ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

18 juni 2015*

„Hogere voorziening — Mededinging — Sector van het spoorverkeer en van de aanvullende vervoerdiensten — Misbruik van machtspositie — Verordening (EG) nr. 1/2003 — Artikelen 20 en 28, lid 1 — Administratieve procedure — Inspectiebevoegdheden van de Commissie — Grondrecht van onschendbaarheid van de woning — Ontbreken van voorafgaande rechterlijke machtiging — Doeltreffende rechterlijke toetsing — Toevallige ontdekking”

In zaak C-583/13 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie, ingesteld op 15 november 2013,

Deutsche Bahn AG, gevestigd te Berlijn (Duitsland),

DB Mobility Logistics AG, gevestigd te Berlijn,

DB Energie GmbH, gevestigd te Frankfurt am Main (Duitsland),

DB Netz AG, gevestigd te Frankfurt am Main,

Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH, gevestigd te Bodenheim (Duitsland),

DB Schenker Rail GmbH, gevestigd te Mainz (Duitsland),

DB Schenker Rail Deutschland AG, gevestigd te Mainz,

vertegenwoordigd door W. Deselaers, E. Venot en J. Brückner, Rechtsanwalte,

rekwirantes,

andere partijen in de procedure:

Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Malferrari en R. Sauer als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg,

verweerster in eerste aanleg,

Koninkrijk Spanje, vertegenwoordigd door A. Rubio González en L. Banciella Rodríguez-Miñón als gemachtigden,

interveniënt in eerste aanleg,

* Procestaal: Duits.

Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, vertegenwoordigd door M. Schneider, X. Lewis en M. Moustakali als gemachtigden,

interveniënte in eerste aanleg,

Raad van de Europese Unie,

interveniënt in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: R. Silva de Lapuerta, kamerpresident, J.-C. Bonichot, A. Arabadjiev (rapporteur), J. L. da Cruz Vilaça en C. Lycourgos, rechters,

advocaat-generaal: N. Wahl,

griffier: I. Illéssy, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 4 december 2014,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 12 februari 2015,

het navolgende

Arrest

1 Met hun hogere voorziening verzoeken Deutsche Bahn AG en haar dochterondernemingen DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Netz AG, Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH, DB Schenker Rail GmbHb en DB Schenker Rail Deutschland AG (hierna samen: „Deutsche Bahn") om vernietiging van het arrest van het Gerecht van de Europese Unie, Deutsche Bahn e.a./Commissie (T-289/11, T-290/11 en T-521/11, EU:T:2013:404, hierna: „bestreden arrest"), houdende verwerping van hun beroep tot nietigverklaring van de besluiten C(2011) 1774 van 14 maart 2011, C(2011) 2365 van 30 maart 2011 en C(2011) 5230 van 14 juli 2011 van de Commissie (hierna: samen: „litigieuze besluiten"), waarbij overeenkomstig artikel 20, lid 4, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB L 1, blz. 1) inspecties zijn gelast bij Deutsche Bahn AG en al haar dochterondernemingen (zaken COMP/39.678 en COMP/39.731).

Toepasselijke bepalingen

2 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 ruimten, 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;

d) het verzegelen van ruimten, en boeken en andere bescheiden van het bedrijf voor de duur van en voor zover nodig voor de inspectie;

e) het verzoeken van vertegenwoordigers of personeelsleden van de betrokken onderneming of ondernemersvereniging om toelichting bij feiten of documenten die verband houden met het voorwerp en het doel van de inspectie, en het optekenen van hun antwoorden.

3. De door de Commissie tot het verrichten van een inspectie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen oefenen hun bevoegdheden uit op vertoon van een schriftelijke machtiging waarin het voorwerp en het doel van de inspectie worden vermeld en waarin wordt gewezen op de sanctie, bedoeld in artikel 23, ingeval de gevraagde boeken of andere bescheiden in verband met het bedrijf niet volledig worden getoond of de antwoorden op de overeenkomstig lid 2 gestelde vragen onjuist of misleidend zijn. De Commissie stelt de mededingingsautoriteit van de lidstaat op het grondgebied waarvan de inspectie moet worden verricht, vóór de inspectie tijdig hiervan in kennis.

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 waarin de artikelen 23 en 24 voorzien, alsook op het recht om bij het Hof van Justitie beroep tegen de beschikking in te stellen. De Commissie neemt de beschikking na de mededingingsautoriteit van de lidstaat op het grondgebied waarvan de inspectie moet worden verricht, te hebben gehoord.

5. De functionarissen van de mededingingsautoriteit van de lidstaat op het grondgebied waarvan de inspectie zal worden verricht alsook de door die autoriteit gemachtigde of aangewezen functionarissen, verlenen, wanneer deze autoriteit of de Commissie hierom verzoekt, de door de Commissie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen actief bijstand. Daartoe beschikken zij over de in lid 2 genoemde bevoegdheden.

