Samling af Afgørelser

RETTENS DOM (Niende Udvidede Afdeling)

5. oktober 2020*

»Konkurrence – kartel – administrativ procedure – afgørelse om iværksættelse af en kontrolundersøgelse – ulovlighedsindsigelse mod artikel 20 i forordning (EF) nr. 1/2003 – ret til adgang til effektive retsmidler – processuel ligestilling – begrundelsespligt – retten til boligens ukrænkelighed – tilstrækkeligt tungtvejende indicier – proportionalitet«

I sag T-249/17,

Casino, Guichard-Perrachon, Saint-Étienne (Frankrig),

Achats Marchandises Casino SAS (AMC), tidligere EMC Distribution, Vitry-sur-Seine (Frankrig),

ved advokaterne D. Théophile, I. Simic, O. de Juvigny, T. Reymond, A. Sunderland og G. Aubron,

sagsøgere,

mod

Europa-Kommissionen ved B. Mongin, A. Dawes og I. Rogalski, som befuldmægtigede, bistået af advokat F. Ninane,

sagsøgt,

støttet af

Rådet for Den Europæiske Union ved S. Boelaert, S. Petrova og O. Segnana, som befuldmægtigede,

intervenient,

angående en påstand i henhold til artikel 263 TEUF om annullation af Kommissionens afgørelse C(2017) 1054 final af 9. februar 2017 om at pålægge Casino, Guichard-Perrachon og alle de selskaber, der direkte eller indirekte kontrolleres heraf, at underkaste sig en kontrolundersøgelse i medfør af artikel 20, stk. 1 og 4, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 (sag AT.40466 – Tute 1),

har

RETTEN (Niende Udvidede Afdeling),

sammensat af afdelingsformanden, S. Gervasoni (refererende dommer), og dommerne L. Madise, R. da Silva Passos, K. Kowalik-Bańczyk og C. Mac Eochaidh,

justitssekretær: fuldmægtig M. Marescaux,

* Processprog: fransk.

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 29. januar 2020,

afsagt følgende

Dom

I. Retsforskrifter

1 Artikel 20 i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i [artikel 101 TEUF] og [102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1) med overskriften »Kommissionens kontrolundersøgelsesbeføjelser« bestemmer:

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

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

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

b) at kontrollere bøger og andre forretningspapirer, uanset informationsmedium

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

d) at forsegle alle forretningslokaler samt bøger eller forretningspapirer i det for kontrolundersøgelsen nødvendige tidsrum og omfang

e) at afkræve alle virksomhedens eller virksomhedssammenslutningens repræsentanter eller medarbejdere forklaringer om kendsgerninger og dokumenter vedrørende kontrolundersøgelsens genstand og formål og registrere deres svar.

3. Repræsentanter for og andre ledsagende personer, der er bemyndiget af Kommissionen til at gennemføre en kontrolundersøgelse, udøver deres beføjelser efter fremlæggelse af en skriftlig fuldmagt, der indeholder oplysning om kontrolundersøgelsens genstand og formål og om de i artikel 23 fastsatte sanktioner, der finder anvendelse, hvis de forlangte bøger eller forretningspapirer ikke fremlægges i deres helhed, eller de svar, der afgives i henhold til nærværende artikels stk. 2, er urigtige eller forvanskede. Kommissionen underretter i god tid konkurrencemyndigheden i den medlemsstat, på hvis område kontrolundersøgelsen skal gennemføres.

4. Virksomheder og virksomhedssammenslutninger har pligt til at underkaste sig de kontrolundersøgelser, som Kommissionen har pålagt ved beslutning. Beslutningen angiver kontrolundersøgelsens genstand og formål, fastsætter tidspunktet for dens påbegyndelse og oplysninger om de i artikel 23 og 24 fastsatte sanktioner samt om adgangen til at indbringe beslutningen for Domstolen. Kommissionen træffer disse beslutninger efter høring af konkurrencemyndigheden i den medlemsstat, på hvis område kontrolundersøgelsen skal gennemføres.

5. Repræsentanter for og personer, der er bemyndiget eller udpeget af, konkurrencemyndigheden i den medlemsstat, på hvis område kontrolundersøgelsen skal gennemføres, skal på denne myndigheds eller Kommissionens anmodning aktivt bistå repræsentanter for og andre ledsagende personer, der er bemyndiget af Kommissionen. De har i denne forbindelse de beføjelser, der er omhandlet i stk. 2.

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

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

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

II. Sagens baggrund

2 Casino, Guichard-Perrachon, der er den første sagsøger (herefter »Casino«), er moderselskab for Casino-koncernen, som bl.a. driver virksomhed i Frankrig og hovedsageligt i sektoren for distribution af fødevarer og non-food. Datterselskabet Achats Marchandises Casino SAS (AMC), tidligere EMC Distribution, der er den anden sagsøger, er en indkøbscentral, der indgår indkøbsaftaler med leverandører for Casino-koncernens forretninger i Frankrig.

3 Efter underretning om udveksling af oplysninger mellem den første sagsøger og andre virksomheder eller virksomhedssammenslutninger, herunder selskabet Intermarché, der ligeledes driver virksomhed i sektoren for distribution af fødevarer og non-food, vedtog Europa-Kommissionen den 9. februar 2017 afgørelse C(2017) 1054 final om at pålægge Casino, Guichard-Perrachon og alle de selskaber, der direkte eller indirekte kontrolleres heraf, at underkaste sig en kontrolundersøgelse i medfør af artikel 20, stk. 1 og 4, i forordning nr. 1/2003 (sag AT.40466 – Tute 1) (herefter »den anfægtede afgørelse«).

4 Den anfægtede afgørelses dispositive del er affattet således:

»Artikel 1

Casino […] og alle de selskaber, der direkte eller indirekte kontrolleres heraf, har pligt til at underkaste sig en kontrolundersøgelse vedrørende deres eventuelle deltagelse i samordnet praksis i strid med artikel 101 [TEUF] på markederne for forsyning med dagligvarer, på markedet for salg af tjenesteydelser til mærkevareproducenter og på markederne for salg af dagligvarer til forbrugerne. Den samordnede praksis består i:

a) udveksling siden 2015 af oplysninger mellem virksomheder og/eller virksomhedssammenslutninger, navnlig ICDC […] og/eller dennes medlemmer, herunder Casino og AgeCore og/eller dennes medlemmer, navnlig Intermarché, om de rabatter, som de havde opnået på markederne for forsyning med dagligvarer i sektorerne for fødevarer, plejeprodukter og rengøringsmidler, og om priserne på markedet for salg af tjenesteydelser til varemærkeproducenter i sektorerne for fødevarer, plejeprodukter og rengøringsmidler i flere EU-medlemsstater, navnlig Frankrig, og

b) udveksling siden i hvert fald 2016 af oplysninger mellem Casino og Intermarché om deres fremtidige forretningsstrategier, bl.a. med hensyn til sortiment, udvikling af butikker, e-handel og salgspolitik på markederne for forsyning med dagligvarer og på markederne for salg af dagligvarer til forbrugerne i Frankrig.

Denne kontrolundersøgelse kan finde sted i alle virksomhedens lokaler […]

Casino giver tjenestemænd og andre personer, der er bemyndiget af Kommissionen til at gennemføre en kontrolundersøgelse, og tjenestemænd og andre personer, der er bemyndiget af den pågældende medlemsstats konkurrencemyndighed til at bistå dem eller udpeget af denne til dette formål, adgang til alle sine lokaler og transportmidler inden for normal kontortid. Virksomheden fremlægger bøger og andre forretningspapirer uanset informationsmedium, hvis tjenestemændene og de øvrige bemyndigede personer anmoder herom, og giver dem mulighed for at undersøge dem på stedet eller tage eller få kopi eller udskrift under enhver form af sådanne bøger eller forretningspapirer. Virksomheden tillader forsegling af alle forretningslokaler samt bøger eller forretningspapirer i det for kontrolundersøgelsen nødvendige tidsrum og omfang. Virksomheden afgiver straks og på stedet mundtlige forklaringer om undersøgelsens genstand og formål, hvis disse tjenestemænd eller personer anmoder herom, og tillader alle repræsentanter eller medarbejdere at afgive sådanne forklaringer. Virksomheden tillader, at disse forklaringer registreres i en hvilken som helst form.

Artikel 2

Kontrolundersøgelsen kan indledes den 20. februar 2017 eller umiddelbart herefter.

Artikel 3

Denne afgørelse er rettet til Casino og til alle de selskaber, der direkte eller indirekte kontrolleres heraf.

Denne afgørelse meddeles den virksomhed, som den er rettet til, i henhold til artikel 297, stk. 2, [TEUF] umiddelbart før kontrolundersøgelsen.«

5 Efter at Kommissionen havde underrettet Autorité de la concurrence (den franske konkurrencemyndighed) om denne kontrolundersøgelse, indbragte denne myndighed sagen for juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Créteil (retten i første instans i Créteil, afdelingen for sager om frihedsberøvende foranstaltninger, Frankrig) og for juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance de Paris (retten i første instans i Paris, afdelingen for sager om frihedsberøvende foranstaltninger, Frankrig) med anmodning om tilladelse til at aflægge kontrolbesøg og foretage beslaglæggelser i sagsøgernes lokaler. Ved kendelser af 17. februar 2017 gav disse afdelinger for sager om frihedsberøvende foranstaltninger forhåndstilladelse til de ønskede kontrolbesøg og beslaglæggelser. Da ingen af de foranstaltninger, der blev truffet i forbindelse med kontrolundersøgelsen, krævede brug af »tvangsbeføjelser« som omhandlet i artikel 20, stk. 6-8, i forordning nr. 1/2003, blev disse kendelser ikke forkyndt for sagsøgerne.

6 Kontrolundersøgelsen blev indledt den 20. februar 2017, hvor Kommissionens inspektører ledsaget af repræsentanter for den franske konkurrencemyndighed indfandt sig på Casino-koncernens hjemsted i Paris og i den anden sagsøgers lokaler og meddelte sagsøgerne den anfægtede afgørelse.

7 Som led i kontrolundersøgelsen aflagde Kommissionen bl.a. besøg på kontorerne, hvor de foretog indsamling af navnlig elektronisk materiale (bærbare computere, mobiltelefoner, tablets og lagringsmedier), høring af en række personer og kopiering af det indsamlede materiales indhold.

8 Sagsøgerne sendte Kommissionen en skrivelse af 24. februar 2017, hvori de udtrykte forbehold over for den anfægtede afgørelse og afviklingen af den kontrolundersøgelse, der blev gennemført på grundlag af denne afgørelse.

III. Retsforhandlingerne og parternes påstande

9 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 28. april 2017 har sagsøgerne anlagt denne sag.

10 Ved begæring indleveret til Rettens Justitskontor den 28. juli 2017 har Rådet for Den Europæiske Union anmodet om tilladelse til at intervenere i sagen til støtte for Kommissionens påstande. Ved afgørelse af 22. september 2017 har formanden for Rettens Niende Afdeling tilladt denne intervention. Rådet har indgivet skriftligt indlæg, og hovedparterne har fremsat bemærkninger hertil inden for de fastsatte frister.

11 Sagsøgerne har nedlagt følgende påstande:

– Kommissionen tilpligtes at fremlægge alle dokumenter, akter og andre oplysninger, på grundlag af hvilke den på tidspunktet for den anfægtede afgørelse fandt, at der forelå tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde, at der blev foretaget en kontrolundersøgelse i sagsøgernes lokaler.

– Den anfægtede afgørelse annulleres.

– Kommissionen og Rådet tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

12 Kommissionen har, støttet af Rådet, nedlagt følgende påstande:

– Kommissionen frifindes.

– Sagsøgerne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

13 Efter forslag fra Rettens Niende Afdeling har Retten i henhold til artikel 28 i Rettens procesreglement besluttet at henvise sagen til Niende Udvidede Afdeling.

14 Retten (Niende Udvidede Afdeling) har efter forslag fra den refererende dommer og som led i foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til procesreglementets artikel 89 anmodet Kommissionen om at fremlægge en ikke-fortrolig udgave af de indicier for formodede overtrædelser, som den var i besiddelse af på tidspunktet for den anfægtede afgørelse, og anmodet sagsøgerne om at tage stilling til de fremlagte indicier. Kommissionen og sagsøgerne har efterkommet disse anmodninger inden for de fastsatte frister.

15 Kommissionen har som reaktion på sagsøgernes bemærkninger anmodet Retten om at træffe en undersøgelsesforanstaltning som omhandlet i procesreglementets artikel 91, hvorved det pålægges Kommissionen at fremlægge den fortrolige udgave af de nævnte indicier alene for sagsøgernes repræsentanter under nærmere afgrænsede betingelser og ved afgivelse af en fortrolighedserklæring, hvoraf det fremgår, at de ikke må afsløre indholdet af den fortrolige udgave af indicierne for deres kunder.

16 Sagsøgernes repræsentanter har modsat sig de betingelser for adgang til indicier, som Kommissionen har foreslået, og anført, at sådanne fortrolighedserklæringer ikke gør det muligt for dem at sikre deres kunders ret til forsvar fuldt ud. De har anmodet Retten om som led i den omhandlede undersøgelsesforanstaltning at give mindst én ansat hos hver sagsøger aktindsigt i de pågældende dokumenter eller at fremlægge en ikke-fortrolig udgave, hvori de eneste oplysninger, der holdes skjult, er de oplysninger, hvis afsløring gør det muligt at identificere de virksomheder, hvormed Kommissionen har kommunikeret, og de oplysninger, hvis fortrolighed Kommissionen begrunder præcist, og for hvilke den fremlægger et tilstrækkeligt præcist sammendrag. De har desuden anmodet om, at der træffes en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse, hvorved Kommissionen opfordres til at fremlægge oplysninger, der gør det muligt at efterprøve datoen for udarbejdelsen og

den eventuelle ændring af visse af de anførte indicier. De har endelig anmodet Retten om at afholde et uformelt møde forud for vedtagelsen af den ønskede undersøgelsesforanstaltning for at fastlægge dens omfang og indhold.

17 I forlængelse af sagsøgernes indvendinger mod de fremlagte indicier har Retten ved nye foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse stillet Kommissionen en række spørgsmål og anmodet sagsøgerne om at tage stilling til visse af Kommissionens svar. Kommissionen og sagsøgerne har efterkommet disse anmodninger inden for de fastsatte frister.

18 Efter forslag fra den refererende dommer har Retten (Niende Udvidede Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.

19 Ved processkrift indleveret til Rettens Justitskontor den 19. december 2019 har Kommissionen indgivet et »supplerende svar« vedrørende et af sine tidligere svar på Rettens spørgsmål. Retten har tilført dette processkrift til sagsakterne uden at tage stilling til, om det kan antages til realitetsbehandling, og anmodet sagsøgerne om at fremsætte bemærkninger til det nævnte processkrift, og de har inden for den fastsatte frist bl.a. gjort gældende, at Kommissionens supplerende svar bør afvises.

20 Parterne har afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten i retsmødet den 29. januar 2020.

IV. Retlige bemærkninger

21 Sagsøgerne har nærmere bestemt fremsat tre anbringender til støtte for søgsmålet. Det første anbringende er støttet på en ulovlighedsindsigelse mod artikel 20 i forordning nr. 1/2003, det andet vedrører en tilsidesættelse af begrundelsespligten, og det tredje vedrører en tilsidesættelse af retten til boligens ukrænkelighed.

A. Det første anbringende om en ulovlighedsindsigelse mod artikel 20 i forordning nr. 1/2003

22 Sagsøgerne har gjort indsigelse om, at artikel 20 i forordning nr. 1/2003 er ulovlig, fordi den strider mod artikel 47 og 48 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) og mod artikel 6, stk. 1, i konventionen til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder, undertegnet i Rom den 4. november 1950 (herefter »EMRK«). De har støttet denne indsigelse på et første klagepunkt om tilsidesættelse af retten til effektive retsmidler og et andet klagepunkt om tilsidesættelse af princippet om processuel ligestilling og af retten til forsvar.

1. Formaliteten med hensyn til ulovlighedsindsigelsen

23 Kommissionen har gjort gældende, at sagsøgernes ulovlighedsindsigelse af tre grunde bør afvises.

24 For det første har Kommissionen, støttet af Rådet, anført, at det fremsatte anbringende ikke er tilstrækkeligt præcist, eftersom sagsøgerne ikke klart har angivet, hvilken bestemmelse i artikel 20 i forordning nr. 1/2003 der er ulovlig, og de ikke præcist har forklaret, hvilke klagepunkter der er rettet mod denne artikel, som omhandler den retlige ordning, der gælder for kontrolundersøgelsesafgørelser, og ikke den ordning, der gælder for kontrolundersøgelsers afvikling.

25 For det andet har Kommissionen, ligeledes med støtte fra Rådet, gjort gældende, at der ikke er nogen sammenhæng mellem den anfægtede afgørelse og den omhandlede almengyldige retsakt. Sagsøgerne har nemlig ikke godtgjort, hvorfor den omstændighed, at der i artikel 20 i forordning nr. 1/2003 helt eller delvist mangler et retsmiddel mod afviklingen af en kontrolundersøgelse, medfører, at en

kontrolundersøgelsesafgørelse, som udgør en særskilt retsakt i forhold til de retsakter, der vedtages under kontrolundersøgelsens afvikling, er ulovlig. Kommissionen har i duplikken og i lighed med Rådet tilføjet, at sagsøgernes bemærkning i replikken om, at ulovlighedsindsigelsen vedrører hele artikel 20 i forordning nr. 1/2003, blot bekræfter, at denne indsigelse bør afvises, eftersom den anfægtede afgørelse alene er baseret på artikel 20, stk. 1-4. Den har ligeledes fremhævet, at der ikke findes nogen afledt retsakt, som giver særlig adgang til domstolsprøvelse, og at der kun er fastsat retsmidler ved traktaten.

