Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
N. WAHL
fremsat den 12. februar 2015[1]

Sag 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)
mod

Europa-Kommissionen

»Appel — artikel 20, stk. 4, og artikel 28 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 — Kommissionens kontrolundersøgelsesbeføjelser — grundlæggende ret til boligens ukrænkelighed — grundlæggende ret til effektiv domstolsprøvelse — Dow Benelux-retspraksis — bevisbyrde — konsekvenser af Kommissionens ulovlige kontrolundersøgelser«

1. Retlig beskyttelse mod ubegrundet gennemsøgning af private hjem foretaget af retshåndhævende myndigheder anses generelt for at være et af de principper, der adskiller retssamfund fra andre, mere repressive styreformer.

2. Det er dog almindeligt anerkendt, at offentlige myndigheder, selv i retssamfund som Den Europæiske Union, er nødt til at have egentlige undersøgelsesbeføjelser for at kunne følge op på en mistanke om lovovertrædelser.

3. Derfor skal der i lovgivningen være en balance mellem på den ene side retten til privatliv og på den anden side en effektiv retshåndhævelse.

4. Den foreliggende sag drejer sig om spørgsmålet om, hvorvidt der inden for EU-konkurrenceretten er fundet den rette balance mellem behovet for effektive undersøgelsesredskaber og retten til beskyttelse mod ubegrundet gennemsøgning. Domstolen anmodes nærmere bestemt om at tage stilling til følgende to spørgsmål: i) Er EU's nuværende ordning med kontrolundersøgelser i henhold til forordning (EF) nr. 1/2003[2] forenelig med artikel 7 og 47 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«)? ii) Hvilke konsekvenser har en ulovlig gennemsøgning, som Kommissionen har foretaget, inden for denne ordning?

1 — Originalsprog: engelsk.

2 — Rådets forordning af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel 81 og 82 (EUT 2003 L 1, s. 1).

I – Retsforskrifter

5. Artikel 20 i forordning nr. 1/2003 (»Kommissionens kontrolundersøgelsesbeføjelser«) bestemmer:

»1. Med henblik på at udføre de opgaver, som den er betroet i henhold til denne forordning, er Kommissionen beføjet til at foretage alle nødvendige kontrolundersøgelser hos virksomheder og virksomhedssammenslutninger.

2. Repræsentanter for og andre ledsagende personer, der er bemyndiget af Kommissionen til at gennemføre en kontrolundersøgelse, har beføjelse til:

a) at få adgang til alle virksomhedernes og virksomhedssammenslutningernes lokaler, grunde og transportmidler

b) at kontrollere bøger og andre forretningspapirer, uanset informationsmedium

c) at tage eller få kopi eller udskrift under enhver form af sådanne bøger eller forretningskopier

[...]

4. Virksomheder og virksomhedssammenslutninger har pligt til at underkaste sig de kontrolundersøgelser, som Kommissionen har pålagt ved beslutning. Beslutningen angiver kontrolundersøgelsens genstand og formål, fastsætter tidspunktet for dens påbegyndelse og oplysninger om de i artikel 23 og 24 fastsatte sanktioner samt om adgangen til at indbringe beslutningen for Domstolen. [...]

[...]

6. Når repræsentanter for og andre ledsagende personer, der er bemyndiget af Kommissionen, fastslår, at en virksomhed modsætter sig en undersøgelse, der er påbudt i henhold til denne artikel, yder den pågældende medlemsstat dem den bistand, der er nødvendig for, at den kan gennemføre deres kontrolundersøgelse, og anmoder eventuelt om politiets eller en tilsvarende retshåndhævende myndigheds bistand.

7. Når den i stk. 6 omhandlede bistand i overensstemmelse med national lovgivning kræver en domstolstilladelse, skal der anmodes derom. Der kan også anmodes om en sådan tilladelse på forhånd.

8. Når der anmodes om tilladelse som omhandlet i stk. 7, kontrollerer den nationale domstol ægtheden af Kommissionens beslutning og sikrer, at de påtænkte tvangsindgreb ikke er vilkårlige eller uforholdsmæssige i forhold til undersøgelsens formål. Ved prøvelsen af indgrebenes forholdsmæssighed kan den nationale domstol anmode Kommissionen direkte eller gennem den nationale konkurrencemyndighed om detaljerede forklaringer vedrørende de forhold, der begrunder Kommissionens mistanke om, at der foreligger en overtrædelse af [EUF-traktatens] artikel [101 og 102], samt for grovheden af den formodede overtrædelse og karakteren af den pågældende virksomheds deltagelse. Den nationale domstol kan dog hverken sætte spørgsmålstegn ved, om kontrolundersøgelsen er nødvendig, eller kræve at få forelagt oplysninger i Kommissionens sagsakter. Det er forbeholdt [EU]-Domstolen at kontrollere lovligheden af Kommissionens beslutning.«

6. Desuden bestemmer artikel 28, stk. 1, i forordning nr. 1/2003:

»Med forbehold af artikel 12 og 15 må de oplysninger, der indhentes i henhold til artikel 17-22, kun bruges til det formål, hvortil de er indhentet.«

II – Sagens faktiske omstændigheder

7. I 2011 vedtog Kommissionen tre beslutninger om iværksættelse af kontrolundersøgelser af Deutsche Bahn AG's og flere af dets datterselskabers lokaler (DB Mobility Logistics, DB Netz AG, DB Energie GmbH, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail Deutschland AG og Deutsche Umschlagegesellschaft Schiene-Straße mbH) (herefter under ét »Deutsche Bahn« eller »appellanterne«). Deutsche Bahn driver virksomhed i sektoren for national og international jernbanebefordring af varer og passagerer, i logistiksektoren og leverer biydelser i jernbanetransportsektoren.

8. Den første kontrolundersøgelsesbeslutning [3] blev meddelt Deutsche Bahn den 29. marts 2011, hvor Kommissionens inspektører anmodede om at få adgang til Deutsche Bahns lokaler i Berlin, Frankfurt am Main og Mainz (Tyskland). Beslutningen vedrørte den potentielt uberettigede fordelagtige behandling indrømmet af DB Energie til andre datterselskaber i form af en rabatordning vedrørende levering af elektricitet til driften (herefter »den første mistænkte overtrædelse«).

9. Under kontrolundersøgelserne fandt Kommissionens inspektører dokumenter i Deutsche Bahns lokaler, som efter Kommissionen opfattelse kunne begrunde en formodning for, at der forelå en konkurrencebegrænsende adfærd (herefter »DUSS-dokumenterne«), og endnu en kontrolundersøgelsesbeslutning blev derfor meddelt Deutsche Bahn den 31. marts 2011 (herefter »den anden kontrolundersøgelsesbeslutning«), mens den første undersøgelse stadig pågik. Den anden kontrolundersøgelsesbeslutning vedrørte mistænkte overtrædelser af konkurrencereglerne begået af Deutsche Umschlagegesellschaft Schiene-Straße (herefter »DUSS«) ved en strategisk anvendelse af infrastrukturen forvaltet af Deutsche Bahn (herefter »den anden mistænkte overtrædelse«) [4].

10. Den første kontrolundersøgelse afsluttedes den 31. marts og den anden den 1. april 2011.

11. Efterfølgende blev der vedtaget endnu en kontrolundersøgelsesbeslutning (herefter »den tredje kontrolundersøgelsesbeslutning«) [5], som blev meddelt Deutsche Bahn den 26. juli 2011. Den tredje kontrolundersøgelsesbeslutning vedrørte også mistænkte overtrædelser af konkurrencereglerne begået af DUSS. Den tredje kontrolundersøgelse fandt sted i perioden fra den 26.til den 29. juli 2011.

III – Sagen for Retten og den appellerede dom

12. Efter kontrolundersøgelserne anlagde Deutsche Bahn sag ved Retten mod Kommissionen med påstand om annullation af de tre kontrolundersøgelsesbeslutninger (herefter »de anfægtede beslutninger«), da de krænkede Deutsche Bahns privatliv, virksomhedens ret til effektiv domstolsbeskyttelse, retten til forsvar og proportionalitetsprincippet.

13. Ved dom af 6. september 2013, forenede sager T-289/11, T-290/11 og T-521/11, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen (herefter »den appellerede dom«) [6], blev Kommissionen frifundet i det hele, og Deutsche Bahn blev pålagt at betale sagens omkostninger.

3 — Beslutning K(2011) 1774 af 14.3.2011.

4 — Beslutning K(2011) 2365 af 30.3.2011.

5 — Beslutning K(2011) 5230 af 14.7.2011.

6 — EU:T:2013:404.

IV – Retsforhandlingerne ved Domstolen og parternes påstande

14. Appellanterne har med deres appel, som blev indleveret til Domstolen den 18. november 2013, nedlagt følgende påstande for Domstolen:

— Den appellerede dom ophæves.

— De anfægtede beslutninger annulleres.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

15. Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Appellen forkastes.

— Appellanterne tilpligtes at betale sagens omkostninger.

16. Der er indgivet skriftlige bemærkninger til støtte for Kommissionens påstande af den spanske regering og EFTA-Tilsynsmyndigheden, som begge desuden, ligesom appellanterne og Kommissionen, afgav mundtlige indlæg på retsmødet den 4. december 2014.

V – Bedømmelse af appelanbringenderne

17. Appellanterne har fremsat fire appelanbringender, som jeg vil behandle et ad gangen. Inden jeg gør dette, vil jeg ganske kort beskrive nogle af hovedelementerne i den ordning for Kommissionens kontrolundersøgelser, som blev indført ved forordning nr. 1/2003.