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 VWEU 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."

3 Artikel 28, lid 1, van verordening nr.1/2003 preciseert dat, onverminderd het bepaalde in de artikelen 12 en 15 van deze verordening, betreffende respectievelijk de uitwisseling van informatie tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten en de samenwerking met de nationale rechterlijke instanties, de in het kader van de onderzoeksbevoegdheden van de Commissie verkregen inlichtingen slechts voor het doel mogen worden gebruikt waarvoor zij zijn ingewonnen.

Voorgeschiedenis van het geding

4 Deutsche Bahn is een onderneming die actief is in de sector van het nationale en internationale vervoer van goederen en passagiers, van de logistiek en van het verrichten van nevendiensten voor het vervoer per spoor.

5 Op 14 maart 2011 heeft de Commissie een eerste inspectiebesluit vastgesteld en Deutsche Bahn gelast om zich te onderwerpen aan een inspectie wegens potentieel ongerechtvaardigde bevoorrechting door DB Energie GmbH van andere dochterondernemingen van de groep, met name door een systeem van kortingen op de levering van tractiestroom (hierna: „eerste inspectiebesluit"). Deze eerste inspectie heeft plaatsgevonden van 29 tot en met 31 maart 2011.

6 Op 30 maart 2011 heeft de Commissie een tweede inspectiebesluit met betrekking tot Deutsche Bahn vastgesteld, betreffende eventuele praktijken van DUSS om concurrenten van de groep die in Duitsland actief zijn, te benadelen door hun toegang tot de terminals te bemoeilijken of door hen ongelijk te behandelen (hierna: „tweede inspectiebesluit"). Deze tweede inspectie heeft plaatsgevonden op 30 maart en 1 april 2011.

7 Op 14 juli 2011 heeft de Commissie een derde inspectiebesluit jegens Deutsche Bahn vastgesteld naar een mogelijk mededingingsbeperkend systeem van strategisch gebruik van door de ondernemingen van de groep beheerde infrastructuur, welke praktijken tot doel hadden de activiteiten van de concurrenten van de groep op het gebied van het vervoer per spoor te belemmeren, te bemoeilijken of duurder te maken, terwijl de toegang tot de terminals van DUSS voor deze concurrenten noodzakelijk is (hierna: „derde inspectiebesluit"). Deze derde inspectie heeft plaatsgevonden op 26 juli 2011.

8 Deutsche Bahn, die tijdens de drie inspecties is bijgestaan door haar advocaten, heeft geen bezwaar gemaakt en heeft niet aangevoerd dat geen voorafgaande rechterlijke machtiging was gegeven. Zij heeft zich evenmin op grond van artikel 20, lid 6, van verordening nr. 1/2003 tegen deze inspecties verzet.

Procesverloop bij het Gerecht en bestreden arrest

9 Bij op 10 juni en 5 oktober 2011 neergelegde verzoekschriften heeft Deutsche Bahn drie beroepen bij het Gerecht ingesteld, welke beroepen zijn gevoegd. Met deze beroepen verzocht zij om nietigverklaring van de litigieuze besluiten en van alle door de Commissie tijdens de betrokken inspecties verrichte handelingen, alsook dat de Commissie de teruggave werd gelast van alle in het kader van die inspecties gemaakte afschriften van documenten.

10 Ter onderbouwing van haar beroepen heeft Deutsche Bahn vijf middelen aangevoerd, te weten schending van het grondrecht op onschendbaarheid van de woning zoals dit recht wordt beschermd door artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (hierna: „Handvest") en door artikel 8 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Verdrag tot bescherming van de

rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM"), het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging, schending van het grondrecht op een doeltreffende voorziening in rechte zoals dit recht wordt gewaarborgd door artikel 47 van het Handvest en door artikel 6 van het EVRM, verschillende schendingen van het recht van verweer en schending van het evenredigheidsbeginsel.

11 Het Gerecht heeft de beroepen van Deutsche Bahn in hun geheel verworpen.

Conclusies van partijen voor het Hof

12 Deutsche Bahn verzoekt het Hof:

— het bestreden arrest te vernietigen;

— de drie litigieuze besluiten nietig te verklaren;

— de Commissie te verwijzen in de kosten van alle procedures.

13 De Commissie verzoekt het Hof:

— de hogere voorziening af te wijzen;

— Deutsche Bahn te verwijzen in de kosten.

Hogere voorziening

Eerste middel: onjuiste uitlegging en toepassing van het in artikel 7 van het Handvest en artikel 8 van het EVRM vastgelegde grondrecht op onschendbaarheid van de woning

Argumenten van Deutsche Bahn

14 Allereerst verwijt Deutsche Bahn het Gerecht het arrest van het Hof van Straatsburg in de zaak Colas Est [Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM"), arrest Colas Est e.a./Frankrijk (nr. 3797/97, EHRM 2002-III)] onjuist te hebben opgevat en voorbij te zijn gegaan aan de arresten van dat Hof in de zaken Société Métallurgique Liotard Frères/Frankrijk (nr. 29598/08, 5 mei 2011) en Canal Plus e.a./Frankrijk (nr. 29408/08, 21 december 2010), doordat het in punt 72 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging slechts een van de gegevens is waarmee het EHRM rekening houdt om te beslissen dat er sprake is van schending van artikel 8 van het EVRM.