26 For det tredje dækker sagsøgernes anfægtelse af hele eller en del af artikel 20 i forordning nr. 1/2003 reelt over en kritik af Rettens og Domstolens faste praksis vedrørende de retsmidler, der er fastsat ved traktaten, hvorefter det kun i visse begrænsede tilfælde er muligt at anfægte afviklingen af en kontrolundersøgelse.

27 Hvad angår den første afvisningsgrund, der er anført, bemærkes, at en stævning ifølge artikel 21, stk. 1, i statutten for Den Europæiske Unions Domstol, der i medfør af samme statuts artikel 53, stk. 1, og procesreglementets artikel 76, litra d), finder anvendelse på sager for Retten, skal angive søgsmålets genstand og indeholde de fremsatte anbringender og argumenter samt en kort fremstilling af søgsmålsgrundene. Ifølge fast retspraksis, som ligeledes finder anvendelse på anbringender, der er støttet på ulovlighedsindsigelser (jf. i denne retning dom af 14.7.2016, Alesa mod Kommissionen, T-99/14, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:413, præmis 87-91 og den deri nævnte retspraksis), skal disse angivelser være tilstrækkeligt klare og præcise til, at sagsøgte kan tilrettelægge sit forsvar, og Retten i givet fald kan tage stilling til sagen på det således foreliggende grundlag. Af retssikkerheds- og retsplejehensyn er det en forudsætning for, at en sag kan antages til realitetsbehandling, at de væsentlige faktiske og retlige omstændigheder, som søgsmålet støttes på, eventuelt kortfattet, men dog på en sammenhængende og forståelig måde, fremgår af selve stævningen (jf. dom af 25.1.2018, BSCA mod Kommissionen, T-818/14, EU:T:2018:33, præmis 94 og 95 og den deri nævnte retspraksis).

28 I det foreliggende tilfælde har sagsøgerne givet en klart og præcis redegørelse for de to klagepunkter, som de har gjort gældende mod den omtvistede bestemmelse i forordning nr. 1/2003, og angivet deres retsgrundlag i form af lovgivning og retspraksis samt fremført underbyggede argumenter til støtte herfor, uden at det har været nødvendigt at anmode om andre oplysninger. Det kan i øvrigt bemærkes, at det er åbenbart, at Kommissionen, henset til den argumentation, som den har fremført i svarskriftet og i duplikken, har været i stand til at forstå, hvad sagsøgerne har gjort gældende.

29 Det bør tilføjes, at det i det foreliggende tilfælde ikke rejser tvivl om overholdelsen af kravet om, at ulovlighedsindsigelsen skal formuleres præcist og klart, at den af Kommissionen fremførte omstændighed, at den bestemmelse (om fastsættelse af den retlige ordning for kontrolundersøgelsesafgørelser), som hævdes at være ulovlig, ikke fastsætter de regler (om afvikling af kontrolundersøgelser), som er genstand for indsigelsen (jf. herved præmis 35-43 nedenfor).

30 Det bemærkes i øvrigt, at sagsøgerne i deres indlæg klart har angivet, at de principalt har gjort gældende, at hele artikel 20 i forordning nr. 1/2003 er ulovlig, og at det ikke kan foreholdes dem, at de ikke har præciseret, hvilket eller hvilke stykker i denne artikel der er tale om. Når det fremgår af selve ordlyden af artikel 277 TEUF, at det er muligt at anfægte lovligheden af enhver »almengyldig retsakt« ved at fremsætte en ulovlighedsindsigelse (jf. vedrørende en indsigelse mod to forordninger dom af 13.7.1966, Italien mod Rådet og Kommissionen, 32/65, EU:C:1966:42, og vedrørende en indsigelse mod en artikel i ansættelsesvilkårene for de øvrige ansatte i De Europæiske Fællesskaber dom af 30.4.2009, Aayhan m.fl. mod Parlamentet, F-65/07, EU:F:2009:43), kan det nemlig ikke forlanges, at ophavsmændene til en sådan indsigelse præciserer, hvilket stykke i artiklen i den generelle retsakt de anser for at være ulovligt, som led i de formelle krav for fremsættelsen af deres indsigelse, men en sådan indsigelse kan kræves som led i andre betingelser for realitetsbehandling af en ulovlighedsindsigelse (jf. præmis 33 og 34 nedenfor).

31 Den første afvisningsgrund, der er fremført mod ulovlighedsindsigelsen (jf. præmis 24 ovenfor), skal derfor forkastes.

32 Med hensyn til de to andre afvisningsgrunde, der er fremført mod ulovlighedsindsigelsen (jf. præmis 25 og 26 ovenfor), skal det indledningsvis bemærkes, at de udelukkende er rettet mod et første klagepunkt om manglende overholdelse af retten til effektive retsmidler, der er fremsat til støtte for ulovlighedsindsigelsen.

33 Hvad angår det første klagepunkt, der er fremsat til støtte for ulovlighedsindsigelsen, fremgår det af fast retspraksis, at en ulovlighedsindsigelse, der er fremsat subsidiært i medfør af artikel 277 TEUF, når der i hovedsagen anfægtes en tredje retsakts lovlighed, kun kan antages til realitetsbehandling, når der er en sammenhæng mellem denne retsakt og den bestemmelse, hvis ulovlighed påberåbes. For så vidt som artikel 277 TEUF ikke har til formål at gøre det muligt for en part at anfægte anvendeligheden af en generel retsakt, uanset hvilket søgsmål der anlægges, skal ulovlighedsindsigelsens rækkevidde begrænses til det, der er absolut nødvendigt for at afgøre tvisten. Det følger heraf, at den generelle retsakt, hvis ulovlighed påberåbes, skal finde direkte eller indirekte anvendelse på den sag, der er genstand for søgsmålet (jf. dom af 12.6.2015, Health Food Manufacturers' Association m.fl. mod Kommissionen, T-296/12, EU:T:2015:375, præmis 170 og den deri nævnte retspraksis). Det følger ligeledes heraf, at der skal være en direkte retlig forbindelse mellem den anfægtede individuelle afgørelse og den omhandlede generelle retsakt. At dette er tilfældet, kan imidlertid udledes af en konstatering af, at den anfægtede afgørelse i det væsentlige er støttet på en bestemmelse i den retsakt, hvis lovlighed bestrides, selv om denne sidstnævnte ikke udgør den formelle hjemmel for afgørelsen (jf. dom af 20.11.2007, Ianniello mod Kommissionen, T-308/04, EU:T:2007:347, præmis 33 og den deri nævnte retspraksis).

34 Den ulovlighedsindsigelse, der er rejst i det foreliggende tilfælde, kan som følge heraf kun antages til realitetsbehandling, for så vidt som den angår de bestemmelser i artikel 20 i forordning nr. 1/2003, der udtrykkeligt danner grundlag for den anfægtede afgørelse, dvs. artikel 20, stk. 4 (jf. i denne retning dom af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 57 og 58), men også stk. 1, hvorefter Kommissionen har generel beføjelse til at foretage kontrolundersøgelser (herefter »de relevante bestemmelser i artikel 20 i forordning nr. 1/2003«). Den foreliggende kontrolundersøgelse blev nemlig pålagt ved en afgørelse truffet på grundlag af disse bestemmelser og udgør derfor ikke kontrolundersøgelse, der blev foretaget på grundlag af en simpel fuldmagt uden forudgående afgørelse (jf. artikel 20, stk. 3), eller en kontrolundersøgelse, der blev gennemført på trods af virksomhedens modstand (jf. artikel 20, stk. 6-8).

35 Hvis de relevante bestemmelser i artikel 20 i forordning nr. 1/2003 i det foreliggende tilfælde erklæres ulovlige, vil den anfægtede afgørelse, der er vedtaget på grundlag af disse bestemmelser, således miste ethvert retsgrundlag og skulle annulleres, uanset af hvilken grund de nævnte bestemmelser er ulovlige.

36 Det kan som følge heraf ikke udledes af den argumentation, der er fremført til støtte for både den anden og den tredje afvisningsgrund, at det første klagepunkt, der er fremsat til støtte for ulovlighedsindsigelsen, ikke kan antages til realitetsbehandling.

37 Med denne argumentation har Kommissionen, støttet af Rådet, nemlig i det væsentlige gjort gældende, at der ikke er nogen forbindelse mellem den anførte ulovlighedsgrund, dvs. den manglende effektive domstolsprøvelse af kontrolundersøgelsernes afvikling, og den anfægtede afgørelse om pålæggelse af en kontrolundersøgelse, fordi det ikke er reglerne om domstolsprøvelse af kontrolundersøgelsers afvikling, der ligger til grund for den anfægtede afgørelse (den anden afvisningsgrund), og fordi sådanne regler følger af fortolkningen i retspraksis af artikel 263 TEUF og ikke skal findes i artikel 20 i forordning nr. 1/2003, hvorpå den anfægtede afgørelse er baseret (den tredje afvisningsgrund).

38 Selv om det antages, at realitetsbehandlingen af en ulovlighedsindsigelse afhænger af, at der fastslås en forbindelse mellem den hævdede ulovlighedsgrund og den anfægtede afgørelse, kan det under alle omstændigheder ikke fastslås, at der mangler en sådan forbindelse i det foreliggende tilfælde.

39 Som sagsøgerne ganske rigtigt har fremhævet, er det ikke retsakter, som er truffet efter den kontrolundersøgelsesafgørelse, der er omhandlet i artikel 20 i forordning nr. 1/2003, og som vedrører gennemførelsen af denne afgørelse og afviklingen af kontrolundersøgelsen, der som sådan er genstand for ulovlighedsindsigelsen. Kritikken er rettet mod de mangler i retsmidlerne til prøvelse af disse retsakter, som har foreligget siden kontrolundersøgelsesafgørelsens vedtagelse, og som ifølge sagsøgerne kan tilskrives de relevante bestemmelser i artikel 20 i forordning nr. 1/2003.

40 I lighed med hvad Retten fastslog i dom af 6. september 2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen (T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 50 og 108), vedrørende det angivelige behov for at indhente en retskendelse, før der vedtages en kontrolundersøgelsesafgørelse, har sagsøgerne i den foreliggende sag anmodet Retten om at identificere et nyt formkrav, som udgør en betingelse for en sådan afgørelses lovlighed, i form af en garanti for, at der efter dens vedtagelse kan anvendes særlige retsmidler til domstolsprøvelse af de foranstaltninger, der er truffet i medfør af den nævnte afgørelse, og som derfor skal findes blandt de relevante bestemmelser i artikel 20 i forordning nr. 1/2003.

41 Det skal på dette trin ikke afgøres, hvilke retsmidler der gør det muligt at sikre en effektiv domstolsprøvelse af kontrolundersøgelsers afvikling og af deres formalisering inden for rammerne af artikel 20 i forordning nr. 1/2003, da dette spørgsmål indgår i realitetsbehandlingen af ulovlighedsindsigelsen. Når det undersøges, om ulovlighedsindsigelsen kan antages til realitetsbehandling, skal det nemlig ikke afgøres, på hvilken måde og efter hvilke bestemmelser den retslige prøvelse af kontrolundersøgelsers afvikling skal foretages. Dette spørgsmål skal afgøres, når det efterprøves, om artikel 20 i forordning nr. 1/2003 er forenelig med retten til effektive retsmidler, dvs. ved realitetsbehandlingen af ulovlighedsindsigelsen. Det bør herved nævnes, at Kommissionen til støtte for sin tredje afvisningsgrund har henvist til sin argumentation vedrørende realiteten med hensyn til ulovlighedsindsigelsen og til dom af 28. april 2010, Amann & Söhne og Cousin Filterie mod Kommissionen (T-446/05, EU:T:2010:165, præmis 123-152), hvorved den ulovlighedsindsigelse, der var rejst i denne sag, blev forkastet.

42 Det følger desuden heraf, at Kommissionens bemærkning om, at der ikke fastsættes særlige retsmidler i afledte retsakter, hvilket i øvrigt ikke er helt korrekt, heller ikke har nogen betydning. Det fremgår eksempelvis af artikel 31 i forordning nr. 1/2003, at Unionens retsinstanser har fuld prøvelsesret med hensyn til klager over beslutninger, hvorved Kommissionen fastsætter en bøde eller en tvangsbøde, og kan ophæve, nedsætte eller forhøje den pågældende bøde eller tvangsbøde. Europa-Parlamentets og Rådets forordning (EU) 2017/1001 af 14. juni 2017 om EU-varemærker (EUT 2017, L 154, s. 1) bestemmer endvidere i lighed med andre retsakter udstedt af EU's organer, kontorer eller agenturer, hvilke søgsmål der kan anlægges ved Unionens retsinstanser til prøvelse af afgørelser truffet af appelkamrene ved Den Europæiske Unions Kontor for Intellektuel ejendomsret (EUIPO). Disse retsmidler ligger ganske vist i forlængelse af dem, der er fastsat i traktaten, og er i denne forstand ikke selvstændige retsmidler, som ikke er fastsat ved traktaten, hvilket i øvrigt ikke er muligt. I det foreliggende tilfælde har sagsøgerne imidlertid ikke givet udtryk for, at der er indført sådanne selvstændige retsmidler. De har nemlig gjort gældende, at der i artikel 20 i forordning nr. 1/2003 mangler bestemmelser, som gør foranstaltninger i forbindelse med afviklingen af en kontrolundersøgelse til retsakter, der kan påklages i henhold til traktaten, svarende til bestemmelsen i artikel 90a i vedtægten for tjenestemænd i Den Europæiske Union om undersøgelsestiltag iværksat af Det Europæiske Kontor for Bekæmpelse af Svig (OLAF), og som kræver, at denne klageadgang nævnes i kontrolundersøgelsesafgørelsen, ligesom der i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 skal henvises til adgangen til at indbringe selve kontrolundersøgelsesafgørelsen for Unionens retsinstanser.

43 Ulovlighedsindsigelsen kan som følge heraf antages til realitetsbehandling for så vidt angår det første klagepunkt, der er fremsat til støtte herfor. Det samme gælder for det andet klagepunkt om tilsidesættelse af princippet om processuel ligestilling og af retten til forsvar, som er fremsat til støtte for ulovlighedsindsigelsen, hvis antagelse til realitetsbehandling i øvrigt ikke er blevet anfægtet (jf. præmis 32 ovenfor). I lighed med de angivelige mangler i de relevante bestemmelser i artikel 20 i

forordning nr. 1/2003 med hensyn til effektiv retsbeskyttelse, som er genstand for det første klagepunkt, har sagsøgerne nemlig med det andet klagepunkt gjort gældende, at det ikke fremgår af disse bestemmelser, at de indicier, der ligger til grund for kontrolundersøgelsen, skal fremlægges for den undersøgte virksomhed, hvilket ifølge sagsøgerne er den eneste måde, hvorpå overholdelsen af princippet om processuel ligestilling og af den nævnte virksomheds ret til forsvar kan sikres.

44 Det følger af det ovenfor anførte, at sagsøgernes ulovlighedsindsigelse skal antages til realitetsbehandling for så vidt angår de to klagepunkter, der er fremsat til støtte herfor, men kun i det omfang den vedrører de relevante bestemmelser i artikel 20 i forordning nr. 1/2003.

2. Realiteten med hensyn til ulovlighedsindsigelsen

a) Det første klagepunkt om tilsidesættelse af retten til effektive retsmidler

45 Sagsøgerne har gjort gældende, at artikel 20 i forordning nr. 1/2003 strider mod retten til effektive retsmidler. De har med støtte i Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) og Unionens retsinstansers praksis påpeget, at eftersom den domstolsprøvelse af kontrolundersøgelsers afvikling kun kan foretages i forbindelse med et annullationssøgsmål til prøvelse af den endelige afgørelse om pålæggelse af sanktioner, som Kommissionen har truffet i medfør af artikel 101 TEUF, er muligheden for at anfægte denne afvikling ikke sikker og ikke til stede inden for en rimelig frist. Sagsøgerne har heraf udledt, at adgangen til at klage over betingelserne for afvikling af kontrolundersøgelser, der pålægges på grundlag af artikel 20 i forordning nr. 1/2003, ikke sikrer de undersøgte virksomheder en »passende oprejsning«. De har nemlig ikke fået tilstrækkelig tid til at søge beskyttelse ved en upartisk og uafhængig domstol og er således blevet tvunget til at efterkomme alle anmodninger fra inspektørerne.

46 Der er i chartrets artikel 47 med overskriften »Adgang til effektive retsmidler og til en upartisk domstol« fastsat følgende: »Enhver, hvis rettigheder og friheder som sikret af EU-retten er blevet krænket, skal have adgang til effektive retsmidler for en domstol under overholdelse af de betingelser, der er fastsat i denne artikel.

Enhver har ret til en retfærdig og offentlig rettergang inden en rimelig frist for en uafhængig og upartisk domstol, der forudgående er oprettet ved lov […]«

47 Det fremgår i øvrigt af forklaringerne til chartret (EUT 2007, C 303, s. 17), som Unionens retsinstanser ifølge chartrets artikel 52, stk. 7, skal tage behørigt hensyn til (jf. dom af 26.2.2013, Åkerberg Fransson, C-617/10, EU:C:2013:105, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis), at chartrets artikel 47 svarer til EMRK's artikel 6, stk. 1, og artikel 13.