A – *Indledning*

18. Spørgsmålet om, hvorvidt en kontrolundersøgelse foretaget af Kommissionen i en virksomheds lokaler er lovlig, afhænger af indholdet i Kommissionens beslutning, som pålægger virksomheden at underkaste sig kontrolundersøgelsen. I henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 skal beslutningen »angive[...] kontrolundersøgelsens genstand og formål«. Domstolen har i sin praksis fastslået, at det derfor påhviler Kommissionen så nøjagtigt som muligt at angive, hvad der efterforskes, og hvad kontrolundersøgelsen skal vedrøre, selv om det ikke er påkrævet, at den foretager en nøjagtig afgrænsning af det relevante marked, en nøjagtig retlig kvalificering af de formodede overtrædelser eller en angivelse af den periode, hvori disse overtrædelser må antages at have fundet sted [7]. Denne særlige begrundelsespligt er i Domstolens faste praksis beskrevet som »et grundlæggende krav, som ikke alene har til formål at klarlægge, hvorfor det påtænkte indgreb inden for den pågældende virksomhed er berettiget, men også at skabe et grundlag for, at virksomheden bliver bekendt med omfanget af dens samarbejdspligt, samtidig med at dens ret til forsvar bevares« [8].

19. I modsætning til Kommissionens forpligtelser i forbindelse med kontrolundersøgelser af andre lokaler end forretningslokaler (artikel 21 i forordning nr. 1/2003) behøver Kommissionen ikke, vedrørende en virksomhed, som underkastes en kontrolundersøgelse i henhold til denne forordnings artikel 20, nære en specifik mistanke om, at den pågældende virksomhed har begået en forseelse. Det er tilstrækkeligt, at den har en mistanke om, at virksomheden opbevarer relevante oplysninger.

7 — Jf. bl.a. dom Nexans og Nexans France mod Kommissionen (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

8 — Ibidem, præmis 34 og den deri nævnte retspraksis.

20. Med forbehold af de krav, jeg har beskrevet ovenfor, kan Kommissionens beslutning ikke i sig selv underkastes en forudgående domstolsprøvelse. Det er kun, hvis der påtænkes at gennemføre tvangsindgreb, og der i henhold til gældende national ret kræves en forudgående retskendelse til sådanne indgreb, at der foretages en forudgående domstolsprøvelse. I betragtning af de begrænsninger, som artikel 20, stk. 8, i forordning nr. 1/2003 opstiller med hensyn til denne domstolsprøvelse, forekommer det usandsynligt, at en national domstol i en given sag ikke ville give tilladelse til de tvangsindgreb, som der anmodes om. Selv om dette skulle ske, kunne den pågældende virksomhed under alle omstændigheder blive pålagt sanktioner efter artikel 23 og 24 i forordning nr. 1/2003, hvis den nægtede at underkaste sig kontrolundersøgelsen [9].

21. I henhold til artikel 28 i forordning nr. 1/2003 må de oplysninger, der indhentes i forbindelse med en kontrolundersøgelse, med forbehold af de undtagelser, der er fastsat i denne forordning, kun bruges til det formål, hvortil de er indhentet. Som Domstolen har fastslået, tjener et sådant krav til at beskytte de berørte virksomheders ret til kontradiktion. Denne ret ville i alvorlig grad blive undergravet, såfremt Kommissionen over for virksomheder kunne benytte sig af bevismateriale, som tilvejebringes ved en kontrolundersøgelse, men som ikke har sammenhæng med dennes genstand og formål [10].

22. Som Domstolen fastslog i Dow Benelux-dommen, indebærer den ovennævnte bestemmelse imidlertid ikke, at Kommissionen ikke kan iværksætte en undersøgelse med henblik på at supplere eller efterprøve rigtigheden af oplysninger, som den ved en tilfældighed har fundet under en anden kontrolundersøgelse, når det af de pågældende oplysninger fremgår, at der består andre forhold, som tilsidesætter EU's konkurrenceregler. Noget sådant ville udgøre en unødig hindring for Kommissionens beføjelser til at foretage kontrolundersøgelser, da den virksomhed, som er ansvarlig for den potentielle tilsidesættelse, i fuldt omfang kan udøve retten til et forsvar i forbindelse med den nye kontrolundersøgelse [11]. Der er derfor ikke noget til hinder for, at Kommissionen kan anvende oplysninger, som den har fundet ved et tilfælde, når blot der indledes og gennemføres en ny kontrolundersøgelse i overensstemmelse med forordning nr. 1/2003.

23. Endelig har Domstolen også fastslået, at en virksomhed, som er blevet underkastet en kontrolundersøgelse som følge af Kommissionens beslutning, kan anfægte kontrolundersøgelsesbeslutningen ved Unionens retsinstanser. Såfremt beslutningen annulleres, må Kommissionen i forbindelse med en procedure vedrørende overtrædelse af EU's konkurrenceregler ikke benytte dokumenter eller andet bevismateriale, som den er kommet i besiddelse af under kontrolundersøgelsen, og hvis den gør det, vil en beslutning, hvorved det fastslås, at der er sket en overtrædelse, kunne blive annulleret af Unionens retsinstanser i det omfang, den er baseret på et sådant bevismateriale [12].

24. På baggrund heraf skal jeg nu vurdere de fire appelanbringender.

B – *Det første anbringende*

25. Med det første anbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten har fortolket og anvendt den grundlæggende ret til boligens ukrænkelighed, som er beskyttet ved chartrets artikel 7 samt artikel 8 i konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«), urigtigt.

9 — Hvis det fastslås, at virksomheden har tilsidesat EU's konkurrenceregler, vil selv en forsinkelse af samarbejdet med Kommissionen medføre en forhøjelse af bøden. Jf. f.eks. dom Koninklijke Wegenbouw Stevin mod Kommissionen (T-357/06, EU:T:2012:488, præmis 220-240).

10 — Jf. dom Roquette Frères (C-94/00, EU:C:2002:603, præmis 48 og den deri nævnte retspraksis).

11 — Jf. dom Dow Benelux mod Kommissionen (85/87, EU:C:1989:379 (herefter »Dow Benelux-dommen«), præmis 17-19). Jf. desuden dom Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P – C-252/99 P og C-254/99 P, EU:C:2002:582 (herefter »PVC-dommen«), præmis 301).

12 — Jf. dom Roquette Frères (EU:C:2002:603, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).

26. I den appellerede doms præmis 42-102 fastslog Retten med henvisning til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) faste praksis, at en acceptabel beskyttelsesgrad mod krænkende indgreb i henhold til EMRK's artikel 8 krævede lovhjemmel og snævre grænser. Derefter forklarede Retten, at der findes fem kategorier af garantier: i) kontrolundersøgelsesbeslutningernes begrundelse, ii) de begrænsninger, Kommissionen er pålagt ved gennemførelsen af kontrolundersøgelsen, iii) Kommissionens manglende mulighed for at gennemtvinge kontrolundersøgelsen, iv) de nationale myndigheders indgriben og v) tilstedeværelsen af efterfølgende klagemuligheder. Efter at have gennemgået de faktiske omstændigheder og de regler, der er fastlagt i forordning nr. 1/2003, konkluderede Retten, at alle fem kategorier af garantier var sikret i det pågældende tilfælde. På baggrund heraf forkastede Retten det anbringende, der var fremført for den, vedrørende tilsidesættelse af retten til boligens ukrænkelighed som følge af en manglende forudgående retskendelse, som gav Kommissionen tilladelse til kontrolundersøgelserne.

27. Appellanterne har i det væsentlige gjort gældende, at Retten har fortolket Menneskerettighedsdomstolens praksis vedrørende EMRK's artikel 8 urigtigt. Ifølge denne bestemmelse har Kommissionen i en situation som den, de anfægtede beslutninger vedrører, pligt til at indhente forudgående retskendelse fra Retten eller en national domstol. For det første har Retten ifølge appellanterne fortolket Menneskerettighedsdomstolens domme i sagerne Colas Est [13], Liotard Frères [14] og Canal Plus [15] urigtigt, for så vidt som den fastslog, at den manglende retskendelse kun var et af de forhold, som Menneskerettighedsdomstolen tog hensyn til, da den fastslog, at EMRK's artikel 8 var tilsidesat. Appellanterne mener, at Retten i stedet burde have anset kravet om en forudgående retskendelse som et forhold af central betydning for Menneskerettighedsdomstolens afgørelse. Desuden fortolkede Retten ifølge appellanterne Harju-dommen [16] og Heino-dommen [17] urigtigt, idet den fastslog, at en manglende forudgående retskendelse kunne udlignes af en fuldstændig kontrol efter kontrolundersøgelsen. I begge disse sager var de offentlige myndigheders handlinger motiveret af situationens stærkt hastende karakter. For så vidt som Kommissionen i de foreliggende tilfælde ikke søgte at få en forudgående retskendelse, selv om situationen ikke var af hastende karakter, burde Retten have fastslået, at den tilsidesatte proportionalitetsprincippet.

28. Kommissionen har heroverfor, støttet af EFTA-Tilsynsmyndigheden og den spanske regering, anført, at Rettens vurdering af de anfægtede beslutningers forenelighed med den grundlæggende ret til boligens ukrænkelighed var korrekt, og at den ikke har fortolket Menneskerettighedsdomstolens praksis urigtigt hvad dette angår.

29. Det første appelanbringende rejser i alt væsentligt spørgsmålet om, hvorvidt den gældende kontrolundersøgelsesordning efter artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 er forenelig med det princip om respekt for den grundlæggende ret til den private boligs ukrænkelighed, som er nedlagt i chartrets artikel 7 og EMRK's artikel 8. Domstolen skal navnlig tage stilling til, hvorvidt Kommissionen generelt bør anmode om en forudgående retskendelse, i hvert fald når den ikke har grund til at handle hurtigt.

30. Jeg er enig med Kommissionen, den spanske regering og EFTA-Tilsynsmyndigheden i, at Retten ikke fortolkede eller anvendte de domme afsagt af Menneskerettighedsdomstolen, som appellanterne har henvist til, urigtigt. I henhold til Menneskerettighedsdomstolens gældende praksis kan det ikke gøres gældende – således som appellanterne gør – at beskyttelsen af de rettigheder, der er fastsat i

13 — Dom af 16.4.2002, Société Colas Est m.fl. mod Frankrig, nr. 37871/97, Recueil des arrêts et décisions, 2002-III.