15 Voorts verwijt Deutsche Bahn het Gerecht dat het blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het zich in punt 66 van het bestreden arrest heeft gebaseerd op de EHRM-arresten Harju/Finland (nr. 56716/09, 15 februari 2011) en Heino/Finland (nr. 56720/09, 15 februari 2011), voor zijn bevinding dat uit die arresten in beginsel kan worden afgeleid dat het ontbreken van voorafgaande machtiging kan worden gecompenseerd door een rechterlijke toetsing nadien.

16 Ten slotte betoogt Deutsche Bahn dat de vijf categorieën van waarborgen die het Gerecht in de punten 74 tot en met 101 van het bestreden arrest heeft vermeld, geen voldoende bescherming van haar recht van verweer bieden tegen de inmenging in haar grondrecht op onschendbaarheid van de woning die met de inspecties van de Commissie in haar kantoren gepaard gaan.

17 De Commissie, ondersteund door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en het Koninkrijk Spanje, betwist deze argumenten.

Beoordeling door het Hof

18 Met haar eerste middel vordert Deutsche Bahn in wezen dat wordt vastgesteld dat het bestreden arrest blijk geeft van onjuiste rechtsopvattingen doordat het Gerecht in strijd met artikel 7 van het Handvest en artikel 8 van het EVRM heeft geoordeeld dat het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging niet afdeed aan de rechtmatigheid van de litigieuze besluiten.

19 Dienaangaande dient erop te worden gewezen dat het grondrecht op onschendbaarheid van de woning een algemeen beginsel van het recht van de Unie vormt (zie in die zin arresten Hoechst/Commissie, 46/87 en 227/88, EU:C:1989:337, punt 19; Dow Benelux/Commissie, 85/87, EU:C:1989:379, punt 30, en Dow Chemical Ibérica e.a./Commissie, 97/87–99/87, EU:C:1989:380, punt 16), dat thans is verankerd in artikel 7 van het Handvest, welk artikel in het recht van de Unie overeenkomt met artikel 8 van het EVRM.

20 Benadrukt moet tevens worden dat uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat de bescherming waarin artikel 8 van het EVRM voorziet, weliswaar ook kan gelden voor bedrijfsruimten, maar dat dit niet wegneemt dat dit Hof heeft geoordeeld dat de openbare inmenging in voorkomend geval tot een krachtiger ingrijpen kan leiden wanneer het gaat om voor beroeps- of handelsdoeleinden gebruikte lokalen of –activiteiten dan in andere gevallen (EHRM, arresten Niemietz/Duitsland, 16 december 1992, reeks A nr. 251-B, en Bernh Larsen Holding AS e.a./Noorwegen, nr. 24117/08, 14 maart 2013).

21 In casu moet om te beginnen worden vastgesteld dat, zoals de advocaat-generaal in punt 33 van zijn conclusie heeft opgemerkt, het Gerecht niet kan worden verweten dat het geen rekening heeft gehouden met de voornoemde EHRM-arresten Société Métallurgique Liotard Frères/Frankrijk en Canal Plus e.a./Frankrijk, aangezien deze arresten geen inbreuk op artikel 8 maar wel op artikel 6 van het EVRM betroffen.

22 Bovendien moet erop worden gewezen dat het Gerecht in punt 72 van het bestreden arrest, onder verwijzing naar punt 49 van het voormelde arrest Colas Est/Frankrijk, op goede gronden in herinnering heeft geroepen dat het EHRM heeft geoordeeld dat het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging slechts één van de gegevens is waarmee het rekening houdt om te beslissen dat er sprake is van schending van artikel 8 EVRM. Het Gerecht heeft daaraan in datzelfde punt toegevoegd dat het EHRM daartoe in het bijzonder rekening heeft gehouden met de omvang van de bevoegdheden van de nationale mededingingsautoriteit, met de omstandigheden van de inmenging en met het feit dat het toenmalige stelsel slechts in een beperkt aantal waarborgen voorzag, welke situatie verschilt van de thans onder het recht van de Unie geldende situatie.

23 In dit verband dient te worden beklemtoond dat de onderzoeksbevoegdheden waarover de Commissie krachtens artikel 20, lid 2, van verordening nr. 1/2003 beschikt, enkel inhouden dat haar functionarissen tijdens een inspectie onder meer de mogelijkheid hebben om de lokalen te betreden die zij daartoe aanwijzen, de overlegging van documenten te vorderen en afschriften daarvan te maken, alsook om de inhoud van meubilair te laten tonen (zie in die zin arrest Hoechst/Commissie, 46/87 en 227/88, EU:C:1989:337, punt 31).