48 Som Rådet med rette har fremhævet, indebærer denne overensstemmelse mellem bestemmelserne i chartret og i EMRK ikke, at den legalitetskontrol, der skal foretages i det foreliggende tilfælde, skal baseres på bestemmelserne i EMRK. Det fremgår faktisk af retspraksis og navnlig af dom af 14. september 2017, K. (C-18/16, EU:C:2017:680, præmis 32 og den deri nævnte retspraksis), som Rådet har henvist til, at selv om de grundlæggende rettigheder, som er anerkendt i EMRK, udgør generelle principper i EU-retten, således som det bekræftes af artikel 6, stk. 3, TEU, og selv om chartrets artikel 52, stk. 3, bestemmer, at de af chartrets rettigheder, som svarer til dem, der er sikret ved EMRK, har samme betydning og omfang som i nævnte konvention, udgør EMRK ikke et retligt instrument, der er formelt integreret i Unionens retsorden, idet Unionen ikke har tiltrådt den, hvilket indebærer, at legalitetskontrollen alene skal foretages i lyset af de grundlæggende rettigheder, der er garanteret ved chartret.

49 Det fremgår ikke desto mindre både af chartrets artikel 52 og af forklaringen ad denne artikel, at bestemmelserne i EMRK og Menneskerettighedsdomstolens praksis vedrørende disse bestemmelser skal tages i betragtning ved fortolkningen og anvendelsen af chartrets bestemmelser i et konkret tilfælde (jf. i denne retning dom af 22.12.2010, DEB, C-279/09, EU:C:2010:811, præmis 35 og 37 samt den deri nævnte retspraksis, og af 26.2.2013, Melloni, C-399/11, EU:C:2013:107, præmis 50). Det bestemmes nemlig i chartrets artikel 52, stk. 3, at i det omfang chartret indeholder rettigheder svarende til dem, der er sikret ved EMRK, har de samme betydning og omfang som i EMRK, og i forklaringen ad denne artikel præciseres det, at betydningen og omfanget af de rettigheder, der sikres ved EMRK, ikke kun fastsættes af teksten i EMRK og i protokollerne hertil, men også af Menneskerettighedsdomstolens praksis.

50 Der kan af den praksis, hvori Menneskerettighedsdomstolen bl.a. har udtalt sig om overholdelsen af EMRK's artikel 6 og 13 i forbindelse med besigtigelser, og navnlig af Menneskerettighedsdomstolens dom af 21. februar 2008, Ravon m.fl. mod Frankrig (CE:ECHR:2008:0221JUD001849703, herefter »Ravon-dommen«), af 21. december 2010, Société Canal Plus m.fl. mod Frankrig (CE:ECHR:2010:1221JUD002940808, herefter »Canal Plus-dommen«), af 21. december 2010, Compagnie des gaz de pétrole Primagaz mod Frankrig (CE:ECHR:2010:1221JUD002961308, herefter »Primagaz-dommen«), og af 2. oktober 2014, Delta Pekárny a.s. mod Den Tjekkiske Republik (CE:ECHR:2014:1002JUD000009711, herefter »Delta Pekárny-dommen«), og som parterne har påberåbt sig og analyseret, udledes følgende principper:

– Der skal sikres en effektiv domstolsprøvelse af de faktiske og retlige aspekter af afgørelsens eller de pågældende foranstaltningers retmæssighed (Ravon-dommen, § 28, og Delta Pekárny-dommen, § 87) (herefter »effektivitetskravet«).

– Det eller de tilgængelige retsmidler skal, såfremt der fastslås et ulovligt forhold, gøre det muligt enten at forhindre, at transaktionen gennemføres, eller, såfremt den ulovlige transaktion allerede har fundet sted, gøre det muligt for de berørte at opnå en passende oprejsning (Ravon-dommen, § 28, og Delta Pekárny-dommen, § 87) (herefter »kravet om virkningsfuldhed«).

– Adgangen til det pågældende søgsmål skal være sikker (Canal Plus-dommen, § 40, og Primagaz-dommen, § 28) (herefter »sikkerhedskravet«).

– Domstolsprøvelsen skal finde sted inden for en rimelig frist (Canal Plus-dommen, § 40, og Primagaz-dommen, § 28) (herefter »kravet om en rimelig frist«).

51 Det følger ligeledes heraf, at det skal være muligt at iværksætte en sådan effektiv domstolsprøvelse af afviklingen af en kontrolundersøgelse, og at prøvelsen skal være effektiv under de særlige omstændigheder i den omhandlede sag (Delta Pekárny-dommen, § 87), hvilket kræver, at der tages hensyn til alle tilgængelige retsmidler og foretages en samlet analyse af disse retsmidler (jf. i denne retning Ravon-dommen, §§ 29-34, Canal Plus-dommen, §§ 40-44, og Delta Pekárny-dommen, §§ 89-93). Realitetsbehandlingen af ulovlighedsindsigelsen kan derfor ikke begrænses til en analyse af de af sagsøgerne påberåbte mangler i artikel 20 i forordning nr. 1/2003, da det er nødvendigt at tage hensyn til alle de retsmidler, som en virksomhed, der er genstand for en undersøgelse, har adgang til.

52 Det skal indledningsvis bemærkes, at den praksis fra Menneskerettighedsdomstolen, der er nævnt i præmis 50 og 51 ovenfor, i modsætning til det af Kommissionen og Rådet anførte ikke kan anses for at være uden relevans for den foreliggende sag.

53 Kommissionen har i det foreliggende tilfælde ikke benyttet sig af »politiet« eller af nationale »retshåndhævende« myndigheder i henhold til artikel 20, stk. 6-8, i forordning nr. 1/2003. Dette ses bl.a. af den omstændighed, at de franske retters kendelser om tilladelse til disse kontrolbesøg og beslaglæggelser, som Kommissionen havde indhentet på forhånd, ikke blev forkyndt for sagsøgerne (jf. præmis 5 og 34 ovenfor). Som sagsøgerne med rette har anført, blev de imidlertid tvunget til at

underkaste sig kontrolundersøgelsesafgørelsen, som er bindende for dem, den angiver at være rettet til, som kan give anledning til en bøde i tilfælde af overtrædelser [artikel 23, stk. 1, litra c)-e), i forordning nr. 1/2003], og som bl.a. giver adgang til alle deres lokaler og til at kontrollere og kopiere deres forretningspapirer [artikel 20, stk. 2, litra a)-d), i forordning nr. 1/2003], hvilket er tilstrækkeligt til at udgøre en indtrængning i de undersøgte virksomheders lokaler, som gør det nødvendigt at sikre de rettigheder, som anerkendes i den praksis fra Menneskerettighedsdomstolen, der er nævnt i præmis 50 og 51 ovenfor, for de virksomheder, der var genstand for besigtigelser (jf. i denne retning dom af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 65, og Menneskerettighedsdomstolens dom af 14.3.2013, Bernh Larsen Holding AS m.fl. mod Norge, CE:ECHR:2013:0314JUD002411708, § 106). Det er derfor ikke afgørende, at kontrolundersøgelsen i det foreliggende tilfælde blev gennemført uden forudgående medvirken af en ret, der gav tilladelse til indsættelse af politi, og det kan også bemærkes, at det i tilfælde af manglende retslige medvirken er så meget desto vigtigere at overholde de garantier, der er fastsat i Menneskerettighedsdomstolens praksis, ved den efterfølgende domstolsprøvelse af afgørelsen om iværksættelse af kontrolundersøgelsen (jf. i denne retning dom af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 66, og Menneskerettighedsdomstolens ovennævnte praksis). Det bør desuden fremhæves, at Unionens retsinstanser altid har støttet sig på Menneskerettighedsdomstolens praksis, når de har taget stilling til overholdelsen af de undersøgte virksomheders grundlæggende rettigheder (dom af 18.6.2015, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, C-583/13 P, EU:C:2015:404, præmis 41-48, af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 109-114, og af 10.4.2018, Alcogroup og Alcodis mod Kommissionen, T-274/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:179, præmis 91).

54 Det skal derfor efterprøves i lyset af Menneskerettighedsdomstolens ovennævnte praksis, om retten til effektive retsmidler overholdes i forbindelse med det retsmiddelsystem, der gør det muligt at anfægte afviklingen af en konkurrenceretlig kontrolundersøgelse.

55 Som det fremgår af Menneskerettighedsdomstolens praksis og af præmis 51 ovenfor, skal denne prøvelse baseres på en samlet analyse af de retsmidler, der kan anvendes i forbindelse med kontrollen af de foranstaltninger, som er truffet i forbindelse med en kontrolundersøgelse. Det har derfor ingen betydning, at disse retsmidler hver for sig ikke opfylder de fire krav, som skal være opfyldt, for at der foreligger en ret til effektive retsmidler.

56 Parterne har henvist til følgende seks retsmidler:

– anfægtelse af kontrolundersøgelsesafgørelsen

– anfægtelse af enhver foranstaltning, som ifølge de i retspraksis opstillede betingelser kan gøres til genstand for prøvelse, og som Kommissionen træffer i forlængelse af kontrolundersøgelsesafgørelsen og i forbindelse med kontrolundersøgelsens afvikling, såsom en afgørelse om at afslå en anmodning om beskyttelse af hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter (jf. dom af 17.9.2007, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen, T-125/03 og T-253/03, EU:T:2007:287, præmis 46, 48 og 49 samt den deri nævnte retspraksis)

– anfægtelse af den endelige afgørelse om afslutning af en procedure, der er indledt i henhold til artikel 101 TEUF

– sager om foreløbige forholdsregler

– søgsmål om erstatning uden for kontraktforhold

– anmodninger, der kan rettes til høringskonsulenten.

57 Det bemærkes, at med undtagelse af anmodninger til høringskonsulenten, der ikke kan kvalificeres som en »domstol« i EMRK's forstand, bl.a. fordi konsulenten kun har beføjelse til at afgive henstillinger [artikel 4, stk. 2, litra a), i afgørelse 2011/695/EU vedtaget af formanden for Europa-Kommissionen af 13.10.2011 om høringskonsulentens funktion og kompetenceområde under behandlingen af visse konkurrencesager (EUT 2011, L 275, s. 29)], kan alle disse retsmidler, som sagsøgerne har fremhævet, anvendes til at anfægte kontrolundersøgelser ved en domstol.

58 For det første fremgår det nemlig – hvilket sagsøgerne i øvrigt ikke har bestridt – af retspraksis, at de vilkår, hvorunder en kontrolundersøgelse er afviklet, kan anfægtes inden for rammerne af et søgsmål til annullation af den endelige afgørelse om afslutning af den procedure, der er indledt i henhold til artikel 101 TEUF (dom af 14.11.2012, Nexans France og Nexans mod Kommissionen, T-135/09, EU:T:2012:596, præmis 132; jf. ligeledes dom af 10.4.2018, Alcogroup og Alcodis mod Kommissionen, T-274/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:179, præmis 91 og den deri nævnte retspraksis). Denne prøvelse af endelige afgørelsers lovlighed er, hvis der ses bort fra anbringender, som fremsættes mod kontrolundersøgelsesafgørelsen, men afvises (jf. i denne retning dom af 20.4.1999, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, T-305/94 – T-307/94, T-313/94 – T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, EU:T:1999:80, præmis 408-415), ikke underlagt begrænsninger med hensyn til de anbringender, der kan gøres gældende, og dermed prøvelsens genstand. Den gør det især muligt at efterprøve, om Kommissionen har overholdt alle de begrænsninger, som den er pålagt ved afviklingen af en kontrolundersøgelse (jf. i denne retning dom af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 79-82), og anses for at sikre en effektiv domstolsprøvelse af kontrolundersøgelsesforanstaltninger som krævet af Menneskerettighedsdomstolen (dom af 10.4.2018, Alcogroup og Alcodis mod Kommissionen, T-274/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:179, præmis 91).

59 For det andet fremgår det ligeledes af retspraksis og af den foreliggende sag, at en kontrolundersøgelsesafgørelse kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål (dom af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 97 og 111). Denne prøvelse er i øvrigt omhandlet i artikel 20 i forordning nr. 1/2003 (stk. 4 og 8), hvoraf det fremgår, at den skal nævnes i kontrolundersøgelsesafgørelsen. Prøvelsen af kontrolundersøgelsesafgørelsens lovlighed, som bl.a. vedrører spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen er i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en mistanke om, at konkurrencereglerne er overtrådt, kan imidlertid, hvis der fastslås en ulovlighed, medføre, at alle foranstaltninger, der er truffet i medfør af denne afgørelse, også anses for at være ulovlige, bl.a. fordi de ikke er nødvendige (jf. i denne retning dom af 20.6.2018, České dráhy mod Kommissionen, T-621/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:367, præmis 40 og den deri nævnte retspraksis). Hvis der endvidere er truffet en kontrolundersøgelsesafgørelse i forlængelse af andre kontrolundersøgelser, og denne afgørelse er baseret på oplysninger, som er fremskaffet i forbindelse med de foregående kontrolundersøgelser, kan prøvelsen af den nævnte afgørelses lovlighed bl.a. vedrøre spørgsmålet om, hvorvidt de foranstaltninger, der er truffet i medfør af de tidligere kontrolundersøgelsesafgørelser, ligger inden for de rammer for kontrolundersøgelsen, der er fastlagt i disse afgørelser (jf. i denne retning dom af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 138-160), og medføre, at den annulleres, hvis der fastslås en uoverensstemmelse (dom af 18.6.2015, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, C-583/13 P, EU:C:2015:404, præmis 56-67 og 71; jf. i denne retning ligeledes dom af 10.4.2018, Alcogroup og Alcodis mod Kommissionen, T-274/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:179, præmis 63).

60 Det skal for det tredje bemærkes – selv om parterne ikke har henvist hertil – at en afgørelse, hvorved Kommissionen pålægger en sanktion for forstyrrelse af kontrolundersøgelsen på grundlag af artikel 23, stk. 1, litra c)-e), i forordning nr. 1/2003, i lighed med andre afgørelser om sanktioner i henhold til forordning nr. 1/2003 kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål. Til støtte for dette søgsmål kan det bl.a. gøres gældende, at sanktionen er ulovlig, fordi den foranstaltning i forbindelse med kontrolundersøgelsen, som den virksomhed, der pålægges denne sanktion, ikke har rettet sig efter,

såsom en anmodning om fremlæggelse af et fortroligt dokument eller en anmodning om en forklaring rettet til en medarbejder, i sig selv er ulovlig (jf. i denne retning dom af 14.11.2012, Nexans France og Nexans mod Kommissionen, T-135/09, EU:T:2012:596, præmis 126).

61 For det fjerde fremgår det klart af dom af 17. september 2007, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen (T-125/03 og T-253/03, EU:T:2007:287, præmis 46, 48 og 49 samt den deri nævnte retspraksis), at en afgørelse om direkte eller indirekte at afslå en anmodning om beskyttelse af dokumenter af hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter, som er fremsat under en kontrolundersøgelse, udgør en retsakt, der kan anfægtes. Dette retsmiddel er netop blevet indført, fordi Unionens retsinstanser har fastslået, at virksomhedens mulighed for at anlægge sag til prøvelse af en afgørelse, hvorved det fastslås, at konkurrencereglerne er tilsidesat, ikke giver denne en tilstrækkelig retsbeskyttelse, da det kan tænkes, at den administrative procedure ikke fører frem til en afgørelse om tilsidesættelse af konkurrencereglerne, og da et søgsmål til prøvelse af denne afgørelse under alle omstændigheder ikke giver virksomheden mulighed for at forhindre de uoprettelige virkninger af, at Kommissionen uretmæssigt gør sig bekendt med dokumenter, som er beskyttet som følge af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter (jf. dom af 17.9.2007, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen, T-125/03 og T-253/03, EU:T:2007:287, præmis 47 og den deri nævnte retspraksis).

62 I modsætning til det af sagsøgerne anførte, og selv om Unionens retsinstanser endnu ikke har fastslået, at sådan sag kan antages til realitetsbehandling, kan det ligeledes bemærkes, at Retten har anerkendt, at den undersøgte virksomhed under de samme omstændigheder kan anlægge sag til prøvelse af en afgørelse om at afslå en anmodning om beskyttelse af dens medarbejdere af hensyn til deres privatliv. Efter at have mindet om dom af 17. september 2007, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen (T-125/03 og T-253/03, EU:T:2007:287), og den heri nævnte retspraksis, og henvist til muligheden for en »en beslutning, som betød, at […] blev nægtet […] beskyttelse [af hensyn til privatlivet]«, fastslog Retten nemlig, at der i dette tilfælde ikke var blevet vedtaget en sådan afgørelse. Retten lagde i denne forbindelse til grund, at sagsøgerne, da der blev truffet afgørelse om kopiering af data, ikke havde gjort gældende, at deres dokumenter var garanteret en beskyttelse svarende til den, der følger af tavshedspligten mellem advokater og klienter, eller oplyst, hvilke konkrete dokumenter eller dele af dokumenter der var tale om (dom af 14.11.2012, Nexans France og Nexans mod Kommissionen, T-135/09, EU:T:2012:596, præmis 129 og 130). Det kan i øvrigt bemærkes, at sagsøgerne ikke som sådan har rejst tvivl om det pågældende retsmiddels eksistens, men om dets restriktive og bindende karakter i forhold til de berørte virksomheder, for så vidt som de skal reagere med det samme, mens kontrolundersøgelsen pågår, og før Kommissionen går i gang med at tage kopier (jf. præmis 72 nedenfor).

