказано третото основание за обжалване.

1. Допустимост

88. Най-напред според мен доводите на Комисията, че това основание е недопустимо, са неубедителни. Според мен жалбоподателите не критикуват направената от Общия съд оценка на представените в подкрепа на тяхното твърдение доказателства, а преди всичко факта, че тежестта да се докаже истинското намерение на Комисията е била възложена на тях. Поради това повдигнатият от жалбоподателите проблем е относно разпределението на доказателствената тежест: очевидно правен въпрос, подлежащ на проверка от Съда в производството по обжалване.

2. По същество

89. По същество това основание за обжалване повдига въпроса дали в производство пред съдилищата на ЕС предприятията следва да доказват, че откритите при проверка документи, които нямат връзка със заявената ѝ цел, са били неправомерно използвани от Комисията в друг контекст или обратното.

90. В началото изглежда уместно още веднъж да се подчертае, че правомощията, с които разполагат служителите на Комисията в хода на проверка по член 20, параграф 1 от Регламент № 1/2003, са ограничени от решението за проверката, което и определя нейния предмет. В хода на проверката обаче Комисията трябва да може да се запознае с всички документи, свързани със стопанската дейност, които тя има основание да счита за източник на релевантна за целите на разследването информация. Това означава, че неизбежно служителите на Комисията преглеждат множество документи, които може да са извън обхвата на предмета на проверката, за да проверят тяхната релевантност. При все това служителите на Комисията могат да правят копия само на онези документи, счетени за релевантни за проверката [41].

91. Поради това, ако Комисията изземва единствено копия от документи, които попадат в обхвата на решението за проверка, няма как нейните действия да не се ползват от презумпция за валидност. В тези случаи проверяваното предприятие следва да докаже пред Съда невалидността на решението за проверка (по пътя на обжалването му непосредствено пред съдилища на ЕС) или незаконосъобразността при нейното провеждане (обикновено с жалба за отмяна на окончателното решение, постановено от Комисията във връзка с предполагаемото нарушение) [42].

92. От друга страна, всяко използване на информация извън обхвата на решението за проверка по принцип е забранено. Както е изяснено в Dow Benelux обаче, намерените случайно по време на проверка документи, които не са свързани с нея, могат все пак да се използват за започване на ново разследване.

93. Поради това, ако Комисията използва документи или информация, открити по време на проверка, но които не попадат в обхвата на решението за нейното провеждане, в случай на спор Комисията следва да се позове на изключението от посочения по-горе общ принцип, каквото е изключението, произтичащо от решение Dow Benelux, и да докаже пред Съда, че условията за неговото прилагане са изпълнени [43].

41 — Вж. в този смисъл заключението на генералния адвокат Kokott по дело Nexans и Nexans France/Комисия (EU:C:2014:223, т. 62 и цитираната съдебна практика).

42 — Вж. решения Dow Benelux (EU:C:1989:379, т. 49) и Nexans France и Nexans/Комисия (T-135/09, EU:T:2012:596, т. 115 и сл., както и цитираната съдебна практика).

43 — Вж. по аналогия решения Комисия/Франция (C-24/00, EU:C:2004:70, т. 53) и Комисия/Италия (199/85, EU:C:1987:115, т. 14).

94. Обикновено, освен ако са налице данни в противоположен смисъл, изискванията във връзка с тежестта на доказване се изпълняват съвсем лесно от Комисията. Действително като цяло няма причина Комисията да проявява интерес към прегледа и събирането на информация без връзка с текущо разследване. Поради това може да се приеме, че в обичайния случай краткото обяснение относно начина на откриване на несвързаната информация би било достатъчно да се докаже на пръв поглед твърдението, че Комисията не е допуснала грешка в правото по време на претърсването. Впоследствие засегнатото предприятие следва да убеди съдилищата на ЕС, че въпросните документи са били целта на претърсването от самото начало. С други думи, според мен, освен при наличие на доказателства в противоположен смисъл, Съдът може да приеме, че действията на Комисията попадат в рамките на правилото, установено с решение Dow Benelux.