24 Ook zij eraan herinnerd dat volgens artikel 20, leden 6 en 7, van verordening nr.1/2003 de toestemming van een rechterlijke instantie moet worden gevraagd wanneer de betrokken lidstaat, ingeval de betrokken onderneming zich verzet, de nodige bijstand verleent om de functionarissen in staat te stellen hun inspectie te verrichten, zo nodig door een beroep te doen op de politie of een gelijkwaardige wetshandhavingsautoriteit, indien het nationale recht voorschrijft dat voor die bijstand de toestemming van een rechterlijke instantie vereist is. Een dergelijke toestemming kan tevens bij

wijze van voorzorgsmaatregel worden gevraagd. Voorts bepaalt artikel 20, lid 8, van deze verordening dat de nationale rechter weliswaar nagaat of met name de voorgenomen dwangmaatregelen niet willekeurig zijn noch buitensporig in verhouding tot het voorwerp van de inspectie, maar dat hij niet de noodzakelijkheid van de inspectie in twijfel mag trekken. Diezelfde bepaling preciseert ook dat uitsluitend het Hof een rechterlijke toetsing a posteriori kan verrichten.

25 Bijgevolg heeft het Gerecht geen blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het in punt 67 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging als zodanig – in het licht van de rechtspraak van het EHRM – niet meebracht dat de inspectiemaatregel onrechtmatig was.

26 Wat vervolgens het door Deutsche Bahn aangevoerde argument betreft dat het Gerecht blijk zou hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zich in punt 66 van het bestreden arrest op de hierboven aangehaalde EHRM-arresten Harju/Finland en Heino/Finland te baseren, moet worden vastgesteld dat het EHRM uitdrukkelijk heeft bevestigd dat het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging kan worden „gecompenseerd” door een volledige rechterlijke toetsing achteraf waarbij alle elementen, zowel feitelijk als rechtens, worden onderzocht.

27 Hieruit volgt dat het betoog van Deutsche Bahn, zoals dit in de punten 15 en 26 van het onderhavige arrest is samengevat, ongegrond is.

28 Ten slotte moet worden gepreciseerd dat het Gerecht er in punt 73 van het bestreden arrest eerst aan heeft herinnerd dat uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat bescherming tegen willekeurig optreden van de openbare macht een wettelijk kader en strikte beperkingen veronderstelt, waarna het in de punten 74 tot en met 100 van het bestreden arrest vijf categorieën van waarborgen heeft vermeld en onderzocht waarmee het inspectiebesluit gepaard moet gaan. Vervolgens heeft het Gerecht in punt 100 van het bestreden arrest geoordeeld dat alle vijf categorieën van deze waarborgen in het onderhavige geval werden geboden.

29 Dienaangaande hoeft slechts te worden opgemerkt dat het grondige onderzoek dat het Gerecht heeft verricht, strookt met zowel de vereisten van het EHRM, zoals uit het vorige punt van het onderhavige arrest blijkt, als met de bewoordingen van verordening nr. 1/2003 en de rechtspraak van het Hof.

30 Zoals uit artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 blijkt, moet in het inspectiebesluit immers worden vermeld wat het voorwerp en het doel van de inspectie zijn, welke sancties de betrokken onderneming kunnen worden opgelegd, alsook worden gewezen op het recht om bij het Hof beroep tegen het besluit in te stellen.

31 Voorts is het vaste rechtspraak dat de aan de Commissie verleende bevoegdheden nauwkeurig zijn afgebakend, met name door de uitsluiting van het onderzoeksterrein van de Commissie van de bescheiden die geen bedrijfsmatig karakter hebben, het recht op rechtsbijstand en het recht op eerbiediging van het vertrouwelijk karakter van de briefwisseling tussen advocaten en cliënten, dan wel de verplichting om het inspectiebesluit te motiveren en de mogelijkheid om beroep in te stellen bij de rechter van de Unie (zie in die zin arrest Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, punten 44-50).

32 Bovendien kan volgens het EHRM het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging, zoals de advocaat-generaal in punt 38 van zijn conclusie heeft opgemerkt en in punt 26 van het onderhavige arrest is uiteengezet, worden gecompenseerd door een achteraf verrichte rechterlijke toetsing, die aldus een essentiële waarborg vormt teneinde de verenigbaarheid van de betrokken inspectiemaatregel met artikel 8 van het EVRM te verzekeren (zie met name EHRM-arrest Delta Pekárny a.s./Tsjechische Republiek, nr. 97/11, punten 83, 87 en 92, 2 oktober 2014).

33 Dat is met betrekking tot de in de Europese Unie vastgestelde regeling nu juist het geval, aangezien artikel 20, lid 8, van verordening nr. 1/2003 uitdrukkelijk bepaalt dat het Hof bevoegd is om het door de Commissie vastgestelde inspectiebesluit op zijn legitimiteit te toetsen.