63 Det må nemlig fastslås, at det hverken i traktaternes bestemmelser eller i artikel 20 i forordning nr. 1/2003 udelukkes, at en virksomhed kan anlægge et annullationssøgsmål til prøvelse af sådanne handlinger, der er udført i forbindelse med afviklingen af en kontrolundersøgelse, hvis det sker i overensstemmelse med de krav, der følger af artikel 263, stk. 4, TEUF.

64 For det femte fremgår det ganske vist af artikel 278 TEUF, at alle de retsmidler, der er nævnt ovenfor, principielt ikke har opsættende virkning, men det er i henhold til denne bestemmelse muligt at få udsat gennemførelsen af de retsakter, der anfægtes i forbindelse med disse retsmidler. En sådan anmodning om udsættelse kan medføre, at kontrolundersøgelsen udsættes, men i og med at kontrolundersøgelsesafgørelsen i princippet skal være forkyndt for og meddelt den undersøgte virksomhed den dag, hvor undersøgelsen indledes, er det kun fremgangsmåden i procesreglementets artikel 157, stk. 2, der, såfremt betingelserne for anordning af midlertidig udsættelse er opfyldt, gør det muligt at opnå et sådant resultat (jf. i denne retning dom af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 98). I henhold til denne bestemmelse kan Rettens præsident nemlig tage anmodningen om udsættelse til følge, før Kommissionen er blevet hørt, og således anordne udsættelse få dage efter, at anmodningen er indgivet, og før kontrolundersøgelsen er afsluttet.

65 Det skal tilføjes, at der også kan fremsættes en begæring om foreløbige forholdsregler parallelt med den sag, der er anlagt til prøvelse af en afgørelse om at afslå en anmodning om beskyttelse af hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter. Dette fremgår af kendelse af 27. september 2004, Kommissionen mod Akzo og Akcros (C-7/04 P(R), EU:C:2004:566), og af 30. oktober 2003, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen (T-125/03 R og T-253/03 R, EU:T:2003:287). Det kan nemlig bemærkes, at Domstolens præsident i denne kendelse ganske vist annullerede den kendelse, hvorved Rettens præsident havde anordnet den ønskede udsættelse, men ikke havde udelukket, at der uden Kommissionens forpligtelse til ikke at tillade tredjemænd at få adgang til de omhandlede dokumenter kunne træffes bestemmelse om at udsætte gennemførelsen af afgørelsen om at afslå anmodningen om beskyttelse af fortroligheden af korrespondancen mellem de pågældende selskaber og deres advokater og om opbevaring af de fortrolige data på Rettens Justitskontor, indtil der blev afsagt som i hovedsagen (jf. i denne retning kendelse af 27.9.2004, Kommissionen mod Akzo og Akcros, C-7/04 P(R), EU:C:2004:566, præmis 42 og konklusionens punkt 1 og 2; jf. i denne retning ligeledes kendelse af 17.9.2015, Alcogroup og Alcodis mod Kommissionen, C-386/15 P(R), EU:C:2015:623, præmis 24). Det kan derfor i modsætning til det af sagsøgerne anførte ikke fastslås, at sagen om foreløbige forholdsregler ikke sikrer en eventuel oprejsning for de uregelmæssigheder, som Kommissionen måtte have begået under afviklingen af en kontrolundersøgelse, uafhængigt af den afgørelse, hvorved den blev pålagt.

66 For det sjette bemærkes, at hvis det – selv om der ikke blev vedtaget en retsakt, der kan anfægtes, i forbindelse med kontrolundersøgelsen – er den undersøgte virksomheds opfattelse, at Kommissionen har begået ulovligheder i forbindelse med kontrolundersøgelsen, og at virksomheden på grund af disse ulovligheder har lidt et tab, som Unionen kan drages til ansvar for, har den mulighed for at anlægge et søgsmål om erstatning uden for kontraktforhold mod Kommissionen. Denne mulighed foreligger, allerede før der vedtages en afgørelse om afslutning af overtrædelsesproceduren, og selv om kontrolundersøgelsen ikke resulterer i en endelig afgørelse, der kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål. Et sådant søgsmål er nemlig ikke omfattet af ordningen for prøvelse af gyldigheden af EU-retsakter med retligt bindende virkninger, der kan berøre sagsøgerens interesser, men kan benyttes, når en part har lidt et tab på grund af en institutions retsstridige handling, uanset om denne handling er blevet udmøntet i en retsakt (jf. i denne retning dom af 14.11.2012, Nexans France og Nexans mod Kommissionen, T-135/09, EU:T:2012:596, præmis 133, af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 99, og af 10.4.2018, Alcogroup og Alcodis mod Kommissionen, T-274/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:179, præmis 92).

67 Det kan desuden bemærkes, at den ordning for kontrol med kontrolundersøgelsers afvikling, der består af alle de ovenfor beskrevne retsmidler, opfylder de fire krav, der er angivet i præmis 50 ovenfor.

68 For det første skal det med hensyn til effektivitetskravet bemærkes, hvilket sagsøgerne i øvrigt ikke har bestridt, at de nævnte retsmidler giver anledning til en tilbundsgående kontrol, hvor der både tages stilling til retlige og faktiske spørgsmål (jf. hvad i særdeleshed angår kontrolundersøgelsesafgørelser dom af 18.6.2015, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, C-583/13 P, EU:C:2015:404, præmis 33 og 34, og hvad i almindelighed angår Kommissionens afgørelser om procedurerne for anvendelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF dom af 8.12.2011, Chalkor mod Kommissionen, C-386/10 P, EU:C:2011:815, præmis 62).

69 Det skal desuden fremhæves, at selv om ingen af disse retsmidler isoleret set gør det muligt at kontrollere grundlaget for alle de foranstaltninger, der er truffet i forbindelse med en kontrolundersøgelse, kan denne kontrol baseres på en samlet anvendelse af disse retsmidler, som ikke giver anledning til noget formalitetsproblem, hvilket ses af opregningen i præmis 57-66 ovenfor af de forskellige foranstaltninger, der kan træffes i forbindelse med kontrolundersøgelsers afvikling, og af de forskellige rettigheder, som de undersøgte virksomheder har, og som kan kontrolleres ved behandlingen af de pågældende sager. Det skal navnlig bemærkes, at sagsøgerne ikke med rette kan gøre gældende, at der ikke findes nogen retsmidler i en situation, hvor inspektørerne tager kopier af

dokumenter, som ligger uden for kontrolundersøgelsens rammer. Såfremt den pågældende kontrolundersøgelse, som sagsøgerne har anført, ikke munder ud i en afgørelse, hvorved der fastslås en overtrædelse og pålægges en sanktion, men resulterer i en ny undersøgelse og en ny kontrolundersøgelsesafgørelse, kan de undersøgte virksomheder nemlig anlægge et annullationssøgsmål til prøvelse af den nævnte afgørelse, hvori det gøres gældende, at denne afgørelse er baseret på ulovlige indicier, da de er fremskaffet ulovligt i forbindelse med den foregående kontrolundersøgelse (jf. præmis 59 ovenfor).

70 De anbringender, som sagsøgerne har støttet på domme, hvori Menneskerettighedsdomstolen har fastslået en overtrædelse af retten til effektive retsmidler, fordi et af de ovennævnte retsmidler manglede, er derfor ikke relevante. Det bemærkes navnlig, at de konklusioner, som Menneskerettighedsdomstolen drog i Delta Pekárny-dommen (§§ 82-94), fordi den omhandlede tjekkiske lovgivning ikke indeholdt specifikke retsmidler, som gjorde det muligt at anfægte kontrolundersøgelsesafgørelser, ikke kan overføres på den foreliggende sag. Den eneste mulighed, som de undersøgte virksomheder havde for at anfægte kontrolundersøgelsens lovlighed, var nemlig at anlægge en retssag til prøvelse af konkurrencemyndighedens materielle konstateringer, og i denne forbindelse havde det ikke været muligt at undersøge spørgsmål som kontrolundersøgelsens nødvendighed, varighed og omfang samt dens forholdsmæssighed (jf. i denne retning generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, C-583/13 P, EU:C:2015:92, punkt 37), hvilket kunne være set i forbindelse med et søgsmål til prøvelse af kontrolundersøgelsesafgørelsen.

71 I modsætning til de omstændigheder, der lå til grund for Menneskerettighedsdomstolens dom af 2. april 2015, Vinci Construction og GTM Génie Civil et Services mod Frankrig (CE:ECHR:2015:0402JUD006362910), fremgår det endvidere af Unionens retsinstansers praksis, at det er muligt at anmode om en effektiv prøvelse af beskyttelsen af tavshedspligten i korrespondancen mellem advokater og klienter i forbindelse med kontrolundersøgelser (jf. præmis 61 ovenfor). I denne forbindelse efterprøves det bl.a., om de omhandlede dokumenter materielt er omfattet af denne tavshedspligt (jf. i denne retning dom af 17.9.2007, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen, T-125/03 og T-253/03, EU:T:2007:287, præmis 117-135, 138-140 og 165-179).

72 Det må desuden fastslås, at det ikke er uforeneligt med princippet om retten til effektive retsmidler at kræve, at en virksomhed, der er genstand for en kontrolundersøgelsesafgørelse, tager visse skridt til at bevare sine rettigheder og sin adgang til de retsmidler, som gør det muligt at sikre deres overholdelse, bl.a. det skridt, der består i at indgive anmodninger om beskyttelse til Kommissionen (jf. præmis 61 og 62 ovenfor). Dette gælder så meget desto mere, som Kommissionen har pligt til at give virksomheden en kort frist til at konsultere sine advokater, inden Kommissionen tager kopier for eventuelt at kunne fremsætte sådanne anmodninger (jf. i denne retning dom af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 89).

73 Hvad for det andet angår kravet om virkningsfuldhed kan det konstateres, at de ovennævnte retsmidler sikrer en kontrol, som både er forebyggende takket være en sag om foreløbige forholdsregler, som forhindrer, at kontrolundersøgelser afsluttes (jf. præmis 64 ovenfor), og afhjælpende efter kontrolundersøgelsernes gennemførelse takket være andre retsmidler. Det skal herved fremhæves, at der i Menneskerettighedsdomstolens praksis ikke stilles krav om både forudgående og efterfølgende kontrol, da en af de nævnte former for kontrol er tilstrækkelig (jf. præmis 50 ovenfor). Selv om sagen om foreløbige forholdsregler ikke har den krævede virkning, kan der således, som sagsøgerne i den foreliggende sag har gjort gældende, anlægges søgsmål efterfølgende, som i hvert fald sikrer retssubjektet en passende oprejsning.

74 Såfremt kontrolundersøgelsesafgørelsen annulleres, vil Kommissionen således være afskåret fra at benytte ethvert dokument eller andet bevismateriale, som den måtte være kommet i besiddelse af under kontrolundersøgelsen (dom af 22.10.2002, Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, præmis 49, og af 12.12.2012, Almamet mod Kommissionen, T-410/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2012:676,

præmis 31). En sådan annullation vil uvægerligt medføre, at den nye kontrolundersøgelsesafgørelse, der er vedtaget alene på grundlag af dokumenter beslaglagt ved den første ulovlige kontrolundersøgelse, annulleres (jf. i denne retning dom af 20.6.2018, České dráhy mod Kommissionen, T-621/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:367, præmis 39 og 40).

75 I forbindelse med det søgsmål, der er rettet mod Kommissionens endelige afgørelse, er konsekvensen af en annullation af en kontrolundersøgelsesafgørelse eller den omstændighed, at der konstateres en uregelmæssighed i gennemførelsen af kontrollen endvidere, at Kommissionen ikke har mulighed for at bruge de beviser, der er indsamlet, med henblik på overtrædelsesproceduren (jf. dom af 18.6.2015, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, C-583/13 P, EU:C:2015:404, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis), hvilket kan føre til annullation af den afgørelse, hvorved der fastslås en overtrædelse og pålægges sanktioner herfor, når de pågældende beviser er afgørende for denne fastslåelse og sanktion.

76 Selv om der ikke er truffet nogen afgørelse, hvorved der fastslås en overtrædelse og pålægges sanktioner herfor, skal det desuden påpeges, at det stadig er muligt dels at begære visse foranstaltninger, der er truffet under kontrolundersøgelsen, annulleret (jf. præmis 61 og 62 ovenfor), dels at fremsætte et erstatningskrav (jf. præmis 66 ovenfor). Disse to retsmidler gør det imidlertid muligt at sikre dels, at den retlige afgørelse om de annullerede kontrolundersøgelsesforanstaltninger bortfalder, dels, at der ydes erstatning for den skade, der er lidt som følge af de nævnte foranstaltninger, allerede før der iværksættes en efterfølgende overtrædelsesprocedure, og uanset om denne procedure afsluttes. Det skal herved præciseres, at for så vidt som det er nødvendigt at anlægge en helhedsvurdering af retsmidlerne og af spørgsmålet om, hvorvidt de sikrer en passende oprejsning (jf. præmis 51 ovenfor), og for så vidt som andre retsmidler forhindrer Kommissionen i at anvende ulovligt kopierede dokumenter, har det ingen betydning, at en erstatningssag ikke forhindrer dette. Det kan i modsætning til det af sagsøgerne anførte navnlig ikke udledes af Ravon-dommen, at Menneskerettighedsdomstolen kun anser domstolsprøvelsen af kontrolundersøgelser for at være effektiv, hvis de pågældende retsmidler udmøntes i en afgørelse, hvorved det forbydes at benytte de fremskaffede dokumenter og vidneudsagn. I denne dom begrænsede Menneskerettighedsdomstolen sig nemlig til at anlægge en helhedsvurdering af de foreliggende retsmidler, idet den fastslog, at erstatningssagen ikke var tilstrækkelig til at kompensere for manglerne ved de øvrige retsmidler, herunder annullationssøgsmål i henhold til den pågældende franske lovgivning (Ravon-dommen, præmis 33), der ikke sikrer den samme effektive prøvelse som annullationssøgsmål ved Unionens retsinstanser.

77 Hvad for det tredje angår sikkerhedskravet har sagsøgerne hovedsageligt påberåbt sig dette krav, fordi det ikke er sikkert, at de retsakter, der vil kunne anfægtes ved hjælp af de nævnte retsmidler, vedtages. Kommissionen vil således ikke nødvendigvis vedtage en afgørelse, hvorved der fastslås en overtrædelse, og ophavsmanden pålægges sanktioner, i forlængelse af en kontrolundersøgelse. Sikkerhedskravet skal imidlertid ikke fortolkes således, at det er nødvendigt at anvende alle teoretisk mulige retsmidler i alle tilfælde, og uanset hvilke foranstaltninger der træffes efter kontrolundersøgelsen, men således, at det er nødvendigt at anvende de retsmidler, der gør det muligt at anfægte de foranstaltninger, som har negative virkninger for den undersøgte virksomhed, på det tidspunkt, hvor de nævnte virkninger viser sig. Hvis disse negative virkninger ikke består i en afgørelse, hvorved der fastslås en overtrædelse eller pålægges en sanktion herfor, kan den manglende mulighed for at anfægte denne afgørelse således ikke anses for at være uforenelig med kravet om sikker adgang til prøvelse af foranstaltninger, der træffes i forbindelse med en kontrolundersøgelse.

78 Der kan ikke udledes nogen anden fortolkning af Canal Plus-dommen (jf. præmis 50 ovenfor). I modsætning til det af sagsøgerne anførte fastslog Menneskerettighedsdomstolen nemlig ikke i denne dom, at adgangen til prøvelse af den afgørelse, som tillod kontrolundersøgelsen, var blevet usikker, fordi det var uklart, om konkurrencemyndigheden ville træffe en materiel afgørelse. Den konstaterede blot, at muligheden for at anfægte kendelsen om tilladelse til besigtigelse under de særlige omstændigheder, der gjaldt for den overgangsordning, som den franske lovgiver havde indført, ifølge denne ordning var betinget af, at der verserede et søgsmål til prøvelse af den materielle afgørelse,

hvilket medførte en konditionalitet, der reelt gjorde adgangen til det nævnte søgsmål usikker (jf. i denne retning generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, C-583/13 P, EU:C:2015:92, punkt 48). Det kan i øvrigt bemærkes, at en sådan konditionalitet ikke findes i det retsmiddelsystem, der anvendes i forbindelse med Kommissionens kontrolundersøgelser. Adgangen til at anlægge et søgsmål til prøvelse af en kontrolundersøgelsesafgørelse er nemlig ikke betinget af, at der er anlagt et søgsmål til prøvelse af afgørelsen om afslutning af proceduren i henhold til artikel 101 TEUF, hvilket den heller ikke kan være, henset til den søgsmålsfrist, der er fastsat i artikel 263 TEUF.

79 Hvad for det fjerde angår kravet om en rimelig frist skal det bemærkes, at sagsøgerne ikke har støttet deres anbringende om manglende opfyldelse af dette krav på varigheden af de sager, der indbringes for Unionens retsinstanser, og at de i øvrigt har erkendt, at der findes søgsmålsfrister. De har alene peget på det lange tidsrum, der kan være mellem kontrolundersøgelsen og den endelige afgørelse om afslutning af den procedure, der er indledt i henhold til artikel 101 TEUF.

