Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT
NILS WAHL
föredraget den 12 februari 2015 [1]

**Mål 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)**
**mot**

**Europeiska kommissionen**

”Överklagande — Artiklarna 20.4 och 28 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 — Kommissionens befogenheter vid inspektioner — Grundläggande rätt till privata lokalers okränkbarhet — Grundläggande rätt till en effektiv rättslig prövning — Domen Dow Benelux — Bevisbörda — Konsekvenser av rättsstridiga genomsökningar utförda av kommissionen”

1. Rättsligt skydd mot omotiverade husrannsakningar av brottsbekämpande myndigheter anses allmänt vara en av de principer som skiljer rättssamhällen från andra, mer repressiva, statsskick.

2. Det är emellertid universellt erkänt att offentliga myndigheter även i rättssamhällen, såsom Europeiska unionen, måste ges effektiva undersökningsbefogenheter i syfte att hantera misstänkta överträdelser.

3. Lagstiftningen behöver därför skapa en balans mellan rätten till privatliv, å ena sidan, och en effektiv brottsbekämpning, å den andra.

4. Förevarande mål gäller frågan huruvida den rätta balansen har uppnåtts, inom ramen för EU:s konkurrenslagstiftning, mellan behovet av effektiva undersökningsverktyg och rätten till skydd mot omotiverade genomsökningar. Närmare bestämt har domstolen ombetts att behandla följande två frågor: i) Är det aktuella EU-systemet för genomsökningar enligt förordning (EG) nr 1/2003 [2] förenligt med artiklarna 7 och 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan)? ii) Vilka är följderna, inom detta system, av en rättsstridig genomsökning av kommissionen?

1 — Originalspråk: engelska.

2 — Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1).

## I – **Tillämpliga bestämmelser**

5. I artikel 20 i förordning nr 1/2003 (”Kommissionens befogenheter vid inspektioner”) anges följande:

”1. För att fullgöra de uppgifter som kommissionen tilldelas genom denna förordning får den genomföra alla nödvändiga inspektioner hos företag och företagssammanslutningar.

2. De tjänstemän och andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat att genomföra en inspektion har befogenhet att

a) bereda sig tillträde till företags och företagssammanslutningars lokaler, mark och transportmedel,

b) granska räkenskaperna och andra handlingar som hänför sig till verksamheten, oavsett i vilken form de föreligger,

c) göra eller erhålla alla former av kopior av eller utdrag ur sådana räkenskaper och affärshandlingar,

…

4. Företag och företagssammanslutningar är skyldiga att underkasta sig de inspektioner som kommissionen har beslutat om. I beslutet ska anges föremålet för och syftet med inspektionen, fastställas vilken dag den ska börja och anges de påföljder som föreskrivs i artiklarna 23 och 24 samt upplysas om rätten att få beslutet prövat av domstolen. …

…

6. Om de tjänstemän och andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat konstaterar att ett företag motsätter sig en inspektion som har beslutats enligt denna artikel, ska den berörda medlemsstaten lämna dem nödvändigt bistånd, och, när det är lämpligt, begära handräckning av polisen eller annan motsvarande verkställande myndighet, för att de ska kunna genomföra sin inspektion.

7. Om det bistånd som föreskrivs i punkt 6 kräver tillstånd av en rättslig myndighet enligt nationella bestämmelser, ska ett sådant tillstånd begäras. Ett sådant tillstånd får också ansökas om i förebyggande syfte.

8. Vid ansökan om ett tillstånd enligt punkt 7 ska den nationella rättsliga myndigheten kontrollera att kommissionens beslut är fattat i vederbörlig ordning och att de planerade tvångsåtgärderna varken är godtyckliga eller alltför långtgående i förhållande till föremålet för inspektionen. Den nationella rättsliga myndigheten får vid sin kontroll av att tvångsåtgärderna är proportionella, direkt eller via medlemsstatens konkurrensmyndighet, be kommissionen om närmare förklaringar om framförallt de grunder på vilka kommissionen misstänker överträdelse av bestämmelserna i artiklarna 101 och 102 i fördraget samt hur allvarlig den misstänkta överträdelsen är och på vilket sätt det berörda företaget är inblandat. Den nationella rättsliga myndigheten får dock inte ifrågasätta huruvida en inspektion behövs och inte heller begära att få tillgång till uppgifter i kommissionens handlingar. Lagenligheten hos kommissionens beslut kan endast prövas av EG-domstolen.”

6. I artikel 28.1 i förordning nr 1/2003 föreskrivs vidare följande:

”Utan att det påverkar tillämpningen av artiklarna 12 och 15 får upplysningar som har inhämtats enligt artiklarna 17–22 endast användas för det ändamål för vilket de har inhämtats.”

## II – **Bakgrund till målet**

7. Kommissionen antog år 2011 tre beslut, i vart och ett av vilka den förordnade en inspektion av Deutsche Bahn AG:s och flera av dess dotterbolags (DB Mobility Logistics, DB Netz AG, DB Energie GmbH, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail Deutschland AG, and Deutsche Umschlagegesellschaft Schiene-Straße mbH) (kollektivt kallade Deutsche Bahn eller klagandena) lokaler. Deutsche Bahn är verksamt inom nationell och internationell gods- och passagerartransport, logistik samt bitjänster inom järnvägstransportsektorn.

8. Det första inspektionsbeslutet [3] meddelades Deutsche Bahn den 29 mars 2011 när inspektörer från kommissionen begärde tillträde till Deutsche Bahns lokaler i Berlin, Frankfurt am Main och Mainz (Tyskland). Beslutet gällde den potentiellt omotiverade förmånliga behandling som DB Energie hade beviljat andra dotterbolag till Deutsche Bahn i form av ett rabattsystem som avsåg leverans av järnvägs-el (nedan kallad den första misstänkta överträdelsen).

9. Under inspektionernas gång fann kommissionens inspektörer handlingar i Deutsche Bahns lokaler som kommissionen ansåg kunde visa att det förekom ytterligare konkurrensbegränsande beteende (nedan kallade DUSS-handlingarna). Följaktligen meddelades ytterligare ett inspektionsbeslut till Deutsche Bahn den 31 mars 2011 (det andra inspektionsbeslutet) medan den första inspektionen fortfarande pågick. Det andra inspektionsbeslutet gällde misstänkta konkurrensbegränsande beteenden från Deutsche Schiene-Straßes (nedan kallat DUSS) sida, genom strategisk användning av infrastruktur som Deutsche Bahn förvaltade (den andra misstänkta överträdelsen). [4]

10. Den första och den andra inspektionen avslutades den 31 mars respektive den 1 april 2011.

11. Därefter antogs ytterligare ett inspektionsbeslut (det tredje inspektionsbeslutet), [5] vilket delgavs Deutsche Bahn den 26 juli 2011. Den tredje inspektionen omfattade även konkurrensbegränsande beteenden från DUSS sida. Den tredje inspektionen ägde rum mellan den 26 och den 29 juli 2011.

## III – **Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen**

12. Till följd av inspektionerna väckte Deutsche Bahn vid tribunalen talan mot kommissionen om ogiltigförklaring av de tre inspektionsbesluten (nedan kallade de omtvistade besluten) på grund av att de stred mot Deutsche Bahns rätt till sitt privatliv, dess rätt till ett effektivt rättsskydd, rätten till försvar och proportionalitetsprincipen.

13. Genom dom av den 6 september 2013 i de förenade målen T-289/11, T-290/11 and T-521/11, Deutsche Bahn m.fl./kommissionen (nedan kallad den överklagade domen) [6] ogillade tribunalen talan i samtliga mål och förpliktade Deutsche Bahn att ersätta rättegångskostnaderna.

## IV – **Förfarandet vid domstolen och parternas yrkanden**

14. Genom överklagandet som inkom till domstolen den 18 november 2013 har klagandena yrkat att domstolen ska

— upphäva den överklagade domen,

3 — Beslut K(2011) 1774 av den 14 mars 2011.

4 — Beslut K(2011) 2365 av den 30 mars 2011.

5 — Beslut K(2011) 5230 av den 14 juli 2011.

6 — EU:T:2013:404.

— ogiltigförklara de omtvistade besluten, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

15. Kommissionen har å sin sida yrkat att domstolen ska

— ogilla överklagandet, och

— förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna.

16. Skriftliga yttranden till stöd för kommissionens ställning har inkommit från den spanska regeringen och Eftas övervakningsmyndighet, vilka båda även yttrade sig vid förhandlingen den 4 december 2014, liksom klagandena och kommissionen.

## V – **Bedömning av grunderna för överklagandet**

17. Klagandena har gjort gällande fyra grunder för överklagandet, vilka jag kommer att undersöka i turordning. Innan jag gör detta ska jag kort illustrera några nyckelaspekter avseende det system som föreskrivs i förordning nr 1/2003 med hänsyn till kommissionens inspektioner.