34 Het in de Verdragen vastgestelde toezicht impliceert dat de rechter van de Unie op basis van de gegevens die de verzoekende partij tot staving van haar middelen aanvoert, een volledige toetsing uitvoert, waarbij hij namelijk alle factoren, zowel in rechte als in feite, beoordeelt (zie in die zin arresten Chalkor/Commissie, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 62, en CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 44).

35 Hieruit volgt dat het Gerecht op goede gronden heeft geoordeeld dat aan het grondrecht van de onschendbaarheid van de woning, zoals dit door artikel 8 van het EVRM wordt beschermd, niet afbreuk wordt gedaan door het feit dat geen voorafgaande rechterlijke machtiging is gegeven.

36 Derhalve moet eveneens worden geconstateerd dat geenszins sprake is van schending van artikel 7 van het Handvest.

37 In die omstandigheden moet het eerste middel van de onderhavige hogere voorziening ongegrond worden verklaard.

Tweede middel: onjuiste uitlegging en toepassing van het grondrecht op effectieve rechterlijke bescherming dat is vastgelegd in artikel 47 van het Handvest en artikel 6, lid 1, van het EVRM

Argumenten van Deutsche Bahn

38 Deutsche Bahn stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting doordat het heeft geoordeeld dat de litigieuze besluiten geen schending opleveren van het grondrecht op effectieve rechterlijke bescherming aangezien rekening moet worden gehouden met de rechterlijke toetsing a posteriori waarin het recht van de Unie voorziet.

39 Inzonderheid verwijt Deutsche Bahn het Gerecht dat het zijn redenering op de voornoemde EHRM-arresten Société Métallurgique Liotard Frères/Frankrijk en Canal Plus e.a./Frankrijk heeft gebaseerd, terwijl de feiten toen verschilden, aangezien de Franse mededingingsautoriteiten in het kader van die zaken een voorafgaande rechterlijke machtiging hadden verkregen.

40 De Commissie, ondersteund door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en door het Koninkrijk Spanje, betwist deze argumenten.

Beoordeling door het Hof

41 Om te beginnen moet erop worden gewezen dat het Gerecht in de punten 109 en 110 van het bestreden arrest op goede gronden heeft geconstateerd dat uit de hierboven vermelde EHRM-arresten Société Métallurgique Liotard Frères/Frankrijk en Canal Plus/Frankrijk volgt dat de intensiteit van de toetsing, en niet het moment van deze toetsing, wordt bedoeld, waarbij deze toetsing zich moet uitstrekken tot alle aspecten feitelijk en rechtens en een passend herstel mogelijk moet maken ingeval een onrechtmatigheid wordt vastgesteld.

42 Bovendien moet worden opgemerkt dat het Gerecht er in punt 112 van het bestreden arrest aan heeft herinnerd dat de rechter van de Unie die over een bij hem ingesteld beroep tot nietigverklaring van een inspectiebesluit oordeelt, zowel de feiten als het recht toetst en bevoegd is om de bewijzen te beoordelen en het bestreden besluit nietig te verklaren.

43 Vastgesteld moet worden dat deze benadering ook overeenstemt met vaste rechtspraak van het Hof zoals deze in punt 34 van het onderhavige arrest in herinnering is gebracht. Derhalve blijkt geen onjuiste rechtsopvatting uit de beoordeling die het Gerecht in de punten 109 tot en met 112 van het bestreden arrest heeft verricht.

44 Bovendien kunnen ondernemingen waartoe een inspectiebesluit is gericht, anders dan Deutsche Bahn betoogt, bij de rechter van de Unie tegen de rechtmatigheid van dit besluit opkomen onmiddellijk nadat de onderneming daarvan in kennis is gesteld, zodat de betrokken onderneming, zoals de advocaat-generaal in punt 46 van zijn conclusie heeft opgemerkt, niet hoeft te wachten tot het tijdstip waarop de Commissie het definitieve eindbesluit betreffende de gestelde inbreuk op de mededingingsregels van de Unie heeft vastgesteld.

45 Ten slotte heeft het Gerecht in punt 113 van het bestreden arrest, wat de in het recht van de Unie voorziene waarborgen ter eerbiediging van het recht op een doeltreffend beroep in rechte betreft, herinnerd aan de rechtspraak van het Hof volgens welke de nietigverklaring van het inspectiebesluit of de vaststelling van een onregelmatigheid bij de uitvoering van controlemaatregelen ertoe leidt dat de Commissie voor de inbreukprocedure geen gebruik mag maken van de aldus verzamelde gegevens (arrest Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, punt 49).

46 Uit een en ander volgt dat het Gerecht op goede gronden heeft geoordeeld dat het door artikel 6, lid 1, van het EVRM gewaarborgde grondrecht op effectieve rechterlijke bescherming niet wordt aangetast door het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging.