14 — Dom af 5.5.2011, Société Métallurgique Liotard Frères mod Frankrig, nr. 29598/08, Recueil des arrêts et décisions, 2011.

15 — Dom af 21.12.2010, Société Canal Plus m.fl. mod Frankrig, nr. 29408/08, Recueil des arrêts et décisions, 2010.

16 — Dom af 15.2.2011, Harju mod Finland, nr. 56716/09, Recueil des arrêts et décisions, 2011.

17 — Dom af 15.2.2011, Heino mod Finland, nr. 56720/09, Recueil des arrêts et décisions, 2011.

EMRK's artikel 8, kræver, at en konkurrencemyndighed altid skal indhente en retskendelse forud for kontrolundersøgelser, der finder sted i virksomhedens lokaler. Det kan heller ikke gøres gældende, at proportionalitetshensyn kræver, at en retskendelse kun kan undværes, hvis det kan begrundes, at de offentlige myndigheder skal handle hurtigt.

31. Som udgangspunkt skal jeg gøre opmærksom på, at når Menneskerettighedsdomstolen har udvidet de garantier, som er fastlagt i EMRK's artikel 8, til juridiske personer som f.eks. virksomheder, har den været omhyggelig med ikke at anse de sidstnævnte for at være fuldt sammenlignelige med fysiske personer [18] og ikke at behandle virksomhedslokaler på samme måde som private boliger. Menneskerettighedsdomstolen har således, første gang i Niemitz-dommen [19], vedvarende fastslået, at offentlige myndigheder kan være berettiget til at foretage mere vidtgående indgreb i de rettigheder, der er beskyttet ved artikel 8, når der er tale om erhvervs- og virksomhedslokaler.

32. For det andet – hvad der er vigtigere – kan jeg i modsætning til appellanterne ikke se, hvordan Menneskerettighedsdomstolens ovennævnte domme i sagerne Colas Est, Liotard Frères og Canal Plus kan fortolkes således, at de kræver, at en konkurrencemyndighed som hovedregel indhenter en forudgående retskendelse, og at en manglende retskendelse udgør en tilsidesættelse af EMRK's artikel 8. Jeg er heller ikke overbevist om, at retspraksis ifølge Harju- og Heino-dommene er uden relevans for den foreliggende sag.

33. For det første skal det bemærkes, at mens Colas Est-dommen specifikt vedrører en tilsidesættelse af EMRK's artikel 8, var Menneskerettighedsdomstolens opmærksomhed i Liotard Frères-dommen og Canal Plus-dommen udelukkende rettet mod den påståede tilsidesættelse af EMRK's artikel 6, stk. 1. Derfor kan appellanterne ikke med rette foreholde Retten kun at have henvist til Colas Est-dommen i forbindelse med behandlingen af anbringendet om tilsidesættelse af chartrets artikel 7.

34. Under alle omstændigheder er jeg af den opfattelse, at Retten foretog en grundig analyse af alle disse domme og korrekt drog den konklusion, at den manglende forudgående retskendelse kun var et af de forhold, som Menneskerettighedsdomstolen tog hensyn til i disse sager, da den tog stilling til parternes påstande om tilsidesættelser af EMRK [20]. I alle tilfældene nåede Menneskerettighedsdomstolen frem til sin afgørelse på grundlag af en samlet vurdering af alle de relevante retlige og faktiske omstændigheder i de enkelte sager. Nærmere bestemt var et af de forhold, som denne domstol undersøgte, rækkevidden af de beføjelser, som den kompetente myndighed har, de omstændigheder, hvorunder indgrebet i den grundlæggende rettighed fandt sted, og hvorvidt den pågældende retlige ordning fastsatte forskellige garantier, samt – hvilket er vigtigere – muligheden for en effektiv efterfølgende domstolsprøvelse.

35. To af Menneskerettighedsdomstolens nyere domme, der netop drejede sig om påstande om tilsidesættelser af EMRK's artikel 8, synes at bekræfte denne fortolkning af ovennævnte praksis.

36. I Bernh Larsen-dommen skulle Menneskerettighedsdomstolen afgøre, om EMRK's artikel 8 var til hinder for de norske skattemyndigheders krav om, at tre virksomheder i forbindelse med en skattekontrol skulle stille en backup-kopi af en computerserver til rådighed med henblik på en kontrolundersøgelse på skattekontoret. Menneskerettighedsdomstolen bemærkede, at dette krav ganske vist ikke var sammenligneligt med en beslaglæggelse i forbindelse med en straffesag og heller ikke kunne håndhæves med trussel om strafferetlige sanktioner, men at det var retligt bindende for de tre virksomheder, som kunne være blevet pålagt administrative sanktioner, hvis de ikke efterkom kravet. Derfor fastslog den, at kravet udgjorde et indgreb i disse virksomheders ret til respekt for deres

18 — Jf. f.eks. dom af 14.3.2013, Bernh Larsen Holding AS m.fl. mod Norge, nr. 24117/08, § 159 og den deri nævnte retspraksis, Recueil des arrêts et décisions, 2013.

19 — Niemietz mod Tyskland, 16.12.1992 nr. 13710/88, § 31, Serie A nr. 251 B. Jf. desuden dommen i sagen Société Colas Est m.fl. mod Frankrig, nævnt i fodnote 13 ovenfor, § 49.

20 — Jf. navnlig den appellerede doms præmis 64-73 og 108-110.

bolig og korrespondance. Alligevel fastslog Menneskerettighedsdomstolen, at et sådan indgreb var begrundet, selv om begæringen ikke på forhånd var blevet godkendt af en domstol. Et af de forhold, som domstolen bemærkede, var, at den nationale lovgivning opstillede omfattende begrænsninger for de pågældende myndigheders beføjelser og sørgede for effektiv og passende sikkerhed mod misbrug [21].

37. Endvidere undersøgte Menneskerettighedsdomstolen i en nyere dom i Delta Pekárny-sagen, om en kontrolundersøgelse, som den tjekkiske nationale konkurrencemyndighed i 2003 gennemførte i en virksomheds lokaler, havde medført en tilsidesættelse af EMRK's artikel 8. Menneskerettighedsdomstolen fastslog, at den anfægtede kontrolundersøgelse havde tilsidesat den pågældende virksomheds ret til lokalernes ukrænkelighed. Grunden hertil var dog, at den beslutning, som lå til grund for kontrolundersøgelsen, ikke kunne gøres til genstand for en effektiv domstolsprøvelse, hverken før eller efter. Nærmere bestemt var den eneste mulighed, som sagsøgerne havde for at anfægte kontrolundersøgelsens lovlighed, at anlægge en retssag til prøvelse af den kompetente myndigheds materielle konstateringer. I denne sammenhæng havde spørgsmål som kontrolundersøgelsens nødvendighed, varighed og omfang samt dens forholdsmæssighed ikke kunnet prøves ved en domstol [22].

38. Det bemærkes, at Menneskerettighedsdomstolen i Delta Pekárny-dommen udtrykkeligt fastslog, at en manglende forudgående retskendelse kan opvejes af en effektiv, efterfølgende domstolsprøvelse, hvor alle retlige og faktuelle spørgsmål behandles. I denne forbindelse henviste Menneskerettighedsdomstolen udtrykkeligt til bl.a. sin dom i Harju-sagen, hvis relevans for den foreliggende sag, som anført ovenfor, er blevet anfægtet af appellanterne [23]. På samme måde konkluderede denne domstol i Bernh Larsen-dommen, at der ikke var sket en tilsidesættelse af EMRK's artikel 8, uden overhovedet at vurdere, om der var hastende forhold, som begrundede de offentlige myndigheders handlinger.

39. På denne baggrund må jeg konkludere, at Retten ikke begik en retlig fejl i sin fortolkning af Menneskerettighedsdomstolens praksis, som appellanterne har henvist til. Den begik heller ikke en retlig fejl i anvendelsen af denne retspraksis på den sag, som den havde fået forelagt.

40. Inden for EU-retten er en tilstrækkelig beskyttelse af den grundlæggende ret til boligens ukrænkelighed sikret ved den efterfølgende domstolskontrol, som kan udføres af Unionens retsinstanser. Efter min opfattelse er der ikke nogen tvivl om, at Unionens retsinstansers kompetence dækker alle retlige og faktuelle aspekter, som kan være relevante med henblik på at kontrollere kontrolundersøgelsesbeslutningernes lovlighed [24] i overensstemmelse med retspraksis i Chalkor-dommen og dommen i sagen KME Tyskland [25]. Endvidere er en annullation af en kontrolundersøgelsesbeslutning, som nævnt i punkt 23 ovenfor, til hinder for, at Kommissionen kan gøre brug af dokumenter, der er fundet under denne kontrolundersøgelse.

41. Efter min opfattelse har appellanterne således ikke godtgjort nogen tilsidesættelse af EMRK's artikel 8. Endvidere har appellanterne ikke gjort gældende, at chartrets artikel 7 kan pålægge en højere beskyttelsesstandard end EMRK [26]. Under alle omstændigheder ser jeg intet i EU's primærret eller afledte ret, som peger i retning af denne konklusion. Ordlyden af chartrets artikel 7 er nemlig meget

21 — Dommen i sagen Bernh Larsen Holding AS m.fl. mod Norge, nævnt i fodnote 18 ovenfor,§§ 104-107 og 158-175.

22 — Dom af 2.10.2014, Delta Pekárny AS mod Den Tjekkiske Republik, nr. 97/11, § 82-94, Recueil des arrêts et décisions, 2014.

23 — Ibidem, §§ 83, 87, 92 og 93.

24 — Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Nexans og Nexans France mod Kommissionen (C-37/13 P, EU:C:2014:223, punkt 85).

25 — Jf. domme Chalkor mod Kommissionen (C-386/10 P, EU:C:2011:815) og KME m.fl. mod Kommissionen (C-272/09 P, EU:C:2011:810).