95. В настоящия случай положението е различно. Между страните няма спор, че: (i) документите на DUSS, открити от Комисията по време на първата проверка, нямат връзка с нейния предмет; (ii) тези документи са послужили като основание за приемането на две решения, с които са разпоредени още две проверки във връзка с евентуално друго нарушение; и (iii) служителите на Комисията са били информирани относно предмета на втората жалба непосредствено преди извършването на първата проверка.

96. При тези обстоятелства се присъединявам към мнението на жалбоподателите, че по принцип Комисията, която се позовава на изключението Dow Benelux, следва да докаже, че условията за неговото прилагане са изпълнени.

97. Независимо от това, въпросът е напълно ирелевантен по настоящото дело. По мое мнение Общият съд е допуснал грешка в мотивите си към обжалваното съдебно решение на още по-ранен етап. Както бе изяснено по-горе, изключението съгласно решение Dow Benelux се прилага единствено по отношение на факти и обстоятелства, които действително са били открити случайно: тоест данни, установени при добросъвестното издирване на информация, свързана с предмета на проверката. Обратно, това изключение не може да се прилага, когато документите са открити при неправомерно претърсване. В разглеждания случай, както вече бе изяснено по-горе, първата проверка представлява неправомерно претърсване, доколкото от служителите на Комисията изрично или мълчаливо е поискано да следят за документи, които са извън обхвата на проверката, очертан в първото решение за провеждането ѝ. С други думи, първата проверка е била неправомерна, що се отнася до издирването на документите на DUSS.

98. Поради това грешката на Общия съд няма връзка с въпроса дали Комисията е следвало да докаже, че критериите съгласно решение Dow Benelux са изпълнени или пък жалбоподателите е трябвало да оборят това твърдение. Допусната грешка е по-сериозна. При обстоятелствата по настоящото дело дори не възниква въпросът за разпределението на доказателствената тежест. Ако Общият съд бе достигнал до правилен извод въз основа на извършеното от Комисията неправомерно претърсване във връзка с документите на DUSS, от жалбоподателите не биха се изисквали допълнителни доказателства за допуснато нарушение на правото им на защита и неприкосновеност. Комисията също така не би могла по никакъв начин да докаже, че документите са били намерени случайно, тоест законосъобразно.

99. По тази причина считам, че и четвъртото основание за обжалване е доказано.

VI – **Последици от анализа**

100. Съгласно член 61, първа алинея от Статута на Съда, ако жалбата е основателна, Съдът отменя решението на Общия съд. Когато фазата на производството позволява това, той може сам да постанови окончателно решение по делото. Той също може да върне делото на Общия съд.

101. Стигнах до извода, че третото и четвъртото основание за обжалване следва да бъдат уважени. В резултат от това обжалваното съдебно решение следва да се отмени, доколкото в точки 114—165 от него е отхвърлено основанието, повдигнато от жалбоподателите в първоинстанционното производство, относно нарушението на правото им на защита в хода на първата проверка.

102. С оглед на известните факти и на размяната на становища пред Общия съд и пред Съда считам, че е възможно Съдът да постанови окончателно решение по това дело.

103. В жалбата си до Общия съд жалбоподателите са поискали по-специално отмяна на второто и третото решение на Комисията за проверка, тъй като се основават на неправомерно придобита в хода на първата проверка информация.

104. Поради изложените по-горе съображения стигнах до извода, че правото на защита и на неприкосновеност на частните помещения на жалбоподателите са били нарушени в резултат от неспазването на правилата, установени с Регламент № 1/2003. При тези обстоятелства основният въпрос е следният: представлява ли нарушението на правото на защита и на правото на неприкосновеност на частните помещения на жалбоподателите достатъчно основание за отмяна на второто и третото решение проверка?

105. Поради изложените по-горе съображения отговорът на този въпрос според мен трябва да бъде утвърдителен.

