CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
N. WAHL
van 12 februari 2015 [1]

Zaak C-583/13 P

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

Europese Commissie

„Hogere voorziening — Artikelen 20, lid 4, en 28 van verordening (EG) nr. 1/2003 — Inspectiebevoegdheden van de Commissie — Grondrecht van onschendbaarheid van de woning — Grondrecht op effectieve rechterlijke toetsing — Dow Benelux-rechtspraak — Bewijslast — Gevolgen van onrechtmatige doorzoekingen door de Commissie”

1. Een van de beginselen die in de regel het verschil markeert tussen een rechtstaat en andere, meer repressieve staatsvormen is de wettelijke bescherming tegen ongerechtvaardigde doorzoekingen van woningen door wetshandhavingsautoriteiten.

2. Er wordt echter algemeen erkend dat zelfs in democratische samenlevingen, zoals de Europese Unie, overheden effectieve onderzoeksbevoegdheden moeten krijgen teneinde vermeende inbreuken te vervolgen.

3. In de wetgeving moet daarom het juiste evenwicht worden gevonden tussen het recht op privacy enerzijds en effectieve wetshandhaving anderzijds.

4. De onderhavige zaak heeft betrekking op de vraag of, in het kader van het mededingingsrecht van de Unie, de juiste balans is gevonden tussen de behoefte aan doeltreffende onderzoeksmiddelen en het recht op bescherming tegen ongerechtvaardigde doorzoekingen. Meer in het bijzonder wordt het Hof verzocht de volgende twee vragen te beantwoorden: i) is de huidige bij verordening nr. 1/2003 [2] met betrekking tot inspecties vastgestelde regeling van de Unie verenigbaar met de artikelen 7 en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest”), en ii) wat zijn, in het kader van die regeling, de gevolgen van een onrechtmatige doorzoeking door de Commissie?

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.

2 — Verordening van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag (PB 2003, L 1, blz. 1).

I – **Toepasselijke bepalingen**

5. Artikel 20 van verordening nr. 1/2003 („Bevoegdheid van de Commissie tot inspectie") luidt:

„1. Ter vervulling van de haar bij deze verordening opgedragen taken kan de Commissie bij ondernemingen en ondernemersverenigingen alle noodzakelijke inspecties verrichten.

2. De door de Commissie tot het verrichten van een inspectie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen beschikken over de volgende bevoegdheden:

a) het betreden van alle lokalen, terreinen en vervoermiddelen van ondernemingen en ondernemersverenigingen;

b) het controleren van de boeken en alle andere bescheiden betreffende het bedrijf, ongeacht de aard van de drager van die bescheiden;

c) het maken of verkrijgen van afschriften of uittreksels, in welke vorm dan ook, van die boeken en bescheiden;

[...]

4. Wanneer de Commissie bij beschikking een inspectie gelast, zijn de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen verplicht zich aan die inspectie te onderwerpen. In de beschikking wordt vermeld wat het voorwerp en het doel van de inspectie zijn en op welke datum de inspectie een aanvang neemt, en wordt gewezen op de sancties bedoeld in de artikelen 23 en 24, alsook op het recht om bij het Hof van Justitie beroep tegen de beschikking in te stellen.

[...]

6. Wanneer de door de Commissie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen vaststellen dat een onderneming zich tegen een op grond van dit artikel gelaste inspectie verzet, verleent de betrokken lidstaat hun de nodige bijstand om hen in staat te stellen hun inspectie te verrichten, zo nodig door een beroep te doen op de politie of een gelijkwaardige wetshandhavingsautoriteit.

7. Indien het nationale recht voorschrijft dat voor de in lid 6 genoemde bijstand de toestemming van een rechterlijke instantie vereist is, moet die toestemming worden gevraagd. Een dergelijke toestemming kan tevens bij wijze van voorzorgsmaatregel worden gevraagd.

8. Wanneer wordt verzocht om toestemming als bedoeld in lid 7, toetst de nationale rechterlijke instantie de beschikking van de Commissie op haar authenticiteit en gaat zij na of de voorgenomen dwangmaatregelen niet willekeurig zijn noch buitensporig in verhouding tot het voorwerp van de inspectie. Bij de toetsing van de proportionaliteit van de dwangmaatregelen mag de nationale rechterlijke instantie de Commissie rechtstreeks of via de mededingingsautoriteit van de lidstaat om nadere uitleg verzoeken, met name over de redenen die de Commissie heeft om aan te nemen dat inbreuk is gepleegd op de artikelen [101 en 102 VWEU], en over de ernst van de vermeende inbreuk en de aard van de betrokkenheid van de betreffende onderneming. De nationale rechterlijke instantie mag evenwel niet de noodzakelijkheid van de inspectie in twijfel trekken, noch gegevens uit het Commissiedossier verlangen. Uitsluitend het Hof van Justitie kan de beschikking van de Commissie op haar legitimiteit toetsen."

6. Voorts bepaalt artikel 28, lid 1, van verordening nr. 1/2003:

„Onverminderd het bepaalde in de artikelen 12 en 15, mogen de overeenkomstig de artikelen 17 tot en met 22 verkregen inlichtingen slechts voor het doel worden gebruikt waarvoor zij zijn ingewonnen."

II – **Voorgeschiedenis van het geding**

7. In 2011 heeft de Commissie drie beschikkingen vastgesteld waarin de inspectie werd gelast van de kantoren van Deutsche Bahn AG en een aantal van haar dochterondernemingen (DB Mobility Logistics, DB Netz AG, DB Energie GmbH, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail Deutschland AG en Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH) (hierna gezamenlijk: „Deutsche Bahn" of „rekwirantes"). Deutsche Bahn is een onderneming die actief is in de sector van het nationale en internationale vracht- en passagiersvervoer, in de logistieke sector, en in de sector van aanvullende vervoerdiensten.

8. De eerste inspectiebeschikking [3] is aan Deutsche Bahn betekend op 29 maart 2011, toen inspecteurs van de Commissie om toegang verzochten tot de ruimten van Deutsche Bahn te Berlijn, Frankfurt am Main en Mainz (Duitsland). De beschikking had betrekking op de mogelijke ongerechtvaardigde bevoorrechting door DB Energie van andere dochterondernemingen van Deutsche Bahn in de vorm van een systeem van kortingen op de levering van tractiestroom (hierna: „eerste vermeende inbreuk").

9. Tijdens de inspecties hebben de inspecteurs van de Commissie documenten in de kantoren van Deutsche Bahn ontdekt die volgens de Commissie het bestaan van andere mededingingsbeperkende gedragingen deden vermoeden (hierna: „DUSS-documenten") en bijgevolg werd op 31 maart 2011 een andere inspectiebeschikking aan Deutsche Bahn ter kennis gebracht (hierna: „tweede inspectiebeschikking"), terwijl de eerste inspectie nog werd uitgevoerd. De tweede inspectiebeschikking had betrekking op vermeende inbreuken op mededingingsregels door de Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße (hierna: „DUSS") in de vorm van strategisch gebruik van door Deutsche Bahn beheerde infrastructuur (hierna: „tweede vermeende inbreuk"). [4]

10. De eerste en de tweede inspectie zijn respectievelijk beëindigd op 31 maart en 1 april 2011.

11. Vervolgens werd een aanvullende inspectiebeschikking vastgesteld (hierna: „derde inspectiebeschikking") [5] en op 26 juli 2011 betekend aan Deutsche Bahn. De derde inspectie had eveneens betrekking op vermeende inbreuken op mededingingsregels door DUSS. De derde inspectie vond plaats van 26 tot en met 29 juli 2011.

III – **Procesverloop voor het Gerecht en bestreden arrest**

12. Na de inspecties heeft Deutsche Bahn bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring van de drie inspectiebeschikkingen (hierna: „litigieuze beschikkingen") ingesteld tegen de Commissie, op grond dat het recht op privacy van Deutsche Bahn, haar recht op effectieve rechterlijke bescherming, het recht op verweer en het evenredigheidsbeginsel waren geschonden.

13. In het arrest van 6 september 2013 in de gevoegde zaken T-289/11, T-290/11 en T-521/11 Deutsche Bahn e.a./Commissie (hierna: „bestreden arrest") [6], heeft het Gerecht die hogere voorzieningen in hun geheel verworpen en Deutsche Bahn verwezen in haar eigen kosten.

3 — Beschikking C(2011) 1774 van 14 maart 2011.

4 — Beschikking C(2011) 2365 van 30 maart 2011.

5 — Beschikking C(2011) 5230 van 14 juli 2011.

6 — EU:T:2013:404.

IV – **Procesverloop voor het Hof en conclusies**

14. Met hun op 18 november 2013 bij het Hof ingestelde hogere voorziening verzoeken rekwirantes het Hof om:

— het bestreden arrest te vernietigen;

— de litigieuze beschikkingen nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten.

15. De Commissie verzoekt het Hof:

— de hogere voorziening af te wijzen;

— rekwirantes te verwijzen in de kosten.

16. De Spaanse regering en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA (hierna: „EVA-autoriteit") hebben schriftelijke opmerkingen ingediend ter ondersteuning van het standpunt van de Commissie. Ter terechtzitting van 4 december 2014 hebben beiden tevens pleidooi gehouden, alsook rekwirantes en de Commissie.

V – **Beoordeling van de middelen in hogere voorziening**

17. Rekwirantes hebben vier middelen aangevoerd die ik achtereenvolgens zal bespreken. Alvorens daartoe over te gaan, zal ik kort enkele belangrijke aspecten toelichten van het bij verordening nr. 1/2003 vastgestelde systeem met betrekking tot inspecties door de Commissie.