26 — Jf. chartrets artikel 52, stk. 3, in fine: »[...] Denne bestemmelse er ikke til hinder for, at EU-retten kan yde en mere omfattende beskyttelse [end EMRK].«

lig EMRK's artikel 8, stk. 1. Desuden kræver forordning nr. 1/2003 specifikt kun forudgående tilladelse fra en domstol i forbindelse med kontrolundersøgelser, der gennemføres i henhold til denne forordnings artikel 21, og udelukker herved implicit, at en sådan tilladelse er påkrævet vedrørende kontrolundersøgelser på grundlag af forordningens artikel 20, stk. 4.

42. Af disse grunde mener jeg ikke, at Retten begik en retlig fejl ved at forkaste appellanternes anbringender om tilsidesættelse af deres ret til forretningslokalers ukrænkelighed. Jeg foreslår følgelig, at Domstolen forkaster det første appelanbringende.

C – *Det andet appelanbringende*

43. Med det andet appelanbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten fortolkede og anvendte den grundlæggende ret til effektiv domstolsbeskyttelse, som er fastsat i chartrets artikel 47, urigtigt.

44. Både Kommissionen og intervenienterne har bestridt disse argumenter.

45. Det andet appelanbringende forekommer mig i vid udstrækning at være en gentagelse af de argumenter, som er fremført i forbindelse med det første appelanbringende. Appellanterne har blot anført, at den manglende forudgående retskendelse til en kontrolundersøgelse fratager virksomheder en tilstrækkelig domstolsprøvelse, hvilket er i strid med den rettighed, som er anerkendt i chartrets artikel 47 og EMRK's artikel 6, stk. 1. Også her har appellanterne henvist til Menneskerettighedsdomstolens ovennævnte domme i sagerne Colas Est, Canal Plus og Liotard Frères [27].

46. Derfor skal jeg blot gentage, hvad jeg allerede har forklaret: Virksomheder, der er blevet underlagt en kontrolundersøgelse, har mulighed for at prøve lovligheden af Kommissionens kontrolundersøgelsesbeslutning ved Unionens retsinstanser. Et sådant søgsmål kan indledes, umiddelbart efter at virksomheden er blevet meddelt Kommissionens beslutning (typisk lige efter indledningen af kontrolundersøgelsen), idet det ikke er nødvendigt at vente, indtil Kommissionen har vedtaget den endelige beslutning om den mistænkte tilsidesættelse af EU's konkurrenceregler.

47. Desuden er der ingen tvivl om, at Unionens retsinstanser har beføjelse til at kontrollere alle retlige og faktuelle aspekter af kontrolundersøgelsesbeslutninger, herunder hvorvidt Kommissionen har anvendt sine skønsmæssige beføjelser på passende vis, og annullere beslutningerne, i deres helhed eller dele af dem, på alle punkter [28].

48. Disse aspekter udgør en væsentlig forskel mellem den EU-ordning, som den foreliggende sag vedrører, og den nationale ordning, som Menneskerettighedsdomstolen behandlede i sagerne Canal Plus og Liotard Frères. I disse sager fastslog Menneskerettighedsdomstolen, at der var sket en tilsidesættelse af EMRK's artikel 6, stk. 1, og dens afgørelse var baseret på to centrale forhold: i) Virksomhederne kunne kun anfægte kontrolundersøgelsesbeslutningen ved en kassationsappel, hvor de ikke havde mulighed for at anfægte de faktiske omstændigheder, der lå til grund for

27 — Nævnt i fodnote 13-15 ovenfor. I denne henseende vil jeg gerne fremhæve, at appellanterne ikke tydeligt har forklaret, hvorfor Colas Est-dommen er relevant i den foreliggende sammenhæng, eftersom den som nævnt ovenfor kun drejede sig om en tilsidesættelse af retten til respekt for privatliv og familieliv (EMRK's artikel 8).

28 — Jf. ovennævnte retspraksis, anført i punkt 40 ovenfor. Vedrørende Menneskerettighedsdomstolens praksis henvises navnlig til dom af 27.9.2011, Menarini Diagnostics Srl mod Italien, nr. 43509/08, § 57-67 og den deri nævnte retspraksis, Recueil des arrêts et décisions, 2011.

beslutningen [29], og ii) kontrolundersøgelsesbeslutningen kunne kun anfægtes sammen med konkurrencemyndighedens endelige afgørelse, hvilket indebar, at anfægtelsen af kontrolundersøgelsesbeslutningen ville være usikker og under alle omstændigheder blive forsinket i flere år [30].

49. Retten gjorde tydeligt rede for disse forhold i den appellerede doms præmis 109-112.

50. Heller ikke her kan jeg se, hvorfor chartrets artikel 47 i denne henseende skulle fastlægge højere standarder for Den Europæiske Union end dem, som Menneskerettighedsdomstolen skal anvende i henhold til EMRK's artikel 6, stk. 1, og appellanterne har heller ikke på nogen måde forsøgt at forklare dette for Domstolen.

51. Af de grunde, jeg har gjort rede for ovenfor, udgør den omstændighed alene, at domstolsprøvelsen er efterfølgende, efter min opfattelse ikke en tilsidesættelse af retten til effektiv domstolsprøvelse.

52. Jeg konkluderer derfor, at kontrolundersøgelsesbeslutninger kan underlægges en form for domstolsprøvelse, der opfylder de standarder for effektivitet, som kræves i chartrets artikel 47. Følgelig begik Retten på ingen måde en retlig fejl i fortolkningen og anvendelsen af dette princip. Det andet appelanbringende bør derfor også forkastes.

D – *Det tredje appelanbringende*

53. Med det tredje appelanbringende har appellanterne hævdet, at Retten med urette anså de DUSS-dokumenter, som blev fundet under den første kontrolundersøgelse, for at være »fundet ved en tilfældighed« i Dow Benelux-dommens forstand [31]. Kommissionen har nemlig bekræftet, at dens personale, som gennemførte kontrolundersøgelsen, på forhånd var blevet underrettet om en klage over, at appellanterne angiveligt havde begået endnu en tilsidesættelse af konkurrencereglerne. Appellanterne har gjort gældende, at dette var en uregelmæssighed, som havde berørt udøvelsen af deres ret til forsvar.

54. Kommissionen har for det første rejst formalitetsindsigelse vedrørende dette appelanbringende, for så vidt som appellanterne har anfægtet Rettens faktuelle konstatering. Under alle omstændigheder mener Kommissionen, at appellanternes argumentation er ugrundet.

1. Formaliteten

55. Formalitetsindsigelsen mod dette anbringende bør efter min opfattelse afvises. Appellanternes kritik af Retten er reelt ikke fokuseret på, at DUSS-dokumenterne blev fundet ved en tilfældighed, men på, at de ikke kan anses herfor i Dow Benelux-dommens forstand. I den foreliggende sag vedrører appellen således Rettens retlige kvalificering af de faktiske omstændigheder og den retlige konklusion, den har draget heraf.

29 — Jf. dommen i sagen Société Canal Plus m.fl. mod Frankrig, nævnt i fodnote 15 ovenfor, § 37, og dommen i sagen Société Métallurgique Liotard Frères mod Frankrig, nævnt i fodnote 14 ovenfor, § 18 og 19.

30 — Jf. dommen i sagen Société Canal Plus m.fl. mod Frankrig, nævnt i fodnote 15 ovenfor, § 40.

31 — EU:C:1989:379.

2. Realiteten

56. Jeg vil gerne indlede med at gentage, at artikel 28 i forordning nr. 1/2003 fastsætter, at dokumenter eller oplysninger, der indhentes i forbindelse med en kontrolundersøgelse, med forbehold af de undtagelser, der er fastsat i forordningen, kun må bruges til det formål, hvortil de er indhentet. I henhold til Dow Benelux-dommen kan dokumenter og oplysninger, som findes, men som ikke er omfattet af kontrolundersøgelsens genstand, dog, som en undtagelse fra princippet i artikel 28, anvendes til at iværksætte en ny kontrolundersøgelse.

57. På grundlag af parternes argumenter og fremlagte beviselementer konkluderede Retten i sin dom, at DUSS-dokumenterne ikke var genstand for en målrettet eftersporing, da de blev fundet ved en tilfældighed i de forretningslokaler, som Kommissionen gennemsøgte for at indsamle oplysninger vedrørende genstanden for den første kontrolundersøgelse. På dette grundlag, og primært med henvisning til praksis i Dow Benelux-dommen, forkastede Retten appellanternes argumenter om en påstået uregelmæssighed i forbindelse med den første kontrolundersøgelse [32].

58. Fundet af DUSS-dokumenterne, mens man ledte efter andre former for dokumenter, er en faktisk konstatering, som i princippet ikke kan kontrolleres i en appelsag for Domstolen. Det afgørende spørgsmål er dog, om det er tilstrækkeligt til, at appellanternes ret til forsvar og til et privatliv kan anses for at være behørigt respekteret i forbindelse med den første kontrolundersøgelse. Med andre ord: Anvendte Retten artikel 28 i forordning nr. 1/2003 og Dow Benelux-retspraksis korrekt?

59. Jeg mener ikke, at dette er tilfældet.

60. For at forstå, hvorfor Retten må anses for at have anvendt Domstolens praksis urigtigt, må man efter min opfattelse se nærmere på grundlaget for reglerne i forordning nr. 1/2003, som de er fortolket af Domstolen.

61. Det er ubestrideligt, at Kommissionen i henhold til forordning nr. 1/2003 er indrømmet omfattende kontrolbeføjelser, som griber alvorligt ind i visse af virksomheders og personers grundlæggende rettigheder. Som nævnt ovenfor er der ingen (eller kun begrænset) forudgående domstolskontrol til grundlag for udøvelsen af disse beføjelser. Desuden skal det bemærkes, at de interne kontrolprocedurer, som typisk træder i kraft, når Kommissionen skal vedtage afgørelser og andre juridisk bindende retsakter [33], ikke gælder i fuldt omfang, når der er tale om beslutninger efter artikel 20 og 21 i forordning nr. 1/2003. Det er kommissæren med ansvar for konkurrencepolitik, der er bemyndiget [34] til at vedtage beslutninger efter disse bestemmelser, og denne har delegeret bemyndigelsen til generaldirektøren for Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence (herefter »GD Konkurrence«) [35]. Det betyder, at kontrolundersøgelsesbeslutninger praktisk taget træffes af personalet i GD Konkurrence alene, mens Kommissionens andre tjenestegrene kun spiller en mindre, eller slet ingen, rolle i beslutningstagningen.