80 Det kan imidlertid ikke udledes af et sådant interval, selv om det kan strække sig over flere år, at de retsmidler, der gør det muligt at anfægte kontrolundersøgelsers afvikling ved Unionens retsinstanser, ikke sikrer en effektiv retsbeskyttelse. For det første er kritikken kun rettet mod tidsintervallet mellem vedtagelsen af kontrolundersøgelsesforanstaltningerne og tidspunktet for deres eventuelle anfægtelse i forbindelse med et søgsmål til prøvelse af den endelige afgørelse, der er vedtaget i henhold til artikel 101 TEUF, hvilket kun er et af de retsmidler, hvormed de kan anfægtes. For det andet – og nok så vigtigt – skal det tidsrum, hvori de pågældende kontrolundersøgelsesforanstaltninger opretholdes, ses i lyset af den omstændighed, at Kommissionen først tager endelig stilling til, om der er begået en overtrædelse, og til den sanktion, der efterfølgende pålægges den undersøgte virksomhed, i denne endelige afgørelse. Hvis der opstår andre skadelige konsekvenser for den undersøgte virksomhed i dette tidsrum, f.eks. en skadelig adfærd fra Kommissionens side eller vedtagelsen af en ny kontrolundersøgelsesafgørelse på grundlag af de indsamlede oplysninger, har den nævnte virksomhed til gengæld mulighed for straks og uden at afvente overtrædelsesprocedurens udfald at anlægge et erstatningssøgsmål eller et søgsmål med påstand om annullation af den nye kontrolundersøgelsesafgørelse.

81 Det følger af det ovenfor anførte, at det første klagepunkt, der er fremsat til støtte for ulovlighedsindsigelsen mod artikel 20 i forordning nr. 1/2003, skal forkastes.

b) Det andet klagepunkt om tilsidesættelse af princippet om processuel ligestilling og af retten til forsvar

82 Sagsøgerne har anført, at artikel 20 i forordning nr. 1/2003 strider mod princippet om processuel ligestilling og retten til forsvar. Det følger af disse grundlæggende principper, at den indstævnte har ret til indsigt i sagsakterne. De retlige rammer for kontrolundersøgelser, der er fastlagt i artikel 20 i forordning nr. 1/2003, sikrer imidlertid ikke parterne aktindsigt i de dokumenter, hvorpå Kommissionen har baseret sin afgørelse om at foretage en kontrolundersøgelse, hvilket medfører, at sagsøgerne stilles i en åbenbart ulige situation i forhold til Kommissionen og ikke har mulighed for at forberede deres forsvar.

83 Ifølge fast retspraksis indebærer princippet om processuel ligestilling, der følger af selve begrebet en retfærdig rettergang og har til formål at sikre ligevægt mellem sagens parter, en forpligtelse til at give hver part rimelig mulighed for at fremlægge sin sag, herunder sine beviser, under betingelser, der ikke stiller ham i en situation, der er til hans ugunst i forhold til modparten. Dette princip har til formål at sikre den processuelle ligevægt mellem parterne i en retssag og således sikre ligheden mellem disse parters rettigheder og forpligtelser, bl.a. med hensyn til de bestemmelser, der regulerer

bevisoptagelsen og den kontradiktoriske forhandling for retten (jf. dom af 28.7.2016, Ordre des barreaux francophones et germanophone m.fl., C-543/14, EU:C:2016:605, præmis 40 og 41 samt den deri nævnte retspraksis).

84 Selv om sagsøgerne har henvist til denne retspraksis og kun har støttet deres anbringende om tilsidesættelse af princippet om processuel ligestilling og af retten til forsvar på chartrets artikel 47 og 48 og til EMRK's artikel 6, der vedrører retssubjekters rettigheder i retssager, fremgår det i øvrigt af den retspraksis, som de har påberåbt sig (jf. præmis 94 nedenfor), at de generelt sigter til den undersøgte virksomheds rettigheder til at forsvare sig såvel for domstolene som for Kommissionen.

85 Det fremgår imidlertid af den retspraksis, hvori der tages stilling til de oplysninger, der skal fremlægges for den undersøgte virksomhed for at sikre beskyttelsen af dens ret til forsvar over for Kommissionen, at Kommissionen ikke er forpligtet til at gøre virksomheden bekendt med de indicier, der ligger til grund for kontrolundersøgelsen, i kontrolundersøgelsesafgørelsen eller under kontrolundersøgelsen (jf. i denne retning dom af 17.10.1989, Dow Chemical Ibérica m.fl. mod Kommissionen, 97/87-99/87, EU:C:1989:380, præmis 45, 50 og 51, af 8.7.2008, AC-Treuhand mod Kommissionen, T-99/04, EU:T:2008:256, præmis 48, af 14.11.2012, Nexans France og Nexans mod Kommissionen, T-135/09, EU:T:2012:596, præmis 69, af 14.3.2014, Cementos Portland Valderrivas mod Kommissionen, T-296/11, EU:T:2014:121, præmis 37, af 25.11.2014, Orange mod Kommissionen, T-402/13, EU:T:2014:991, præmis 81, og af 20.6.2018, České dráhy mod Kommissionen, T-325/16, EU:T:2018:368, præmis 45 og 46).

86 Denne løsning i retspraksis er ikke baseret på et princip om, at de omhandlede indicier er fortrolige, men på et ønske, som lovgiver også tog hensyn til ved udformningen af artikel 20 i forordning nr. 1/2003, om at bevare effektiviteten af Kommissionens undersøgelser på et meget tidligt trin.

87 Den administrative procedure i medfør af forordning nr. 1/2003, der finder sted i Kommissionen, er nemlig opdelt i to særskilte og successive faser, som hver har sin egen indre logik, nemlig en indledende undersøgelsesfase og en kontradiktorisk fase. Den indledende undersøgelsesfase, hvor Kommissionen udnytter sine undersøgelsesbeføjelser i henhold til forordning nr. 1/2003, og som strækker sig til klagepunktsmeddelelsen, skal gøre det muligt for Kommissionen at indsamle alle de relevante elementer, som bekræfter eller afkræfter en overtrædelse af konkurrencereglerne, og at foretage en første stillingtagen til, hvilken kurs proceduren skal følge. Den kontradiktoriske fase, som strækker sig fra klagepunktsmeddelelsen til vedtagelsen af den endelige afgørelse, skal derimod gøre det muligt for Kommissionen endeligt at tage stilling til den kritiserede overtrædelse (jf. dom af 25.11.2014, Orange mod Kommissionen, T-402/13, EU:T:2014:991, præmis 77 og den deri nævnte retspraksis).

88 For det første har den indledende undersøgelsesfase som starttidspunkt den dato, hvor Kommissionen under udøvelse af den kompetence, som EU-lovgiver har givet den, træffer foranstaltninger, der indebærer kritik for at have begået en overtrædelse, og som skal gøre det muligt for Kommissionen at tage stilling til procedurens tilrettelæggelse (dom af 29.9.2011, Elf Aquitaine mod Kommissionen, C-521/09 P, EU:C:2011:620, præmis 114, og af 15.7.2015, SLM og Ori Martin mod Kommissionen, T-389/10 og T-419/10, EU:T:2015:513, præmis 337). For det andet er det først i begyndelsen af den administrative kontradiktoriske fase, gennem klagepunktsmeddelelsen, at den berørte virksomhed bliver underrettet om alle de væsentlige omstændigheder, som Kommissionen lægger til grund på dette trin af proceduren, og at virksomheden har ret til aktindsigt for at sikre en effektiv udøvelse af dens ret til forsvar. Følgelig er det først efter fremsendelsen af klagepunktsmeddelelsen, at den berørte virksomhed fuldt ud kan gøre retten til forsvar gældende. Såfremt de nævnte rettigheder også omfattede perioden forud for afsendelsen af klagepunktsmeddelelsen, ville det svække effektiviteten af Kommissionens undersøgelse, fordi den berørte virksomhed allerede under den indledende undersøgelsesfase ville blive i stand til at fastslå, hvilke oplysninger Kommissionen allerede havde

kendskab til, og dermed hvilke oplysninger der stadig kunne holdes skjult for den (jf. dom af 25.11.2014, Orange mod Kommissionen, T-402/13, EU:T:2014:991, præmis 78 og den deri nævnte retspraksis).

89 Kommissionens undersøgelsesforanstaltninger under den indledende undersøgelsesfase, navnlig kontrolundersøgelser og anmodninger om oplysninger, indebærer imidlertid ikke desto mindre i sig selv, at der foreligger en anklage om en overtrædelse, hvilket kan have vigtige følgevirkninger for de mistænkte virksomheders situation. Det er følgelig væsentligt at undgå, at retten til et forsvar undergraves uopretteligt under denne fase i den administrative procedure, eftersom de undersøgelsesforanstaltninger, der er truffet, kan være afgørende for tilvejebringelse af bevismateriale, der godtgør, at virksomheder har handlet retsstridigt på en sådan måde, at de ifalder ansvar (jf. dom af 25.11.2014, Orange mod Kommissionen, T-402/13, EU:T:2014:991, præmis 79 og den deri nævnte retspraksis).

90 I denne sammenhæng bemærkes, at den forpligtelse, der er fastsat i artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, til at angive genstanden for og formålet med en kontrolundersøgelse, udgør en grundlæggende garanti for de berørte virksomheders ret til forsvar, og følgelig kan omfanget af forpligtelsen til at begrunde kontrolundersøgelsesafgørelser ikke begrænses ud fra betragtninger om undersøgelsens effektivitet. Selv om Kommissionen ikke i henhold til artikel 20 i forordning nr. 1/2003 er forpligtet til at give adressaten for en sådan afgørelse meddelelse om samtlige de oplysninger om de formodede overtrædelser, som den råder over, til at foretage en præcis afgrænsning af det pågældende marked, til at angive en nøjagtig retlig kvalificering af disse overtrædelser eller til at anføre den periode, hvorunder overtrædelserne er begået, har den dog pligt til så klart som muligt at angive, hvilke formodninger dens påtænkte undersøgelse angår, dvs. hvad der efterspores, og hvad kontrolundersøgelsen skal vedrøre (jf. dom af 25.11.2014, Orange mod Kommissionen, T-402/13, EU:T:2014:991, præmis 80 og den deri nævnte retspraksis).

91 Det fremgår på denne baggrund af fast retspraksis, at det under den indledende procedure ikke kan pålægges Kommissionen ud over de formodninger for overtrædelse, som den har til hensigt at undersøge, at anføre indicierne, dvs. de omstændigheder, der gør, at den mener, at der er tale om en tilsidesættelse af artikel 101 TEUF. En sådan forpligtelse ville nemlig underminere den afvejning, som retspraksis har indført mellem undersøgelsens effektivitet og den berørte virksomheds ret til forsvar (jf. dom af 20.6.2018, České dráhy mod Kommissionen, T-325/16, EU:T:2018:368, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis; jf. ligeledes præmis 85 ovenfor).

92 Artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 kan som følge heraf ikke erklæres ulovlig med den begrundelse, at det ikke fremgår af denne bestemmelse, at de indicier, der ligger til grund for kontrolundersøgelsen, skal fremlægges for den undersøgte virksomhed, og at den derfor er i strid med princippet om processuel ligestilling og med den nævnte virksomheds ret til forsvar.

93 Ingen af sagsøgernes argumenter kan rejse tvivl om denne konklusion.

94 Hvad for det første angår Unionens retsinstansers praksis skal det bemærkes, at sagsøgerne hverken har henvist til ovennævnte praksis eller udtrykkeligt har anfægtet denne praksis, og at de kun har anført én dom fra Retten til støtte for deres anbringende om, at princippet om processuel ligestilling ifølge Retten indebærer, at de berørte virksomheder har ret til aktindsigt. Det fremgår ganske vist af denne dom, at det almindelige princip om processuel ligestilling af parterne forudsætter, at den berørte virksomhed under en konkurrencesag har samme kendskab som Kommissionen til de sagsakter, som anvendes under proceduren (dom af 29.6.1995, ICI mod Kommissionen, T-36/91, EU:T:1995:118, præmis 93 og 111). Som Kommissionen ganske rigtigt har fremhævet, vedrører denne bemærkning imidlertid den kontradiktoriske fase i proceduren og navnlig de dokumenter, der burde have været fremlagt for den sagsøgende virksomhed sammen med klagepunktsmeddelelsen (jf. præmis 87 og 88 ovenfor vedrørende sondringen mellem den indledende undersøgelsesfase og den administrative kontradiktoriske fase).

95 Hvad for det andet angår Menneskerettighedsdomstolens praksis, hvis påberåbelse, henset til det ovenfor anførte, kan ses som et ønske om en ensartet udvikling af Unionens retsinstansers praksis, eller at det fastslås, at de relevante bestemmelser i artikel 20 i forordning nr. 1/2003 er ulovlige, skal det bemærkes, at denne praksis ikke kan lægges til grund for en sådan udvikling eller fastslåelse, uanset at Menneskerettighedsdomstolen, som Kommissionen og Rådet har fremhævet, har udtalt sig om fysiske personers rettigheder i straffesager i sine domme. Alle de overtrædelser af princippet om processuel ligestilling, som Menneskerettighedsdomstolen har fastslået i disse domme, har nemlig vedrørt den omstændighed, at de tiltalte blev dømt uden på noget tidspunkt at have fået aktindsigt i alle oplysninger om de forhold, som de var blevet anklaget for (Menneskerettighedsdomstolens dom af 18.3.1997, Foucher mod Frankrig, CE:ECHR:1997:0318JUD002220993, af 25.3.1999, Pélissier og Sassi mod Frankrig, CE:ECHR:1999:0325JUD002544494, af 26.7.2011, Huseyn m.fl. mod Aserbajdsjan, CE:ECHR:2011:0726JUD003548505, og af 20.9.2011, OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos mod Rusland, CE:ECHR:2011:0920JUD001490204), hvoraf det ikke kan udledes, at der foreligger ret til aktindsigt i sådanne oplysninger i undersøgelsesfasen, selv om det er fastslået, at der foreligger en sådan ret i den efterfølgende kontradiktoriske fase. Med hensyn til den dom fra Menneskerettighedsdomstolen, hvoraf det fremgår, at princippet om processuel ligestilling finder anvendelse i alle faser af proceduren og navnlig i forbindelse med undersøgelsen (Menneskerettighedsdomstolens dom af 30.3.1989, Lamy mod Belgien, CE:ECHR:1989:0330JUD001044483), og som sagsøgerne først påberåbte sig i retsmødet, var denne bemærkning møntet på en afgørelse om frihedsberøvelse af sagsøgeren, som blev truffet i løbet af undersøgelsesfasen. I denne sag fastslog Menneskerettighedsdomstolen i øvrigt en overtrædelse af EMRK's artikel 5, stk. 4, vedrørende retslig beskyttelse af arrestanter uden at tage stilling til overholdelsen af EMRK's artikel 6.

96 Hvad for det tredje angår den franske lovgivning, som sagsøgerne påberåbte sig i retsmødet, kan den ikke som sådan være bindende for anvendelsen af EU-retlige bestemmelser (jf. i denne retning dom af 17.1.1984, VBVB og VBBB mod Kommissionen, 43/82 og 63/82, EU:C:1984:9, præmis 40). Det kan tilføjes, at ifølge artikel L. 450-4 i code de commerce (den franske handelslov) forkyndes en kendelse afsagt af den franske afdeling for sager om frihedsberøvende foranstaltninger, som giver Autorité de la concurrence (den franske konkurrencemyndighed) tilladelse til at aflægge kontrolbesøg og foretage beslaglæggelser på grundlag af de oplysninger og indicier, der er fremlagt af den nævnte myndighed, under alle omstændigheder først for den pågældende virksomhed på besøgstidspunktet. Den kan således først give anledning til kontradiktoriske drøftelser, bl.a. om, hvorvidt de fremlagte indicier er tilstrækkeligt tungtvejende, efter at den er indbragt for den øverste præsident for cour d'appel (appeldomstol).

97 Hvad for det fjerde angår sagsøgernes bekymring over problemerne med at gardere sig mod risikoen for, at Kommissionen foretager vilkårlige og uforholdsmæssige indgreb, skal det netop bemærkes, at Retten ved foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse kan anmode Kommissionen om at fremlægge de indicier, der ligger til grund for dens afgørelse om en kontrolundersøgelse (jf. præmis 14 ovenfor vedrørende vedtagelsen af en sådan foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse i det foreliggende tilfælde). Der gives adgang til de indicier, der ligger til grund for kontrolundersøgelsesafgørelsen, under retssagen, eftersom behovet for at bevare effektiviteten af Kommissionens undersøgelser er mindre på dette trin, og kontrolundersøgelsen pr. definition allerede er afsluttet. Når alle undersøgelser er gennemført, er det nemlig ikke nødvendigt at imødegå risikoen for, at oplysninger, der er relevante for undersøgelsen, holdes skjult, eftersom disse oplysninger i princippet allerede er blevet indsamlet under kontrolundersøgelsen (jf. præmis 88 ovenfor). Det kan tilføjes, at det desuden er foreneligt med princippet om processuel ligestilling, at indicierne fremlægges under retssagen, da den undersøgte virksomhed på dette trin er i besiddelse af de oplysninger, der er nødvendige for at gøre gældende, at Kommissionen ikke havde tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde, at der blev iværksat en kontrolundersøgelse (jf. i denne retning generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Nexans og Nexans France mod Kommissionen, C-37/13 P, EU:C:2014:223, punkt 85 og 86), og at det i øvrigt ikke er begrundet at give en sådan adgang, så snart kontrolundersøgelsesafgørelsen er vedtaget.