### A – *Inledning*

18. Huruvida en inspektion av kommissionen är rättsenlig beror på innehållet i kommissionens beslut om att företaget ska underkasta sig inspektionen. Enligt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 ska i beslutet anges ”föremålet för och syftet med inspektionen”. Domstolen har i sin praxis slagit fast att det visserligen ankommer på kommissionen att så precist som möjligt ange vad den söker och de omständigheter som ska kontrolleras, men det är däremot inte nödvändigt att i ett inspektionsbeslut exakt fastställa den aktuella marknaden eller den exakta rättsliga kvalificeringen av de förmodade överträdelserna och inte heller den period under vilken dessa överträdelser ska ha pågått”.[7] Domstolen har i fast praxis beskrivit denna skyldighet att ange specifika skäl som ”ett grundläggande krav inte bara för att visa att de åtgärder som är avsedda att vidtas inom de berörda företagen är motiverade, utan också för att företagen ska kunna förstå hur omfattande deras samarbetsskyldighet är, samtidigt som deras rätt till försvar skyddas”.[8]

19. I motsats till dess skyldigheter i förhållande till andra lokaler än företagens (artikel 21 i förordning nr 1/2003), behöver kommissionen inte, beträffande ett företag som underkastas en inspektion enligt artikel 20 i denna förordning, hysa några särskilda misstankar om rättsstridigt handlande från detta företags sida. Den behöver endast misstänka att företaget innehar relevanta upplysningar.

20. Enligt de ovan beskrivna villkoren är kommissionens beslut inte, i sig, föremål för någon rättslig prövning på förhand. En sådan rättslig prövning av inspektionsbeslutet är endast aktuell när tvångsåtgärder är planerade och det enligt nationell lagstiftning krävs ett på förhand meddelat rättsligt godkännande för detta ändamål. Mot bakgrund av de begränsningar som artikel 20.8 i förordning nr 1/2003 medför för en sådan rättslig prövning, är det emellertid osannolikt att en nationell domstol skulle vägra att bevilja den begärda tvångsåtgärden i ett visst fall. Även om detta skulle ske, skulle en vägran av det berörda företaget att underkasta sig inspektionen under alla omständigheter bestraffas enligt artiklarna 23 och 24 i förordning nr 1/2003.[9]

7 — Se, bland annat, dom Nexans och Nexans France/kommissionen, C-37/13 P, EU:C:2014:2030, punkt 36 och där angiven rättspraxis.

8 — Ibidem, punkt 34 och där angiven rättspraxis.

9 — Om företaget visar sig har åsidosatt unionens konkurrensregler, skulle även en försening i samarbetet med kommissionen medföra att böterna höjs. Se exempelvis dom Koninklijke Wegenbouw Stevin/kommissionen, T-357/06, EU:T:2012:488, punkterna 220–240.

21. Enligt artikel 28 i förordning nr 1/2003 får varje handling eller upplysning som har erhållits under en inspektion, med de undantag som anges i denna förordning, endast användas för det ändamål för vilket de har inhämtats. Som domstolen har slagit fast är detta villkor avsett att skydda de berörda företagens rätt till försvar. Dessa rättigheter skulle allvarligt kränkas om kommissionen kunde åberopa bevis mot företagen, vilka inhämtats under en undersökning, utan att ha något samband med föremålet och syftet med undersökningen. [10]

22. Som domstolen slog fast i domen i målet Dow Benelux, hindrar inte ovannämnda bestämmelse kommissionen att inleda en undersökning i syfte att kontrollera eller komplettera uppgifter som den händelsevis fått kännedom om under en tidigare undersökning, om det av dessa uppgifter framgår att det förekommit beteenden som strider mot unionens konkurrensregler. Att förbjuda kommissionen att göra detta skulle utgöra ett onödigt hinder för dess undersökningsbefogenheter, eftersom det företag som bär ansvaret för den eventuella överträdelsen har möjlighet att utöva sin rätt till försvar fullt ut i samband med den nya undersökningen. [11] Det finns därför inget förbud mot användning av upplysningar som kommissionen har funnit av en händelse, under förutsättning att en ny undersökning har inletts och genomförts i enlighet med förordning nr 1/2003.

23. Slutligen har domstolen även slagit fast att ett företag som har genomgått en inspektion som kommissionen har förordnat kan väcka talan mot inspektionsbeslutet vid unionsdomstolarna. För det fall unionsdomstolarna ogiltigförklarar detta beslut, är kommissionen förhindrad att i samband med ett förfarande om överträdelse av konkurrensreglerna använda handlingar eller bevismaterial som den inhämtat inom ramen för denna undersökning, eftersom kommissionen annars riskerar att unionsdomstolarna ogiltigförklarar beslutet om överträdelse i den mån det grundar sig på sådan bevisning. [12]

24. Det är mot denna bakgrund som jag nu ska undersöka de fyra grunderna för överklagandet.

## B – *Den första grunden för överklagandet*

25. Klagandena har som första grund anfört att tribunalen feltolkade och feltillämpade den grundläggande rätten till privata lokalers okränkbarhet, som skyddas genom artikel 7 i stadgan och artikel 8 i Europeiska konventionen för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen).

26. I punkterna 42–102 i den överklagade domen angav tribunalen, med hänvisning till Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheternas (nedan kallad Europadomstolen) fasta praxis, att en godtagbar nivå på skyddet mot inskränkningar som strider mot artikel 8 i Europakonventionen förutsätter en strikt rättslig ram och strikta begränsningar. Tribunalen angav vidare att det finns fem kategorier av garantier, nämligen följande: i) motiveringen av inspektionsbeslutet, ii) de begränsningar som gäller för kommissionen under genomförandet av inspektionen, iii) att kommissionen inte med tvång kan genomföra en inspektion, iv) ingripande från nationella myndigheter, och v) rättsmedel som kan användas i efterhand. Efter att ha undersökt de faktiska omständigheterna och de i förordning nr 1/2003 föreskrivna bestämmelserna drog tribunalen slutsatsen att de fem kategorierna av garantier var säkerställda i de aktuella målen. Tribunalen underkände emellertid den i första instans anförda grunden avseende åsidosättande av rätten till privata lokalers okränkbarhet, på grund av att det inte fanns något förhandstillstånd från en rättslig myndighet för kommissionens inspektioner.

10 — Se dom Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, punkt 48 och där angiven rättspraxis.

11 — Se dom i Dow Benelux/kommissionen, 85/87, EU:C:1989:379 (nedan kallad Dow Benelux), punkterna 17–19. Se även dom Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl./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 och C-254/99 P, EU:C:2002:582 (nedan kallad PVC), punkt 301.

12 — Se dom Roquette Frères, EU:C:2002:603, punkt 49 och där angiven rättspraxis.

27. Klagandena har i huvudsak gjort gällande att tribunalen gjorde en feltolkning av Europadomstolens praxis avseende artikel 8 i Europakonventionen, enligt vilken kommissionen, i en sådan situation som den som är aktuell i det omtvistade beslutet, har en skyldighet att erhålla förhandstillstånd från tribunalen eller från en nationell domstol. För det första gjorde tribunalen – enligt klagandenas uppfattning – en felaktig tolkning av Europadomstolens domar Colas Est,[13] Liotard Frères[14] och Canal Plus[15] i den mån den fann att avsaknaden av ett förhandstillstånd endast var en av de omständigheter som Europadomstolen beaktade för att avgöra om artikel 8 i Europakonventionen hade åsidosatts. Klagandena har gjort gällande att tribunalen i stället skulle ha slagit fast att behovet av ett förhandstillstånd var en nyckelfaktor som understödde Europadomstolens iakttagelser. Vidare gjorde tribunalen, enligt deras uppfattning, en felaktig tolkning av domarna Harju[16] och Heino[17], genom att ange att avsaknaden av ett förhandstillstånd kunde ”kompenseras” med en fullständig prövning efter inspektionen. I dessa båda mål var de offentliga myndigheternas åtgärder motiverade av krav på skyndsamhet. Eftersom kommissionen i förevarande mål inte begärde förhandstillstånd, trots att det inte förelåg något krav på skyndsamhet, borde tribunalen ha funnit att kommissionen hade handlat i strid med proportionalitetsprincipen.

28. Kommissionen har, med stöd av Eftas övervakningsmyndighet och den spanska regeringen, svarat att tribunalen hade gjort en korrekt bedömning av de omtvistade beslutens förenlighet med den grundläggande rätten till privata lokalers okränkbarhet och inte hade misstolkat Europadomstolens praxis i detta hänseende.

29. Den första grunden för överklagandet gäller i huvudsak frågan huruvida det aktuella EU-systemet för inspektioner enligt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 är förenligt med iakttagandet av den grundläggande rätten till privata lokalers okränkbarhet, som föreskrivs i artikel 7 i stadgan och artikel 8 i Europakonventionen. Domstolen ska i synnerhet slå fast huruvida kommissionen som allmän regel ska begära ett förhandstillstånd, åtminstone när det inte finns skäl för denna institution att agera skyndsamt.

30. I likhet med kommissionen, den spanska regeringen och Eftas övervakningsmyndighet, anser jag att tribunalen inte feltolkade eller feltillämpade de domar av Europadomstolen till vilka klagandena har hänvisat. Enligt Strasbourg-domstolens aktuella praxis kan det inte, såsom klagandena har påstått, med framgång hävdas att skyddet för de rättigheter som föreskrivs i artikel 8 i Europakonventionen kräver att en konkurrensmyndighet alltid måste erhålla ett tillstånd innan den utför inspektioner på plats i företags lokaler. Det kan inte heller göras gällande att ett sådant tillstånd, av proportionalitetsskäl, endast kan utebli när det finns skäl som motiverar ett skyndsamt handlande från de offentliga myndigheternas sida.