A – *Inleiding*

18. De rechtmatigheid van een inspectie door de Commissie van de kantoren van een onderneming is afhankelijk van de inhoud van de beschikking van de Commissie waarin de onderneming gelast wordt zich te onderwerpen aan de inspectie. Overeenkomstig artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003, dient in de beschikking te worden „vermeld wat het voorwerp en het doel van de inspectie zijn". Volgens de rechtspraak van het Hof is de Commissie dienaangaande in beginsel verplicht zo nauwkeurig mogelijk aan te geven wat wordt onderzocht en op welke gegevens de inspectie betrekking moet hebben, maar is zij niet verplicht een nauwkeurige afbakening van de betrokken markt te verrichten, noch de juridische kwalificatie van de vermoede inbreuken precies aan te duiden of het tijdvak te vermelden waarin die inbreuken zich zouden hebben voorgedaan.[7] Deze motiveringsplicht is door het Hof telkens omschreven als „een fundamenteel vereiste, niet alleen om het voor de betrokken ondernemingen duidelijk te maken dat de voorgenomen ingreep gerechtvaardigd is, maar ook om hun inzicht te geven in de omvang van hun verplichting tot medewerking en tegelijk hun recht op verweer veilig te stellen".[8]

19. In tegenstelling tot haar verplichtingen met betrekking tot andere dan bedrijfslocaties (artikel 21 van verordening nr. 1/2003) hoeft de Commissie in geval van een onderneming die krachtens artikel 20 van die verordening is onderworpen aan een inspectie, geen vermoeden van overtreding jegens die onderneming te hebben; zij dient slechts een vermoeden te hebben dat de onderneming over relevante informatie beschikt.

7 — Zie onder andere arrest Nexans en Nexans France/Commissie, C-37/13 P, EU:C:2014:2030, punt 36 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

8 — Ibidem, punt 34 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

20. Behoudens de hierboven omschreven eisen, wordt de beschikking van de Commissie op zich niet onderworpen aan rechterlijke toetsing vooraf. Uitsluitend in geval van voorgenomen dwangmaatregelen en indien het toepasselijke nationale recht voorschrijft dat voorafgaande toestemming van een rechterlijke instantie vereist is, wordt de inspectiebeschikking aan een incidentele rechterlijke toetsing onderworpen. Gelet op de in artikel 20, lid 8, van verordening nr. 1/2003 aan die rechterlijke toetsing gestelde beperkingen, lijkt het echter onwaarschijnlijk dat een nationale rechter een in een concreet geval ingediend verzoek om dwangmaatregelen afwijst. Zelfs indien dat toch het geval is kan niettemin een sanctie worden opgelegd krachtens de artikelen 23 en 24 van verordening nr. 1/2003, indien de betrokken onderneming weigert zich aan de inspectiebeschikking te onderwerpen. [9]

21. Volgens artikel 28 van verordening nr. 1/2003 mogen tijdens een inspectie verkregen documenten of inlichtingen uitsluitend worden gebruikt voor het doel waarvoor zij zijn ingewonnen, behoudens de in dezelfde verordening vastgestelde uitzonderingen. Zoals het Hof reeds heeft gepreciseerd, is dat vereiste gericht op bescherming van het recht op verweer van de desbetreffende ondernemingen. Die rechten zouden ernstig worden aangetast indien de Commissie tijdens een onderzoek verkregen bewijsmateriaal tegen ondernemingen kon aanvoeren dat echter geen verband houdt met het voorwerp en het doel van dat specifieke onderzoek. [10]

22. Zoals het Hof in het arrest Dow Benelux heeft verklaard, wordt het de Commissie door bovenstaande bepaling echter niet verboden een onderzoeksprocedure in te leiden teneinde inlichtingen waarvan zij tijdens een ander onderzoek per toeval kennis heeft gekregen, op hun juistheid te controleren of aan te vullen, zo die gegevens mochten wijzen op het bestaan van overige inbreuken op de mededingingsregels van de Unie. Een dergelijk verbod zou de Commissie onnodig belemmeren in de uitoefening van haar onderzoeksbevoegdheden, aangezien de voor de mogelijke inbreuk verantwoordelijke onderneming haar recht op verweer volledig kan uitoefenen in het kader van het nieuwe onderzoek. [11] Derhalve is er geen verbod op het gebruik van per toeval ter kennis gekomen gegevens, mits overeenkomstig verordening nr. 1/2003 een nieuw onderzoek wordt ingesteld en uitgevoerd.

23. Ten slotte heeft het Hof tevens geoordeeld dat een onderneming die aan een door de Commissie gelaste inspectie is onderworpen, bij de Unierechter beroep kan instellen tegen de beschikking waarbij de inspectie wordt gelast. Ingeval de beschikking nietig wordt verklaard, kan de Commissie voor de procedure ter zake van een vermeende inbreuk op de mededingingsregels van de Unie geen gebruik maken van documenten of overige bewijsstukken die zij tijdens dat onderzoek heeft verzameld, en als zij zulks toch doet, kan de beschikking houdende de vaststelling van de inbreuk, voor zover deze op genoemde bewijsstukken is gebaseerd, door de Unierechter nietig worden verklaard. [12]

24. Tegen deze achtergrond zal ik nu de vier middelen beoordelen.

9 — Indien wordt vastgesteld dat de onderneming inbreuk heeft gemaakt op de mededingingsregels van de Unie, kan zelfs een vertraging inzake het verlenen van medewerking aan de Commissie tot een verhoging van de boete leiden. Zie bijvoorbeeld arrest Koninklijke Wegenbouw Stevin/Commissie, T-357/06, EU:T:2012:488, punten 220-240.

10 — Zie arrest Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, punt 48 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

11 — Zie arrest Dow Benelux/Commissie, 85/87, EU:C:1989:379 (hierna: „arrest Dow Benelux”), punten 17-19. Zie ook arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P en C-254/99 P, EU:C:2002:582 (hierna: „PVC”), punt 301.

12 — Zie arrest Roquette Frères, EU:C:2002:603, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

B – *Eerste middel*

25. Met hun eerste middel stellen rekwirantes dat het Gerecht het grondrecht van onschendbaarheid van de woning, zoals dat door artikel 7 van het Handvest en artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM") wordt beschermd, onjuist heeft uitgelegd en toegepast.

26. In de punten 42 tot en met 102 van het bestreden arrest heeft het Gerecht, onder verwijzing naar vaste rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM" of „Hof van Straatsburg"), vastgesteld dat een aanvaardbare bescherming tegen met artikel 8 van het EVRM strijdige inmengingen een wettelijk kader en strikte beperkingen vooronderstelt. Voorts heeft het Gerecht uiteengezet dat er vijf categorieën van waarborgen bestaan: i) de motivering van inspectiebeschikkingen; ii) de aan de Commissie opgelegde beperkingen tijdens de inspectie; iii) de onmogelijkheid voor de Commissie om de inspectie onder dwang uit te voeren; iv) het optreden van de nationale instanties, en v) het bestaan van rechtsmiddelen a posteriori. Rekening houdend met de feiten en de in verordening nr. 1/2003 vastgestelde voorschriften heeft het Gerecht geoordeeld dat in de onderzochte zaken alle vijf categorieën van waarborgen werden verzekerd. Tegen die achtergrond heeft het Gerecht het in de procedure in eerste aanleg aangevoerde middel afgewezen dat was gebaseerd op inbreuk op het recht van onschendbaarheid van de woning wegens het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging voor de door de Commissie verrichte inspecties.

27. In wezen betogen de rekwirantes dat het Gerecht een onjuiste uitlegging heeft gegeven aan de rechtspraak van het EHRM betreffende artikel 8 van het EVRM volgens welke, in een situatie zoals in de litigieuze beschikkingen, de Commissie verplicht is voorafgaande rechterlijke machtiging van het Gerecht of een nationale rechterlijke instantie te verkrijgen. Volgens de rekwirantes heeft het Gerecht om te beginnen de arresten Colas Est [13], Liotard Frères [14], en Canal Plus [15] van het EHRM onjuist opgevat, voor zover het heeft vastgesteld dat het ontbreken van voorafgaande rechterlijke machtiging louter één van de door het EHRM in overweging genomen gegevens was om tot de slotsom is gekomen dat artikel 8 van het EVRM was geschonden. Rekwirantes stellen dat het Gerecht in plaats daarvan had moeten oordelen dat de eis van voorafgaande rechterlijke machtiging een essentiële factor voor die vaststelling van het EHRM vormde. Voorts heeft het Gerecht volgens hen de arresten Harju [16] en Heino [17] onjuist uitgelegd door vast te stellen dat het ontbreken van een voorafgaande machtiging kan worden „gecompenseerd" door een volledige rechterlijke toetsing achteraf. In die twee zaken werd het optreden van de overheidsinstanties bovendien gerechtvaardigd om redenen van urgentie. Aangezien de Commissie in de onderhavige zaak geen voorafgaande rechterlijke machtiging heeft gevraagd, ook al was er geen sprake van urgentie, het Gerecht had moeten oordelen dat zij het evenredigheidsbeginsel had geschonden.

28. De Commissie, ondersteund door de EVA-autoriteit en de Spaanse regering, betwist dit en stelt dat het Gerecht de verenigbaarheid van de litigieuze beschikkingen met het grondrecht van onschendbaarheid van de woning juist heeft beoordeeld en dat zij de rechtspraak van het EHRM in dat verband niet onjuist heeft uitgelegd.

13 — Arrest Société Colas Est e.a./Frankrijk, nr. 37971/97, EHRM 2002-III.

14 — Arrest Société Métallurgique Liotard Frères/Frankrijk, nr. 29598/08, EHRM 2011.

15 — Arrest Société Canal Plus e.a./Frankrijk, nr. 29408/08, EHRM 2010.

16 — Arrest Harju/Finland, nr. 56716/09, EHRM 2011.

17 — Heino/Finland, nr. 56720/09, EHRM 2011.

29. Het eerste middel stelt in wezen de vraag aan de orde of het huidige inspectiesysteem van de Unie krachtens artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 verenigbaar is met het grondrecht van onschendbaarheid van de woning, zoals dat is verankerd in artikel 7 van het Handvest en artikel 8 van het EVRM. In het bijzonder dient het Hof vast te stellen of de Commissie in de regel een verzoek tot rechterlijke machtiging ex ante moet indienen, althans in ieder geval wanneer er voor deze instelling geen reden is om direct op te treden.