47 In dit verband zij eraan herinnerd dat dit grondrecht een algemeen beginsel van het recht van de Unie vormt dat thans is vastgelegd in artikel 47 van het Handvest, dat in het recht van de Unie het overeenkomstige artikel is van artikel 6, lid 1, van het EVRM (zie in die zin met name arresten Chalkor/Commissie, C-386/10 P, EU:C:2011:815, punt 52 en aldaar aangehaalde rechtspraak; Telefónica en Telefónica de España/Commissie, C-295/12 P, EU:C:2014:2062, punt 40, en CB/Commissie, C-67/13 P, EU:C:2014:2204, punt 43).

48 Om de hierboven uiteengezette redenen moet eveneens worden geconstateerd dat geen schending van artikel 47 van het Handvest kan worden vastgesteld.

49 Mitsdien moet het tweede middel in hogere voorziening worden afgewezen.

Derde middel: schending van het recht van verweer wegens de onregelmatigheden bij het verloop van de eerste inspectie

Argumenten van Deutsche Bahn

50 Deutsche Bahn verwijt het Gerecht in punt 162 van het bestreden arrest te hebben geoordeeld dat de Commissie voorafgaand aan het eerste inspectiebesluit het bestaan van vermoedens ten aanzien van DUSS aan haar functionarissen mocht meedelen.

51 Aldus heeft de Commissie volgens haar bewust het risico gecreëerd dat de aan haar functionarissen met betrekking tot het DUSS-dossier verstrekte inlichtingen deze laatsten in staat stelde om hun aandacht specifiek toe te spitsen op de stukken betreffende DUSS, ook al maakten die niet het voorwerp uit van de eerste inspectie. Bijgevolg was de door het Hof in het arrest Dow Benelux/Commissie (85/87, EU:C:1989:379) aanvaarde uitzondering op het gebruik van stukken die geen verband houden met het doel van de inspectie, in tegenstelling tot hetgeen het Gerecht heeft geoordeeld, niet van toepassing.

52 Verder voert Deutsche Bahn aan dat de voorafgaande mededeling aan de functionarissen van de Commissie van die informatie over het dossier betreffende DUSS niet noodzakelijk was voor een doeltreffende toepassing van de mededingingsregels.

53 De Commissie stelt dat het argument van Deutsche Bahn dat het Gerecht blijk zou hebben gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door toevallige ontdekkingen te aanvaarden, niet-ontvankelijk is, aangezien het feitelijke vaststellingen betreft die niet ter discussie kunnen worden gesteld in het stadium van hogere voorziening.

Beoordeling door het Hof

54 Wat de door de Commissie betwiste ontvankelijkheid van het onderhavige middel betreft, moet meteen worden vastgesteld dat Deutsche Bahn het Hof niet louter om een nieuwe beoordeling van de feiten verzoekt, maar aanvoert dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat het voor de Commissie gerechtvaardigd was om haar functionarissen – voordat de eerste inspectie een aanvang nam – er in de algemene context van de zaak van op de hoogte te brengen dat er verdenkingen bestonden met betrekking tot DUSS.

55 Bijgevolg is het derde middel ontvankelijk.

56 Ten gronde moet eraan worden herinnerd dat artikel 20, lid 4, van verordening nr.1/2003 de Commissie de verplichting oplegt om een besluit waarbij zij een controlebezoek gelast, te motiveren door te vermelden wat het voorwerp en het doel van die inspectie zijn, welke motiveringsplicht, zoals het Hof heeft gepreciseerd, een fundamenteel vereiste vormt, 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 van verweer veilig te stellen (arresten Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, punt 47, en Nexans en Nexans France/Commissie, C-37/13 P, EU:C:2014:2030, punt 34).

57 Bovendien bepaalt artikel 28, lid 1, van verordening nr.1/2003 dat tijdens verificaties verkregen inlichtingen niet mogen worden gebruikt voor andere doelen dan die welke zijn vermeld in het controlemandaat of het inspectiebesluit (zie in die zin arrest Dow Benelux/Commissie, 85/87, EU:C:1989:379, punt 17).

58 In dit verband heeft het Hof verklaard dat dit vereiste er niet alleen toe strekt de in bedoeld artikel 28 expliciet genoemde geheimhoudingsplicht maar ook het door artikel 20, lid 4, beschermde recht van verweer van de ondernemingen veilig te stellen. Deze rechten zouden immers ernstig worden aangetast indien de Commissie tegen ondernemingen bewijsmateriaal kon aanvoeren dat tijdens een inspectie is verkregen, maar dat geen verband houdt met het voorwerp en het doel van die verificatie (zie in die zin arrest Dow Benelux/Commissie, 85/87, EU:C:1989:379, punt 18).