31. Det ska inledningsvis erinras om att Strasbourg-domstolen, genom att utvidga de garantier som föreskrivs i artikel 8.1 i Europakonventionen till juridiska personer, såsom företag, har sett till att de senare inte helt likställs med fysiska personer[18] och att företagslokaler inte behandlas på samma sätt som privata hem. Från och med domen Niemietz[19] har Europadomstolen i fast praxis slagit fast att offentliga myndigheter kan har rätt att ingripa i större utsträckning beträffande de rättigheter som skyddas av artikel 8 när företagslokaler är inblandade.

13 — Colas Est m.fl. mot Frankrike nr. 37971/97, Europadomstolen 2002-III.

14 — Métallurgique Liotard Frères mot Frankrike nr. 29598/08, Europadomstolen 2011.

15 — Canal Plus m.fl. mot Frankrike, nr. 29408/08, Europadomstolen 2010.

16 — Harju mot Finland, nr. 56716/09, Europadomstolen 2011.

17 — Heino mot Finland, nr. 56720/09, Europadomstolen 2011.

18 — Se, exempelvis, Bernh Larsen Holding AS m.fl. mot Norge *nr* 24117/08, § 159 och där angiven rättspraxis, Europadomstolen 2013.

19 — Niemietz mot Tyskland, 16 december 1992, § 31, serie A nr 251-B. Se även Colas Est m.fl. mot Frankrike nr. 37971/97, § 49, ovan fotnot 13.

32. Vad viktigare är, kan jag vidare till skillnad från klagandena inte se hur Europadomstolens ovannämnda domar Colas Est, Liotard Frères och Canal Plus kan tolkas så, att de som en allmän regel kräver att en konkurrensmyndighet ska begära förhandstillstånd och att den annars skulle åsidosätta artikel 8 i Europakonventionen. Jag är inte heller övertygad om att domarna Harju och Heino är irrelevanta i förevarande mål.

33. För det första ska det påpekas att medan domen Colas Est specifikt avser ett åsidosättande av artikel 8 i Europakonventionen, koncentrerade Strasbourg-domstolen i Liotard Frères och Canal Plus sin uppmärksamhet uteslutande på den påstådda överträdelsen av artikel 6.1 i Europakonventionen. Således kan klagandena inte rimligen kritisera tribunalen för att enbart ha hänvisat till Colas Est när den behandlade den grund som avsåg åsidosättande av artikel 7 i stadgan.

34. Under alla omständigheter anser jag att tribunalen gjorde en detaljerad analys av alla dessa domar och med rätta kom fram till slutsatsen att avsaknaden av förhandstillstånd endast var en av de omständigheter som Europadomstolen beaktade i dessa mål när den prövade de av parterna anförda överträdelserna av Europakonventionen. [20] Det var nämligen alltid på grundval av en övergripande bedömning av alla relevanta rättsliga och faktiska omständigheter som Strasbourg-domstolen kom fram till detta avgörande. Den domstolen undersökte närmare bestämt, bland andra faktorer, omfattningen av de berörda offentliga myndigheternas befogenheter, de omständigheter under vilka inskränkningen av de grundläggande rättigheterna inträffade och huruvida det berörda rättssystemet föreskrev olika garantier samt, vilket var viktigare, möjligheten till en effektiv rättslig prövning i efterhand.

35. Två nyligen av Europadomstolen meddelade domar, vilka rörde precist definierade överträdelser av artikel 8 i Europakonventionen, förefaller bekräfta denna tolkning av ovannämnda rättspraxis.

36. I domen Bernh Larsen hade Europadomstolen att avgöra huruvida artikel 8 i Europakonventionen uteslöt en begäran av de norska skattemyndigheterna, som riktats till tre företag inom ramen för en skattekontroll, om att göra en säkerhetskopia av en dataserver tillgänglig för inspektion på skattemyndighetens kontor. Strasbourg-domstolen påpekade att en sådan begäran, även om den inte var jämförbar med beslag i straffrättsliga mål eller verkställbar vid äventyr av straffrättsliga påföljder, var rättsligt bindande för de tre företagen, vilka kunde ha ådragit sig straffrättsliga sanktioner om de inte hade rättat sig efter den. Europadomstolen fann följaktligen att begäran inskränkte dessa företags rätt till respekt för hemvist och korrespondens. Trots att inget rättsligt organ hade beviljat begäran i förväg, slog Europadomstolen emellertid fast att en sådan inskränkning var motiverad. Den domstolen konstaterade, bland annat, att den nationella lagstiftningen medförde betydande begränsningar av de aktuella myndigheternas befogenheter och föreskrev effektiva och lämpliga garantier mot rättsstridigt utövande av dem. [21]

37. Vidare prövade Europadomstolen, i dess nyligen meddelade dom Delta Pekárny, huruvida en inspektion som utförts av den tjeckiska nationella konkurrensmyndigheten i ett företags lokaler år 2003 hade gett upphov till en överträdelse av artikel 8 i Europakonventionen. Strasbourg-domstolen fann att den omtvistade inspektionen, beträffande det berörda företaget, hade åsidosatt rätten till lokalers okränkbarhet. Skälet till detta var emellertid att beslutet om tillstånd för inspektionen inte kunde underkastas en effektiv rättslig prövning, vare sig på förhand eller i efterhand. I synnerhet var det endast i mål som avsåg konkurrensmyndighetens slutsatser i sak som sökandena hade möjlighet att ta upp frågor beträffande huruvida inspektionen var rättsenlig. I det sammanhanget hade inte sådana frågor som inspektionens nödvändighet, varaktighet och omfattning och huruvida den var proportionerlig kunnat överprövas rättsligt. [22]

20 — Se särskilt punkterna 64–73 och 108–110 i den överklagade domen.

21 — Bernh Larsen Holding AS m.fl. mot Norge, ovan fotnot 18.

22 — Delta Pekárny AS mot Tjeckien nr. 97/11, §§ 82–94, Europadomstolen 2014.

38. Det ska påpekas att Europadomstolen i domen Delta Pekárny uttryckligen angav att avsaknaden av rättsliga förhandsgarantier kan kompenseras genom en effektiv rättslig efterhandsprövning, vid vilken alla rättsliga och faktiska frågor behandlas. Europadomstolen hänvisade i detta hänseende bland annat uttryckligen till sin dom Harju, vars relevans i förevarande mål liksom som jag nämnt ovan har bestritts av klagandena.[23] På samma sätt kom den domstolen, i sin dom Bernh Larsen, fram till slutsatsen att det inte hade skett någon överträdelse av artikel 8 i Europakonventionen, utan att ens bedöma huruvida något brådskande skäl motiverade de offentliga myndigheternas handlande.

39. Mot denna bakgrund måste jag dra slutsatsen att tribunalen inte gjorde någon felaktig rättslig bedömning vid sin tolkning av den praxis av Europadomstolen som klagandena har gjort gällande. Tribunalen gjorde inte heller någon felaktig bedömning vid tillämpningen av denna praxis på det mål som den hade att avgöra.

40. Enligt EU-systemet säkerställs en lämplig nivå av skydd för den grundläggande rätten till lokalers okränkbarhet genom den rättsliga efterhandsprövning som unionsdomstolarna kan genomföra. Enligt min uppfattning råder det inga tvivel om att unionsdomstolarnas behörighet omfattar alla rättsliga och faktiska aspekter som kan vara relevanta för att kontrollera huruvida inspektionsbesluten är rättsenliga,[24] i linje med domarna Chalkor och KME Germany.[25] Som jag nämnt i punkt 23 ovan hindrar ogiltigförklaringen av ett inspektionsbeslut kommissionen från att använda handlingar som den funnit vid denna inspektion.

41. Således anser jag att klagandena inte har fastställt någon överträdelse av artikel 8 i Europakonventionen. Vidare har inte klagandena gjort gällande att artikel 7 i stadgan kan innebära en högre skyddsstandard än den som föreskrivs i Europakonventionen.[26] Under alla omständigheter ser jag ingen del i EU:s primär- eller sekundärrätt som skulle stödja denna slutsats. Artikel 7 i stadgan har formulerats väldigt likt artikel 8.1 i Europakonventionen. Vidare kräver förordning nr 1/2003 specifikt ett förhandstillstånd endast för inspektioner som genomförs enligt artikel 21 i denna förordning, varvid det underförstått utesluter behovet av sådant tillstånd avseende inspektioner grundade på artikel 20.4 i förordningen.

42. Av dessa skäl anser jag att tribunalen inte gjorde någon felaktig rättslig bedömning när den underkände klagandens argument om åsidosättande av deras rätt till företagslokalers okränkbarhet. Följaktligen föreslår jag att domstolen inte ska bifalla talan på den första grunden för överklagandet.

## C – *Den andra grunden för överklagandet*

43. Genom deras andra grund för överklagandet har klagandena gjort gällande att tribunalen har gjort en felaktig tolkning och tillämpning av den grundläggande rätten till ett effektivt rättsskydd, vilken föreskrivs i artikel 47 i stadgan.

44. Både kommissionen och intervenienterna har bestritt dessa argument.

23 — Ibidem, §§ 83, 87, 92 och 93.

24 — Jämför generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande i mål Nexans och Nexans France/kommissionen, C-37/13 P, EU:C:2014:223, punkt 85.

25 — Se dom Chalkor/kommissionen, C-386/10 P, EU:C:2011:815, och dom KME m.fl./kommissionen, C-272/09 P, EU:C:2011:810.