30. Net als de Commissie, de Spaanse regering en de EVA-autoriteit, ben ik van mening dat het Gerecht de door de rekwirantes aangehaalde arresten van het EHRM niet onjuist heeft uitgelegd of toegepast. Bij de huidige stand van de rechtspraak van het Hof van Straatsburg kan dan ook niet staande worden gehouden dat de bescherming van de in artikel 8 van het EVRM vastgelegde rechten, zoals rekwirantes stellen, van een mededingingsautoriteit verlangt dat zij altijd een rechterlijke machtiging verkrijgt voordat inspecties ter plaatse van bedrijfsgebouwen worden verricht. Evenmin kan worden betoogd dat omwille van evenredigheidsoverwegingen enkel van een dergelijke machtiging kan worden afgezien indien er redenen zijn die rechtvaardigen dat de overheidsinstanties direct optreden.

31. Ten eerste wijs ik erop dat het Hof van Straatsburg, bij de toepassing – bij uitbreiding – van de in artikel 8, lid 1, van het EVRM verankerde waarborg op rechtspersonen, waaronder ondernemingen, er zich voor heeft gehoed om rechtspersonen volledig gelijk te stellen met natuurlijke personen [18] en om bedrijfsruimten hetzelfde te behandelen als woningen. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM, te beginnen met het arrest Niemitz [19], is het overheidsinstanties dus toegestaan om, wat de door artikel 8 beschermde rechten betreft, in voorkomend geval krachtiger in te grijpen wanneer het om bedrijfsruimten gaat.

32. Ten tweede, en niet in het minst, zie ik, anders dan rekwirantes, niet in hoe de voornoemde arresten Colas Est, Liotard Frères en Canal Plus van het EHRM aldus zouden kunnen worden uitgelegd dat een mededingingsautoriteit in de regel een dergelijke voorafgaande rechterlijke machtiging dient te verkrijgen bij gebreke waarvan zij inbreuk zou maken op artikel 8 van het EVRM. Evenmin ben ik ervan overtuigd dat de arresten Harju en Heino niet van belang zijn voor de onderhavige zaak.

33. Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat terwijl het arrest Colas Est specifiek een inbreuk op artikel 8 van het EVRM betrof, het Hof van Straatsburg in de arresten Liotard Frères en Canal Plus zijn aandacht uitsluitend op de vermeende inbreuk op artikel 6, lid 1, van het EVRM heeft gevestigd. Bijgevolg kunnen rekwirantes het Gerecht niet redelijkerwijs verwijten dat het enkel naar het arrest Colas Est heeft verwezen waar het om het middel betreffende de gestelde schending van artikel 7 van het Handvest ging.

34. Hoe dan ook ben ik van mening dat het Gerecht al die arresten grondig lijkt te hebben geanalyseerd en terecht heeft geoordeeld dat het ontbreken van een voorafgaande machtiging in die zaken slechts één van de door het EHRM bij de beoordeling van de door partijen aangevoerde inbreuk op het EVRM in aanmerking genomen factoren was [20] Het Hof van Straatsburg heeft immers steeds geoordeeld op basis van een algeheel onderzoek van de ter zake doende wettelijke en feitelijke omstandigheden van het concrete geval. Inzonderheid heeft dat Hof onder meer onderzoek gedaan naar de omvang van de bevoegdheden van de bevoegde overheidsinstelling, de omstandigheden waarin de inmenging in het grondrecht plaatsvonden en de vraag of het betreffende rechtssysteem voldoende waarborgen bood, alsook de nog veel belangrijkere mogelijkheid tot effectieve rechterlijke toetsing achteraf.

18 — Zie onder meer arrest Bernh Larsen Holding AS e.a./Noorwegen, nr. 24117/08, punt 159 en aldaar aangehaalde rechtspraak, EHRM 2013.

19 — Arrest Niemietz/Duitsland, 16 december 1992, punt 31, deel A, nr. 251-B. Zie ook Société Colas Est e.a./Frankrijk, aangehaald in voetnoot 13 hierboven.

20 — Zie met name punten 64-73 en 108-110 van het bestreden arrest.

35. Twee recente arresten van het EHRM die met name betrekking hebben op vermeende inbreuken op artikel 8 van het EVRM, lijken die opvatting van de hiervoor genoemde rechtspraak te bevestigen.

36. In het arrest Bernh Larsen diende het EHRM zich uit te spreken over de vraag of artikel 8 van het EVRM zich verzet tegen een verzoek van de Noorse belastingdienst waarin aan drie ondernemingen in het kader van een belastingcontrole werd gevraagd om een reservekopie van een computerserver beschikbaar te stellen voor inspectie op het belastingkantoor. Het Hof van Straatsburg stelde dat, hoewel een dergelijk verzoek niet vergelijkbaar is met een inbeslagname bij strafrechtelijke procedures of afdwingbaar is onder dreiging met strafsancties, dit verzoek bindend was voor de drie ondernemingen en zij geconfronteerd zouden kunnen worden met een bestuurlijke boete indien zij deze verplichtingen niet zouden zijn nagekomen. Dienovereenkomstig werd geoordeeld dat het verzoek een bepaalde impact had op de rechten van de ondernemingen op eerbiediging van hun lokalen en correspondentie. Ofschoon er geen voorafgaande rechterlijke machtiging was afgegeven voor het verzoek, heeft het EHRM toch geoordeeld dat een dergelijke inmenging gerechtvaardigd was. Het Gerecht heeft onder andere akte genomen van het feit dat de nationale wetgeving belangrijke beperkingen verbond aan de bevoegdheden van de betrokken instellingen en voorzag in doeltreffende en passende waarborgen tegen misbruik. [21]

37. In zijn recente arrest Delta Pekámy heeft het EHRM bovendien onderzocht of een door de nationale Tsjechische mededingingsautoriteit in 2003 verrichte inspectie van panden van een onderneming een inbreuk op artikel 8 van het EVRM opleverde. Het Hof van Straatsburg heeft geoordeeld dat de bestreden inspectie jegens de onderneming een inbreuk vormde op het recht op onschendbaarheid van de woning. De reden daarvoor was echter dat de beschikking waarbij de inspectie werd gelast, niet kon worden onderworpen aan een doeltreffende rechterlijke toetsing, noch vooraf noch achteraf. Met name konden de verzoekende partijen enkel via een tegen de inhoudelijke bevindingen van de mededingingsautoriteit ingeleide procedure de wettigheid van de inspectie ter discussie stellen. In die omstandigheden konden zaken zoals de noodzakelijkheid, de duur en de omvang van de inspectie alsook de evenredigheid ervan niet aan een doeltreffende rechterlijke toetsing worden onderworpen. [22]

38. Bovenal heeft het EHRM in het arrest Delta Pekámy uitdrukkelijk verklaard dat het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging kan worden gecompenseerd door een doeltreffende rechterlijke toetsing achteraf waarbij alle punten, zowel feitelijk als rechtens, in overweging worden genomen. In dit verband heeft het EHRM onder meer uitdrukkelijk verwezen naar zijn arrest Harju, waarvan rekwirantes, zoals hierboven is aangegeven, betwisten dat het relevant is voor de onderhavige zaak. [23] Evenzo heeft dat hof in het arrest Bernh Larsen geoordeeld dat geen inbreuk op artikel 8 van het EVRM was gemaakt, zelfs zonder dat het heeft nagegaan of er sprake was van spoedeisendheid die de handelingen van de overheidsinstanties rechtvaardigde.

39. Op basis daarvan moet ik concluderen dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de uitlegging van de door rekwirantes aangehaalde rechtspraak van het EHRM. Evenmin heeft het Gerecht blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij de toepassing van die rechtspraak in de bij hem aanhangige zaak.

21 — Arrest Bernh Larsen Holding AS e.a./Noorwegen, aangehaald in voetnoot 18 hierboven.

22 — Arrest Delta Pekárny AS/Tsjechië, nr. 97/11, punten 82-94, EHRM 2014.

23 — Ibidem, punten 83, 87, 92 en 93.

40. Het systeem van de Unie waarborgt namelijk passende bescherming van het grondrecht op onschendbaarheid van de woning door de rechterlijke toetsing achteraf die de Unierechter kan verrichten. Het lijdt volgens mij geen twijfel dat de Unierechter bevoegd is om alle elementen, zowel feitelijk als rechtens, die van belang kunnen zijn om de rechtmatigheid van de inspectiebeschikkingen te toetsen [24], in aanmerking te nemen, conform de arresten Chalkor en KME Germany. [25] Zoals in punt 23 hierboven is opgemerkt, is het de Commissie bovendien in geval van nietigverklaring van een inspectiebeschikking verboden om gebruik te maken van de tijdens de inspectie gevonden documenten.

41. Derhalve hebben rekwirantes mijns inziens geen inbreuk op artikel 8 van het EVRM aangetoond. Rekwirantes stellen overigens evenmin dat artikel 7 van het Handvest ruimere bescherming biedt dan het EVRM. [26] In elk geval zie ik niet in dat elementen van het primaire of secundaire Unierecht tot die conclusie kunnen leiden. Daarbij is de formulering van artikel 7 van het Handvest bijna gelijk aan die van artikel 8, lid 1, van het EVRM. Bovendien bepaalt verordening nr. 1/2003 met name dat uitsluitend voor krachtens artikel 21 van deze verordening verrichte inspecties een voorafgaande rechterlijke toestemming is vereist, waarmee impliciet wordt uitgesloten dat een dergelijke toestemming is vereist met betrekking tot inspecties die op grond van artikel 20, lid 4, van de verordening worden verricht.

42. Ik ben dan ook van mening dat het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de middelen van rekwirantes betreffende vermeende schending van hun recht op onschendbaarheid van bedrijfsruimten af te wijzen. Bijgevolg geef ik het Hof in overweging het eerste middel af te wijzen.

C – *Tweede middel*

43. Met hun tweede middel stellen rekwirantes dat het Gerecht het grondrecht op effectieve rechterlijke bescherming van artikel 47 van het Handvest onjuist heeft uitgelegd en toegepast.