98 På denne baggrund skal det andet klagepunkt, der er fremsat til støtte for ulovlighedsindsigelsen, som følge heraf forkastes, og ulovlighedsindsigelsen mod de relevante bestemmelser i artikel 20 i forordning nr. 1/2003 skal ligeledes forkastes i sin helhed.

B. Det andet og det tredje anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten og om tilsidesættelse af retten til boligens ukrænkelighed

99 Kommissionen har indledningsvis gjort gældende, at sagsøgerne har påberåbt sig en række klagepunkter om den omtvistede kontrolundersøgelses afvikling, som ikke kan antages til realitetsbehandling i forbindelse med et søgsmål til prøvelse af en kontrolundersøgelsesafgørelse, hvoraf den har udledt, at søgsmålet bør afvises.

100 Det fremgår faktisk af fast retspraksis, at en virksomhed ikke til støtte for påstanden om annullation af den retsakt, hvorpå Kommissionen har baseret kontrolundersøgelsen, kan gøre gældende, at denne er retsstridigt gennemført (dom af 20.4.1999, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, T-305/94 – T-307/94, T-313/94 – T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 og T-335/94, EU:T:1999:80, præmis 413, af 17.9.2007, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen, T-125/03 og T-253/03, EU:T:2007:287, præmis 55, og af 20.6.2018, České dráhy mod Kommissionen, T-325/16, EU:T:2018:368, præmis 22).

101 Den manglende mulighed for til støtte for påstanden om annullation af en afgørelse om en kontrolundersøgelse at gøre gældende, at denne er retsstridigt gennemført, afspejler blot det almindelige princip om, at lovligheden af en foranstaltning skal vurderes på grundlag af de retlige og faktiske omstændigheder på tidspunktet for afgørelsens vedtagelse, hvorfor omstændigheder, der er indtruffet efter afgørelsens vedtagelse, ikke kan berøre dens gyldighed (kendelse af 30.10.2003, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen, T-125/03 R og T-253/03 R, EU:T:2003:287, præmis 68 og 69; jf. i denne retning ligeledes dom af 17.10.2019, Alcogroup og Alcodis mod Kommissionen, C-403/18 P, EU:C:2019:870, præmis 45 og 46 samt den deri nævnte retspraksis).

102 Det følger heraf, at de omhandlede klagepunkter ikke, som Kommissionen hævder, skal afvises, men at de i givet fald skal forkastes, fordi de er uvirksomme.

103 Som svar på et spørgsmål, som Retten stillede i retsmødet, præciserede Kommissionen, som det fremgår af protokollatet fra dette retsmøde, dels, at den overlod det til Retten at vurdere, om de omhandlede klagepunkter skulle afvises eller var uvirksomme, dels, at dens formalitetsindsigelse ikke som sådan vedrørte det andet og det tredje anbringende om henholdsvis tilsidesættelse af begrundelsespligten og tilsidesættelse af retten til boligens ukrænkelighed.

104 Søgsmålet kan som følge heraf ikke afvises af den grund, som Kommissionen har anført, og det kan heller ikke afvises i sin helhed.

105 Sagsøgernes andet og tredje anbringende skal derfor undersøges, uden at der ved realitetsbehandlingen tages hensyn til de klagepunkter vedrørende den omtvistede kontrolundersøgelses afvikling, som er fremsat til støtte herfor, og som skal forkastes som uvirksomme.

1. Tilsidesættelsen af begrundelsespligten

106 Sagsøgerne har gjort gældende, at den anfægtede afgørelse ikke er tilstrækkeligt begrundet, eftersom den ikke indeholder nogen præcisering eller kort gennemgang af de oplysninger, som Kommissionen var i besiddelse af, og som berettigede, at der blev foretaget en kontrolundersøgelse. Den anfægtede afgørelse gør det navnlig ikke muligt at præcisere typen, arten eller oprindelsen og heller ikke

indholdet af de oplysninger, som Kommissionen var i besiddelse af, og indebærer således, at sagsøgerne mister en grundlæggende garanti for deres ret til forsvar. Sagsøgerne har videre anført, at en sådan fuldstændig mangel på oplysninger om de dokumenter, som Kommissionen var i besiddelse af, ikke kan afhjælpes af en beskrivelse af de formodede overtrædelser, der efter Kommissionens opfattelse kunne udledes af indholdet af de nævnte dokumenter.

107 Det bemærkes, at den begrundelse, som kræves i EU-institutionernes retsakter i henhold til artikel 296 TEUF, ifølge fast retspraksis skal tilpasses karakteren af den pågældende retsakt og klart og utvetydigt angive de betragtninger, som den institution, der har udstedt den anfægtede retsakt, har lagt til grund, således at de berørte parter kan få kendskab til grundlaget for den trufne foranstaltning, og således at den kompetente ret kan udøve sin prøvelsesret. Det nærmere indhold af begrundelseskravet skal desuden fastlægges i lyset af den konkrete sags omstændigheder, navnlig indholdet af den pågældende retsakt, indholdet af de anførte grunde og den interesse, som retsaktens adressater samt andre, der må anses for umiddelbart og individuelt berørt af retsakten, kan have i begrundelsen. Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige forhold, da spørgsmålet, om en afgørelse opfylder kravene efter artikel 296 TEUF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (jf. dom af 25.6.2014, Nexans og Nexans France mod Kommissionen, C-37/13 P, EU:C:2014:2030, præmis 31 og 32 samt den deri nævnte retspraksis).

108 Der bør derfor tages hensyn til den retlige ramme for Kommissionens kontrolundersøgelser i det foreliggende tilfælde. Artikel 4 og 20 i forordning nr. 1/2003 tillægger således Kommissionen undersøgelsesbeføjelser med det formål at give den mulighed for at varetage sin opgave om at beskytte det indre marked mod fordrejning af konkurrencen og at straffe overtrædelser af konkurrencereglerne inden for dette marked (dom af 25.6.2014, Nexans og Nexans France mod Kommissionen, C-37/13 P, EU:C:2014:2030, præmis 33; jf. i denne retning ligeledes dom af 22.10.2002, Roquette Frères, C-94/00, EU:C:2002:603, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis).

109 Hvad nærmere angår Kommissionens kontrolundersøgelsesafgørelser bestemmer artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 således, at disse skal angive tidspunktet for kontrolundersøgelsens påbegyndelse, oplyse om de i denne forordnings artikel 23 og 24 fastsatte sanktioner og om adgangen til at indbringe afgørelsen for Domstolen, men også angive kontrolundersøgelsens genstand og formål.

110 Ifølge retspraksis påhviler det i denne forbindelse Kommissionen så klart som muligt at angive de formodninger, den ønsker kontrolleret, dvs. hvad der efterspores, og hvad kontrolundersøgelsen skal vedrøre. Kontrolundersøgelsesafgørelsen skal nærmere bestemt indeholde en beskrivelse af kendetegnene ved den formodede overtrædelse, under angivelse af det formodede relevante marked og anførelse af de formodede konkurrencebegrænsninger, samt de sektorer, der er omfattet af den af undersøgelsen omhandlede formodede overtrædelse, og forklaringer af den måde, hvorpå virksomheden formodes at være delagtig i overtrædelsen (jf. dom af 8.3.2007, France Télécom mod Kommissionen, T-339/04, EU:T:2007:80, præmis 58 og 59 samt den deri nævnte retspraksis, og af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 75 og 77 samt den deri nævnte retspraksis).

111 Denne særlige begrundelsespligt udgør, som Domstolen har fastslået, et grundlæggende krav, som ikke alene har til formål at klarlægge, hvorfor det påtænkte indgreb inden for den pågældende virksomhed er berettiget, men også at skabe et grundlag for, at virksomheden bliver bekendt med omfanget af dens samarbejdspligt, samtidig med at retten til forsvar bevares. Det er nemlig vigtigt, at de virksomheder, der er omfattet af kontrolundersøgelsesafgørelser, hvori de pålægges forpligtelser, som griber ind i deres forhold af privat karakter, og som, hvis de ikke overholdes, kan medføre store bøder, kan forstå begrundelsen for disse afgørelser uden krævende fortolkningsekspertise, således at de kan udøve deres rettigheder effektivt og rettidigt (jf. vedrørende afgørelser om begæring om oplysninger generaladvokat Wahls forslag til afgørelse HeidelbergCement mod Kommissionen, C-247/14 P, EU:C:2015:694, punkt 42). Det følger i øvrigt heraf, at omfanget af den forpligtelse til at begrunde

kontrolundersøgelsesafgørelser, der er præciseret i den foregående præmis, i princippet ikke kan begrænses ud fra betragtninger om undersøgelsens effektivitet (dom af 17.10.1989, Dow Benelux mod Kommissionen, 85/87, EU:C:1989:379, præmis 8, og af 14.11.2012, Nexans France og Nexans mod Kommissionen, T-135/09, EU:T:2012:596, præmis 42).

112 Kontrolundersøgelser finder imidlertid pr. definition sted på et tidligt trin, hvor Kommissionen ikke er i besiddelse af præcise oplysninger, der giver den mulighed for at kvalificere den omhandlede adfærd som en overtrædelse og ret til at efterspore oplysninger, der endnu ikke er kendte eller fuldt ud identificeret (jf. i denne retning dom af 25.6.2014, Nexans og Nexans France mod Kommissionen, C-37/13 P, EU:C:2014:2030, præmis 37, og af 26.10.2010, CNOP og CCG mod Kommissionen, T-23/09, EU:T:2010:452, præmis 40 og 41 samt den deri nævnte retspraksis). Det er således blevet fastslået, at Kommissionen ikke – for at sikre kontrolundersøgelsers effektive virkning og af hensyn til deres art – er forpligtet til at give adressaten for en sådan afgørelse meddelelse om samtlige de oplysninger om de formodede overtrædelser, som den råder over, til at foretage en præcis afgrænsning af det pågældende marked, til at angive en nøjagtig retlig kvalificering af disse overtrædelser eller til at anføre den periode, hvorunder overtrædelserne er begået (jf. dom af 25.11.2014, Orange mod Kommissionen, T-402/13, EU:T:2014:991, præmis 80 og den deri nævnte retspraksis, samt generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Nexans og Nexans France mod Kommissionen, C-37/13 P, EU:C:2014:223, punkt 48 og 49).

113 Det skal desuden bemærkes, at Kommissionen ikke er forpligtet til at angive, hvilke indicier der ligger til grund for kontrolundersøgelsen, i kontrolundersøgelsesafgørelsen (jf. præmis 85 og 91 ovenfor).

114 Heraf følger dels, at Kommissionens begrundelsespligt ikke omfatter samtlige de oplysninger om de formodede overtrædelser, som den råder over, dels, at kontrolundersøgelsesafgørelsen blandt de oplysninger, som berettiger, at der foretages en kontrolundersøgelse, kun skal angive de oplysninger, som godtgør, at Kommissionen er i besiddelse af tungtvejende indicier for en overtrædelse, men uden at afsløre de pågældende indicier. Det fremgår nemlig af fast retspraksis, at Kommissionen i enkeltheder i kontrolundersøgelsesafgørelsen skal vise, at den råder over tungtvejende, konkrete oplysninger og indicier, der begrunder dens mistanke om, at den af undersøgelsen omfattede virksomhed har begået den formodede overtrædelse (jf. dom af 8.3.2007, France Télécom mod Kommissionen, T-339/04, EU:T:2007:80, præmis 60 og den deri nævnte retspraksis, og af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 172).

115 I det foreliggende tilfælde skal det derfor efterprøves, om Kommissionen overholdt denne forpligtelse i den anfægtede afgørelse.

116 Det fremgår imidlertid klart af ottende betragtning til den anfægtede afgørelse og af de deri indeholdte oplysninger om de formodede overtrædelser, som ifølge fjerde og femte betragtning består i udveksling af oplysninger, bl.a. om rabatter og fremtidige forretningsstrategier, at Kommissionen i enkeltheder viste, at den skønnede at have tungtvejende indicier, der begrundede dens mistanke om den omhandlede samordnede praksis.

117 Dette ses nemlig ikke kun af præciseringerne i fjerde og femte betragtning til den anfægtede afgørelse vedrørende formålet med de mistænkte informationsudvekslinger, men også af præciseringerne i ottende betragtning til den anfægtede afgørelse, der indledes med udtrykket »[i]følge de oplysninger, som Kommissionen er i besiddelse af«, vedrørende udvekslingsmetoderne, de involverede personer (status og omtrentligt antal) og de omtvistede dokumenter (omtrentligt antal og opbevaringssted og -måde).

118 Det er vigtigt at præcisere, at ovenstående betragtninger kun vedrører undersøgelsen af, om begrundelsen for den anfægtede afgørelse var tilstrækkelig, og kun besvarer spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen i sin afgørelse angav de oplysninger, der kræves i henhold til retspraksis, dvs.

oplysninger, som viste, at den skønnede at have tungtvejende indicier for, at den formodede samordnede praksis fandtes. I denne sammenhæng tages der derimod ikke stilling til spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen med rette skønnede at have sådanne tilstrækkeligt tungtvejende indicier, hvilket vil ske ved undersøgelsen af anbringendet om tilsidesættelse af retten til boligens ukrænkelighed.

119 Hertil kommer, at sagsøgernes indvending om risikoen for, at de blev udnyttet af konkurrenter eller handelspartnere med onde hensigter, ikke kan rejse tvivl om den ovennævnte konklusion om Kommissionens overholdelse af begrundelsespligten. En sådan risiko kan nemlig modvirkes ved at efterprøve, om de indicier, som Kommissionen var i besiddelse af, var tilstrækkeligt tungtvejende, i forbindelse med undersøgelsen af anbringendet om tilsidesættelse af retten til boligens ukrænkelighed.

120 Anbringendet om tilsidesættelse af begrundelsespligten skal som følge heraf forkastes.

2. Tilsidesættelsen af retten til boligens ukrænkelighed

121 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen i det foreliggende tilfælde har tilsidesat den grundlæggende ret til boligens ukrænkelighed, der er fastsat i chartrets artikel 7 og i EMRK's artikel 8. Det fremgår nemlig af retspraksis, at denne ret finder anvendelse på Kommissionens kontrolundersøgelsesafgørelser, der – hvilket sagsøgerne har gentaget – ikke hviler på samarbejdet med de berørte virksomheder. Det fremgår ligeledes heraf, at retten til boligens ukrænkelighed kræver, at indholdet og rækkevidden af en fuldmagt til at foretage besigtigelser undergives visse begrænsninger, for at undgå, at det indgreb i denne ret, som den tillader, bliver ubegrænset og dermed uforholdsmæssigt. For så vidt som den anfægtede afgørelse er vedtaget uden om enhver forudgående retslig prøvelse, indebærer den grundlæggende ret til boligens ukrænkelighed imidlertid endnu strengere begrænsninger for Kommissionens undersøgelsesbeføjelser, og disse begrænsninger er ikke blevet anvendt eller overholdt i det foreliggende tilfælde.

122 Det skal bemærkes, at den grundlæggende ret til boligens ukrænkelighed er et generelt EU-retligt princip, som nu er udtrykt i chartrets artikel 7, der svarer til EMRK's artikel 8 (jf. dom af 18.6.2015, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, C-583/13 P, EU:C:2015:404, præmis 19 og den deri nævnte retspraksis).

123 Ifølge chartrets artikel 7 har enhver ret til respekt for sit privatliv og familieliv, sit hjem og sin kommunikation. Dette krav om beskyttelse mod offentlige myndigheders indgreb i forhold af privat karakter gælder for såvel fysiske som juridiske personer (jf. dom af 25.11.2014, Orange mod Kommissionen, T-402/13, EU:T:2014:991, præmis 83 og den deri nævnte retspraksis).

124 Chartrets artikel 52, stk. 1, bestemmer i øvrigt, at enhver begrænsning i udøvelsen af de rettigheder og friheder, der anerkendes ved dette charter, skal være fastlagt i lovgivningen og skal respektere disse rettigheders og friheders væsentligste indhold. Under iagttagelse af proportionalitetsprincippet kan der desuden kun indføres begrænsninger, såfremt disse er nødvendige og faktisk svarer til mål af almen interesse, der er anerkendt af Unionen, eller et behov for beskyttelse af andres rettigheder og friheder.

125 Det skal ligeledes præciseres, at selv om det fremgår af Menneskerettighedsdomstolens praksis, at den i EMRK's artikel 8 fastsatte beskyttelse kan udstrækkes til at omfatte visse forretningslokaler, har denne domstol ikke desto mindre fastslået, at det offentlige indgreb meget vel kan række videre for så vidt angår erhvervs- eller forretningsmæssige lokaler eller aktiviteter end i andre tilfælde (jf. dom af 18.6.2015, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, C-583/13 P, EU:C:2015:404, præmis 20 og den deri nævnte praksis fra Menneskerettighedsdomstolen). Menneskerettighedsdomstolen har imidlertid stedse bemærket, at en acceptabel beskyttelsesgrad mod krænkende indgreb i henhold til EMRK's

artikel 8 kræver lovhjemmel og snævre grænser (jf. dom af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 73 og den deri nævnte praksis fra Menneskerettighedsdomstolen).