32 — Jf. den appellerede doms præmis 115-165.

33 — Disse kontrolprocedurer omfatter bl.a., at spørgsmålet drøftes i Kommissionen som kollegial enhed efter en tværtjenstlig høring.

34 — På grundlag af artikel 13 i Kommissionens forretningsorden (K(2000) 3614) (EFT L 308, s. 26), senest ændret ved Kommissionens afgørelse af 9.11.2011 om ændring af dens forretningsorden (2011/737/EU, Euratom) (EUT 2011 L 296, s. 58).

35 — Jf., principielt, Kommissionens afgørelser PV(2004) 1655, SEK(2004) 520/2, og PV(2006) 1763, SEK(2006) 1368.

62. Det er dog almindeligt anerkendt, at Kommissionen bør have disse omfattende beføjelser og en passende skønsmargen i udøvelsen af dem, da overtrædelser af konkurrencereglerne udgør alvorlige tilsidesættelser af de økonomiske love, som Den Europæiske Union bygger på. På samme måde er det rimeligt at vedtagelsen af kontrolundersøgelsesbeslutninger er delegeret til kommissæren med ansvar for konkurrencepolitik for at give mulighed for en hurtig udførelse af undersøgelserne, mens risikoen for lækager er lavest [36].

63. Netop fordi disse beføjelser er så omfattende, skønnet så vidt og beslutningstagningen underlagt en så begrænset (domstols- og administrativ) kontrol, tilkommer det dog samtidig Unionens retsinstanser at sikre, at de pågældende virksomheders og borgeres rettigheder respekteres fuldt ud under en kontrolundersøgelse [37]. Kommissionen har med andre ord fuld ret til at foretage – til tider alvorlige – indgreb i virksomheders og borgeres grundlæggende rettigheder i forbindelse med undersøgelser i konkurrencesager. Den kan imidlertid ikke gå ud over lovens grænser, da dette ville være et indgreb i ukrænkeligheden af disse grundlæggende rettigheders kerne, der er sikret i EU-retten [38].

64. Artikel 28 i forordning nr. 1/2003 bør fortolkes på denne baggrund. Hensigten med denne bestemmelse er bl.a. at forhindre Kommissionen i at tage på, hvad der er blevet kaldt »fishing expeditions«, hvor den bruger en igangværende kontrolundersøgelse af en mulig overtrædelse af konkurrencereglerne som påskud. Kommissionen må ikke søge efter andet bevismateriale vedrørende potentielle tilsidesættelser af EU's konkurrenceregler end det, der vedrører undersøgelsens genstand.

65. På den anden side bygger Dow Benelux-dommen efter min opfattelse på den forudsætning, at man ikke kan kræve, at Kommissionen lukker øjnene, såfremt den, helt tilfældigt, finder bevismateriale, der tyder på, at der kan være en anden mulig tilsidesættelse af EU's konkurrenceregler. Hvis Kommissionen ikke lukker øjnene for dette, udgør dette faktisk ikke misbrug eller omgåelse af procedureregler. En sådan situation kan f.eks. mutatis mutandis sammenlignes med, når en håndhævende myndighed i forbindelse med et kontrolbesøg på stedet foranlediget af en mistanke om skatteunddragelse finder oplysninger, der tyder på, at der kan foreligge hvidvaskning af penge. Der er ingen gyldig grund til, at denne myndighed skulle se bort fra oplysninger, som rent faktisk er fundet ved et tilfælde. Det samme gælder, hvis Kommissionen finder andre oplysninger under kontrolundersøgelser, der udføres i henhold til forordning nr. 1/2003.

66. Med dette i tankerne er kernen i den foreliggende sag følgende: Har Kommissionen omgået den regel, der er fastsat i artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003?

67. I den appellerede dom fastslog Retten, at alle Kommissionens repræsentanter lige inden kontrolundersøgelsen var blevet oplyst om, at der var modtaget endnu en klage vedrørende appellanterne, og de var blevet underrettet om genstanden for denne klage. Kommissionen har udtrykkeligt anerkendt dette, både under sagen i første instans og i forbindelse med den foreliggende appelsag. Retten kritiserede imidlertid ikke Kommissionen for denne adfærd, som den åbenbart anså for at være uden relevans set i sammenhæng med ovennævnte Dow Benelux-praksis. Retten fastslog blot, at »det [skulle] fastslås, at det var berettiget at oplyse repræsentanterne om sagens overordnede sammenhæng«, uden dog at gøre konkret rede for, hvorfor det var berettiget [39].

68. I sine skriftlige indlæg har Kommissionen forsvaret Rettens argumentation og gjort gældende, at det var nyttigt for Kommissionens personale at vide, på hvilken baggrund kontrolundersøgelsen blev gennemført.

36 — Vedrørende lovligheden af denne delegation jf. domme AKZO Chemie og AKZO Chemie UK mod Kommissionen (5/85, EU:C:1986:328, præmis 28-40) og Dow Chemical Ibérica m.fl. mod Kommissionen (97/87-99/87, EU:C:1989:380, præmis 58).

37 — Jf. generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomers forslag til afgørelse Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen (C-204/00 P, EU:C:2003:85, punkt 26). Jf. desuden i denne retning dom Hoechst mod Kommissionen (C-227/92 P, EU:C:1999:360, præmis 14 og 15 og den deri nævnte retspraksis).

38 — Jf. navnlig chartrets artikel 52, stk. 1.

39 — Den appellerede doms præmis 162.

69. Jeg er i princippet enig med Kommissionen i, at det er vigtigt, at Kommissionens personale orienteres om den relevante baggrund for kontrolundersøgelsen, før den finder sted. Med dette for øje finder jeg det rimeligt og nyttigt at give det relevante personale alle de oplysninger, som kan bidrage til, at undersøgelsen giver resultat i form af dokumentation vedrørende dens genstand. Heri indgår f.eks. oplysninger, der er nyttige for at kunne forstå den eventuelle overtrædelses art og rækkevidde (relevante produkter, det geografiske område, der er berørt, andre involverede virksomheder, navne på de personer, der er impliceret på den undersøgte virksomheds vegne, osv.) samt oplysninger vedrørende kontrolundersøgelsens logistik (kontorer, der skal gennemsøges, den relevante type dokumenter, kodeord eller andre specifikke oplysninger, der skal ledes efter). Ikke alene kan denne type oplysninger gøre undersøgelsen mere effektiv og herved sikre, at målet nås, de vil også begrænse indgrebene i den undersøgte virksomheds rettigheder, således at undersøgelsen kan blive mere målrettet og mindre tidskrævende.

70. Jeg er dog slet ikke klar over, hvad Kommissionen mener, når den i den foreliggende sag taler om kontrolundersøgelsens »sammenhæng«. Jeg forstår heller ikke, hvorfor den anden mistænkte tilsidesættelse skal, som Retten udtrykte det, anses for »oplysninger om [den første mistænkte tilsidesættelses] sammenhæng«.

71. Da Kommissionen blev stillet dette spørgsmål på retsmødet, gjorde den meget ud af at forklare Retten, hvorfor oplysninger om den anden mistænkte tilsidesættelse var relevante i sammenhæng med en eftersporing af oplysninger om den første mistænkte tilsidesættelse. Kommissionen gjorde gældende, at de to sager kunne være forbundet i to henseender. For det første fordi en af klagerne gik igen i begge undersøgelser, og for det andet fordi Kommissionen på daværende tidspunkt ikke kunne udelukke, at begge to undersøgte former for praksis kunne være udtryk for Deutsche Bahns overordnede strategi for at give konkurrenterne diskriminerende adgang til virksomhedens datterselskabers infrastruktur.

72. Kommissionens svage og uklare argumenter hvad dette angår viser, at de to tilfælde i virkeligheden ikke har noget til fælles, bortset fra at de begge vedrører datterselskaber til Deutsche Bahn, selv om det ikke er det samme datterselskab. Den omstændighed, at den samme virksomhed optrådte som klager i begge sager, synes ikke at være relevant, for så vidt som den kritiserede praksis er temmelig forskellig i de to sager og forekommer på forskellige markeder.

73. For så vidt angår påstanden om, at Kommissionen ikke kunne udelukke den mulighed, at de to former for praksis var udtryk for en samlet strategi, er der intet i sagsakterne, der ser ud til at støtte denne forklaring. Den beskrivelse af begivenhederne, som Kommissionen selv har fremlagt, tyder faktisk på det modsatte. Kommissionen har indrømmet, at dens personale var blevet underrettet om genstanden for den anden klage, før den første kontrolundersøgelse fandt sted, men tilføjede, at dens personale ved samme lejlighed også var blevet mindet om, at formålet med denne kontrolundersøgelse var genstanden for den første, og ikke den anden, klage. Det er åbenbart, at denne påmindelse ikke alene ville have været overflødig, den ville også have virket mod hensigten, hvis Kommissionen havde haft mistanke om, at de to former for praksis var udtryk for en samlet plan. Den mistænkte tilsidesættelse ville reelt have været af langt vigtigere karakter og langt større. Det ville således have været logisk, hvis Kommissionen aktivt havde søgt efter mulige forbindelser mellem de to sager.

74. Desuden forklarede Kommissionen i retsmødet, at den oprindeligt havde besluttet ikke at undersøge den anden klage, da den tilsyneladende drejede sig om en adfærd med en meget begrænset virkning. Det er dog vanskeligt at forene denne forklaring med Kommissionens argument om, at den på det pågældende tidspunkt ikke kunne udelukke den mulighed, at Deutsche Bahn anvendte en vidtrækkende strategi, som skulle give virksomhedens konkurrenter diskriminerende adgang til dens infrastruktur.