44. Volgens de Commissie en interveniënten snijden deze argumenten geen hout.

45. Het tweede middel is mijns inziens in belangrijke mate een herhaling van de argumenten van het eerste middel. Rekwirantes stellen louter dat door het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging voor een inspectie ondernemingen worden uitgesloten van een passende rechterlijke bescherming, wat in strijd is met het in artikel 47 van het Handvest en artikel 6, lid 1, van het EVRM erkende recht. Ook in dit verband verwijzen rekwirantes naar bovengenoemde arresten Colas Est, Canal Plus en Liotard Frères van het EHRM. [27]

46. Het volstaat dus te verwijzen naar wat ik reeds heb uiteengezet: ondernemingen waarbij een inspectie is verricht, kunnen bij de Unierechter opkomen tegen de rechtmatigheid van de door de Commissie gelaste inspectiebeschikking. Dergelijke gerechtelijke procedures kunnen worden ingesteld onmiddellijk nadat de onderneming in kennis is gesteld van de beschikking van de Commissie (in de regel bij aanvang van de inspectie). Het is niet nodig te wachten tot het tijdstip waarop de Commissie de definitieve beschikking betreffende de inbreuk op de mededingingsregels van de Unie heeft vastgesteld.

24 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak die heeft geleid tot het arrest Nexans en Nexans France/Commissie, C-37/13 P, EU:C:2014:223, punt 85.

25 — Zie arresten Chalkor/Commissie, C-386/10 P, EU:C:2011:815, en KME Germany e.a./Commissie, C-272/09 P, EU:C:2011:810.

26 — Zie artikel 52, lid 3, laatste volzin, van het Handvest: „Deze bepaling verhindert niet dat het recht van de Unie een ruimere bescherming biedt [dan die van het EVRM]."

27 — Aangehaald in de voetnoten 13 tot en met 15 hierboven. Ik merk dienaangaande op dat rekwirantes niet duidelijk hebben toegelicht waarom het arrest Colas Est relevant zou zijn in de onderhavige context, aangezien, zoals hierboven vermeld, het slechts betrekking had op een inbreuk op het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven (artikel 8 van het EVRM).

47. Het is voorts evident dat de Unierechter bevoegd is om alle juridische en feitelijke aspecten van inspectiebeschikkingen op alle punten te toetsen, onder meer de vraag of de Commissie op passende wijze gebruik heeft gemaakt van haar discretionaire bevoegdheid, en om inspectiebeschikkingen geheel of gedeeltelijk nietig te verklaren. [28]

48. Deze aspecten geven een belangrijk verschil aan tussen het systeem van de Unie dat in de onderhavige procedure wordt onderzocht en het nationale systeem dat in de arresten Canal Plus en Liotard Frères van het EHRM aan de orde was. De bevinding van het Hof van Straatsburg in laatstgenoemde zaken dat er sprake was van een inbreuk op artikel 6, lid 1, van het EVRM, was op twee belangrijke vaststellingen gebaseerd: i) de ondernemingen konden slechts bij wege van een rechtsvraag („cassatie") tegen de inspectiebeschikking opkomen en zij konden dus niet de aan die beschikking ten grondslag liggende feitelijke gegevens betwisten [29], en ii) de inspectiebeschikking kon alleen samen met de definitieve beschikking van de mededingingsautoriteit worden aangevochten, zodat het lot van een tegen de inspectiebeschikking ingesteld beroep onzeker zou zijn en de uitkomst ervan in ieder geval met een aantal jaar zou worden vertraagd. [30]

49. Deze punten zijn door het Gerecht in de punten 109 tot en met 112 van het bestreden arrest duidelijk toegelicht.

50. Nogmaals merk ik op dat ik niet inzie waarom artikel 47 van het Handvest de Europese Unie op dit punt striktere normen zou stellen dan het geval is voor de normen waarin artikel 6, lid 1, van het EVRM voor het Hof van Straatsburg voorziet, en rekwirantes hebben evenmin getracht het Hof daarvan op enigerlei wijze te overtuigen.

51. Het enkele feit dat de rechterlijke toetsing naderhand plaatsvindt, vormt mijns inziens geen inbreuk op het recht op effectieve gerechtelijke bescherming, om de hierboven uiteengezette redenen.

52. Om die reden kom ik tot het oordeel dat inspectiebeschikkingen onderworpen kunnen worden aan een vorm van rechterlijke toetsing die voldoet aan de in artikel 47 van het Handvest neergelegde normen van doeltreffendheid. Dienovereenkomstig heeft het Gerecht geenszins blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij zijn uitlegging en toepassing van dat beginsel. Het tweede middel moet derhalve eveneens worden verworpen.

D – *Derde middel*

53. Met hun derde middel betogen rekwirantes dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat de DUSS-stukken tijdens de eerste inspectie „per toeval" waren gevonden, in de zin van het arrest Dow Benelux. [31] De Commissie heeft namelijk erkend dat de functionarissen van de Commissie die de inspectie hadden uitgevoerd, vooraf in kennis waren gesteld van een klacht met betrekking tot een andere vermeende schending van de mededingingsregels door rekwirantes. Rekwirantes betoogden dat aldus sprake was van een onregelmatigheid waardoor de uitoefening van hun recht op verweer was aangetast.

54. In de eerste plaats verzet de Commissie zich tegen de ontvankelijkheid van dit middel voor zover rekwirantes opkomen tegen de vaststelling van de feiten door het Gerecht. Hoe dan ook is de Commissie van mening dat het betoog van rekwirantes ter zake ongegrond is.

28 — Zie de in punt 40 aangehaalde rechtspraak. Voor rechtspraak van het EHRM, zie met name arrest Menarini Diagnostiscs Srl/Italië, nr. 43509/08, punten 57-67 en aldaar aangehaalde rechtspraak, EHRM 2011.

29 — Zie arresten Société Canal Plus e.a./Frankrijk, aangehaald in voetnoot 15 hierboven, punt 37, en Société Métallurgique Liotard Frères/Frankrijk, aangehaald in voetnoot 14 hierboven, punten 18 en 19.

30 — Zie arrest Société Canal Plus e.a./Frankrijk, aangehaald in voetnoot 15 hierboven, punt 40.

31 — Arrest Dow Benelux, EU:C:1989:379.

1. Ontvankelijkheid

55. Naar mijn oordeel dient de exceptie van niet-ontvankelijkheid te worden afgewezen. In wezen verwijten rekwirantes het Gerecht niet dat de DUSS-documenten per toeval waren gevonden, maar dat die in het licht van het arrest Dow Benelux niet als zodanig kunnen worden aangemerkt. In casu betreft dit middel dus de juridische kwalificatie van de feiten door het Gerecht en de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden.

2. Ten gronde

56. Ten eerste wijs ik er wederom op dat op grond van artikel 28 van verordening nr. 1/2003 tijdens een inspectie verkregen documenten of inlichtingen uitsluitend voor het doel mogen worden gebruikt waarvoor zij zijn ingewonnen, behoudens de in deze verordening vastgestelde uitzonderingen. Uit het arrest Dow Benelux volgt echter dat, in afwijking van het in artikel 28 vastgestelde beginsel, gevonden documenten en inlichtingen die niet onder het voorwerp van de inspecties vallen, kunnen worden gebruikt om een nieuw onderzoek te starten.

57. In zijn arrest heeft het Gerecht op basis van de door partijen aangevoerde argumenten en bewijsstukken geoordeeld dat de opsporingen niet op de DUSS-documenten waren gericht, aangezien die documenten per toeval werden gevonden in bedrijfsruimten die de Commissie aan het doorzoeken was met het oog op het verzamelen van inlichtingen met betrekking tot het voorwerp van de eerste inspectie. Rekening daarmee houdend en hoofdzakelijk via verwijzingen naar de rechtspraak inzake Dow Benelux, heeft het Gerecht de argumenten van rekwirantes betreffende een vermeende onregelmatigheid van de eerste inspectie afgewezen. [32]

58. Het feit dat de DUSS-documenten werden gevonden terwijl naar andere soorten documenten werd gezocht, kan in beginsel niet in een procedure in hogere voorziening bij het Hof worden getoetst. De cruciale vraag is echter de volgende: is dat voldoende om te oordelen dat het recht op verweer en het recht op privacy van rekwirantes tijdens de eerste inspectie naar behoren zijn geëerbiedigd? Met andere woorden heeft het Gerecht artikel 28 van verordening nr. 1/2003 en het arrest Dow Benelux juist toegepast?

59. Ik geloof niet dat zulks het geval is.

60. Om te begrijpen waarom geoordeeld moet worden dat het Gerecht de rechtspraak van het Hof onjuist heeft toegepast, dient naar mijn mening te worden gekeken naar de opzet van de voorschriften van verordening nr. 1/2003, zoals die door het Hof worden uitgelegd.

61. De Commissie beschikt krachtens verordening nr. 1/2003 onbetwistbaar over ruime onderzoeksbevoegdheden die bepaalde grondrechten van ondernemingen en personen zwaar kunnen beïnvloeden. Zoals hierboven is aangegeven, geschiedt de uitoefening van deze bevoegdheden zonder (dan wel met een beperkte) rechterlijke toetsing vooraf. Daarnaast dient te worden opgemerkt dat de interne controle- en waarborgmechanismen die in de regel van toepassing zijn wanneer de Commissie beschikkingen en andere wettelijke bindende handelingen vaststelt [33], niet volledig van toepassing zijn voor beschikkingen uit hoofde van artikel 20 en 21 van verordening nr. 1/2003. De bevoegdheid om krachtens die bepalingen beschikkingen vast te stellen komt immers toe [34] aan de commissaris die verantwoordelijk is voor het mededingingsbeleid, die op zijn beurt die bevoegdheid heeft gedelegeerd

32 — Zie de punten 115-165 van het bestreden arrest.

33 — Deze controle- en waarborgmechanismen omvatten in het bijzonder een beraad van het volledige college van commissarissen, dat wordt voorafgegaan door een overleg tussen de betrokken diensten.

34 — Op grond van artikel 13 van het Reglement van orde van de Commissie [C(2000) 3614] (PB 2000, L 308, blz. 26), zoals gewijzigd bij besluit van de Commissie van 9 november 2011 tot wijziging van haar Reglement van orde (2011/737/EU, Euratom) (PB L 296, blz. 58).

aan de directeur-generaal van het DG Concurrentie van de Commissie.[35] Dit betekent dat inspectiebeschikkingen in feite alleen worden vastgesteld door de functionarissen van het DG Concurrentie, waarbij andere diensten van de Commissie nauwelijks of geen rol spelen bij de besluitvorming.