26 — Se artikel 52.3 *in fine* i stadgan: ”… Denna bestämmelse hindrar inte unionsrätten från att tillförsäkra ett mer långtgående skydd [än det som föreskrivs i Europakonventionen]”.

45. Den andra grunden för överklagandet är enligt min uppfattning, i stor utsträckning, en upprepning av de argument som anförts beträffande den första överklagandegrunden. Klagandena har endast gjort gällande att avsaknaden av förhandstillstånd för en inspektion fråntar företag ett lämpligt rättsskydd, i strid mot den rätt som erkänns i artikel 47 i stadgan och artikel 6.1 i Europakonventionen. Även här har klagandena hänvisat till Europadomstolens ovannämnda domar Colas Est, Canal Plus och Liotard Frères. [27]

46. Följaktligen räcker det att upprepa vad som redan har förklarats. Det står företag som har genomgått en inspektion fritt att vid unionsdomstolarna bestrida rättsenligheten av kommissionens inspektionsbeslut. Ett sådant rättsligt förfarande kan inledas omedelbart efter det att företaget har meddelats kommissionens beslut (typiskt sett vid inspektionens början). Det finns inget krav på att företaget ska vänta tills kommissionen har antagit det slutgiltiga beslutet angående den misstänkta överträdelsen av unionens konkurrensregler.

47. Vidare råder det inga tvivel om att unionsdomstolarna har behörighet att pröva alla rättsliga och faktiska aspekter av inspektionsbeslutet, inbegripet huruvida kommissionen använt sitt utrymme för skönsmässig bedömning på ett lämpligt sätt, och att ogiltigförklara det, helt eller delvis, på alla punkter. [28]

48. Dessa aspekter utgör en betydande skillnad mellan det EU-system som undersöks i förevarande mål och det nationella system som Europadomstolen undersökte i domarna Canal Plus och Liotard Frères. I de domarna övergick Strasbourg-domstolens dom, när den funnit att en överträdelse av artikel 6.1 i Europakonventionen förelåg, till följande två viktiga punkter: i) företagen kunde inom ramen för ett överklagande endast ifrågasätta inspektionsbeslutet *avseende en rättsfråga* (”cassation”), vilket hindrade dem från att bestrida de faktiska omständigheter som låg till grund för beslutet, [29] och ii) inspektionsbeslutet kunde endast ifrågasättas tillsammans med konkurrensmyndighetens slutgiltiga beslut, med följden att ifrågasättandet av inspektionsbeslutet skulle vara osäkert och under alla omständigheter fördröjt med flera år. [30]

49. Tribunalen förklarade tydligt detta i punkterna 109–112 i den överklagade domen.

50. Jag kan som sagt inte se – och klagandena har inte heller på något sätt försökt förklara detta för domstolen – varför artikel 47 i stadgan på denna punkt skulle föreskriva högre standarder för Europeiska unionen än den som gäller för Strasbourg-domstolen enligt artikel 6.1 i Europakonventionen.

51. Själva den omständigheten att en rättslig prövning sker i efterhand utgör inte enligt min uppfattning, av de skäl som jag anfört ovan, en överträdelse av rätten till en effektiv rättslig prövning.

52. Därför anser jag att inspektionsbesluten kan vara föremål för en form av rättslig prövning som uppfyller de standarder för effektivitet som föreskrivs i artikel 47 i stadgan. Följaktligen gjorde tribunalen inte någon felaktig tolkning och tillämpning av denna princip. Överklagandet kan följaktligen inte heller bifallas med stöd av den andra grunden.

27 — Till vilka det hänvisas ovan i fotnot 13–15. Jag vill i detta sammanhang påpeka att klagandena inte tydligt har angett varför domen Colas Est skulle vara relevant i det aktuella sammanhanget, eftersom den, som nämnts ovan, endast gällde en överträdelse av rätten till respekt för privatliv och familjeliv (artikel 8 i Europakonventionen).

28 — Se ovan i punkt 40 nämnda rättspraxis. Beträffande Europadomstolens praxis, se särskilt dom Menarini Diagnostics Srl mot Italien, nr. 43509/08, §§ 57–67 och där angiven rättspraxis, Europadomstolen 2011.

29 — Se Canal Plus m.fl. mot Frankrike, ovan fotnot 15, § 37, och Métallurgique Liotard Frères mot Frankrike, ovan fotnot 14, §§ 18 och 19.

30 — Se Canal Plus m.fl. mot Frankrike, ovan fotnot 15, § 40.

D – *Den tredje grunden för överklagandet*

53. Klagandena har, genom sin tredje grund för överklagandet, gjort gällande att tribunalen gjorde en felaktig bedömning när den angav att de DUSS-handlingar som kommissionen hade funnit vid den första inspektionen hade ”hittats slumpmässigt” i den mening som avsågs i domen Dow Benelux. [31] Kommissionen har nämligen erkänt att de av kommissionens tjänstemän som utförde inspektionen på förhand hade upplysts om att klagandena hade inkommit med ett klagomål enligt vilket det förelåg ytterligare en överträdelse av konkurrensreglerna. Klagandena gjorde gällande att detta utgjorde en rättsstridig omständighet som hade påverkat utövandet av deras rätt till försvar.

54. Kommissionen har för det första invänt att denna grund för överklagandet inte kan tas upp till sakprövning, eftersom klagandena har bestritt en faktisk omständighet som tribunalen har fastställt. Under alla omständigheter anser kommissionen att de argument som klagandena har framfört är ogrundade.

1. Huruvida grunden kan tas upp till sakprövning

55. Jag anser att den preliminära invändningen om att denna grund inte kan tas upp till sakprövning ska underkännas. Kärnan i klagandens kritik av tribunalen är inte att DUSS-handlingarna hittades slumpmässigt, utan att de inte kan anses ha hittats slumpmässigt i den mening som avses i domen Dow Benelux. I förevarande mål rör överklagandet således tribunalens rättsliga kvalificering av de faktiska omständigheterna och de rättsliga slutsatser som den har dragit av dessa.

2. Sakfrågan

56. Det ska inledningsvis åter erinras om att enligt artikel 28 i förordning nr 1/2003 får upplysningar som har inhämtats vid en inspektion, med de undantag som föreskrivs i denna förordning, endast användas för det ändamål för vilket de har inhämtats. Det följer emellertid av domen Dow Benelux att handlingar och information som inhämtas men inte omfattas av föremålet för inspektionen, genom undantag från principen i artikel 28, kan användas för att inleda en ny undersökning.

57. Tribunalen drog i sin dom, mot bakgrund av de argument och bevis som parterna framfört, slutsatsen att DUSS-handlingarna inte var föremål för någon riktad genomsökning eftersom de slumpmässigt hittades i delar av de företagslokaler som kommissionen genomsökte i syfte att finna upplysningar beträffande föremålet för den första inspektionen. Mot denna bakgrund och i huvudsak med hänvisning till domen Dow Benelux underkände tribunalen klagandens argument avseende en påstådd rättsstridighet vid den första inspektionen. [32]

58. Den omständigheten att kommissionen fann DUSS-handlingarna medan den letade efter andra typer av handlingar är en faktisk omständighet som i princip inte kan prövas inom ramen för ett överklagande till domstolen. Den avgörande frågan är emellertid följande: Är det tillräckligt att tribunalen slår fast att klagandens rätt till försvar och till privatliv hade respekterats vid den första inspektionen? Med andra ord, tillämpade tribunalen artikel 28 i förordning nr 1/2003 och domen Dow Benelux på rätt sätt?

59. Jag anser att så inte är fallet.

31 — EU:C:1989:379.

32 — Se punkterna 115–165 i den överklagade domen.

60. Enligt min uppfattning är det, för att förstå varför tribunalen ska anses ha tillämpat domstolens praxis felaktigt, nödvändigt att se till skälen bakom bestämmelserna i förordning nr 1/2003, såsom domstolen har tolkat dem.

61. Det kan inte förnekas att kommissionen har lämnats stora undersökningsbefogenheter enligt förordning nr 1/2003, vilka kraftigt inskränker vissa grundläggande rättigheter för företag och enskilda. Dessa befogenheter utövas, som jag har nämnt ovan, utan (eller med lite) rättslig förhandskontroll. Dessutom ska det påpekas att de kontroller och avvägningar som typiskt sett föreskrivs för kommissionen när den ska anta beslut och andra bindande rättsakter [33] inte ska tillämpas fullt ut beträffande beslut enligt artiklarna 20 och 21 i förordning nr 1/2003. Befogenheten att anta beslut enligt dessa bestämmelser har nämligen lämnats [34] till den kommissionär som ansvarar för konkurrenspolitiken, som i sin tur har delegerat denna befogenhet till generaldirektören för kommissionens generaldirektorat för konkurrens (GD konkurrens). [35] Detta betyder att inspektionsbesluten i praktiken fattas av personalen på DG konkurrens ensam, medan andra avdelningar vid kommissionen spelar liten eller ingen roll i beslutsfattandet.