126 Hvad nærmere angår de beføjelser til kontrolundersøgelser, som Kommissionen er tildelt i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, og som er omhandlet i den foreliggende sag, er det blevet fastslået, at udøvelsen af disse beføjelser udgør en åbenbar indgriben i den undersøgte virksomheds ret til respekt for privatlivets fred, dennes bopæl og dens korrespondance (dom af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 65, og af 20.6.2018, České dráhy mod Kommissionen, T-325/16, EU:T:2018:368, præmis 169).

127 Det skal derfor efterprøves, om den anfægtede afgørelse opfylder de betingelser, der er fastsat i chartrets artikel 7.

128 Sagsøgerne har i denne henseende gjort gældende, at den anfægtede afgørelse for det første er uforholdsmæssig og for det andet er vilkårlig, eftersom Kommissionen ikke var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde, at der blev truffet afgørelse om en kontrolundersøgelse.

a) Overholdelsen af proportionalitetsprincippet

129 Det skal bemærkes, at det af 24. betragtning til forordning nr. 1/2003 fremgår, at Kommissionen bør have beføjelse til at foretage de kontrolundersøgelser, »der er nødvendige« for at afsløre aftaler, vedtagelser og samordnet praksis, som er forbudt efter artikel 101 TEUF. Ifølge retspraksis tilkommer det som følge heraf Kommissionen at vurdere, om en undersøgelsesforanstaltning er nødvendig for at afsløre en overtrædelse af konkurrencereglerne (dom af 18.5.1982, AM & S Europe mod Kommissionen, 155/79, EU:C:1982:157, præmis 17; jf. vedrørende en afgørelse om begæring om oplysninger ligeledes dom af 14.3.2014, Cementos Portland Valderrivas mod Kommissionen, T-296/11, EU:T:2014:121, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis).

130 Denne vurdering er ikke desto mindre underlagt domstolsprøvelse og navnlig kravet om overholdelse af de regler, der gælder for proportionalitetsprincippet. Ifølge fast retspraksis indebærer proportionalitetsprincippet, at EU-institutionernes retsakter ikke må overskride grænserne for, hvad der er egnet og nødvendigt med henblik på at virkeliggøre det forfulgte mål, således at der, når der kan vælges mellem flere egnede foranstaltninger, skal vælges den mindst indgribende foranstaltning, ligesom de forvoldte ulemper ikke må være uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål (dom af 8.3.2007, France Télécom mod Kommissionen, T-339/04, EU:T:2007:80, præmis 117, og af 25.11.2014, Orange mod Kommissionen, T-402/13, EU:T:2014:991, præmis 22).

131 Sagsøgerne har i det væsentlige påberåbt sig et uforholdsmæssigt indgreb i deres private forhold, henset til de undersøgte selskaber og lokaler, den omtvistede kontrolundersøgelses varighed og den valgte dato for kontrolundersøgelsen.

1) De undersøgte selskaber og lokaler

132 Sagsøgerne har foreholdt Kommissionen, at den i den anfægtede afgørelse ikke angav specifikt, hvilke personer den omfattede, og hvilke lokaler dens repræsentanter var bemyndiget til at besøge. I det foreliggende tilfælde har Kommissionen således i strid med sin egen praksis bemyndiget sig selv til at foretage en kontrolundersøgelse hos flere hundrede forskellige juridiske personer, der indgår i Casino-koncernen, og til at besigtige flere tusind lokaler, hvoraf de fleste ikke har nogen forbindelse med den anfægtede afgørelses genstand. I henhold til retspraksis er det imidlertid nødvendigt, at myndighederne angiver præcist, hvilke lokaler der kan besigtiges, og hvilke personer der er berørt, for at begrænse indgrebsbeføjelserne og beskytte retssubjekter mod offentlige myndigheders vilkårlige

krænkelser af den grundlæggende ret til boligens ukrænkelighed. Sagsøgerne har i denne forbindelse tilføjet, at den fastsatte genstand for kontrolundersøgelsen og mere generelt begrundelsen for den anfægtede afgørelse, uanset hvor præcise de er, ikke kan kompensere for den manglende begrænsning af Kommissionens beføjelser med hensyn til angivelse af de personer og lokaler, der kan undersøges. De har i øvrigt fremhævet, at begrebet virksomhed ikke må udgøre en hindring for overholdelsen af de grundlæggende rettigheder, der er forbundet med begrebet fysisk eller juridisk person.

133 Det fremgår faktisk ikke udtrykkeligt af den anfægtede afgørelse, hvilke selskaber eller lokaler der skulle undersøges. Det oplyses således i den anfægtede afgørelses artikel 1, stk. 2, at »[kontrolundersøgelsen] kan finde sted i alle virksomhedens lokaler«, efterfulgt af udtrykket »og navnlig« og to adresser. Det angives i øvrigt i den anfægtede afgørelses artikel 1, stk. 1, og artikel 3, stk. 1, at »Casino […] og alle de selskaber, der direkte eller indirekte kontrolleres heraf«, er omfattet af kontrolundersøgelsesafgørelsen.

134 Det bemærkes herved, at de anfægtede afgørelser i de sager, der gav anledning til dom af 14. november 2012, Nexans France og Nexans mod Kommissionen (T-135/09, EU:T:2012:596), og af 6. september 2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen (T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404), i modsætning til det af sagsøgerne anførte indeholder lignende angivelser.

135 Selv om sådanne angivelser gør kontrolundersøgelsen meget omfattende, er dette i retspraksis ikke blevet betragtet som et urimeligt indgreb i virksomhedernes forhold af privat karakter.

136 Det fremgår nemlig af fast retspraksis siden dom af 21. september 1989, Hoechst mod Kommissionen (46/87 og 227/88, EU:C:1989:337, præmis 26), at det såvel af formålet med Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i [artikel 101 TEUF] og [102 TEUF] (EFT 1959-1962, s. 81), og med forordning nr. 1/2003, som afløste den, som af opregningen i artikel 14 i forordning nr. 17 og i artikel 20 i forordning nr. 1/2003 af de beføjelser, som Kommissionens repræsentanter har, at kontrolundersøgelser kan være meget omfattende. Det er i denne henseende af særlig betydning, at Kommissionen har krav på at få adgang til alle virksomhedernes lokaler, grunde og transportmidler, idet Kommissionen herved sættes i stand til at indsamle bevismateriale, der godtgør, at der er sket overtrædelse af konkurrencereglerne på det sted, hvor et sådant materiale normalt befinder sig, dvs. i virksomhedernes forretningslokaler (dom af 12.7.2007, CB mod Kommissionen, T-266/03, ikke trykt i Sml., EU:T:2007:223, præmis 71, og kendelse af 16.6.2010, Biocaps mod Kommissionen, T-24/09, ikke trykt i Sml., EU:T:2010:238, præmis 32).

137 Det fremgår ligeledes af denne retspraksis, at Kommissionen således ved forordning nr. 17 og nr. 1/2003 er blevet tillagt vide beføjelser til at foranstalte undersøgelser, men at udøvelsen af disse beføjelser er underlagt vilkår, som beskytter de pågældende virksomheders rettigheder (dom af 21.9.1989, Hoechst mod Kommissionen, 46/87 og 227/88, EU:C:1989:337, præmis 28; jf. i denne retning ligeledes dom af 6.9.2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 74-99).

138 Der skal herved henvises til Kommissionens forpligtelse til at angive kontrolundersøgelsens genstand og formål, som er et grundlæggende krav, der ikke alene har til formål at klarlægge, hvorfor det påtænkte indgreb i den pågældende virksomheds lokaler er berettiget, men også at skabe et grundlag for, at virksomheden bliver bekendt med omfanget af sin samarbejdspligt, samtidig med at retten til forsvar bevares (jf. vedrørende forordning nr. 17 dom af 21.9.1989, Hoechst mod Kommissionen, 46/87 og 227/88, EU:C:1989:337, præmis 29).

139 Det bemærkes desuden, at de vilkår, der gælder for udøvelsen af Kommissionens undersøgelsesbeføjelser, afhænger af den procedure, som Kommissionen har valgt, af den pågældende virksomheds optræden og af arten af de nationale myndigheders medvirken (jf. vedrørende forordning nr. 17 dom af 21.9.1989, Hoechst mod Kommissionen, 46/87 og 227/88, EU:C:1989:337, præmis 30).

140 Artikel 20 i forordning nr. 1/2003 angår i første række kontrolundersøgelser, som gennemføres i samarbejde med den pågældende virksomhed, enten på frivillig basis på grundlag af en skriftlig fuldmagt eller på grundlag af en forpligtelse i henhold til en afgørelse om en kontrolundersøgelse. I sidstnævnte tilfælde, dvs. tilfælde som det her omhandlede, har Kommissionens repræsentanter bl.a. krav på at få fremlagt de dokumenter, de anmoder om, at få adgang til de lokaler, som de angiver, og at få forevist indholdet af inventar i virksomheden, som de ønsker at få kendskab til. De kan derimod ikke tiltvinge sig adgang til lokaler eller inventar eller tvinge virksomhedens personale til at give dem en sådan adgang, ligesom de ikke kan gennemsøge virksomheden uden tilladelse fra dennes ansvarlige ledelse (jf. vedrørende forordning nr. 17 dom af 21.9.1989, Hoechst mod Kommissionen, 46/87 og 227/88, EU:C:1989:337, præmis 31).

141 Forholdet er et ganske andet, såfremt den pågældende virksomhed modsætter sig Kommissionens kontrolundersøgelse. I så fald gælder det, jf. artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003, at Kommissionens repræsentanter, uden at virksomheden samarbejder, kan eftersøge de oplysninger, der er nødvendige for kontrolundersøgelsen, med bistand fra de nationale myndigheder, som har pligt til at bistå dem i det omfang, det er nødvendigt for udførelsen af deres opgaver. En sådan bistand er kun obligatorisk, såfremt virksomheden meddeler, at den modsætter sig kontrolundersøgelsen, men der kan også anmodes om bistand på forhånd i henhold til artikel 20, stk. 7, i forordning nr. 1/2003 med henblik på at tage højde for et eventuelt manglende samarbejde fra virksomhedens side (jf. vedrørende forordning nr. 17 dom af 21.9.1989, Hoechst mod Kommissionen, 46/87 og 227/88, EU:C:1989:337, præmis 32).

142 Sagsøgernes klagepunkt kræver derfor et svar på spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen i det foreliggende tilfælde som led i de garantier, der har til formål at beskytte dem mod uforholdsmæssige indgreb, skulle specificere nærmere, hvilke selskaber og lokaler der var omfattet af kontrolundersøgelsen.

143 Dette spørgsmål skal af følgende grunde besvares benægtende.

144 Det skal først og fremmest bemærkes, at oplysningerne i den anfægtede afgørelse samlet set viser, hvilke selskaber og lokaler der var omfattet af kontrolundersøgelsen. Takket være specificeringen af kontrolundersøgelsens genstand og formål og navnlig af de relevante markeder for varer og tjenesteydelser samt præciseringen om, at undersøgelsen vedrører Casino og dets datterselskaber og deres lokaler, kan det med lethed udledes af den anfægtede afgørelse, at kontrolundersøgelsen omfattede Casino og dets datterselskaber, som er aktive i de sektorer, der er berørt af den formodede overtrædelse – dvs. markederne for forsyning med dagligvarer (fødevarer, plejeprodukter og rengøringsmidler), markederne for salg af disse varer til forbrugerne og markedet for salg af tjenesteydelser til mærkevareproducenter i dagligvaresektoren – og at kontrolundersøgelsen kan foretages i alle deres lokaler. Da Kommissionens repræsentanter havde fået adgang til de berørte selskabers lokaler efter at have underrettet dem om den anfægtede afgørelse, blev der skabt et grundlag for, at disse selskaber kunne kontrollere genstanden for og rækkevidden af det indgreb, der fandt sted i deres lokaler, blive bekendt med omfanget af deres samarbejdspligt og fremsætte bemærkninger. Der var derfor ikke behov for nærmere specificering af rammerne for kontrolundersøgelsen for at beskytte sagsøgernes rettigheder.

145 I øvrigt skal sagsøgernes kritik om, at kontrolundersøgelsens rammer var for vide på grund af den manglende specificering af de berørte selskaber og lokaler, som følge heraf forkastes. Det kan herved ligeledes bemærkes, at Kommissionen i den anfægtede afgørelse beskrev det grundlæggende konkurrenceretlige subjekt, dvs. den virksomhed, som regel et datterselskab og dets datterselskab/-er, som overtrædelserne kan tilregnes, og navnlig de overtrædelser, der formodes at være begået i det foreliggende tilfælde, og at det som følge heraf var berettiget at nævne både moderselskabet Casino og dets datterselskaber i den anfægtede afgørelse.

146 Den manglende præcision i forbindelse med angivelsen af de berørte selskaber og lokaler er endvidere med til at sikre, at Kommissionens kontrolundersøgelser afvikles korrekt, for så vidt som den giver Kommissionen det råderum, der er nødvendigt for at indsamle så mange beviser som muligt, og gør det muligt for den at bevare den overraskelseseffekt, der kræves for ikke at risikere, at disse beviser destrueres eller skjules. Hvis Kommissionen på det tidspunkt, hvor den vedtager en kontrolundersøgelsesafgørelse, hvilket sker længe før identificeringen af en overtrædelse og af de førende aktører, ikke har været i stand til at fastslå, hvilke selskaber i koncernen der kan havde deltaget heri, og hvis den i forbindelse med sin kontrolundersøgelse i et af de berørte selskabers lokaler finder ud af, at et af de selskaber, som det er forbundet med, også kan have spillet en rolle i forbindelse med den nævnte overtrædelse, kan den således iværksætte en kontrolundersøgelse i det andet selskabs lokaler på grundlag af den samme kontrolundersøgelsesafgørelse, dvs. hurtigt og med overraskende effekt som følge af denne tidsmæssige forskydning, der kan forlede det selskab, der undersøges i anden omgang, til at tro, at det ikke er omfattet af kontrolundersøgelsen (jf. vedrørende behovet for hurtig gennemførelse af kontrolundersøgelsesafgørelser, mens risikoen for lækager er mindst, generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, C-583/13 P, EU:C:2015:92, punkt 62).

147 Det skal endelig bemærkes, at de kendelser, som afdelingerne for sager om frihedsberøvende foranstaltninger i Créteil og Paris afsagde den 17. februar 2017 (jf. præmis 5 ovenfor), og som gav forhåndstilladelse til de omhandlede kontrolbesøg og beslaglæggelser, i tilfælde af modstand mod kontrolundersøgelsen udtrykkeligt og udtømmende angiver de lokaler, hvor disse kontrolbesøg og disse beslaglæggelser kan finde sted. Det følger heraf, at når kontrolundersøgelsen – som omhandlet i den praksis fra Unionens retsinstanser, der er nævnt i præmis 141 ovenfor, men også i praksis fra Menneskerettighedsdomstolen og fra de tyske og de franske domstole samt i den franske lovgivning, som sagsøgerne har påberåbt sig – indebærer et omfattende indgreb, fordi den i det pågældende tilfælde foretages på trods af de undersøgte selskabers modstand og med politiets hjælp i medfør af artikel 20, stk. 6-8, i forordning nr. 1/2003, kan angivelsen af de undersøgte lokaler udgøre en yderligere garanti. I det foreliggende tilfælde modsatte sagsøgerne sig imidlertid ikke kontrolundersøgelsen i en sådan grad, at Kommissionen var nødt til at gøre brug af de ovennævnte kendelser og af de tvangsmidler, som de gav adgang til, og denne yderligere garanti kom derfor ikke på tale. I modsætning til det af sagsøgerne anførte strider en sådan løsning ikke mod »princippet« om, at beskyttelsen af retten til boligens ukrænkelighed kræver strengere lovrammer for undersøgelsesbeføjelserne, når disse beføjelser udøves uden forudgående retskendelse. Som det fremgår af den praksis fra Menneskerettighedsdomstolen, som sagsøgerne i denne forbindelse har påberåbt sig (Menneskerettighedsdomstolens dom af 10.11.2015, Slavov m.fl. mod Bulgarien, CE:ECHR:2015:1110JUD005850010, §§ 144-146, og af 16.2.2016, Govedarski mod Bulgarien, CE:ECHR:2016:0216JUD003495712, §§ 81-83), skal disse lovrammer nemlig sikre effektiviteten af den prøvelse, som domstolene foretager efterfølgende, og indebærer ikke som sådan, at denne prøvelse giver anledning til yderligere garantier (jf. i denne retning ligeledes præmis 53 ovenfor).

148 Det foreliggende klagepunkt om de undersøgte personer og lokaler skal som følge heraf forkastes, uden at det er nødvendigt at tage stilling til, om det som anført af Kommissionen bør afvises.

2) Kontrolundersøgelsens varighed

149 Sagsøgerne har foreholdt Kommissionen, at den i strid med retspraksis og med sin egen praksis ikke fastsatte nogen tidsgrænse for det indgreb i den grundlæggende ret til boligens ukrænkelighed, som den tillod. Den anfægtede afgørelse angav alene den dato, hvor kontrolundersøgelsen kunne begynde, og fastsatte hverken en slutdato eller en maksimal varighed, og kontrolundersøgelsen var således ikke afsluttet, da det foreliggende søgsmål blev anlagt, hvilket Kommissionen i øvrigt har gjort sagsøgerne opmærksom på. Sagsøgerne har i øvrigt afvist, at kontrolundersøgelsernes effektivitet med rette kan begrunde, at Kommissionens beføjelser gælder på ubestemt tid, og har bl.a. henvist til flere nationale lovgivninger, hvori myndighedernes undersøgelsesbeføjelser begrænses tidsmæssigt.