59 Dit betekent echter niet, dat het de Commissie verboden is, een onderzoeksprocedure in te leiden teneinde gegevens waarvan zij tijdens een eerdere verificatie toevallig kennis heeft gekregen, op hun juistheid te controleren of aan te vullen, indien die gegevens wijzen op het bestaan van met de mededingingsregels van het Verdrag strijdige gedragingen. Een dergelijk verbod zou immers verder gaan dan nodig is ter bescherming van het zakengeheim en van het recht van verweer, en zou de Commissie derhalve op ongerechtvaardigde wijze belemmeren in de vervulling van haar taak om toe te zien op de naleving van de mededingingsregels op de gemeenschappelijke markt en het opsporen van inbreuken op de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU (zie in die zin arrest Dow Benelux/Commissie, 85/87, EU:C:1989:379, punt 19).

60 Uit het voorgaande volgt enerzijds dat de Commissie gehouden is om een besluit waarbij zij een inspectie gelast, te motiveren. Voor zover in de motivering van dit besluit de bevoegdheden worden afgebakend waarover de functionarissen van de Commissie beschikken, kunnen anderzijds enkel stukken worden opgespoord die verband houden met het voorwerp van de inspectie.

61 In casu blijkt evenwel uit zowel punt 162 van het bestreden arrest als de verklaringen die de Commissie ter terechtzitting heeft afgelegd, dat deze laatste haar functionarissen onmiddellijk voorafgaand aan de inspectie uitdrukkelijk in kennis heeft gesteld van de ontvangst van een andere klacht tegen Deutsche Bahn, betreffende haar dochteronderneming DUSS.

62 In dit verband is het weliswaar juist dat het voor de effectiviteit van een inspectie vereist kan zijn, zoals de advocaat-generaal in punt 69 van zijn conclusie heeft onderstreept, dat de Commissie, voordat een inspectie plaatsvindt, haar met deze inspectie belaste functionarissen alle inlichtingen verschaft die hun inzicht kunnen geven in de aard en de omvang van de mogelijke inbreuk op de mededingingsregels alsook informatie met betrekking tot de logistiek van de inspectie als zodanig, maar dat neemt niet weg dat al die informatie enkel betrekking mag hebben op het voorwerp van de bij het besluit gelaste inspectie.

63 Hoewel het Gerecht in punt 75 van het bestreden arrest terecht in herinnering heeft geroepen dat voor het inspectiebesluit van de Commissie de motiveringsplicht gold, moet niettemin worden vastgesteld dat het niet heeft geoordeeld dat indien de Commissie – voordat de eerste inspectie plaatsvond – haar functionarissen ervan op de hoogte bracht dat er nog een andere klacht tegen de betrokken onderneming bestond, het voorwerp van die inspectie, zoals dit in dat besluit was aangegeven, ook met gegevens betreffende die aanvullende klacht diende te worden omschreven.

64 Die voorafgaande informatie, die niet de algemene context van de zaak maar het bestaan van een andere klacht betrof, houdt evenwel geen verband met het voorwerp van het eerste inspectiebesluit. Dat met betrekking tot het voorwerp van dat inspectiebesluit niet naar die klacht is verwezen, levert dan ook schending op van de motiveringsplicht en van het recht van verweer van de betrokken onderneming.

65 Tevens moet worden geconstateerd dat het Gerecht in punt 134 van het bestreden arrest uitdrukkelijk heeft verklaard dat het feit dat het tweede inspectiebesluit is vastgesteld tijdens het verloop van de eerste inspectie wijst op het belang van de bij deze gelegenheid verzamelde gegevens voor het starten van de tweede inspectie en dat er geen twijfel over bestaat dat de derde inspectie gedeeltelijk is gebaseerd op de tijdens de eerste twee inspecties verzamelde gegevens, waaruit het heeft geconcludeerd dat de omstandigheden waarin de inlichtingen over DUSS zijn verzameld tijdens de eerste inspectie, de rechtmatigheid van het tweede en het derde inspectiebesluit aantasten.

66 De eerste inspectie is dus aangetast door een onregelmatigheid doordat de functionarissen van de Commissie, die vooraf in het bezit waren van gegevens die geen verband hielden met het voorwerp van deze inspectie, documenten in beslag hebben genomen die niet onder die inspectie vielen, zoals deze in het eerste litigieuze besluit was afgebakend.

67 Uit een en ander volgt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting waar het in punt 162 van het bestreden arrest heeft geconstateerd dat het feit dat de functionarissen van de Commissie voorafgaand aan het eerste inspectiebesluit ervan in kennis zijn gesteld dat sprake was van een klacht betreffende DUSS, gerechtvaardigd was in het licht van de gegevens van de algemene context van de zaak, bovendien zonder dat het die bevinding heeft gemotiveerd, terwijl die informatie kennelijk geen deel uitmaakte van het voorwerp van dat eerste inspectiebesluit en dus afdeed aan de waarborgen die inzake de uitoefening van de inspectiebevoegdheden van de Commissie gelden.