62. Det är emellertid allmänt accepterat att kommissionen ska ha rätt till sådana omfattande befogenheter och till ett lämpligt utrymme för skönsmässig bedömning, eftersom överträdelser av konkurrenslagstiftningen utgör allvarliga brott mot de ekonomiska lagar som Europeiska unionen bygger på. Det är även rimligt att fattandet av inspektionsbeslut delegeras till kommissionären med ansvar för konkurrenspolitik, för att medge ett skyndsamt utförande av inspektionerna och minimera riskerna för läckor. [36]

63. Eftersom dessa befogenheter är så vidsträckta, utrymmet för skönsmässig bedömning så brett och besluten föremål för så få (rättsliga och administrativa) förhandskontroller, ankommer det emellertid samtidigt på unionsdomstolarna att säkerställa att rättigheterna för de företag och medborgare som är inblandade i en undersökning respekteras fullt ut. [37] Med andra ord har kommissionen all rätt att, ibland allvarligt, inskränka företags och enskildas grundläggande rättigheter vid antitrust-undersökningar. Den får emellertid inte överskrida lagstiftningen, eftersom detta skulle inkräkta på okränkbarheten, såsom den garanteras i unionslagstiftningen, av innehållet i dessa grundläggande rättigheter. [38]

64. Artikel 28 i förordning nr 1/2003 ska läsas mot denna bakgrund. En av de intentioner som ligger bakom denna bestämmelse är att hindra kommissionen att göra ”ospecificerade eftersökningar” och som förevändning använda en pågående undersökning av en eventuell överträdelse av konkurrensreglerna. Kommissionen får inte söka efter bevis för andra potentiella överträdelser av unionens konkurrensregler än den som är föremålet för undersökningen.

65. Å andra sidan är *ratio decidendi* i domen Dow Benelux enligt min mening att kommissionen inte kan förväntas blunda för det fall den, av en ren slump, skulle finna dokumenterad bevisning som förefaller peka på en annan eventuell överträdelse av EU:s konkurrensregler. Om kommissionen inte blundar för detta innebär det nämligen inte att den åsidosätter eller kringgår någon processrättslig bestämmelse. En sådan situation kan exempelvis, i tillämpliga delar, jämföras med en situation där en brottsbekämpande myndighet som, när den gör en inspektion på plats på grund av en misstänkt

33 — Dessa kontroller och avvägningar omfattar i synnerhet ett sammanträde för hela kommissionärskollegiet, efter ett samråd mellan avdelningarna.

34 — På grundval av artikel 13 i kommissionens arbetsordning (K(2000) 3614) (EGT 2000 L 308, s.26), i ändrad lydelse enligt kommissionens nyligen meddelade beslut av den 9 november 2011 om ändring av dess arbetsordning (2011/737/EU, Euratom) (EUT L 296, s. 58).

35 — Se, i huvudsak, kommissionens beslut PV(2004) 1655, SEK(2004) 520/2, och PV(2006) 1763, SEK(2006) 1368.

36 — Beträffande lagligheten av en sådan delegering, se dom i målet AKZO Chemie och AKZO Chemie UK/kommissionen, 5/85, EU:C:1986:328, 28–40, och dom Dow Chemical Ibérica m.fl./kommissionen, 97/87–99/87, EU:C:1989:380, punkt 58.

37 — Jämför generaladvokaten Dámaso Ruiz-Jarabos förslag till avgörande som ledde fram till domen C-204/00 P, EU:C:2003:85, punkt 26. Se även, för ett liknande resonemang, dom Hoechst/kommissionen, C-227/92 P, EU:C:1999:360, punkt 14 och 15 och där angiven rättspraxis.

38 — Se särskilt artikel 52.1 i stadgan.

skatteflykt, finner uppgifter som visar ett möjligt fall av penningtvätt. Det finns inget giltigt skäl till varför den myndigheten skulle bortse från uppgifter som den verkligen har hittat av en slump. Det samma gäller för kommissionen i samband med undersökningar som görs enligt förordning nr 1/2003.

66. Mot denna bakgrund är kärnfrågan i förevarande mål följande: Har kommissionen kringgått den bestämmelse som föreskrivs i artikel 20.4 i förordning nr 1/2003?

67. Tribunalen konstaterade i den överklagade domen att alla kommissionens tjänstemän specifikt hade informerats om att det hade inkommit ett ytterligare klagomål mot klagandena och att de hade upplysts om föremålet för detta klagomål. Faktum är att kommissionen öppet har erkänt denna omständighet, både under förfarandet i första instans och i förevarande överklagandemål. Tribunalen ifrågasatte emellertid inte detta beteende, vilket den uppenbarligen ansåg vara irrelevant inom ramen för den ovannämnda domen Dow Benelux. Tribunalen angav endast att ”tribunalen [anser] att det var legitimt att informera tjänstemännen om ärendets allmänna bakgrund”, dock utan att förklara av vilka skäl detta var legitimt.[39]

68. Kommissionen har i sitt skriftliga yttrande försvarat tribunalens resonemang och anfört att det var till nytta för kommissionens tjänstemän att vara medvetna om det sammanhang i vilket inspektionen skulle utföras.

69. Jag instämmer i princip med kommissionen i att det, innan en inspektion äger rum, är viktigt att kommissionens tjänstemän informeras om det relevanta sammanhang i vilket utredningen ska ske. I detta syfte är det enligt min uppfattning rimligt och till nytta att ge de berörda tjänstemännen alla uppgifter som skulle kunna bidra till effektiviteten i efterforskningarna beträffande bevis avseende föremålet för inspektionen. Detta inkluderar exempelvis uppgifter som är användbara för att förstå den eventuella överträdelsens art och omfattning (inblandade produkter, påverkad geografisk marknad, andra inblandade företag, namn på personer som är inblandade för det undersökta företagets räkning, och så vidare), samt uppgifter beträffande logistiken för inspektionen (kontor att genomsöka, relevant typ av handlingar, nyckelord eller annan typ av specifika upplysningar att söka efter). Denna typ av uppgifter kan inte enbart göra efterforskningarna mer effektiva och därigenom säkerställa att målet med dem uppnås, utan kommer också att begränsa inskränkningen av dem av företagets rättigheter som är föremål för inspektionen, i den mån den kan göra efterforskningarna mer fokuserade och mindre tidskrävande.

70. Det är emellertid inte enligt min uppfattning klart vad kommissionen hänför till när den, i förevarande mål, talar om inspektionens ”sammanhang”. Jag kan inte heller se varför den andra misstänkta överträdelsen skulle betraktas som, med tribunalens ord, den första misstänkta överträdelsens ”allmänna bakgrund”.

71. När kommissionen hördes vid förhandlingen hade den svårt att förklara för domstolen varför uppgifter om den andra misstänkta överträdelsen var relevanta för en efterforskning av uppgifter om den första misstänkta överträdelsen. Kommissionen anförde att de båda ärendena kunde vara knutna till varandra i två avseenden, för det första genom att ett klagomål var gemensamt för de båda undersökningarna och för det andra eftersom kommissionen, vid den tidpunkten, inte kunde utesluta möjligheten att de båda undersökta beteendena kunde vara ett uttryck för en allmän strategi som Deutsche Bahn hade inlett i syfte att ge sina konkurrenter en diskriminerande tillgång till den infrastruktur som ägdes av dess dotterbolag.

39 — Punkt 162 i den överklagade domen.

72. Svagheten och vagheten i kommissionens argument på denna punkt visar att de båda fallen, i realiteten, inte hade någon gemensam nämnare, bortsett från den omständigheten att de båda rörde dotterbolag till Deutsche Bahn, även om det inte gällde samma dotterbolag. Den omständigheten att ett företag befann sig bland klagandena i båda fallen förefaller sakna relevans, eftersom de kritiserade beteendena är tämligen olika och sker på åtskilda marknader.

73. När det gäller påståendet att kommissionen inte kunde utesluta möjligheten att de båda beteendena utgjorde ett uttryck för en och samma strategi, finns det ingenting i handlingarna i målet som förefaller styrka detta uttalande. Den beskrivning av händelserna som kommissionen själv har lämnat antyder motsatsen. Kommissionen har erkänt att dess tjänstemän hade upplysts om föremålet för det andra klagomålet innan den första inspektionen ägde rum, men tillade att dess tjänstemän vid det tillfället även hade erinrats om att syftet med denna inspektion var föremålet för det första klagomålet och inte det andra. Om kommissionen hade misstänkt att båda beteendena var ett uttryck för en och samma plan, är det uppenbart att detta varningens ord inte bara skulle ha varit onödigt, utan till och med kontraproduktivt. Den misstänkta överträdelsen skulle i själva verket ha varit av mycket mer betydande art och omfattning. Det skulle således ha varit logiskt för kommissionen att aktivt söka efter eventuella kopplingar mellan dessa båda fall.

74. Vidare förklarade kommissionen vid förhandlingen att den, ursprungligen, hade beslutat att inte undersöka det andra klagomålet, eftersom det tycktes avse ett beteende med mycket begränsad verkan. Det är emellertid svårt att förena detta uttalande med kommissionens argument att den inte, vid den tidpunkten, kunde utesluta möjligheten att Deutsche Bahn använde en långtgående strategi i syfte att ge sina konkurrenter diskriminerande tillgång till dess infrastruktur.

75. Under alla omständigheter är det enligt min uppfattning uppenbart att kommissionen, om den verkligen misstänkte en sådan bred strategi från Deutsche Bahns sida, skulle ha angett detta i det första inspektionsbeslutet. Även efter det att DUSS-handlingarna hade upptäckts under den första inspektionen hänvisade kommissionen inte till någon sådan misstänkt strategi vare sig i det andra eller det tredje inspektionsbeslutet. Detta förefaller dels helt och hållet motsäga kommissionens argument, dels skapa ytterligare tvivel beträffande de omtvistade beslutens laglighet.