62. Het is echter algemeen aanvaard dat de Commissie over dergelijke ruime bevoegdheden moet beschikken, alsook over een passende mate van beoordelingsvrijheid voor de uitoefening ervan, aangezien inbreuk op de mededingingsregels een ernstige schending vormt op economische wetten waarop de Europese Unie is gegrondvest. Zo ook is het redelijk dat de vaststelling van inspectiebeschikkingen wordt gedelegeerd aan het lid van de Commissie dat bevoegd is voor het mededingingsbeleid, opdat inspecties snel kunnen worden uitgevoerd en het risico op lekken tot het minimum wordt beperkt.[36]

63. Juist omdat die bevoegdheden zo ruim zijn, de beoordelingsvrijheid zo groot is en de besluitvorming aan zo weinig voorafgaande (gerechtelijke of bestuurlijke) controles is onderworpen, dient de Unierechter er echter tegelijkertijd voor te zorgen dat de rechten van de bij een onderzoek betrokken ondernemingen en burgers volledig worden geëerbiedigd.[37] Met andere woorden, de Commissie is terecht bevoegd zich (soms verregaand) te mengen in de grondrechten van ondernemingen en burgers tijdens onderzoeken in het kader van kartelbestrijding. Een en ander dient evenwel te geschieden met eerbiediging van het legaliteitsbeginsel, aangezien anders inbreuk wordt gemaakt op de door het recht van de Unie gewaarborgde onschendbaarheid van de kern van die grondrechten.[38]

64. Artikel 28 van verordening nr. 1/2003 dient tegen die achtergrond te worden gelezen. Een van de achterliggende bedoelingen van deze bepaling is te voorkomen dat door de Commissie „fishing expeditions” worden uitgevoerd onder het voorwendsel van een lopend onderzoek naar een mogelijke schending van de mededingingsregels. De Commissie mag slechts naar bewijsstukken zoeken van mogelijke schending van de mededingingsregels van de Unie indien die betrekking hebben op het voorwerp van het onderzoek.

65. Anderzijds houdt de motivering van het arrest Dow Benelux mijns inziens in dat van de Commissie niet kan worden geëist dat zij bewijsmateriaal negeert dat zij puur per toeval vindt en dat naar een andere schending van de mededingingsregels van de Unie lijkt te wijzen. Dat de Commissie niet blind blijft voor dat bewijsmateriaal, vormt dan ook geen misbruik of omzeiling van procedurele regels. Een dergelijke situatie kan naar analogie worden vergeleken met die van – bijvoorbeeld – een handhavingsinstantie die tijdens een inspectie ter plaatse vanwege vermeende belastingfraude informatie vindt die mogelijk op het witwassen van geld wijst. Er is geen enkele steekhoudende reden waarom die instantie deze – daadwerkelijk per toeval gevonden – informatie terzijde zou moeten schuiven. Hetzelfde geldt voor de Commissie in het kader van de door haar krachtens verordening nr. 1/2003 verrichte onderzoeken.

66. In die context gaat het in de onderhavige zaak om het volgende: heeft de Commissie het in artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 neergelegde voorschrift omzeild?

35 — Zie hoofdzakelijk beschikkingen van de Commissie PV(2004) 1655, SEC(2004) 520/2 en PV(2006) 1763, SEC(2006) 1368.

36 — Over de rechtmatigheid van een dergelijke delegatie, zie arresten AKZO Chemie en AKZO Chemie UK/Commissie, 5/85, EU:C:1986:328, punten 28-40, en Dow Chemical Ibérica e.a./Commissie, 97/87–99/87, EU:C:1989:380, punt 58.

37 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de zaak die heeft geleid tot het arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, EU:C:2003:85, punt 26. Zie dienaangaande ook arrest Hoechst/Commissie, C-227/92 P, EU:C:1999:360, punten 14 en 15 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

38 — Zie in het bijzonder artikel 52, lid 1, van het Handvest.

67. Het Gerecht heeft in bestreden arrest geconstateerd dat de functionarissen van de Commissie onmiddellijk voorafgaand aan de inspectie uitdrukkelijk in kennis waren gesteld van de ontvangst van een andere klacht tegen rekwirantes, en dat zij op de hoogte zijn gebracht van het voorwerp van die klacht. Bovendien heeft de Commissie, zowel tijdens de procedure in eerste aanleg als tijdens de onderhavige hogere voorziening, dat feit openlijk erkend. Niettemin had het Gerecht geen kritiek daarop, dat het kennelijk niet van belang achtte in het licht van het hiervoor genoemde arrest Dow Benelux. Het Gerecht heeft slechts overwogen dat „moet worden geconstateerd dat het gerechtvaardigd was om de functionarissen in te lichten over de algemene context van de zaak", zonder echter verder toe te lichten welke redenen dat feitelijk waren. [39]

68. In haar schriftelijke opmerkingen verdedigt de Commissie de redenering van het Gerecht en voert zij aan dat het voor de functionarissen van de Commissie zinvol was te weten in welke context de inspectie diende te worden uitgevoerd.

69. In beginsel ben ik het met de Commissie eens dat het van cruciaal belang is dat de functionarissen van de Commissie, voordat een inspectie plaatsvindt, worden ingelicht over de betreffende context van het onderzoek. In dit verband is het mijns inziens redelijk en nuttig om de betrokken functionarissen alle inlichtingen te verschaffen die kunnen bijdragen aan de effectiviteit van de opsporing van bewijsmateriaal over het voorwerp van de inspectie. Dit omvat bijvoorbeeld inlichtingen die inzicht geven in de aard en de omvang van de mogelijke inbreuk (betrokken producten en geografische markt, overige betrokken bedrijven, namen van personen die namens het bedrijf betrokken zijn bij het onderzoek, enzovoort), alsook informatie met betrekking tot de logistiek van de inspectie (kantoren die doorzocht moeten worden, het soort documenten dat van belang is, zoekwoorden of overige soorten specifieke informatie waarnaar gezocht moet worden). Dat soort informatie draagt niet alleen bij aan de effectiviteit van de opsporing waardoor het doel daarvan wordt bereikt, maar zorgt er tevens voor dat de inmenging in de rechten van de bij de inspectie betrokken onderneming beperkt blijft, aangezien de opsporing zo gerichter is en minder tijd in beslag neemt.

70. Het is mij echter geenszins duidelijk wat de Commissie bedoelt wanneer zij in de onderhavige zaak spreekt over de „context" van de inspectie. Evenmin zie ik in waarom de tweede vermeende inbreuk als „algemene context" van de eerste vermeende inbreuk moet worden beschouwd, om de woorden van het Gerecht te gebruiken.

71. Bij het verhoor ter terechtzitting lichtte de Commissie het Hof nadrukkelijk toe waarom de informatie van de tweede vermeende inbreuk van belang was voor het opsporen van informatie in verband met de eerste vermeende inbreuk. De Commissie betoogde dat beide zaken in twee opzichten met elkaar verband zouden kunnen houden: ten eerste omdat beide onderzoeken eenzelfde eiser gemeen hadden; ten tweede omdat de Commissie op dat moment de mogelijkheid niet kon uitsluiten dat beide onderzochte gedragslijnen een verwezenlijking waren van een algemene door de Deutsche Bahn gehanteerde strategie waarbij zij haar concurrenten ongelijk behandelt bij het verschaffen van toegang tot de infrastructuren van haar dochterondernemingen.

72. De zwakte en de vaagheid van de argumenten van de Commissie op dit punt tonen aan dat de twee zaken in feite niets gemeen hebben, afgezien van het feit dat zij beide verband houden met dochterondernemingen van Deutsche Bahn, hoewel het niet om dezelfde dochterondernemingen gaat. Het feit dat een onderneming een van de eisers in beide zaken was, lijkt niet van enig belang te zijn, aangezien de bekritiseerde gedragslijnen zeer verschillend zijn en op verschillende markten plaatsvinden.

39 — Punt 162 van het bestreden arrest.

73. De bewering dat de Commissie de mogelijkheid niet kon uitsluiten dat beide gedragingen uit één enkele strategie voortvloeiden, wordt op geen enkele wijze gestaafd door de stukken. Bovendien geeft de door de Commissie verstrekte beschrijving van de gebeurtenissen het eerder het tegendeel aan. De Commissie heeft toegegeven dat haar functionarissen voorafgaand aan de eerste inspectie op de hoogte waren gesteld van het voorwerp van de tweede klacht, maar zij voegde daaraan toe dat haar functionarissen er daarbij ook aan waren herinnerd dat het doel van die inspectie het voorwerp van de eerste klacht was en niet van de tweede. Indien de Commissie had vermoed dat beide gedragslijnen de verwezenlijking van één enkel plan vormden, was die waarschuwing klaarblijkelijk niet alleen onnodig geweest, maar tevens contraproductief. De aard en de omvang van de vermeende inbreuk zou bovendien aanzienlijk groter zijn geweest. Het zou dan ook voor de hand hebben gelegen dat de Commissie actief zocht naar een mogelijk verband tussen de twee zaken.

74. Bovendien heeft de Commissie ter terechtzitting verklaard dat zij eerst had besloten geen onderzoek naar de tweede klacht te verrichten, aangezien die betrekking had op gedragingen die slechts een geringe impact hadden. Deze bewering kan evenwel moeilijk worden verzoend met het argument van de Commissie dat zij op dat moment niet kon uitsluiten dat Deutsche Bahn een verregaande strategie aan het uitvoeren was die erin bestond haar concurrenten bij het verlenen van toegang tot haar infrastructuren ongelijk te behandelen.

75. Volgens mij spreekt het in elk geval voor zich dat indien de Commissie daadwerkelijk vermoedde dat Deutsche Bahn een dergelijke veelomvattende strategie hanteerde, zij dat had moeten vermelden in de eerste inspectiebeschikking. Zelfs nadat de DUSS-documenten tijdens de eerste inspectie waren gevonden, werd er noch in de tweede, noch in de derde inspectiebeschikking melding gemaakt van een dergelijke beweerde strategie. Dit lijkt niet alleen geheel in tegenspraak te zijn met de argumenten van de Commissie, maar doet ook verdere twijfel rijzen over de rechtmatigheid van de litigieuze beschikkingen.