106. На първо място, както вече бе споменато, Съдът е изяснил, че в случай на отмяна на решение за проверка от съдилищата на ЕС Комисията няма право да използва в производство във връзка с нарушение на правилата на конкуренция на ЕС документи или доказателства, които евентуално е събрала в хода на това разследване. В противен случай, доколкото се основава на такива доказателства, решението би подлежало на отмяна от съдебните органи на ЕС [44].

107. Принципът, произтичащ от тази съдебна практика, е от първостепенно значение, тъй като гарантира, че предвидената в Регламент № 1/2003 система е в съответствие с горепосочената съдебна практика на ЕСПЧ по член 8 от ЕКПЧ. Всъщност съдът в Страсбург последователно приема, че вмешателството в правото на неприкосновеност на частните помещения може да бъде оправдано по-специално когато законодателството съдържа „гаранции срещу злоупотреби“ от страна на публичните органи. Такива гаранции по-специално могат да бъдат правилата, предвиждащи връщането или унищожаването на неправомерно иззети или възпроизведени документи, или забрана за използването на събраната информация с друга цел [45].

108. На второ място, отбелязвам, че член 28 от Регламент № 1/2003 е формулиран много общо. По-специално употребеният глагол („използва“) има широко значение. Би могло да се твърди, че установеното с тази разпоредба правило представлява обща забрана за използването на събрана в хода на проверката информация в рамките на различни разследвания, освен ако се прилага конкретно изключение. В крайна сметка това е логично, тъй като посоченият принцип е с определящо значение и има за цел да осигури закрила не само на професионалната тайна на засегнатите предприятия, а и правото им на защита, което е дори по-важно [46].

44 — Вж. решение Roquette Frères (EU:C:2002:603, т. 49 и цитираната съдебна практика).

45 — Вж. решения Bernh Larsen Holding AS и др. с/у Норвегия, посочени по-горе в бележка под линия 18; Klass и др. с/у Германия, 6 септември 1978 г., § 47 и 52, серия A №28; Z с/у Финландия, 25 февруари 1997 г., § 103, Reports of Judgments and Decisions 1997-I и Delta Pekárny AS с/у Чешка република, посочени по-горе в бележка под линия 22, § 92.

46 — Вж. решение Dow Benelux (EU:C:1989:379, т. 18).

109. Поради това стигам до извода, че Комисията не само че няма право да се позовава на тази информация като доказателство за допуснато нарушение, а и по-общо, че тя не може да я използва като основа за друго решение, неблагоприятно или увреждащо засегнатото (или пък, в същия ред на мисли, всяко друго) предприятие. Не виждам причина, поради която тази забрана да не се прилага и за решенията по член 20, параграф 4 от Регламент № 1/2003, с които се разпорежда проверка на предприятията.

110. На трето място, отбелязвам, че в точки 130—134 от обжалваното съдебно решение Общият съд е установил, че събраните в хода на първата проверка данни са „от естество да засегнат законосъобразността на второто и третото решение за проверка“. Това, че Комисията е получила преди това жалба относно евентуално нарушение на DUSS, според мен правилно е отхвърлено от Общия съд като ирелевантно обстоятелство, доколкото събитието, което задейства втората и третата проверка, е откритата по време на първата проверка информация. Всъщност в текста на второто и третото решение за проверка се прави (в третото решение изрично, а във второто — мълчаливо) позоваване на информацията, открита в хода на първата проверка. Комисията не оспорва констатациите на Общия съд по този въпрос.

111. Освен това посочвам, че в становището си пред Общия съд Комисията признава, че намерените по време на първата проверка документи съдържат важна информация, допълваща данните от преписките на Комисията. По-специално тя изрично заявява, че документите на DUSS показват евентуално нарушение, което по естеството и обхвата си е по-значимо от нарушението, предмет на предходната жалба. В заседанието Комисията подчертава и ограничената информация относно второто предполагаемо нарушение, с която е разполагала преди провеждането на първата проверка.