76. Slutligen medgav kommissionen, i sitt svar på en annan fråga vid förhandlingen, att sökandet efter uppgifter beträffande den första misstänkta överträdelsen inte nödvändigtvis gjordes effektivare av att dess tjänstemän i förväg hade meddelats föremålet för den andra misstänkta överträdelsen.

77. Mot bakgrund av den uppenbara avsaknaden av någon tydlig relation mellan de båda misstänkta överträdelserna, och kommissionens erkännande att de uppgifter som den gett till sina tjänstemän avseende den andra misstänkta överträdelsen inte egentligen var till någon nytta för efterforskningarna beträffande uppgifter avseende den första, tycks den oundvikliga slutsatsen vara att det måste ha funnits ett annat skäl till varför kommissionens tjänstemän upplystes. Den enda sannolika förklaringen är enligt min uppfattning att upplysningar om den DUSS-misstänkta överträdelsen gavs kommissionens tjänstemän så att de kunde ”hålla ögonen öppna” för bevis avseende det andra klagomålet.

78. Det är nämligen inte alls säkert att kommissionens tjänstemän – utan denna förhandsinformation – skulle ha kunnat förstå betydelsen av DUSS-handlingarna. Detta är i än högre grad fallet, eftersom den misstänkta överträdelsen i det fallet inte utgjordes av någon typisk och lätt identifierbar överträdelse av artikel 101 FUEF (som kan vara fallet med handlingar avseende hard core-karteller), utan av ett beteende vars eventuella konkurrensbegränsande verkningar endast kan bedömas med hjälp av en analys av en viss komplexitet. [40]

40 — Se, i detta hänseende, särskilt punkterna 15 och 22 i den överklagade domen.

79. Detta måste i huvudsak leda till slutsatsen att kommissionen, medvetet eller genom vårdslöshet, kringgick de bestämmelser som föreskrivs i förordning nr 1/2003 för att leda inspektioner, genom att använda en inspektion för att söka efter handlingar som rörde en annan, *orelaterad*, fråga.

80. Det är i detta sammanhang nästan onödigt att påpeka att det när kommissionen, som i förevarande fall, har upplysts om en annan, olik och särskild, påstådd överträdelse av konkurrensreglerna av några företag som redan är föremål för undersökning, står den fritt att undersöka båda beteendena samtidigt. Det finns i synnerhet ingenting som hindrar kommissionen från att, om de relevanta villkoren är uppfyllda, anta två inspektionsbeslut riktade till samma företag, inom ramen för två olika undersökningar, som ska genomföras samtidigt. Om kommissionen avser göra detta ska den emellertid göra det öppet, enligt de förfaranden som föreskrivs i förordning nr 1/2003, så att alla säkerheter och garantier som föreskrivs till fördel för de företag som är föremål för inspektionen vederbörligen respekteras.

81. I förevarande mål hade kommissionen ursprungligen medvetet beslutat att inte anta två åtskilda beslut samtidigt och att endast formellt undersöka en påstådd överträdelse. Trots detta uppmanade kommissionen, uttryckligen eller underförstått, sina tjänstemän att specifikt uppmärksamma uppgifter relaterade till en annan från denna åtskild misstänkt överträdelse.

82. Det är uppenbart att detta inte är den typ av beteende som domstolen avsåg att tillåta enligt dess dom Dow Benelux. Det föreligger, enligt min uppfattning, ingen skillnad mellan en situation där kommissionen inleder en inspektion utan ett giltigt beslut och en där kommissionen handlar på grundval av ett giltigt beslut, men söker efter uppgifter som avser en annan undersökning, vilken inte omfattas av detta beslut.

83. Sammanfattningsvis gav kringgåendet av de i artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 föreskrivna bestämmelserna inte endast upphov till en överträdelse av klagandenas rätt till försvar, utan också, vilket är ännu viktigare, till en uppenbar överträdelse av rätten till privata lokalers okränkbarhet. Av detta skäl ska överklagandet bifallas på den tredje grunden och tribunalens dom upphävas i den del den underkände klagandenas argument i första instans om den första inspektionens olaglighet.

## E – *Den fjärde grunden för överklagandet*

84. Genom den fjärde grunden för överklagandet har klagandena påstått att tribunalen gjorde en felaktig rättslig bedömning när den placerade bevisbördan för att DUSS-handlingarna inte hade hittats ”slumpmässigt” på klagandena. Klagandena har gjort gällande att tribunalen i stället skulle ha anmodat kommissionen att bevisa att villkoren i domen Dow Benelux var uppfyllda.

85. Kommissionen anser att förevarande grund för överklagandet inte kan tas upp till sakprövning och är ogrundad. När det gäller huruvida den kan tas upp till sakprövning har kommissionen gjort gällande att klagandena i praktiken har bett domstolen att ompröva tribunalens bedömning av den bevisning som klagandena framförde i första instans i syfte att fastställa att DUSS-handlingarna inte hittades slumpmässigt. Tribunalen fann att denna bevisning inte styrkte de argument som klagandena framfört, och den bedömningen kan inte vara föremål för ett överklagande.

86. När det gäller innehållet i den aktuella grunden för överklagandet har kommissionen gjort gällande att det inte alls var omöjligt för klagandena att lägga fram bevis till stöd för deras påstående att kommissionen, under den första inspektionen, också hade sökt efter handlingar som gällde den andra påstådda överträdelsen. Klagandena hade nämligen i första instans ingett en samling dokumenterade bevis vilka avsågs visa kommissionens rättsstridiga beteende, men som tribunalen – enligt kommissionens uppfattning med rätta – inte fann övertygande.

87. Det är uppenbart att förevarande grund för överklagandet även avser tribunalens underkännande av klagandenas argument om kommissionens användning av de DUSS-handlingar som den fann vid den första inspektionen som grund för antagandet av det andra och det tredje inspektionsbeslutet. Följaktligen kommer det, om domstolen instämmer med min bedömning av den tredje grunden för överklagandet, inte att finnas någon anledning att pröva den fjärde grunden för överklagandet. Således kommer jag endast kort att undersöka den grunden för överklagandet för fullständighetens skull, eller för det fall domstolen skulle anse att den tredje grunden för överklagandet inte kan tas upp till sakprövning eller är ogrundad.

1. Huruvida grunden kan tas upp till sakprövning

88. Som utgångspunkt är jag inte övertygad av kommissionens argument att denna grund inte kan tas upp till sakprövning. Jag anser inte att klagandena har kritiserat tribunalens bedömning av den bevisning som har lagts fram till stöd för deras påstående, utan snarare den omständigheten att bevisbördan för kommissionens verkliga intention över huvud taget hade placerats på dem. Det är därför placeringen av bevisbördan som utgör den fråga som klagandena har framfört. Det är uppenbart att detta är en rättsfråga och att den, som sådan, kan prövas av domstolen inom ramen för ett överklagande.

2. Sakfrågan

89. Denna grund för överklagande gäller i huvudsak frågan om det, i ett förfarande vid unionsdomstolarna, ankommer på företagen att bevisa att handlingar som hittats inom ramen för en inspektion, men inte i relation till det fastställda föremålet för denna inspektion, har använts olagligen av kommissionen i ett annat sammanhang, eller tvärtom.

90. Inledningsvis ska det återigen erinras om att de befogenheter som kommissionens tjänstemän har vid en inspektion enligt artikel 20.1 i förordning nr 1/2003 omfattas av det inspektionsbeslut som identifierar föremålet för inspektionen. Kommissionen ska emellertid, under en inspektion, kunna undersöka alla till företaget relaterade handlingar som den rimligen kan anta är en för undersökningen relevant informationskälla. Detta innebär att kommissionens tjänstemän oundvikligen granskar ett stort antal handlingar som kan falla utanför föremålet för inspektionen i syfte att kontrollera om de är relevanta eller inte. Kommissionens tjänstemän har emellertid endast rätt att ta kopior av de handlingar som ska anses vara relevanta för undersökningen. [41]

91. Så länge som kommissionen enbart tar kopior av handlingar som omfattas av inspektionsbeslutet, kan dess beteende inte annat än presumeras giltigt. I sådana fall ankommer det på det företag som underkastas inspektionen att vid domstolen bevisa att inspektionsbeslutet är ogiltigt (genom att direkt överklaga detta beslut till unionsdomstolarna) eller att det sätt på vilket inspektionen utfördes var rättsstridigt (normalt sett inom ramen för en talan om ogiltigförklaring av det av kommissionen meddelade slutgiltiga beslutet om den misstänkta överträdelsen). [42]

92. Vidare får ingen användning av uppgifterna som inte omfattas av tillämpningsområdet för inspektionsbeslutet ske. Som klargjordes i domen Dow Benelux kan emellertid handlingar som hittas slumpmässigt under en inspektion och inte är relaterade till den fortfarande användas för att inleda en ny undersökning.

41 — Se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande som ledde fram till dom Nexans och Nexans France/kommissionen, EU:C:2014:223, punkt 62 och där angiven rättspraxis.

42 — Se dom Dow Benelux, EU:C:1989:379, punkt 49, och dom Nexans France och Nexans/kommissionen, T-135/09, EU:T:2012:596, punkt 115 och följande punkter samt där angiven rättspraxis.