76. Ten slotte heeft de Commissie bij het beantwoorden van een andere vraag ter terechtzitting tijdens de zitting toegegeven dat de opsporing naar informatie inzake de eerste vermeende inbreuk niet noodzakelijkerwijs doeltreffender verliep dankzij het feit dat haar functionarissen vooraf waren ingelicht over het voorwerp van de tweede vermeende inbreuk.

77. Aangezien er kennelijk geen duidelijk verband tussen de twee vermeende inbreuken bestaat en de Commissie erkent dat de aan haar functionarissen verstrekte inlichtingen met betrekking tot de tweede vermeende inbreuk niet echt zinvol was om informatie over de eerste vermeende inbreuk op te sporen, moet naar mijn mening de conclusie luiden dat er een andere reden moet zijn geweest voor het verstrekken van inlichtingen aan de functionarissen van de Commissie. Mijns inziens is de enige aannemelijke verklaring dat de informatie over de vermeende inbreuk betreffende DUSS aan de functionarissen van de Commissie werd verstrekt opdat zij hun ogen open zouden houden voor bewijsmateriaal in verband met de tweede klacht.

78. Het is namelijk geenszins zeker dat de functionarissen van de Commissie zonder die voorafgaande informatie de betekenis van de DUSS-documenten hadden kunnen achterhalen. Dit temeer daar de vermeende inbreuk in dat geval niet bestond uit een typische en eenvoudig vast te stellen schending van artikel 101 VWEU (zoals het geval kan zijn met documenten die betrekking hebben op hardcore kartels), maar uit gedragingen waarvan de mogelijke mededingingsbeperkende gevolgen slechts kunnen worden beoordeeld door middel van een analyse met een bepaalde mate van complexiteit. [40]

40 — Zie in dat verband in het bijzonder punten 15 en 22 van het bestreden arrest.

79. In de kern dient dit te leiden tot de conclusie dat de Commissie de in verordening nr. 1/2003 neergelegde voorschriften voor inspecties, opzettelijk dan wel door nalatigheid, heeft omzeild door een inspectie te gebruiken voor de opsporing van documenten die betrekking hadden op een andere zaak *die geen verband daarmee hield*.

80. In die omstandigheden is het bijna vanzelfsprekend dat wanneer de Commissie, zoals in de onderhavige zaak, op de hoogte wordt gesteld van andere – diverse en afzonderlijke – vermoedelijke inbreuken op de mededingingsregels door sommige ondernemingen waarnaar reeds een onderzoek is ingesteld, het haar vrijstaat beide gedragslijnen tegelijkertijd te onderzoeken. In het bijzonder is er niets op tegen dat de Commissie, indien aan de betreffende voorwaarden is voldaan, twee inspectiebeschikkingen vaststelt die worden gericht aan dezelfde onderneming, beide in het kader van een ander onderzoek dat op hetzelfde moment zal worden uitgevoerd. Doch, indien de Commissie voornemens is zulks te doen, dient zij dit openlijk te doen en de in verordening nr. 1/2003 neergelegde procedures na te leven, zodat alle waarborgen en garanties die de aan de inspectie onderworpen onderneming kunnen doen gelden, naar behoren worden geëerbiedigd.

81. In casu heeft de Commissie in eerste instantie opzettelijk besloten niet twee afzonderlijke beschikkingen tegelijkertijd vast te stellen en formeel slechts één gestelde inbreuk te onderzoeken. Niettemin heeft de Commissie haar functionarissen, expliciet dan wel impliciet, opgedragen specifiek te letten op informatie die verband hield met een tweede en andere vermeende inbreuk.

82. Dit is duidelijk niet het soort gedragingen dat het Hof in het arrest Dow Beneluxtoelaatbaar heeft geacht. Er is naar mijn mening geen verschil tussen een geval waarin de Commissie een inspectie start zonder een rechtsgeldige beschikking en een geval waarin de Commissie handelt op basis van een rechtsgeldige beschikking, maar naar informatie zoekt in verband met een ander onderzoek dat niet onder die beschikking valt.

83. Het omzeilen van de in artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 neergelegde bepalingen leverde derhalve niet alleen schending van de rechten van verweer van rekwirantes op, maar tevens – en vooral – kennelijke schending van het recht van onschendbaarheid van de woning. Derhalve moet het derde middel worden toegewezen en dient het arrest van het Gerecht te worden vernietigd voor zover het door rekwirantes in eerste aanleg aangevoerde middel dat aan de vermoedelijke onregelmatigheid van de eerste inspectie was ontleend, is afgewezen.

E – *Vierde middel*

84. Met hun vierde middel stellen rekwirantes dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat rekwirantes het bewijs moesten leveren dat de DUSS-documenten niet „per toeval” waren gevonden. Rekwirantes betogen dat het Gerecht in plaats daarvan de Commissie had moeten opdragen aan te tonen dat was voldaan aan de voorwaarden van het arrest Dow Benelux.

85. De Commissie is van mening dat het onderhavige middel niet-ontvankelijk en ongegrond is. Wat de ontvankelijkheid ervan betreft, betoogt de Commissie dat rekwirantes het Hof in wezen verzoeken om de beoordeling van het Gerecht van het door hen in eerste aanleg overgelegde bewijs te toetsen en daarbij vast te stellen dat de DUSS-documenten niet per toeval werden gevonden. Het Gerecht heeft geoordeeld dat de argumenten van rekwirantes niet door dat bewijs werden ondersteund en die beoordeling is niet vatbaar voor een hogere voorziening.

86. Wat de gegrondheid van de onderhavige middelen betreft, betoogt de Commissie dat het voor rekwirantes geenszins onmogelijk was om bewijs aan te voeren ter staving van hun bewering dat zij tijdens de eerste inspectie tevens naar documenten betreffende de tweede vermeende inbreuk heeft gezocht. Rekwirantes hebben in eerste aanleg immers een groot aantal bewijsstukken aangevoerd waaruit volgens hen het onrechtmatige gedrag van de Commissie bleek, maar dat het Gerecht – volgens de Commissie terecht – als niet-overtuigend heeft beschouwd.

87. Het onderhavige middel ziet duidelijk ook op de verwerping door het Gerecht van het middel van rekwirantes over het gebruik van de Commissie van de tijdens de eerste inspectie gevonden DUSS-documenten als basis voor het vaststellen van de tweede en de derde inspectiebeschikking. Indien het Hof het eens is met mijn beoordeling van het derde middel, is het dus niet nodig ook het vierde middel te onderzoeken. Bijgevolg zal ik dit middel, voor de volledigheid of ingeval het Hof het derde middel niet-ontvankelijk of ongegrond verklaart, slechts kort onderzoeken.

1. Ontvankelijkheid

88. Allereerst hebben de argumenten van de Commissie dat dit middel niet ontvankelijk is, mij niet kunnen overtuigen. Mijns inziens verwijten rekwirantes het Gerecht niet de wijze waarop het de ter ondersteuning van hun standpunt overgelegde bewijzen heeft beoordeeld, maar veeleer reeds het enkele feit dat de bewijslast betreffende de ware bedoelingen van de Commissie bij hen gelegd is. Rekwirantes stellen dus eerder de kwestie van de verdeling van de bewijslast aan de orde. Dit betreft duidelijk een rechtsvraag en is als zodanig vatbaar voor toetsing door het Hof in hogere voorziening.

2. Ten gronde

89. In wezen wordt met dit middel de vraag aan de orde gesteld of het in de procedures bij de Unierechter aan de ondernemingen staat is om aan te tonen dat de Commissie op onrechtmatige wijze in een ander verband gebruik heeft gemaakt van documenten die tijdens een inspectie zijn gevonden, maar die geen verband houden met het vastgestelde doel van die inspectie of vice versa.

90. Het lijkt zinvol om vooraf nogmaals te benadrukken dat de bevoegdheden van de functionarissen van de Commissie tijdens een inspectie uit hoofde van artikel 20, lid 1, van verordening nr. 1/2003 worden afgebakend door de inspectiebeschikking waarin het voorwerp van de inspectie is vastgesteld. Nochtans moet de Commissie tijdens de inspectie de mogelijkheid hebben alle documenten te onderzoeken met betrekking tot het bedrijf waarvan zij redelijkerwijs vermoedt dat die informatie bevatten die van belang is voor het onderzoek. Dit betekent dat de functionarissen van de Commissie onvermijdelijk een groot aantal documenten zullen inzien die eventueel buiten het voorwerp van de inspectie vallen, teneinde na te gaan of die al dan niet van belang zijn. De functionarissen van de Commissie mogen echter uitsluitend kopieën maken van de documenten die van belang worden geacht voor het onderzoek. [41]

91. Zolang de Commissie derhalve uitsluitend kopieën maakt van de documenten die onder de inspectiebeschikking vallen, kan niet anders worden aangenomen dan dat haar gedraging rechtmatig is. In dergelijke gevallen is het aan de onderneming om voor het Hof te bewijzen dat de inspectiebeschikking ongeldig is (door tegen die beschikking direct beroep in te stellen bij de Unierechter) of de onrechtmatigheid aan te tonen van het verloop van de inspectie (in de regel door een beroep tot nietigverklaring van de door de Commissie vastgestelde definitieve beschikking over de vermeende inbreuk). [42]

41 — Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Kokott in de zaak die heeft geleid tot het arrest Nexans en Nexans France/Commissie, EU:C:2014:223, punt 62 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

42 — Zie arresten Dow Benelux, EU:C:1989:379, punt 49, en Nexans France en Nexans/Commissie, T-135/09, EU:T:2012:596, punten 115 e.v. en aldaar aangehaalde rechtspraak.

92. Gebruikmaking van informatie die niet binnen de werkingssfeer van de inspectiebeschikking valt, is in beginsel daarentegen verboden. Niettemin kunnen documenten die per toeval tijdens een inspectie zijn gevonden en geen verband daarmee houden, nog altijd worden gebruikt om een nieuw onderzoek te starten, zoals in het arrest Dow Benelux is uiteengezet.