112. Поради това не може да се отхвърли възможността информацията, с която е разполагала Комисията преди откриването на документите на DUSS, да не е била достатъчна за провеждането на проверка по член 20, параграф 4 от Регламент № 1/2003. При всички положения, дори ако Комисията разполагаше с достатъчно доказателства, за да разпореди проверка ad hoc във връзка с второто предполагаемо нарушение, според мен няма как това да отстрани последиците, произтичащи от явното нарушение на член 20, параграф 4 от Регламент № 1/2003.

113. В рамките на четвъртото основание е без значение, че някои от документите на DUSS са били фотокопирани едва след връчването на второто решение на жалбоподателите. Тъй като Комисията е открила тези документи в хода на първата проверка и ги е отделила, за да бъдат фотокопирани по-късно, не може да се твърди, че същите са били събрани отново въз основа на ново решение.

114. Тези документи са открити по време на проверка, която е незаконосъобразна, що се отнася до издирването на информация във връзка с второто предполагаемо нарушение. В този смисъл това процесуално нарушение не може да се „поправи“ с приемането на ново решение за проверка (или като се издаде искане за предоставяне на информация по реда на член 18 от Регламент № 1/2003).

115. Обратното становище по същество би направило забраната, съдържаща се в член 28 от Регламент № 1/2003, напълно неефективна. На практика Комисията би могла да не се съобрази с процесуалните правила, предвидени в Регламента, включително с член 20, параграф 4 от него, и да заобиколи забраната по член 28, тъй като на всеки неправомерно открит документ би могло съвсем лесно да се „придаде редовност“. Извън въпроса за съвместимостта с посочената по-горе практика на ЕСПЧ би било трудно да се поддържа подобно тълкуване на Регламент № 1/2003.

116. Действително в решение PVC Съдът приема, че събирането на документи по определена преписка от Комисията не осигурява толкова абсолютна защита, че да няма възможност същите документи да се изискат по друга преписка съгласно предвидените в закона правомощия и да бъдат използвани като доказателства. Поради това Съдът счита, че след като на основание на съответни разрешения или решения Комисията отново е събрала спорните документи по това дело и ги е използвала за посочените в тези решения или разрешения цели, тя е спазила надлежно правото на защита, предоставено на въпросните предприятия [47].

117. Фактите по посоченото дело обаче се различават отчетливо от тези по настоящото. Действително, в решение PVC никоя от страните не твърди, че по време на първата проверка Комисията е допуснала нередности, за разлика от настоящия случай. Освен това засегнатите предприятия доброволно предоставят нов екземпляр от въпросните документи по молба на Комисията [48]. За разлика от това, в настоящото производство Комисията ползва екземпляр от самите документи, получени неправомерно в хода на първата проверка.

118. Възприетият от Общия съд подход в решение PVC според мен е разумен [49]. Отново целта, залегнала в основата на член 28, е да не се допуска заобикаляне на правилата от Комисията с цел да се защитят правата на разследваните предприятия. Ако се приеме, че изземването на документ в рамките на разследване може да е пречка за всякакво негово бъдещо използване в друг контекст — дори без да е налице заобикаляне на процесуално правило и правото на защита на засегнатите предприятия да е надлежно зачетено — би се стигнало до тълкуване, което разширява прекомерно приложното поле на член 28. Например не би имало смисъл от забрана да се използва уличаващ документ, намерен от Комисията в хода на проверка или получен след искане за предоставяне на информация, свързана с друго нарушение, в последващо разследване, стига впоследствие, в контекста на новото разследване, да бъде намерено или получено копие от същия документи в съответствие с установените в Регламент № 1/2003 правила.

119. Положението по настоящото дело обаче е различно.

120. На пето и последно място, според мен е ирелевантно и че, както подчертава в становището си Комисията, че представителите на жалбоподателите, които са следвали „плътно“ служителите на Комисията по време на проверката, не са повдигнали никакви възражения към онзи момент [50] и не са поискали включването на официално оплакване в подготвения от служителите на Комисията доклад в края на проверката.