93. Om kommissionen således använder handlingar eller uppgifter som den hittat under en inspektion och som inte omfattas av inspektionsbeslutet, ankommer det på kommissionen att – i händelse av rättsliga tvister – åberopa ett undantag från den ovannämnda allmänna principen, såsom det undantag som följer av domen Dow Benelux, och att för domstolen bevisa att villkoren för tillämpningen av detta undantag är uppfyllda. [43]

94. Under normala omständigheter, såvida det inte föreligger förhållanden som visar motsatsen, kan den bevisbörda som åligger kommissionen mycket lätt kullkastas. Det finns nämligen generellt inte något skäl till varför kommissionen skulle vara intresserad av att pröva och samla in uppgifter som inte omfattas av den pågående undersökningen. Det kan således antas att en kort förklaring till hur dessa ytterligare upplysningar hittades normalt sett skulle räcka som prima facie-bevis för att kommissionen inte har gjort sig skyldig till någon felaktig rättslig bedömning under sina efterforskningar. Det skulle sedan ankomma på det berörda företaget att övertyga unionsdomstolarna om att kommissionen haft de aktuella handlingarna som målinriktning ända från början. Med andra ord anser jag att domstolen, såvida inte faktiska bevis för motsatsen föreligger, kan fastställa att kommissionens beteende omfattas av tillämpningsområdet för den regel som slogs fast i domen Dow Benelux.

95. I föreliggande mål är dock situationen en annan. Följande är ostridigt mellan parterna: i) De DUSS-handlingar som kommissionen upptäckte under den första inspektionen hänför sig inte till föremålet för denna inspektion. ii) Dessa handlingar användes som grund för antagandet av två beslut om två efter varandra följande inspektioner som avsåg en annan eventuell överträdelse. iii) Kommissionens tjänstemän informerades om föremålet för det andra klagomålet omedelbart innan den första inspektionen ägde rum.

96. Under dessa omständigheter instämmer jag med klagandena i att det i princip ankom på kommissionen, som åberopade Dow Benelux-undantaget, att visa att villkoren för tillämpningen av detta undantag var uppfyllda.

97. Den frågan är emellertid irrelevant i förevarande mål. Enligt min uppfattning gjorde tribunalen nämligen en felaktig bedömning i ett tidigare skede av sitt resonemang i den överklagade domen. Som jag har förklarat ovan är Dow Benelux-undantaget endast tillämpligt på upptäckter som verkligen är slumpmässiga, det vill säga uppgifter som kommissionen har hittat när den, i god tro, sökt efter uppgifter som avser föremålet för inspektionen. I motsats härtill kan detta undantag inte tillämpas på situationer där upptäckter av handlingar har skett till följd av en rättsstridig efterforskning. I det aktuella målet utgjorde den första inspektionen, som jag har angett ovan, en rättsstridig efterforskning i den mån kommissionens tjänstemän uttryckligen eller underförstått var ombedda att hålla utkik efter handlingar som inte omfattades av området för inspektionen, såsom det hade avgränsats i det första inspektionsbeslutet. Den första inspektionen var, med andra ord, rättsstridig i den del den avsåg en sökning efter DUSS-handlingarna.

98. Således avser inte tribunalens felaktiga bedömning frågan om huruvida det ankom på kommissionen att bevisa att Dow Benelux-kriteriet var uppfyllt eller huruvida det ankom på klagandena att motbevisa det. Denna felaktiga bedömning var mer radikal. Under de i förevarande mål föreliggande omständigheterna uppkommer inte ens frågan om vem som har bevisbördan. Om tribunalen hade dragit de korrekta slutsatserna av den omständigheten att kommissionen hade utfört en rättsstridig efterforskning med avseende på DUSS-handlingarna, skulle inga ytterligare bevis har krävts av klagandena för att styrka att deras rätt till försvar och rätt till privatliv hade åsidosatts. På samma sätt kunde inga bevis av kommissionen ha styrkt att handlingarna hade hittats slumpmässigt och således på rättsenligt sätt.

43 — Se, analogt, dom kommissionen/Frankrike, C-24/00, EU:C:2004:70, punkt 53, och dom kommissionen/Italien, 199/85, EU:C:1987:115, punkt 14.

99. Av denna anledning anser jag att överklagandet även kan bifallas på den fjärde grunden.

## VI – **Konsekvenser av bedömningen**

100. Enligt artikel 61 första stycket i domstolens stadga ska domstolen upphäva tribunalens dom om överklagandet är välgrundat. Om målet är färdigt för avgörande kan domstolen själv slutligt avgöra målet. Den kan även återförvisa målet till tribunalen.

101. Jag har kommit fram till att överklagandet ska bifallas på den tredje och den fjärde grunden. Följaktligen ska den överklagade domen upphävas i den del tribunalen, i punkterna 115–165, underkände klagandenas argument i första instans avseende överträdelsen av deras rätt till försvar under den första inspektionen.

102. Mot bakgrund av tillgängliga uppgifter om de faktiska omständigheterna och meningsutbytet vid tribunalen och vid denna domstol, anser jag att domstolen kan meddela en slutgiltig dom i denna fråga.

103. Klagandena yrkade i de ansökningar som de ingav till tribunalen, bland annat, att kommissionens andra och tredje inspektionsbeslut skulle ogiltigförklaras då de var grundade på uppgifter som kommissionen på rättsstridigt sätt hade erhållit under den första inspektionen.

104. Av de ovan angivna skälen drog jag slutsatsen att klagandenas rätt till försvar och deras rätt till okränkbarhet av privata lokaler hade åsidosatts på grund av en överträdelse av bestämmelserna i förordning nr 1/2003. Under dessa omständigheter är den avgörande frågan därför följande: Är åsidosättande av klagandenas rätt till försvar och deras rätt till okränkbarhet av privata lokaler en tillräcklig grund för en ogiltigförklaring av det andra och det tredje inspektionsbeslutet?

105. Av ovannämnda skäl ska svaret på denna fråga, enligt min uppfattning, vara jakande.

106. För det första har domstolen, såsom jag redan har angett, klargjort att för det fall unionsdomstolarna ogiltigförklarar detta beslut, är kommissionen förhindrad att i samband med ett förfarande om överträdelse av EU:s konkurrensregler använda handlingar eller bevismaterial som den inhämtat inom ramen för denna undersökning. Annars riskerar kommissionen att unionsdomstolarna ogiltigförklarar beslutet om överträdelse i den mån det grundar sig på sådan bevisning. [44]

107. Den princip som följer av denna rättspraxis är av yttersta vikt, eftersom den säkerställer att det system som föreskrivs i förordning nr 1/2003 överensstämmer med ovannämnda praxis av Europadomstolen avseende artikel 8 i Europakonventionen. Strasbourg-domstolen har i fast praxis slagit fast att en inskränkning av rätten till privata lokalers okränkbarhet är berättigad bland annat när det i lagstiftningen föreskrivs ”säkerhetsåtgärder mot missbruk” av offentliga myndigheter. Dessa säkerhetsåtgärder kan bland annat utgöras av bestämmelser som föreskriver återlämnande eller förstöring av handlingar som olagligen tagits i beslag eller kopierats, eller förbud mot användning i ett annat syfte av de insamlade upplysningarna. [45]

44 — Se dom Roquette Frères, EU:C:2002:603, punkt 49 och där angiven rättspraxis.

45 — Se Bernh Larsen Holding AS m.fl. mot Norge, ovan fotnot 18, §§ 171 och 172; Klass m.fl. mot Tyskland, 6 september 1978, §§ 47 och 52, serie A nr 28; Z mot Finland, 25 februari 1997, § 103, Europadomstolen 1997-I; och Delta Pekárny AS mot Tjeckien, ovan fotnot 22, § 92.

108. För det andra kan jag konstatera att artikel 28 i förordning nr 1/2003 är mycket brett formulerad. I synnerhet har det tillämpade verbet (använda) en omfattande betydelse. Den regel som kodifieras i denna bestämmelse utgör, i mångas ögon, ett allmänt hinder för varje användning av uppgifter som samlats in vid en inspektion inom ramen för olika undersökningar, såvida inte ett specifikt uttryck tillämpas. Detta är när allt kommer omkring logiskt, eftersom denna princip är av största betydelse, då den är avsedd att inte bara skydda de berörda företagens professionella sekretess utan även, viktigare, dessa företags rätt till försvar. [46]

109. Jag drar således slutsatsen att kommissionen inte bara är förhindrad att hänvisa till dessa uppgifter som bevis för en överträdelse. Mer allmänt kan den inte heller använda dessa uppgifter som grund för något annat beslut som är till nackdel eller till skada för det berörda företaget (eller, för den sakens skull, för något företag). Jag ser inget skäl till varför detta förbud inte också skulle omfatta beslut om förordnande för företag att underkasta sig en inspektion enligt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003.

110. För det tredje kan det konstateras att tribunalen i punkterna 130–134 i den överklagade domen fann att de uppgifter som inhämtades vid den första inspektionen kunde ”påverka lagenligheten av det första och det andra inspektionsbeslutet”. Den omständigheten att kommissionen tidigare hade mottagit ett klagomål om en påstådd överträdelse av DUSS avfärdades – enligt min uppfattning med rätta – av tribunalen som irrelevant, i den mån den utlösande faktorn för den andra och den tredje inspektionen var de uppgifter som hittats under den första inspektionen. I lydelsen i det andra och det tredje inspektionsbeslutet hänvisades (uttryckligen i det tredje beslutet och underförstått i det andra beslutet) i själva verket till de uppgifter som kommissionen hade funnit vid den första inspektionen. Kommissionen har inte bestritt tribunalens iakttagelser på denna punkt.