93. Dat betekent dat indien de Commissie gebruikmaakt van documenten of gegevens die tijdens een inspectie zijn gevonden en die niet onder de inspectiebeschikking vallen, het in geval van een rechtsgeschil aan de Commissie staat om zich op een uitzondering op het voornoemde algemene beginsel te beroepen, zoals de uitzondering die uit het arrest Dow Benelux voortvloeit, en aan het Hof staat om te bewijzen dat is voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van die uitzondering.[43]

94. Onder normale omstandigheden kan de bewijslast die op de Commissie rust zeer eenvoudig worden opgeheven. Er valt in de regel dan ook niet in te zien waarom de Commissie er belang bij zou hebben om informatie te onderzoeken en te verzamelen die niet onder het lopende onderzoek valt. Derhalve kan worden gesteld dat in de regel een korte toelichting over de vindwijze van de informatie die buiten het onderzoek valt, voldoende is om aan te tonen dat de Commissie tijdens de doorzoeking geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Het is dan aan de betrokken onderneming de Unierechter ervan te overtuigen dat vanaf het begin het onderzoek feitelijk op de desbetreffende documenten was gericht. Anders gezegd, ik ben van mening dat het Hof kan aannemen dat de gedraging van de Commissie binnen de werkingssfeer van de in het arrest Dow Benelux vastgestelde regel valt, tenzij feitelijk het tegendeel wordt bewezen.

95. In de onderhavige zaak is de situatie echter anders. Partijen zijn het erover eens dat: i) de door de Commissie tijdens de eerste inspectie ontdekte DUSS-documenten geen verband houden met het voorwerp van die inspectie; ii) die documenten werden gebruikt als basis voor het vaststellen van twee beschikkingen waarbij twee opeenvolgende inspecties werden gelast die betrekking hadden op een andere mogelijke inbreuk, en iii) de functionarissen van de Commissie onmiddellijk voorafgaand aan de eerste inspectie op de hoogte zijn gesteld van het voorwerp van de tweede klacht.

96. In die omstandigheden onderschrijf ik het standpunt van rekwirantes dat het in beginsel de Commissie was die, aangezien zij zich op de uitzondering van het arrest Dow Benelux beriep, moest aantonen dat de voorwaarden voor toepassing van die uitzondering waren vervuld.

97. Die vraag is in de onderhavige zaak echter volkomen irrelevant. Mijns inziens heeft het Gerecht namelijk al eerder in zijn redenering in het bestreden arrest blijk gegeven van onjuiste rechtsopvatting. Zoals eerder is uiteengezet heeft de uitzondering van het arrest Dow Benelux uitsluitend betrekking op daadwerkelijk toevallige ontdekkingen: dat wil zeggen, informatie die wordt gevonden tijdens een doorzoeking, te goeder trouw, naar informatie die betrekking heeft op het voorwerp van de inspectie. Omgekeerd kan die uitzondering niet worden toegepast in gevallen waarin documenten worden ontdekt bij een onrechtmatige doorzoeking. Zoals reeds eerder is aangegeven, vormde de eerste inspectie in casu een onrechtmatige doorzoeking voor zover de functionarissen van de Commissie expliciet of impliciet werd verzocht om documenten te op te sporen die buiten de in de eerste inspectiebeschikking afgebakende werkingssfeer van de inspectie vielen. De eerste inspectie was met andere woorden onrechtmatig voor zover die het nasporen van de DUSS-documenten betrof.

98. Derhalve heeft de onjuiste rechtsopvatting van het Gerecht geen betrekking op de vraag of de Commissie diende aan te tonen dat aan de criteria van het arrest Dow Benelux was voldaan of dat het aan rekwirantes stond om dat te ontkrachten. De onjuiste rechtsopvatting was fundamenteler. In het kader van de onderhavige zaak komt de vraag betreffende de bewijslastverdeling niet eens aan de orde. Indien het Gerecht de juiste conclusies had getrokken uit het feit dat de Commissie een onrechtmatige doorzoeking met betrekking tot de DUSS-documenten had uitgevoerd, dan was er geen

43 — Zie naar analogie arresten Commissie/Frankrijk, C-24/00, EU:C:2004:70, punt 53, en Commissie/Italië, 199/85, EU:C:1987:115, punt 14.

aanvullend bewijs van rekwirantes nodig geweest om aan te tonen dat er sprake was van een inbreuk op hun recht op verweer en recht op privacy. Evenzo kon dan uit het door de Commissie aangevoerde bewijs niet worden afgeleid dat de documenten per toeval en dus rechtmatig waren gevonden.

99. Om die reden ben ik van oordeel dat het vierde middel eveneens gegrond is.

VI – **Gevolgen van het hierboven verrichte onderzoek**

100. Volgens artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie vernietigt het Hof de beslissing van het Gerecht indien de hogere voorziening gegrond is. Wanneer de zaak in staat van wijzen is, kan het Hof de zaak zelf afdoen. Het kan de zaak ook terugverwijzen naar het Gerecht voor een nieuwe uitspraak.

101. Ik ben tot de slotsom gekomen dat het derde en het vierde middel moeten worden toegewezen. Dientengevolge dient het bestreden arrest te worden vernietigd voor zover het, in de punten 115 tot en met 165, de middelen die rekwirantes met betrekking tot de inbreuken op hun recht op verweer tijdens de eerste inspectie in eerste aanleg hebben aangevoerd, heeft afgewezen.

102. Gelet op de feiten zoals die beschikbaar zijn en op discussies die voor het Gerecht en voor dit Hof zijn gevoerd, kan het Hof de zaak volgens mij zelf afdoen.

103. In hun bij het Gerecht ingestelde beroep hebben rekwirantes onder meer verzocht om nietigverklaring van de tweede en de derde inspectiebeschikking, op grond dat die op tijdens de eerste inspectie onrechtmatig verkregen informatie waren gebaseerd.

104. Om de hierboven uiteengezette redenen ben ik tot het oordeel gekomen dat het recht op verweer en recht op onschendbaarheid van de woning van rekwirantes zijn geschonden doordat inbreuk is gemaakt op de in verordening nr. 1/2003 neergelegde voorschriften. De cruciale vraag in deze omstandigheden luidt dan ook als volgt: vormt de schending van het recht op verweer en het recht van onschendbaarheid van de woning van rekwirantes voldoende grond voor de nietigverklaring van de tweede en de derde inspectiebeschikking?

105. Om de hieronder uiteengezette redenen moet deze vraag mijns inziens bevestigend worden beantwoord.

106. Ten eerste, zoals al eerder is vermeld, heeft het Hof uiteengezet dat ingeval een inspectiebeschikking door de Unierechter nietig wordt verklaard, dit de Commissie belet om voor de procedure ter zake van een inbreuk op de mededingingsregels van de Unie gebruik te maken van documenten of bewijsstukken die zij tijdens dat onderzoek mocht hebben verzameld. Zo niet loopt zij het risico dat haar beschikking door de Unierechter nietig wordt verklaard voor zover deze beschikking was gegrond op die bewijsstukken. [44]

107. Het beginsel dat uit die rechtspraak voortvloeit, is van het grootste belang aangezien aldus het systeem waarin bij verordening nr. 1/2003 is voorzien, in overeenstemming is met bovengenoemde rechtspraak van het EHRM over artikel 8 van het EVRM. Het Hof van Straatsburg heeft daarbij steeds geoordeeld dat een inmenging in het recht op onschendbaarheid van de woning onder meer

44 — Zie arrest Roquette Frères, EU:C:2002:603, punt 49 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

gerechtvaardigd is indien de wet voorziet in „bescherming tegen misbruik" door overheden. Deze bescherming kan onder meer bestaan uit voorschriften die voorzien in de teruggave of de vernietiging van onrechtmatig in beslag genomen of gekopieerde documenten, dan wel in verbodsbepalingen betreffende het gebruik van de verzamelde informatie. [45]

108. Ten tweede merk ik op dat artikel 28 van verordening nr. 1/2003 in zeer ruime bewoordingen is geformuleerd. In het bijzonder heeft het werkwoord „gebruiken" een ruime betekenis. De in die regel neergelegde bepaling stelt wellicht een algemeen verbod op gebruik van informatie die is verzameld tijdens een inspectie in het kader van andere onderzoeken, tenzij een specifieke uitzondering van toepassing is. Dit ligt immers voor de hand aangezien dat beginsel van het grootste belang is, daar het ertoe strekt om niet alleen de geheimhoudingsplicht van de betrokken ondernemingen veilig te stellen, maar ook, en nog belangrijker, het recht op verweer van die ondernemingen te beschermen. [46]

109. Ik leid uit een en ander dan ook af dat het de Commissie niet alleen verboden is om die informatie als bewijs van een inbreuk te gebruiken, maar meer algemeen dat zij die informatie ook niet kan gebruiken als grondslag voor overige beschikkingen die voor de betrokken onderneming (en overigens evenmin voor andere ondernemingen) ongunstige of negatieve gevolgen hebben. Ik zie niet in waarom onder dat verbod niet tevens beschikkingen zouden moeten vallen waarin een onderneming overeenkomstig artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 wordt gelast zich aan een inspectie te onderwerpen.

110. Ten derde wijs ik erop dat het Gerecht in de punten 130 tot en met 134 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de tijdens de eerste inspectie verzamelde inlichtingen „de rechtmatigheid van de tweede en de derde inspectiebeschikking aantasten". Het feit dat de Commissie eerder een klacht had ontvangen over een vermeende door DUSS gepleegde inbreuk is door het Gerecht – mijns inziens terecht – als irrelevant afgedaan, voor zover de tijdens de eerste inspectie gevonden informatie aanleiding heeft gegeven tot de tweede en de derde inspectie. In de tweede en de derde inspectiebeschikking werd bovendien verwezen (uitdrukkelijk in de derde beschikking en impliciet in de tweede beschikking) naar de informatie die bij de eerste inspectie was gevonden. De Commissie heeft de bevindingen van het Gerecht op dit punt niet betwist.