68 In deze omstandigheden dient het derde middel te worden aanvaard.

69 Bijgevolg moet het bestreden arrest worden vernietigd voor zover daarbij het beroep betreffende het tweede en het derde inspectiebesluit is verworpen, zonder dat het vierde door Deutsche Bahn ter onderbouwing van haar hogere voorziening aangevoerde middel, betreffende de onjuiste opvatting door het Gerecht van de voorschriften inzake de bewijsvoering en welk middel eveneens tot de nietigverklaring van het tweede en het derde inspectiebesluit strekt, hoeft te worden onderzocht.

Bij het Gerecht ingestelde beroep

70 Ingevolge artikel 61, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie van de Europese Unie kan het Hof in geval van vernietiging van de beslissing van het Gerecht de zaak zelf afdoen wanneer deze in staat van wijzen is. Dat is in casu het geval.

71 Uit de punten 56 tot en met 67 van het onderhavige arrest volgt dat het derde middel van het in eerste aanleg ingestelde beroep gegrond is en dat het tweede en het derde inspectiebesluit nietig moeten worden verklaard wegens schending van het recht van verweer.

Kosten

72 Volgens artikel 184, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering beslist het Hof, wanneer de hogere voorziening gegrond is en het Hof zelf de zaak afdoet, ten aanzien van de proceskosten.

73 Volgens artikel 138, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering, dat ingevolge artikel 184, lid 1, van dit Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd.

74 Overeenkomstig artikel 138, lid 3, van dat Reglement draagt elke partij haar eigen kosten, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Indien dit gelet op de omstandigheden van de zaak gerechtvaardigd voorkomt, kan het Hof evenwel beslissen dat een partij behalve in haar eigen kosten ook in een deel van de kosten van de andere partij wordt verwezen.

75 Aangezien de hogere voorziening van Deutsche Bahn gedeeltelijk wordt toegewezen, dient de Commissie, behalve in de helft van haar eigen kosten betreffende de onderhavige hogere voorziening, te worden verwezen in de helft van de kosten die voor Deutsche Bahn in het kader van deze procedure zijn opgekomen. Deutsche Bahn zal de helft van haar eigen kosten dragen betreffende de onderhavige hogere voorziening, alsook de helft van de door de Commissie in deze procedure gemaakte kosten.

76 Wat de kosten in eerste aanleg betreft, dient de Commissie de kosten in verband met de zaken T-290/11 en T-521/11 te dragen en dient Deutsche Bahn de kosten in verband met de zaak T-289/11 te dragen.

77 Volgens artikel 140, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering dragen de lidstaten die in het geding zijn tussengekomen, hun eigen kosten. Overeenkomstig deze bepaling draagt het Koninkrijk Spanje zijn eigen kosten van zowel de procedure in eerste aanleg als in hogere voorziening.

78 Volgens artikel 140, lid 2, van ditzelfde Reglement dient de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA haar eigen kosten te dragen wanneer zij tussenkomt in het geding. Bijgevolg draagt de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA haar eigen kosten van zowel de procedure in eerste aanleg als in hogere voorziening.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart:

1) Het arrest van het Gerecht van de Europese Unie, Deutsche Bahn e.a./Commissie (T-289/11, T-290/11 en T-521/11, EU:T:2013:404), wordt vernietigd voor zover daarbij het beroep betreffende het tweede inspectiebesluit C(2011) 2365 van 30 maart 2011 en het derde inspectiebesluit C(2011) 5230 van 14 juli 2011 is verworpen.

2) De besluiten van de Europese Commissie C(2011) 2365 van 30 maart 2011 en C(2011) 5230 van 14 juli 2011 worden nietig verklaard.

3) De hogere voorziening wordt afgewezen voor het overige.

4) Deutsche Bahn AG, DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Netz AG, Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH, DB Schenker Rail GmbH en DB Schenker Rail Deutschland AG worden, behalve in de helft van hun eigen kosten betreffende de onderhavige hogere voorziening, verwezen in de helft van de door de Commissie in deze procedure gemaakte kosten.

5) De Europese Commissie wordt, behalve in de helft van haar eigen kosten betreffende de onderhavige hogere voorziening, verwezen in de helft van de kosten die in het kader van deze procedure zijn opgekomen voor Deutsche Bahn AG, DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Netz AG, Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH, DB Schenker Rail GmbH en DB Schenker Rail Deutschland AG.

6) Deutsche Bahn AG, DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Netz AG, Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH, DB Schenker Rail GmbH en DB Schenker Rail Deutschland AG worden verwezen in de kosten betreffende zaak T-289/11.

7) De Europese Commissie wordt verwezen in de kosten betreffende de zaken T-290/11 en T-521/11.

8) Het Koninkrijk Spanje draagt zijn eigen kosten.

9) De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA draagt haar eigen kosten.

ondertekeningen