75. Under alle omstændigheder finder jeg det åbenbart, at Kommissionen, hvis den virkelig havde haft mistanke om, at Deutsche Bahn havde en sådan strategi, skulle havde omtalt dette i den første kontrolundersøgelsesbeslutning. Selv efter at DUSS-dokumenterne var blevet fundet under den første kontrolundersøgelse, blev der ikke henvist til en mistanke om en sådan strategi i hverken den anden eller den tredje kontrolundersøgelse. For det første synes dette at gå stik imod Kommissionens argumenter og for det andet at så yderligere tvivl om de anfægtede beslutningers lovlighed.

76. Endelig medgav Kommissionen i forbindelse med besvarelsen af et andet spørgsmål i retsmødet, at eftersporingen af oplysninger om den første mistænkte tilsidesættelse ikke nødvendigvis blev mere effektiv af, at personalet på forhånd var blevet orienteret om genstanden for den anden mistænkte tilsidesættelse.

77. På baggrund af den åbenlyst manglende tydelige forbindelse mellem de to mistænkte tilsidesættelser og Kommissionens indrømmelse af, at de oplysninger, som dens personale havde fået om den anden mistænkte tilsidesættelse, i virkeligheden ikke var til gavn for eftersporingen af oplysninger om den første, er den eneste konklusion, efter min opfattelse, at der må have været en anden grund til, at Kommissionens personale blev orienteret. Jeg mener, at den eneste plausible forklaring er, at Kommissionens personale blev oplyst om DUSS' mistænkte tilsidesættelse, for at de kunne »være på udkig efter« bevismateriale, der vedrørte den anden klage.

78. Det er nemlig slet ikke sikkert, at Kommissionens personale ville have været i stand til at forstå DUSS-dokumenternes betydning, hvis de ikke var blevet underrettet på forhånd. Navnlig da den mistænkte tilsidesættelse i dette tilfælde ikke bestod i en typisk tilsidesættelse af artikel 101 TEUF, som var let at identificere (som det kan være tilfældet med dokumenter, der vedrører hard core-karteller), men i en adfærd, hvis mulige konkurrencebegrænsende effekter kun kan vurderes ved hjælp af en analyse af en vis kompleksitet [40].

79. Dette bør i bund og grund føre til den konklusion, at Kommissionen enten forsætligt eller uagtsomt omgik reglerne i forordning nr. 1/2003 gældende for kontrolundersøgelser ved at udnytte en kontrolundersøgelse til at søge efter dokumenter, som vedrørte et andet anliggende, der *ikke var relateret* til undersøgelsen.

80. I denne forbindelse er det næsten unødigt at påpege, at Kommissionen, når den som i det foreliggende tilfælde er blevet underrettet om en anden, separat påstået tilsidesættelse af konkurrencereglerne begået af nogle virksomheder, der allerede er genstand for en undersøgelse, har lov til at undersøge begge tilfælde samtidig. Der er navnlig ikke noget til hinder for, at Kommissionen, hvis de relevante betingelser er opfyldt, kan vedtage to kontrolundersøgelsesbeslutninger henvendt til den samme virksomhed inden for rammerne af to forskellige undersøgelser, som skal udføres samtidig. Hvis Kommissionen gør dette, skal den dog gøre det åbent og ifølge procedurerne i forordning nr. 1/2003, så alle de sikkerhedsgarantier, der er fastsat af hensyn til de virksomheder, der undersøges, iagttages fuldt ud.

81. I det foreliggende tilfælde havde Kommissionen fra begyndelsen bevidst besluttet ikke at vedtage to forskellige beslutninger samtidig, men kun at gennemføre en formel undersøgelse af den ene påståede tilsidesættelse. Alligevel pålagde Kommissionen, udtrykkeligt eller indirekte, sit personale at lægge specifikt mærke til oplysninger, som vedrørte en helt anden mistænkt tilsidesættelse.

40 — Jf. i denne retning navnlig den appellerede doms præmis 15 og 22.

82. Det er åbenbart, at dette ikke er den form for adfærd, som Domstolen ville tillade med Dow Benelux-praksis. Efter min opfattelse er der ikke forskel på det tilfælde, hvor Kommissionen iværksætter en kontrolundersøgelse uden en gyldig beslutning, og det tilfælde, hvor Kommissionen handler på grundlag af en gyldig beslutning, men søger efter oplysninger, der vedrører en anden undersøgelse, som ikke er omfattet af denne beslutning.

83. Konklusionen er, at omgåelsen af bestemmelserne i artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 ikke alene medførte en tilsidesættelse af appellanternes ret til forsvar, men også – hvad der er vigtigere – til en åbenbar tilsidesættelse af retten til boligens ukrænkelighed. Af denne grund bør det tredje appelanbringende tiltrædes og Rettens dom annulleres, for så vidt som den forkastede sagsøgernes anbringende i første instans vedrørende uregelmæssighed i den første kontrolundersøgelse.

E – *Det fjerde appelanbringende*

84. Med det fjerde appelanbringende har appellanterne gjort gældende, at Retten begik en fejl, idet den pålagde appellanterne at godtgøre, at DUSS-dokumenterne ikke var blevet »fundet ved en tilfældighed«. Ifølge appellanterne skulle Retten i stedet have pålagt Kommissionen at godtgøre, at betingelserne i henhold til Dow Benelux-dommen var opfyldt.

85. Ifølge Kommissionen bør dette appelanbringende afvises som ugrundet. Hvad angår formaliteten har Kommissionen gjort gældende, at appellanterne i alt væsentligt anmoder Domstolen om at prøve Rettens bedømmelse af bevismateriale, som appellanterne fremlagde i sagen i første instans, for at fastslå, at DUSS-dokumenterne ikke blev fundet ved en tilfældighed. Retten fastslog, at bevismaterialet ikke understøttede appellanternes argumenter, og at denne bedømmelse ikke kan gøres til genstand for en appel.

86. For så vidt angår det pågældende appelanbringende realitet har Kommissionen gjort gældende, at det på ingen måde var umuligt for appellanterne at frembringe bevismateriale til støtte for deres påstand om, at Kommissionen under den første kontrolundersøgelse også havde eftersporet dokumenter vedrørende den anden påståede tilsidesættelse. Appellanterne havde således i sagen i første instans fremlagt en mængde skriftlig dokumentation, som angiveligt godtgjorde Kommissionens ulovlige adfærd, men som Retten ikke fandt overbevisende – hvilket Kommissionen anser for at være en korrekt bedømmelse.

87. Det er åbenbart, at dette appelanbringende også vedrører Rettens afvisning af appellanternes anbringende om Kommissionens brug af de DUSS-dokumenter, der blev fundet under den første kontrolundersøgelse, som grundlag for vedtagelsen af den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning. Hvis Domstolen er enig i min vurdering af det tredje appelanbringende, er det følgelig ikke nødvendigt at undersøge det fjerde appelanbringende. Jeg vil derfor kun behandle dette appelanbringende ganske kort af hensyn til fuldstændigheden, eller såfremt Domstolen afviser at behandle det tredje appelanbringende eller anser det for at være ugrundet.

1. Formaliteten

88. Indledningsvis er jeg ikke overbevist af Kommissionens argumenter om, at dette anbringende ikke kan antages til realitetsbehandling. Jeg mener ikke, at appellanterne anfægter Rettens bedømmelse af de beviser, der var fremlagt til støtte for deres påstand, men snarere, at det i det hele taget blev pålagt dem at føre bevis for Kommissionens egentlige hensigter. Det problem, appellanterne har rejst, er derfor fordelingen af bevisbyrden. Dette er et klart retligt spørgsmål, som Domstolen kan efterprøve under en appelsag.

2. Realiteten

89. Dette appelanbringende rejser i alt væsentligt spørgsmålet om, hvorvidt det i sager for Unionens retsinstanser påhviler virksomhederne at godtgøre, at Kommissionen ulovligt har anvendt dokumenter, der er fundet under en kontrolundersøgelse, men som ikke er relateret til det anførte formål med denne kontrolundersøgelse, eller omvendt.

90. Først og fremmest bør det endnu en gang påpeges, at de beføjelser, som Kommissionens personale råder over under en kontrolundersøgelse efter artikel 20, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, er afgrænset af den kontrolundersøgelsesbeslutning, som anfører genstanden for kontrolundersøgelsen. Kommissionen skal dog under en kontrolundersøgelse have adgang til at undersøge alle dokumenter vedrørende virksomheden, som, den har rimelig grund til at antage, er en kilde til oplysninger af relevans for undersøgelsen. Dette indebærer uundgåeligt, at Kommissionens personale gransker et stort antal dokumenter, som muligvis ligger uden for kontrolundersøgelsens genstand, for at kontrollere, om de er relevante eller ikke. Kommissionens personale må dog kun tage kopier af dokumenter, der anses for at være relevante for kontrolundersøgelsen [41].

91. Så længe Kommissionen alene tager kopi af dokumenter, der er omfattet af kontrolundersøgelsesbeslutningen, kan dens adfærd således kun anses for lovlig. I disse tilfælde ville det påhvile den virksomhed, som kontrolundersøgelsen vedrører, over for Domstolen at godtgøre ugyldigheden af kontrolundersøgelsesbeslutningen (ved at anfægte denne beslutning direkte ved Unionens retsinstanser), eller ulovligheden af den måde, hvorpå kontrolundersøgelsen blev udført (normalt ved brug af et annullationssøgsmål vedrørende den endelige afgørelse, som Kommissionen har vedtaget vedrørende den mistænkte tilsidesættelse) [42].

92. På den anden side er enhver anvendelse af oplysninger, der ligger uden for kontrolundersøgelsesbeslutningens anvendelsesområde, i princippet forbudt. Som det blev præciseret i Dow Benelux-dommen, må dokumenter, som er fundet ved en tilfældighed under en kontrolundersøgelse, og som ikke har sammenhæng med denne, dog stadig anvendes til at indlede en ny undersøgelse.