121. Първо, няма правило в Регламент № 1/2003 или в Процедурния правилник на Съда, което да задължава предприятията незабавно да повдигат евентуалните си възражения още на този етап, тъй като в противен случай въпросът не би могъл да се разгледа от съдилищата на ЕС. Самото мълчание на предприятието в този момент не може да се счита за съгласие с потенциално неправомерни действия от страна на Комисията. Второ, за представителите на предприятията може да се окаже трудно незабавно да установят евентуално нарушение на процесуалните правила от страна на Комисията. От служителите на Комисията нито се изисква, нито се предполага да дават конкретни разяснения или обосновка, например относно вида издирвани документи или материали, нито относно основанието за претърсване на определено служебно помещение.

47 — Вж. решение PVC (EU:C:2002:582, т. 294—307).

48 — Вж. по-специално точки 470 и 471 от първоинстанционното решение PVC (T-305/94—T-307/94, T-313/94—T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 и T-335/94, EU:T:1999:80).

49 — Пак там, т. 477.

50 — Освен това твърденията на Комисията в това отношение не изглеждат правилни, тъй като от приложените по делото документи е видно, че някои от адвокатите на жалбоподателите първоначално възразяват срещу издирването на свързани с DUSS документи.

122. С оглед на изложеното стигам до извода, че след като документи, събрани в нарушение на правилата, предвидени в Регламент № 1/2003, са били използвани от Комисията като основание за приемането на второто и третото решение за проверка, тези решения трябва да бъдат отменени.

VII – **Разноски**

123. Ако Съдът приеме изводите ми относно жалбата, в съответствие с членове 137, 138, 140 и 184 от Процедурния правилник жалбоподателите, които печелят делото само по две от общо четирите изложени основания за обжалване, следва да бъдат осъдени да понесат половината от направените от тях съдебни разноски и да платят половината от направените от Комисията съдебни разноски във връзка с настоящото производство по обжалване. От своя страна Комисията следва да заплати половината от съдебните разноски, направени от жалбоподателите, и да понесе половината от направените от нея съдебни разноски във връзка с настоящото производство по обжалване.

124. Що се отнася до съдебните разноски в първоинстанционното производство жалбоподателите, от една страна, печелят делото във връзка с отмяната на второто и третото решение за проверка. От друга страна, валидността на първото решение за проверка е потвърдена. Поради това Комисията следва да заплати съдебните разноски по дела T-290/11 и T-521/11, а жалбоподателите — съдебните разноски по дело T-289/11.

125. Като встъпили страни НОЕ и испанското правителство следва да понесат направените от тях съдебни разноски.

VIII – **Заключение**

126. С оглед на изложените съображения моето заключение е, че Съдът следва:

— да отмени решение Deutsche Bahn и др./Комисия по съединени дела T-289/11, T-290/11 и T-521/11 от 6 септември 2013 г., доколкото Общият съд е отхвърлил основанието, с което се твърди нарушение на правото на защита на жалбоподателите предвид нередностите, засягащи провеждането на първата проверка,

— да отмени Решение C(2011) 2365 на Комисията от 30 март 2011 г. и Решение C(2011) 5230 на Комисията от 14 юли 2011 г.,

— да отхвърли жалбата в останалата ѝ част,

— да осъди жалбоподателите да понесат половината от направените от тях съдебни разноски и половината от съдебните разноски на Комисията във връзка с настоящото производство по обжалване, а Комисията да понесе половината от направените от нея съдебни разноски и да заплати половината от съдебните разноски на жалбоподателите във връзка с настоящото производство по обжалване,

— да осъди Комисията да заплати съдебните разноски по дела T-290/11 и T-521/11, а жалбоподателите да заплатят съдебните разноски по дело T-289/11,

— да осъди испанското правителство и Надзорния орган на ЕАСТ да понесат направените от тях съдебни разноски.