111. Voorts merk ik op dat de Commissie in haar bij het Gerecht ingediende conclusies heeft erkend dat de tijdens de eerste inspectie gevonden documenten een belangrijke aanvulling vormden op de informatie die reeds in de dossiers van de Commissie was opgenomen. De Commissie heeft in het bijzonder uitdrukkelijk gesteld dat de DUSS-documenten mogelijk wezen op een inbreuk waarvan de aard en de omvang groter leken dan het voorwerp van de eerder ontvangen klacht. De Commissie heeft ter terechtzitting tevens benadrukt dat de informatie die over de tweede vermeende inbreuk is verkregen voordat de eerste inspectie had plaatsgevonden, zeer beperkt van aard was.

112. Het valt derhalve niet uit te sluiten dat de informatie waarover de Commissie beschikte voordat de DUSS-documenten werden gevonden, niet voldoende was om een inspectie overeenkomstig artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 toe te staan. Hoe dan ook, zelfs al zou de Commissie over voldoende bewijs hebben beschikt om een ad-hoc-inspectie met betrekking tot de tweede vermeende inbreuk te gelasten, is dat volgens mij niet toereikend om de gevolgen van een ernstige schending van artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 te verhelpen.

45 — Zie arresten Bernh Larsen Holding AS e.a./Noorwegen, aangehaald in voetnoot 18 hierboven, punten 171 en 172; Klass e.a./Duitsland, 6 september 1978, punten 47 en 52, deel A nr. 28; Z/Finland, 25 februari 1997, punt 103, *Reports of Jugdments and Decisions* 1997-I, en Delta Pekárny AS/Tsjechië, aangehaald in voetnoot 22 hierboven, punt 92.

46 — Zie arrest Dow Benelux, EU:C:1989:379, punt 18.

113. Ten vierde doet het niet ter zake dat een deel van de DUSS-documenten slechts zijn gekopieerd nadat rekwirantes in kennis waren gesteld van de tweede beschikking. Voor zover de Commissie deze documenten tijdens de eerste inspectie had gevonden en zij die opzij had gelegd om ze later te kopiëren, kan niet worden gesteld dat die documenten voor het eerst waren verkregen op grond van een nieuwe beschikking.

114. De betrokken documenten werden ontdekt tijdens een inspectie die onrechtmatig was doordat het opsporingen naar informatie over de tweede vermeende inbreuk betrof. Als zodanig kan deze procedurefout niet worden „verholpen" door een nieuwe inspectiebeschikking vast te stellen (of beweerdelijk door het indienen van een verzoek om informatie ingevolge artikel 18 van verordening nr. 1/2003).

115. De tegengestelde opvatting zou er in feite toe leiden dat het verbod van artikel 28 van verordening nr. 1/2003 zonder gevolg blijft. De Commissie zou in de praktijk de procedurele regels, waaronder die van artikel 20, lid 4, van de verordening, kunnen negeren en het verbod van artikel 28 kunnen omzeilen, aangezien elk document dat op onrechtmatige wijze wordt verkregen, simpelweg zou kunnen worden „geregulariseerd". Los van de verenigbaarheid daarvan met de voormelde rechtspraak van het EHRM, kan verordening nr. 1/2003 niet redelijkerwijs aldus worden opgevat.

116. Het is juist dat het Hof in het arrest PVC heeft geoordeeld dat zodra de Commissie in een bepaalde zaak documenten heeft verkregen, daaruit geen onbeperkte bescherming voortvloeit die zo ver reikt dat die documenten niet meer rechtmatig in een andere zaak kunnen worden opgevraagd en als bewijs kunnen worden gebruikt. Bijgevolg heeft het Hof geoordeeld dat aangezien de Commissie de bestreden documenten in laatstgenoemde zaak opnieuw had verkregen op basis van bevelen of beschikkingen en deze had gebruikt voor het doel dat daarin was vermeld, zij het recht op verweer van de betrokken ondernemingen had geëerbiedigd.[47]

117. De feiten van die zaak verschillen echter aanzienlijk van die van de onderhavige zaak. In tegenstelling tot de onderhavige zaak, heeft in de zaak PVC immers geen van de partijen betoogd dat de Commissie tijdens de eerste inspectie onrechtmatig was opgetreden. Bovendien hadden de betrokken ondernemingen op verzoek van de Commissie vrijwillig een nieuwe kopie van de documenten in kwestie verstrekt.[48] Omgekeerd heeft de Commissie in de onderhavige procedure vertrouwd op de kopie van juist die documenten die zij tijdens de eerste inspectie onrechtmatig had verkregen.

118. Volgens mij heeft het Gerecht in het arrest PVC op oordeelkundige wijze uitspraak gedaan.[49] Ik herhaal dat het onderliggende doel van artikel 28 erin bestaat te voorkomen dat de Commissie de vastgestelde regels omzeilt, en aldus de rechten te beschermen van de aan een onderzoek onderworpen ondernemingen. De werkingssfeer van artikel 28 zou al te zeer worden verruimd indien ervan wordt uitgegaan dat het latere gebruik van een in het kader van een onderzoek verkregen document in een andere zaak verboden is, zelfs indien geen enkele procedurele regel wordt omzeild en het recht op verweer van de betrokken ondernemingen naar behoren wordt geëerbiedigd. Om een voorbeeld te geven, er is geen reden om het gebruik van een belastend document dat de Commissie tijdens een inspectie heeft gevonden of na een verzoek om inlichtingen in verband met een andere inbreuk heeft verkregen, in een volgend onderzoek te verbieden, voor zover vervolgens een kopie van datzelfde document in het kader van dat nieuwe onderzoek wordt gevonden of verkregen overeenkomstig de in verordening nr. 1/2003 neergelegde voorschriften.

119. Dit is in casu echter niet het geval.

47 — Zie arrest PVC, EU:C:2002:582, punten 294-307.

48 — Zie in het bijzonder punten 470 en 471 van het arrest in eerste aanleg: arrest 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 en T-335/94, EU:T:1999:80.

49 — Ibidem, punt 477.

120. Ten vijfde, ten slotte, is het naar mijn mening evenmin relevant dat de vertegenwoordigers van rekwirantes die tijdens de inspectie met de functionarissen van de Commissie „meeliepen", op dat moment geen bezwaar hebben aangetekend [50] noch hebben verzocht een officiële klacht in het door de functionarissen van de Commissie na afloop van de inspectie opgestelde verslag op te nemen, zoals de Commissie in haar opmerkingen aanvoert.

121. Om te beginnen verlangt geen enkel voorschrift van verordening nr. 1/2003 of van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van ondernemingen dat zij in die fase reeds onmiddellijk melding maken van elk eventueel bezwaar, bij gebreke waarvan die grief niet meer voor de Unierechter kan worden gebracht. Het loutere stilzwijgen van de onderneming op dat tijdstip houdt niet in dat zij een mogelijkerwijs onrechtmatige handeling van de Commissie aanvaardt. Voorts kan het voor de vertegenwoordigers van de onderneming lastig zijn om uit te maken of de Commissie in voorkomend geval de procedurele regels schendt. De medewerkers van de Commissie zijn immers niet verplicht – en worden stellig ook niet verondersteld – nader aan te geven of te verklaren waarom zij bijvoorbeeld naar een bepaald type document of materiaal zoeken of wat hen ertoe beweegt een specifieke ruimte te doorzoeken.

122. Gelet op het voorgaande, aangezien de in strijd met de voorschriften in verordening nr. 1/2003 verkregen documenten door de Commissie als grondslag voor de tweede en de derde inspectiebeschikking zijn gebruikt, ben ik van oordeel dat deze beschikkingen nietig moeten worden verklaard.

VII – **Kosten**

123. Ingeval het Hof het eens is met mijn beoordeling van de hogere voorziening en dus slechts twee van de vier door rekwirantes aangevoerde middelen gegrond worden verklaard, dienen rekwirantes overeenkomstig de artikelen 137, 138, 140 en 184 van het Reglement van Orde te worden verwezen in de helft van hun eigen kosten en de helft van de door de Commissie in verband met deze hogere voorziening gemaakte kosten. De Commissie dient van haar kant de helft van de voor rekwirantes opgekomen kosten alsook de helft van haar eigen kosten betreffende deze hogere voorziening te dragen.

124. Met betrekking tot de kosten van de procedure in eerste aanleg is enerzijds het middel van rekwirantes geslaagd betreffende de vernietiging van de tweede en de derde inspectiebeschikking. Anderzijds werd de geldigheid van de eerste inspectiebeschikking bevestigd. Derhalve dient de Commissie alle kosten in verband met de zaken T-290/11 en T-521/11 te dragen en dienen rekwirantes alle kosten in verband met zaak T-289/11 te dragen.

125. De EVA-autoriteit en de Spaanse regering dienen als interveniënten hun eigen kosten te dragen.

VIII – **Conclusie**

126. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging:

— het arrest van het Gerecht van 6 september 2013 in de gevoegde zaken T-289/11, T-290/11 en T-521/11, Deutsche Bahn e.a./Commissie, te vernietigen voor zover het Gerecht daarbij het middel betreffende schending van het recht van verweer van rekwirantes wegens onregelmatigheden in de loop van de eerste inspectie heeft afgewezen;

50 — Bovendien lijken de beweringen van de Commissie in dit verband niet juist, aangezien uit de stukken van de procedure blijkt dat verscheidene advocaten van rekwirantes aanvankelijk wel bezwaar hebben gemaakt tegen de opsporing van documenten die betrekking hadden op DUSS.

— de beschikkingen van de Europese Commissie C(2011) 2365 van 30 maart 2011 en C(2011) 5230 van 14 juli 2011 nietig te verklaren;

— de hogere voorzieningen af te wijzen voor het overige;

— rekwirantes te verwijzen in de helft van hun eigen kosten en de helft van de kosten van de Commissie in verband met deze hogere voorziening, en de Commissie te verwijzen in de helft van haar eigen kosten en de helft van de kosten van rekwirantes in verband met de onderhavige hogere voorziening;

— de Commissie te verwijzen in de kosten betreffende de zaken T-290/11 en T-521/11 en rekwirantes te verwijzen in de kosten betreffende zaak T-289/11;

— de Spaanse regering en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA te verwijzen in hun eigen kosten.