93. Hvis Kommissionen gør brug af dokumenter eller oplysninger, der er fundet under en kontrolundersøgelse, men som ikke er omfattet af kontrolundersøgelsesbeslutningen, påhviler det således Kommissionen – i tilfælde af en retstvist – at påberåbe sig en undtagelse i medfør af Dow Benelux-dommen og over for Domstolen godtgøre, at betingelserne for anvendelsen af denne undtagelse er opfyldt [43].

94. Under normale omstændigheder er det meget nemt for Kommissionen at løfte bevisbyrden, medmindre der er forhold, der tyder på det modsatte. Generelt er der nemlig ingen grund til, at Kommissionen skulle være interesseret i at kontrollere og indsamle oplysninger, som er den igangværende kontrolundersøgelse uvedkommende. Normalt vil en kortfattet redegørelse for, hvordan de uvedkommende oplysninger blev fundet, anses for at være tilstrækkeligt til umiddelbart at fastslå, at Kommissionen ikke begik en retlig fejl i forbindelse med gennemsøgningen. Det ville derefter påhvile den pågældende virksomhed at overbevise Unionens retsinstanser om, at de pågældende dokumenter faktisk var genstand for gennemsøgningen fra begyndelsen. Jeg mener med andre ord, at Domstolen kan gå ud fra, at Kommissionens adfærd ligger inden for den regel, som blev opstillet i Dow Benelux-dommen, medmindre der er faktiske omstændigheder, der godtgør det modsatte.

41 — Jf. i denne henseende generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Nexans og Nexans France mod Kommissionen (EU:C:2014:223, punkt 62 og den deri nævnte retspraksis).

42 — Jf. domme Dow Benelux (EU:C:1989:379, præmis 49) og Nexans France og Nexans mod Kommissionen (T-135/09, EU:T:2012:596, præmis 115 ff. og den deri nævnte retspraksis).

43 — Jf. analogt domme Kommissionen mod Frankrig (C-24/00, EU:C:2004:70, præmis 53) og Kommissionen mod Italien (199/85, EU:C:1987:115, præmis 14).

95. I den foreliggende sag er situationen imidlertid en anden. Det er ikke omtvistet mellem parterne, at i) de DUSS-dokumenter, som Kommissionen fandt under den første kontrolundersøgelse, ikke vedrører genstanden for denne kontrolundersøgelse; ii) disse dokumenter blev brugt som grundlag for vedtagelsen af to beslutninger om to efterfølgende kontrolundersøgelser, der drejede sig om en anden mulig overtrædelse; og iii) Kommissionens personale blev orienteret om genstanden for den anden klage, umiddelbart før den første kontrolundersøgelse fandt sted.

96. Under disse omstændigheder er jeg enig med appellanterne i, at Kommissionen, der havde påberåbt sig undtagelsen ifølge Dow Benelux-dommen, i princippet havde pligt til at godtgøre, at betingelserne for anvendelsen af denne undtagelse var opfyldt.

97. Dette er dog ret irrelevant i den foreliggende sag. Jeg mener nemlig, at Retten begik en fejl på et tidligere tidspunkt af dens argumenter i den appellerede dom. Som nævnt ovenfor gælder Dow Benelux-undtagelsen kun for oplysninger, som er fundet helt tilfældigt, dvs. oplysninger, som er fundet i forbindelse med en eftersporing, i god tro, af oplysninger vedrørende genstanden for kontrolundersøgelsen. Derimod kan denne undtagelse ikke finde anvendelse på tilfælde, hvor de fundne dokumenter er resultat af en ulovlig eftersporing. Som jeg har gjort rede for ovenfor, udgjorde den første kontrolundersøgelse i den foreliggende sag en ulovlig eftersporing, for så vidt som Kommissionens personale udtrykkeligt eller indirekte blev anmodet om at se efter dokumenter, der lå uden for kontrolundersøgelsens genstand som anført i den første kontrolundersøgelsesbeslutning. Den første kontrolundersøgelse var med andre ord ulovlig, for så vidt som den vedrørte en eftersporing af DUSS-dokumenterne.

98. Rettens fejl vedrører således ikke spørgsmålet, om det påhvilede Kommissionen at bevise, at Dow Benelux-kriterierne var opfyldt, eller om det var appellanterne, der skulle modbevise det. Fejlen var af mere grundlæggende karakter. Under omstændighederne i den foreliggende sag er spørgsmålet om fordelingen af bevisbyrden ikke engang relevant. Havde Retten draget de korrekte slutninger af den omstændighed, at Kommissionen havde gennemført en ulovlig eftersporing af DUSS-dokumenterne, ville appellanterne ikke have behøvet at fremlægge yderligere beviser på, at deres ret til forsvar og til privatlivets fred var blevet tilsidesat. På samme måde kunne Kommissionen ikke have godtgjort, at dokumenterne var blevet fundet på tilfældig og derfor lovlig vis.

99. Jeg mener derfor også, at det fjerde anbringende er begrundet.

VI – Konsekvenser af bedømmelsen

100. I henhold til artikel 61, stk. 1, i Domstolens statut skal Domstolen ophæve Rettens dom, hvis Domstolen giver appellanten medhold. Hvis sagen er moden til påkendelse, kan Domstolen selv træffe endelig afgørelse i sagen. Den kan også hjemvise sagen til Retten.

101. Jeg har konkluderet, at det tredje og fjerde anbringende bør forkastes. Som følge heraf bør den appellerede dom ophæves, for så vidt som den i præmis 115 - 165 forkastede appellanternes anbringende i første instans vedrørende tilsidesættelse af deres ret til forsvar i forbindelse med den første kontrolundersøgelse.

102. På grundlag af de faktiske omstændigheder og udvekslingen af synspunkter for Retten og Domstolen anser jeg det for muligt, at Domstolen træffer endelig afgørelse i sagen.

103. I stævningen for Retten havde sagsøgerne bl.a. nedlagt påstand om annullation af Kommissionens anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning med den begrundelse, at de var støttet på oplysninger, der var indhentet ulovligt under den første kontrolundersøgelse.

104. Af de ovenfor nævnte grunde konkluderede jeg, at appellanternes ret til forsvar og ret til boligens ukrænkelighed var tilsidesat på grund af en tilsidesættelse af reglerne i forordning nr. 1/2003. Under disse omstændigheder er det afgørende spørgsmål derfor, om tilsidesættelsen af appellanternes ret til forsvar og til boligens ukrænkelighed er tilstrækkeligt grundlag til at annullere den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning.

105. Af de grunde, jeg har gjort rede for ovenfor, må dette spørgsmål efter min mening besvares bekræftende.

106. For det første har Domstolen som nævnt præciseret, at såfremt en kontrolundersøgelsesbeslutning annulleres af Unionens retsinstanser, vil Kommissionen i forbindelse med proceduren vedrørende overtrædelse af EU's konkurrenceregler være afskåret fra at benytte ethvert dokument eller andet bevismateriale, som den måtte være kommet i besiddelse af under kontrolundersøgelsen. Hvis den gør det, kan beslutningen annulleres af Unionens retsinstanser, for så vidt som den var baseret på et sådant bevismateriale [44].

107. Det princip, som kan udledes af denne retspraksis, er af afgørende betydning, da det sikrer, at ordningen i henhold til forordning nr. 1/2003 er i overensstemmelse med Menneskerettighedsdomstolens ovennævnte praksis vedrørende EMRK's artikel 8. Menneskerettighedsdomstolen har nemlig gentagne gange fastslået, at et indgreb i retten til boligens ukrænkelighed bl.a. kan begrundes, såfremt lovgivningen yder »beskyttelse mod misbrug« fra de offentlige myndigheders side. Denne beskyttelse kan bl.a. bestå i regler, som kræver erstatning for eller destruktion af dokumenter, som ulovligt er beslaglagt eller kopieret, eller forbud mod anvendelse af de indsamlede oplysninger til andre formål [45].

108. For det andet vil jeg påpege, at artikel 28 i forordning nr. 1/2003 er meget bredt formuleret. Navnlig er betydningen af det anvendte verbum (»at bruge«) vidtspændende. Den regel, som er nedfældet i denne bestemmelse, er tilsyneladende et generelt forbud mod enhver brug af oplysninger, der er indsamlet under en kontrolundersøgelse, i forbindelse med andre undersøgelser, medmindre der gælder en specifik undtagelse. Når alt kommer til alt, er dette logisk, da dette princip er af største betydning for beskyttelsen ikke kun af forretningshemmeligheder, men især også virksomhedernes ret til forsvar [46].

109. Heraf udleder jeg, at Kommissionen ikke alene er afskåret fra at henvise til disse oplysninger som beviser for en tilsidesættelse, men generelt heller ikke kan bruge oplysningerne som udgangspunkt for en anden beslutning, som er ugunstig eller til skade for den pågældende virksomhed (eller enhver anden virksomhed for den sags skyld). Jeg kan ikke se nogen grund til, at dette forbud ikke også skulle dække beslutninger om virksomheders underkastelse af en kontrolundersøgelse efter artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003.

110. For det tredje bemærker jeg, at Retten i den appellerede doms præmis 130-134 fastslog, at de oplysninger, der var indsamlet ved den første kontrolundersøgelse, kunne »påvirke den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutnings lovlighed«. Den omstændighed, at Kommissionen tidligere havde modtaget en klage om en tilsidesættelse, som DUSS angiveligt havde begået, blev – efter min opfattelse korrekt – afvist af Retten som irrelevant, for så vidt som det var de oplysninger, som blev

44 — Jf. dom Roquette Frères (EU:C:2002:603, præmis 49 og den deri nævnte retspraksis).

45 — Jf. dommen i sagen Bernh Larsen Holding AS m.fl. mod Norge, nævnt i fodnote 18 ovenfor, § 171 og 172,; dom af 6.9.1978, Klass m.fl. mod Tyskland, Serie A nr. 28, § 47 og 52, [1978] 2 Recueil des arrêts et décisions, 2014; dom af 25.2.1997, Z mod Finland,, § 103, Recueil des arrêts et décisions 1997-I; og dommen i sagen Delta Pekárny AS mod Den Tjekkiske Republik, nævnt i fodnote 22 ovenfor, § 92.