111. Det ska vidare påpekas att kommissionen, i sina inlagor vid tribunalen, erkände att de handlingar som den funnit under den första inspektionen tillförde viktiga uppgifter till dem som redan fanns bland kommissionens handlingar. Kommissionen angav i synnerhet uttryckligen att DUSS-handlingarna tycktes visa en möjlig överträdelse vars art och tillämpningsområde tycktes mer omfattande än det som utgjorde föremålet för det tidigare mottagna klagomålet. Kommissionen har vid förhandlingen även gjort gällande att de uppgifter som den förfogade över avseende den andra misstänkta överträdelsen innan den första inspektionen ägde rum var begränsade till sin natur.

112. Det går således inte att utesluta möjligheten att de uppgifter som kommissionen förfogade över innan den hittade DUSS-handlingarna inte var tillräcklig för att tillåta en inspektion enligt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003. Under alla omständigheter ser jag inte, även om kommissionen hade haft tillräckliga bevis för att förordna en *ad hoc*-inspektion avseende den andra misstänkta överträdelsen, hur detta skulle vara tillräckligt för att avhjälpa konsekvenserna av ett uppenbart åsidosättande av artikel 20.4 i förordning nr 1/2003.

113. För det fjärde är det irrelevant att vissa av DUSS-handlingarna fotokopierades först efter det att det andra inspektionsbeslutet hade delgetts klagandena. I den mån kommissionen fann dessa handlingar under den första inspektionen och lade undan dem för framtida kopiering, kan det inte göras gällande att dessa handlingar erhölls på nytt på grundval av ett nytt beslut.

114. Dessa handlingar hittades under en inspektion som var rättsstridig beträffande sökandet efter uppgifter avseende den andra misstänkta överträdelsen. Detta fel i förfarandet kan inte som sådant ”avhjälpas” genom antagandet av ett nytt inspektionsbeslut (eller, bevisligen, genom att lämna in en begäran om upplysningar enligt artikel 18 i förordning nr 1/2003).

46 — Se dom Dow Benelux, EU:C:1989:379, punkt 18.

115. En motsatt uppfattning skulle i princip frånta det förbud som föreskrivs i artikel 28 i förordning nr 1/2003 dess effektivitet. Kommissionen skulle i praktiken kunna bortse från de processuella bestämmelser som föreskrivs i den förordningen, inbegripet den i artikel 20.4 i denna, och kringgå förbudet enligt artikel 28, eftersom varje handling som har hittats på ett rättsstridigt sätt väldigt lätt skulle kunna ”regulariseras”. Bortsett från att detta väcker frågor om förenligheten med ovannämnda rättspraxis, kan detta inte rimligen tolkas in i förordning nr 1/2003.

116. Visserligen slog domstolen i domen PVC fast att den omständigheten att kommissionen erhållit handlingar för första gången i ett bestämt ärende inte medför en absolut garanti för att dessa handlingar inte lagenligt kan begäras in i ett annat ärende och användas som bevis. Följaktligen fann domstolen att eftersom kommissionen hade införskaffat dessa handlingar på nytt med stöd av tillstånd eller beslut och hade använt handlingarna för det i dessa tillstånd eller beslut angivna ändamålet, hade den iakttagit de aktuella företagens rätt till försvar. [47]

117. De faktiska omständigheterna i det målet skiljer sig emellertid märkbart från dem i förevarande mål. I målet PVC hade ingen av parterna gjort gällande att kommissionen under sin första inspektion hade gjort sig skyldig till något rättsstridigt beteende – till skillnad från i förevarande mål. Vidare hade de berörda företagen frivilligt lämnat in en ny kopia av de aktuella handlingarna, på kommissionens begäran. [48] I motsats härtill har kommissionen i förevarande mål grundat sig på en kopia av själva den handling som den olagligen hade erhållit under den första inspektionen.

118. Tribunalens resonemang i domen PVC är, enligt min uppfattning, rimligt. [49] Det ska erinras om att det bakomliggande syftet med artikel 28 är att undvika att kommissionen kringgår bestämmelserna, i syfte att skydda rättigheterna för de företag som är föremål för en undersökning. Det skulle vara en alltför stor utvidgning av räckvidden för artikel 28 att anse att förvärvet av en handling i samband med en undersökning kan hindra någon framtida användning av en sådan handling i ett annat sammanhang – även om ingen processuell bestämmelse har kringgåtts och de berörda företagens rätt till försvar vederbörligen har respekterats. För att ge ett exempel, skulle det inte finnas något skäl till att förbjuda användningen av en bevishandling, som kommissionen hittat vid en inspektion eller erhållit till följd av en begäran om upplysningar avseende en annan överträdelse, vid en senare undersökning – under förutsättning att en kopia av samma handling senare hittas eller erhålls, inom ramen för denna nya undersökning, i överensstämmelse med bestämmelserna i förordning nr 1/2003.

119. Så är emellertid inte fallet i förevarande mål.

120. För det femte anser jag att det är lika irrelevant att klagandenas representanter som ”skuggade” kommissionens tjänstemän under inspektionen – som kommissionen har betonat i sitt yttrande – inte gjorde någon invändning vid den tidpunkten, [50] eller begärde att få registrera ett formellt klagomål i den rapport som kommissionens tjänstemän sammanställde vid slutet av inspektionen.

121. Inledningsvis finns det ingen bestämmelse i förordning nr 1/2003 eller i domstolens rättegångsregler som kräver att företagen omedelbart ska ta upp varje möjlig fråga i det skedet och att unionsdomstolarna annars inte kan pröva frågan. Företagets tystnad vid den tidpunkten kan inte anses innebära ett godtagande av potentiellt rättsstridigt beteende från kommissionens sida. Vidare kan det

47 — Se dom PVC, EU:C:2002:582, punkterna 294–307.

48 — Se särskilt punkterna 470 och 471 i domen i första instans: 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 och T-335/94, EU:T:1999:80.

49 — Ibidem, punkt 477.

50 — Vidare förefaller kommissionens påståenden i detta hänseende inte vara korrekta, eftersom handlingar i målet visar att flera av klagandenas advokater ursprungligen invände mot efterforskningarna avseende DUSS-relaterade handlingar.

vara svårt för företagets representanter att omedelbart urskilja ett möjligt åsidosättande av förfarandebestämmelserna av kommissionen. Det varken krävs eller antas att kommissionens tjänstemän ska ge någon specifik förklaring eller motivering beträffande, exempelvis, vilken typ av handlingar eller material som eftersöks, eller skälen bakom efterforskningar på ett visst kontor.

122. Mot bakgrund av det ovan anförda drar jag slutsatsen att det andra och det tredje inspektionsbeslutet ska ogiltigförklaras, eftersom kommissionen använde handlingar som erhållits i strid med de bestämmelser som föreskrivs i förordning nr 1/2003 som grund för antagandet av dessa beslut.

## VII – **Rättegångskostnader**

123. Om domstolen instämmer med min bedömning av överklagandet ska klagandena, i enlighet med artiklarna 137, 138, 140 och 184 i rättegångsreglerna, – då de endast vunnit framgång med två av de fyra grunderna för överklagandet – förpliktas att bära hälften av sina rättegångskostnader och ersätta hälften av de rättegångskostnader som kommissionen har ådragit sig i samband med detta överklagande. Kommissionen ska för sin del ersätta hälften av klagandenas rättegångskostnader och bära hälften av sina rättegångskostnader avseende förevarande överklagande.

124. När det gäller rättegångskostnaderna i första instans har klagandena, å ena sidan, nått framgång beträffande ogiltigförklaringen av det andra och det tredje inspektionsbeslutet. Å andra sidan har giltigheten av den första inspektionen upprätthållits. Kommissionen ska således bära rättegångskostnaderna avseende målen T-290/11 and T-521/11, medan klagandena ska bära kostnaderna beträffande mål T-289/11.

125. Eftas övervakningsmyndighet och den spanska regeringen ska, i egenskap av intervenienter, bära sina egna rättegångskostnader.

## VIII – **Förslag till avgörande**

126. Med hänsyn till det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska

— upphäva domen av den 6 september 2013 i de förenade målen T-289/11, T-290/11 och T-521/11, EU:T:2013:404, Deutsche Bahn m.fl./kommissionen, i den del tribunalen ogillade argumentet om åsidosättande av klagandenas rättigheter till försvar mot bakgrund av de olagligheter som påverkade beteendet under den första inspektionen,

— ogiltigförklara kommissionens beslut K(2011) 2365 av den 30 mars 2011 och K(2011) 5230 av den 14 juli 2011,

— ogilla överklagandena i övrigt,

— förplikta klagandena att bära hälften av sina rättegångskostnader och ersätta hälften av kommissionens rättegångskostnader avseende detta överklagande samt förplikta kommissionen att bära hälften av sina rättegångskostnader och ersätta hälften av klagandenas rättegångskostnader avseende detta överklagande,

— förplikta kommissionen att bära rättegångskostnaderna avseende målen T-290/11 och T-521/11, samt klagandena att bära rättegångskostnaderna avseende mål T-289/11, och

— förplikta den spanska regeringen och Eftas övervakningsmyndighet att bära sina rättegångskostnader.