46 — Jf. dom Dow Benelux (EU:C:1989:379, præmis 18).

fundet under den første kontrolundersøgelse, der udløste den anden og tredje kontrolundersøgelse. I teksten til den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning blev der nemlig henvist (udtrykkeligt i den tredje beslutning og indirekte i den anden) til de oplysninger, der var fundet under den første kontrolundersøgelse. Kommissionen har ikke bestridt Rettens konklusion hvad dette angår.

111. Endvidere skal jeg bemærke, at Kommissionen i sine indlæg for Retten anerkendte, at de dokumenter, der var fundet under den første kontrolundersøgelse, var et vigtigt supplement til de oplysninger, som Kommissionen allerede havde i sine sagsakter. Kommissionen udtalte navnlig udtrykkeligt, at DUSS-dokumenterne tilsyneladende var tegn på en mulig tilsidesættelse af en art og omfang, som så ud til at være mere betydelig end den, som var genstand for den klage, der var modtaget tidligere. På retsmødet blev det også fremhævet af Kommissionen, at dens oplysninger om den anden mistænkte tilsidesættelse, før den første kontrolundersøgelse blev gennemført, var begrænsede.

112. Derfor kan der ikke ses bort fra den mulighed, at de oplysninger, som Kommissionen rådede over, før DUSS-dokumenterne blev fundet, ikke var tilstrækkelige som grundlag for en kontrolundersøgelse efter artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003. Selv om Kommissionen havde haft tilstrækkeligt bevismateriale til at beslutte, at der skulle foretages en ad hoc-kontrolundersøgelse vedrørende den anden mistænkte tilsidesættelse, kan jeg under alle omstændigheder ikke se, hvordan det ville være tilstrækkeligt til at råde bod på konsekvenserne af en åbenbar tilsidesættelse af artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003.

113. For det fjerde er det irrelevant, at nogle af DUSS-dokumenterne først blev fotokopieret, efter at den anden beslutning var blevet meddelt appellanterne. For så vidt som Kommissionen fandt disse dokumenter under den første kontrolundersøgelse og lagde dem til side med henblik på at kopiere dem senere, kan det ikke gøres gældende, at de blev indhentet igen på grundlag af en ny beslutning.

114. Disse dokumenter blev fundet under en kontrolundersøgelse, som var ulovlig for så vidt angår eftersporingen af oplysninger vedrørende den anden mistænkte tilsidesættelse. Denne procedurefejl kan ikke som sådan »afhjælpes« ved at vedtage en ny kontrolundersøgelsesbeslutning (og givetvis heller ikke ved at udstede en begæring om oplysninger i henhold til artikel 18 i forordning nr. 1/2003).

115. I modsat fald ville forbuddet i artikel 28 i forordning nr. 1/2003 i bund og grund miste enhver virkning. Kommissionen ville i praksis kunne se bort fra procedurereglerne i forordningen, bl.a. i dens artikel 20, stk. 4, og omgå forbuddet i artikel 28, da et dokument, som var fundet på ulovlig vis, meget nemt ville kunne »lovliggøres«. Foruden at rejse tvivl om foreneligheden med Menneskerettighedsdomstolens ovennævnte praksis, er det heller ikke rimeligt at fortolke i forordning nr. 1/2003 på denne måde.

116. Ganske vist fastslog Domstolen i PVC-dommen, at blot fordi Kommissionen har fået visse dokumenter i hænde for første gang i en bestemt sag, giver det ikke nogen absolut sikkerhed for, at disse dokumenter ikke lovligt kan kræves udleveret i en anden sag og benyttes som bevismateriale. Domstolen fastslog følgelig, at Kommissionen, da den havde skaffet sig disse dokumenter på ny på grundlag af fuldmagter eller beslutninger og havde benyttet dem til det formål, der var angivet i disse fuldmagter eller beslutninger, korrekt havde tilgodeset de pågældende virksomheders ret til kontradiktion [47].

47 — Jf. dom PVC (EU:C:2002:582, præmis 294-307).

117. De faktiske omstændigheder i den sag er dog markant anderledes end omstændighederne i den foreliggende sag. I modsætning til den foreliggende sag havde ingen af parterne i PVC-sagen gjort gældende, at Kommissionen havde gjort noget forkert under den første kontrolundersøgelse. Desuden havde de pågældende virksomheder frivilligt udleveret en ny kopi af de pågældende dokumenter på Kommissionens begæring [48]. Modsat har Kommissionen i den foreliggende sag henvist til en kopi af netop de dokumenter, som den ulovligt havde skaffet sig under den første kontrolundersøgelse.

118. Jeg finder Rettens tilgang i PVC-dommen rimelig [49]. Formålet med artikel 28 er som sagt at undgå, at Kommissionen omgår reglerne, og herved beskytte de virksomheders rettigheder, som underlægges en undersøgelse. Det ville være at strække artikel 28's anvendelsesområde for vidt at antage, at erhvervelsen af et dokument i forbindelse med en kontrolundersøgelse kan udelukke enhver fremtidig anvendelse af dette dokument i en anden sammenhæng – også selv om alle procedureregler er overholdt, og de pågældende virksomheders ret til forsvar er behørigt iagttaget. Eksempelvis ville der ikke være nogen grund til at forbyde anvendelsen af et belastende dokument, som Kommissionen havde fundet under en kontrolundersøgelse eller havde indhentet på grundlag af en begæring af oplysninger om en anden tilsidesættelse, i en efterfølgende undersøgelse – forudsat at der efterfølgende findes eller indhentes et eksemplar af det samme dokument i forbindelse med den nye undersøgelse i overensstemmelse med reglerne i forordning nr. 1/2003.

119. Sådan forholder det sig imidlertid ikke i den foreliggende sag.

120. For det femte og sidste finder jeg det lige så irrelevant, at repræsentanterne for appellanterne, der – som Kommissionen har anført i sit indlæg – »fulgte i hælene på« Kommissionens personale under kontrolundersøgelsen, ikke gjorde indsigelser på det tidspunkt [50] eller bad om at få optaget en formel klage i den rapport, som Kommissionens personale udarbejdede, da kontrolundersøgelsen var færdig.

121. For det første er der ingen regler i forordning nr. 1/2003 og i Domstolens procesreglement, der kræver, at en virksomhed straks skal rejse indsigelse på dette tidspunkt, og at sagen ikke kan behandles af Unionens retsinstanser, hvis den ikke har gjort dette. Ytrer virksomheden sig ikke på dette tidspunkt, kan dette ikke fortolkes som accept af en potentielt ulovlig adfærd fra Kommissionens side. For det andet kan det være vanskeligt for virksomhedens repræsentanter umiddelbart at opdage en mulig tilsidesættelse af procedurereglerne fra Kommissionens side. Det hverken kræves eller forventes, at Kommissionens personale giver en konkret forklaring på eller begrundelse for, hvorfor den søger f.eks. en bestemt type dokumenter eller materiale, eller grundene til at gennemsøge et bestemt kontor.

122. Af disse grunde konkluderer jeg, at den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning skal annulleres, da dokumenter, som var indhentet under tilsidesættelse af reglerne i forordning nr. 1/2003, blev anvendt af Kommissionen som grundlag for vedtagelsen af disse beslutninger.

VII – Sagens omkostninger

123. Hvis Domstolen er enig i min vurdering af denne appel, bør appellanterne – som kun har fået medhold i to af deres appelanbringender – i medfør af procesreglementets artikel 137, 138, 140 og 184, pålægges at bære halvdelen af deres egne omkostninger og betale halvdelen af de omkostninger, der er afholdt af Kommissionen i forbindelse med denne appel. Kommissionen bør betale halvdelen af de omkostninger, der er afholdt af appellanterne og bære halvdelen af sine egne omkostninger i forbindelse med denne appel.

48 — Jf. bl.a. præmis 470 og 471 i Rettens dom 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 og T-335/94, EU:T:1999:80).

49 — Ibidem, præmis 477.

50 — Kommissionens påstande hvad dette angår synes heller ikke at være korrekte, da det af dokumenter i sagens akter fremgår, at appellanternes advokater i første omgang rent faktisk protesterede mod eftersporingen af dokumenter vedrørende DUSS.

124. For så vidt angår omkostningerne i første instans har appellanterne på den ene side fået medhold i deres påstand om annullation af den anden og tredje kontrolundersøgelsesbeslutning. På den anden side er gyldigheden af den første kontrolundersøgelsesbeslutning blevet stadfæstet. Derfor bør Kommissionen betale omkostningerne vedrørende sag T-290/11 og T-521/11, og appellanterne bør betale omkostningerne vedrørende sag T-289/11.

125. EFTA-Tilsynsmyndigheden og den spanske regering bør som intervenienter bære deres egne omkostninger.

VIII – Forslag til afgørelse

126. På baggrund af de ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen at træffe følgende afgørelse:

»– Dommen af 6. september 2013, forenede sager T-289/11, T-290/11 og T-521/11, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, ophæves, for så vidt som Retten forkastede anbringendet om tilsidesættelse af appellanternes ret til forsvar som følge af uregelmæssigheder, der påvirkede gennemførelsen af den første kontrolundersøgelse.

– Kommissionens beslutning K(2011) 2365 af 30. marts 2011 og K(2011) 5230 af 14. juli 2001 annulleres.

– Derudover forkastes appellerne.

– Appellanterne tilpligtes at bære halvdelen af deres egne omkostninger og at betale halvdelen af Europa-Kommissionens omkostninger vedrørende denne appel, og Kommissionen tilpligtes at bære halvdelen af sine egne omkostninger og betale halvdelen af appellanternes omkostninger vedrørende denne appel.

– Kommissionen pålægges at betale omkostningerne vedrørende sag T-290/11 og T-521/11, og appellanterne tilpligtes at betale omkostningerne vedrørende sag T-289/11.

– Den spanske regering og EFTA-Tilsynsmyndigheden tilpligtes at bære hver deres egne omkostninger.«