150 Det bemærkes, at det i lighed med den kontrolundersøgelsesafgørelse, der var omhandlet i dom af 6. september 2013, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen (T-289/11, T-290/11 og T-521/11, EU:T:2013:404, præmis 4, 14 og 21), som i modsætning til det af sagsøgerne anførte indeholder en lignende angivelse, bestemmes i den anfægtede afgørelses artikel 2, at »[k]ontrolundersøgelsen kan indledes den 20. februar 2017 eller umiddelbart herefter«, men at det ikke fremgår, hvornår kontrolundersøgelsen skal være afsluttet.

151 Det skal påpeges, at en sådan angivelse er forenelig med artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, hvori det blot kræves, at kontrolundersøgelsesafgørelsen »fastsætter tidspunktet for dens påbegyndelse« (jf. præmis 109 ovenfor).

152 Retten har desuden fastslået, at den manglende præcisering angående kontrolundersøgelsens slutdato ikke betyder, at denne kontrolundersøgelse kan være tidsmæssigt ubegrænset, idet Kommissionen i denne henseende har pligt til at handle inden for en rimelig frist i overensstemmelse med chartrets artikel 41, stk. 1 (dom af 12.7.2018, Nexans France og Nexans mod Kommissionen, T-449/14, under appel, EU:T:2018:456, præmis 69).

153 Der findes således en tidsmæssig begrænsning – fra kontrolundersøgelsens startdato, der er fastsat i kontrolundersøgelsesafgørelsen, til grænsen for den rimelige frist – som i tilstrækkeligt omfang beskytter mod uforholdsmæssige indgreb i virksomheders forhold af privat karakter.

154 En sådan tidsmæssig begrænsning gør det desuden muligt at sikre effektiviteten af Kommissionens undersøgelsesbeføjelser fuldt ud. Da grænsen for den rimelige frist vurderes efterfølgende og ud fra omstændighederne i sagen, bliver det nemlig muligt at tage hensyn til, at kontrolundersøgelsens varighed ikke kan kendes på forhånd, eftersom den afhænger af, hvor mange oplysninger der indsamles på stedet, og om den pågældende virksomhed udviser en forstyrrende adfærd.

155 Som sagsøgerne har anført, må det erkendes, at den omstændighed, at kontrolundersøgelses varighed fastsættes på forhånd, ikke rejser tvivl om kontrolundersøgelsernes effektivitet. Med henblik på at sikre denne effektivitet er det imidlertid sandsynligt, at den varighed, der fastsættes på forhånd, henset til den omstændighed, der er nævnt i den foregående præmis, vil overstige kontrolundersøgelsens faktiske varighed, som i det foreliggende tilfælde udgør fem dage, hvilket ikke peger i retning af en garanti mod uforholdsmæssige indgreb.

156 Det kan tilføjes, at den praksis fra Menneskerettighedsdomstolen og fra en række nationale domstole samt de nationale lovgivninger, hvortil sagsøgerne har henvist, ikke kan rejse tvivl om disse betragtninger. Der er nemlig i alle disse tilfælde tale om kontrolbesøg eller beslaglæggelser, som finder sted under tvang, og hvor der foretages et mere omfattende indgreb end den kontrolundersøgelse, der blev truffet afgørelse om i det foreliggende tilfælde, uden at Kommissionen gjorde anvendelse af artikel 20, stk. 6-8, i forordning nr. 1/2003 og af de nationale tvangsmidler, der gives adgang til (jf. præmis 53 ovenfor). Det er således værd at nævne, at der i de kendelser fra afdelingerne for sager om frihedsberøvende foranstaltninger, som er omhandlet i præmis 147 ovenfor, og som i det foreliggende tilfælde blev afsagt på forhånd, for at de kunne anvendes i tilfælde af modstand mod kontrolundersøgelsen, men ikke blev anvendt, da der ikke forekom en sådan modstand (artikel 20, stk. 7, i forordning nr. 1/2003), er fastsat en tidsfrist for gennemførelsen af de pågældende kontrolbesøg og beslaglæggelser.

157 Klagepunktet om kontrolundersøgelsens varighed skal som følge heraf forkastes.

3) Datoen for kontrolundersøgelsen

158 Sagsøgerne har anført, at den dato for kontrolundersøgelsens påbegyndelse, der er fastsat i den anfægtede afgørelse, strider mod proportionalitetsprincippet, eftersom det ligger umiddelbart før den dato, hvor den første sagsøger skulle afslutte forhandlingerne om sine årlige aftaler med leverandørerne, dvs. den 1. marts, og at undersøgelsen indebar, at de medarbejdere, der var ansvarlige for disse forhandlinger, mistede deres arbejdsredskaber, mens de endelige forhandlinger var i gang.

159 Det må fastslås, at sagsøgerne ikke har påvist de uforholdsmæssige og uacceptable ulemper, som de har gjort gældende. De kan i denne henseende ikke nøjes med at komme med generelle udsagn, der ikke er støttet på noget bevis (jf. i denne retning dom af 14.3.2014, Cementos Portland Valderrivas mod Kommissionen, T-296/11, EU:T:2014:121, præmis 103).

160 Sagsøgerne har nemlig udelukkende fastslået, at en række indkøbsansvarlige mistede deres arbejdstelefoner og -computere i op til halvanden dag. Selv om disse personer spillede en vigtig rolle under de pågældende forhandlinger, var den periode, hvor de måtte undvære nogle af deres arbejdsredskaber, imidlertid meget kort set i forhold til den almindelige varighed af denne type forhandlinger, der i gennemsnit ligger på fem måneder (fra den 1.10. til den 1.3. i det efterfølgende år). Det hævdes eller godtgøres i øvrigt heller ikke, at disse personer ikke var i stand til at deltage i forhandlingerne i denne periode og under hele kontrolundersøgelsen, navnlig ved direkte kontakter på stedet, hvilket fremgår af den omstændighed, at sagsøgerne i retsmødet erkendte, at deres forhandlingspartnere befandt sig i selskabets lokaler på tidspunktet for kontrolundersøgelsen. Der var således højst tale om en gene i forbindelse med afviklingen af de pågældende forhandlinger. Dette gælder så meget desto mere, som de sidste timer op til afslutningen af denne type forhandlinger er de vigtigste, og den omtvistede kontrolundersøgelse i det foreliggende tilfælde blev afsluttet to hverdage før den 1. marts, efterfulgt af en weekend, som også ofte tages i brug for at nå frem til en aftale.

161 Det eneste angiveligt mindre indgribende alternativ, som sagsøgerne foreslog, og som gik ud på at påbegynde kontrolundersøgelsen, efter at fristen for indgåelse af leverandøraftaler var udløbet, kan desuden ikke betragtes som et sådant.

162 Selv om denne udsættelse af kontrolundersøgelsen uden tvivl ville være mindre indgribende for sagsøgerne, er der nemlig ikke tale om noget reelt alternativ til den dato for kontrolundersøgelsen, der var valgt i den anfægtede afgørelse. Som Kommissionen har forklaret i sine skriftlige indlæg, blev datoen i det foreliggende tilfælde valgt bevidst for at træffe det størst mulige antal medarbejdere og ledere, som var berørt af de formodede overtrædelser, og hvis tilstedeværelse var sikret af skoleferiens afslutning og især af den nært forestående skæringsdato den 1. marts for indgåelsen af de ovennævnte handelsaftaler.

163 Det følger heraf, at klagepunktet om den valgte dato for kontrolundersøgelsen og dermed samtlige klagepunkter om den anfægtede afgørelses uforholdsmæssige karakter skal forkastes.

b) Kommissionens besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier

164 Det skal påpeges, at Kommissionen under den indledende procedure ud over de formodninger for overtrædelse, som den har til hensigt at undersøge, ikke har pligt til at anføre de indicier, dvs. de omstændigheder, der gør, at den mener, at der er tale om en tilsidesættelse af artikel 101 TEUF, eftersom en sådan forpligtelse ville underminere den afvejning, som EU-lovgiver og Unionens retsinstanser har haft til hensigt at indføre mellem undersøgelsens effektivitet og den berørte virksomheds ret til forsvar (jf. præmis 85 og 86 ovenfor).

165 Det kan imidlertid ikke udledes heraf, at Kommissionen ikke skal råde over oplysninger, der peger i retning af, at der kan foreligge en tilsidesættelse af artikel 101 TEUF, før vedtagelsen af en kontrolundersøgelsesafgørelse. For at overholde de undersøgte virksomheders ret til boligens ukrænkelighed skal en kontrolundersøgelsesafgørelse nemlig have til formål at indhente de oplysninger, der er nødvendige for at kontrollere rigtigheden og rækkevidden af en bestemt faktisk eller retlig situation, som Kommissionen allerede er i besiddelse af oplysninger om, som udgør tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en mistanke om, at konkurrencereglerne er overtrådt (jf. i denne retning dom af 25.11.2014, Orange mod Kommissionen, T-402/13, EU:T:2014:991, præmis 82-84 og den deri nævnte retspraksis).

166 Det tilkommer således Unionens retsinstanser for at sikre, at kontrolundersøgelsesafgørelsen ikke er vilkårlig, dvs. at den ikke er vedtaget, uden at der forelå faktiske og retlige omstændigheder, som kunne begrunde en kontrolundersøgelse, at efterprøve, om Kommissionen var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier, der kunne begrunde en mistanke om, at den pågældende virksomhed havde overtrådt konkurrencereglerne (jf. i denne retning dom af 14.11.2012, Nexans France og Nexans mod Kommissionen, T-135/09, EU:T:2012:596, præmis 43, og af 20.6.2018, České dráhy mod Kommissionen, T-325/16, EU:T:2018:368, præmis 48).

167 Ifølge sagsøgerne kan der i det foreliggende tilfælde af visse forskelle mellem den anfægtede afgørelses indhold og genstanden for den kontrolundersøgelse, der faktisk blev gennemført, udledes, at Kommissionen på tidspunktet for denne afgørelse ikke var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at skabe mistanke om, at i hvert fald nogle af de deri anførte overtrædelser var blevet begået. Kravet om beskyttelse mod offentlige myndigheders vilkårlige indgreb i forhold af privat karakter var imidlertid til hinder for, at Kommissionen pålagde en kontrolundersøgelse, hvis den ikke var i besiddelse af tungtvejende indicier, der kunne begrunde en mistanke om, at konkurrencereglerne var overtrådt, og det tilkommer Retten konkret at forvisse sig om, at Kommissionen var i besiddelse af sådanne indicier.

168 Det er derfor nødvendigt at fastlægge de indicier, som Kommissionen var i besiddelse af, og på grundlag af hvilke den pålagde den omtvistede kontrolundersøgelse, inden det vurderes, om de var tilstrækkeligt tungtvejende til at begrunde en mistanke om de omhandlede overtrædelser og ligeledes begrunde vedtagelsen af den anfægtede afgørelse.

1) Fastlæggelsen af de indicier, som Kommissionen var i besiddelse af

169 Det skal præciseres, at Kommissionen som svar på de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten vedtog den 3. december 2018 samt den 13. maj og den 25. september 2019 for at efterprøve, om Kommissionen var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, den 10. januar, den 5. juni og den 18. oktober 2019 fremlagde følgende dokumenter:

– referater af interview, som den i 2016 og 2017 havde gennemført med 13 dagligvareleverandører, der regelmæssigt indgår aftaler med Casino og Intermarché (bilag Q.1 – Q.13 til Kommissionens svar af 10.1.2019, herefter »referaterne«)

– en e-mailkorrespondance, der havde til formål at fastlægge datoerne for de pågældende interview og indeholdt det spørgeskema fra Kommissionen, der dannede grundlag for disse interview (bilag R.1 – R.14 til Kommissionens svar af 5.6.2019)

– en e-mail af 22. november 2016 fra den administrerende direktør for en sammenslutning af leverandører, som skitserer bevægelser og forbindelser mellem detailhandelskæder, bl.a. inden for sammenslutninger af detailhandelskæder, som »kan mindske usikkerheden […] blandt visse aktører i distributionsbranchen« (bilag Q.14 til Kommissionens svar af 10.1.2019, suppleret ved

Kommissionens svar af 5.6.2019 og 18.10.2019, herefter »e-mailen fra direktøren for sammenslutning N«, ledsaget af en række bilag, dvs. en skematisk oversigt over deltagerne og afviklingen af »Intermarché-mødet« af 21. september 2016 (herefter »Intermarché-mødet« eller »mødet«) (bilag Q.15 til Kommissionens svar af 10.1.2019), en sammenfattende tabel over overførsler af mærker mellem internationale alliancer ledsaget af flere tabeller, som for hver international alliance angiver de potentielle informationskilder, der kan opstå som følge af overførsel af samarbejdspartnere, overførsel af forretninger eller lokale aftaler mellem forretningerne i de forskellige alliancer (bilag Q.16 til Kommissionens svar af 10.1.2019), en avisartikel fra oktober 2016 med udtalelser fra en butiksdirektør (bilag Q.17 til Kommissionens svar af 10.1.2019) og en tabel, der viser personalebevægelser mellem forretninger (bilag Q.18 til Kommissionens svar af 10.1.2019)

– en række tabeller med relevante passager fra dokumenter i bilagene til Kommissionens svar af 10. januar 2019, hvori der gives en skematisk oversigt over indicierne for hver af de formodede overtrædelser, dvs.:

  – udveksling af oplysninger mellem ICDC (Casino) og AgeCore (Intermarché) om rabatter på forsyningsmarkederne og priser for salg af tjenesteydelser til varemærkeproducenter i Europa og navnlig i Frankrig (herefter »den første overtrædelse«) [den anfægtede afgørelses artikel 1, litra a), og tabel 1, der er knyttet som bilag til Kommissionens svar af 5.6.2019]

  – udveksling af oplysninger mellem Casino og Intermarché om fremtidige forretningsstrategier i Frankrig (herefter »den anden overtrædelse«) [den anfægtede afgørelses artikel 1, litra b), og tabel 2, der er knyttet som bilag til Kommissionens svar af 5.6.2019].

170 Den 19. december 2019 indgav Kommissionen i øvrigt et »supplerende svar« på Rettens spørgsmål af 13. maj 2019 (jf. præmis 19 ovenfor). Dette svar omfattede dels et internt notat af 16. december 2016, hvori Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence beskrev de nævnte interview med leverandørerne og den opståede mistanke om overtrædelser, og som ifølge Kommissionen vidnede om, at den var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en mistanke om de nævnte overtrædelser på tidspunktet for den anfægtede afgørelse, dels en række dokumenter, der skulle fastlægge datoen for referaternes udarbejdelse. Sagsøgerne har anført, at dette supplerende svar, som Kommissionen fremlagde uden nærmere begrundelse efter afslutningen af retsforhandlingernes skriftlige del, blev indgivet for sent og som følge heraf bør afvises.

171 Det bemærkes, at i henhold til procesreglementets artikel 85, stk. 1 og 3, fremlægges eller anføres beviserne i forbindelse med den første udveksling af processkrifter, idet hovedparterne i undtagelsestilfælde kan fremlægge eller anføre beviser, inden retsforhandlingernes mundtlige del er afsluttet, forudsat at den forsinkede påberåbelse af beviserne begrundes.

172 En sådan begrundelse for forsinket påberåbelse af beviser efter den første udveksling af processkrifter kan ikke kræves, når beviserne fremlægges som svar på en foranstaltning med henblik på sagens tilrettelæggelse og inden for den frist, der er fastsat for dette svar (jf. i denne retning dom af 16.10.2018, OY mod Kommissionen, T-605/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:687, præmis 31, 34 og 35, og af 24.10.2018, Epsilon International mod Kommissionen, T-477/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:714, præmis 57).

173 Hvis det pågældende bevis ikke fremlægges som svar på en anmodning fra Retten (jf. i denne retning dom af 10.4.2018, Alcogroup og Alcodis mod Kommissionen, T-274/15, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:179, præmis 49, 50, 54 og 55, og af 7.2.2019, RK mod Rådet, T-11/17, EU:T:2019:65, præmis 54), eller hvis det fremlægges efter udløbet af den svarfrist, der er fastsat ved foranstaltningen med henblik på sagens tilrettelæggelse (dom af 9.4.2019, Close og Cegelec mod Parlamentet, T-259/15, ikke trykt i Sml., under appel, EU:T:2019:229, præmis 34), finder forpligtelsen til at begrunde forsinkelsen imidlertid anvendelse.

174 Selv om det i det foreliggende tilfælde, som Kommissionen har anført, må antages, at hensigten med dens supplerende svar af 19. september 2019 var at supplere svaret af 5. juni 2019 og ikke svaret af 10. januar 2019, som var foranlediget af en anmodning, hvori Retten bad den om at fremlægge de indicier, der havde begrundet vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, skal det imidlertid bemærkes, at dette supplerende svar blev indgivet over seks måneder efter udløbet af den frist, som Retten havde angivet i foranstaltningen med henblik på sagens tilrettelæggelse, dvs. efter den 5. juni 2019.

175 Det følger heraf, at det tilkom Kommissionen at begrunde den forsinkede fremlæggelse af bilagene til dens supplerende svar af 19. december 2019, og at den retspraksis, som Kommissionen henviste til i retsmødet, i det foreliggende tilfælde ikke kan rejse tvivl om behovet for en sådan begrundelse.

176 De domme, hvortil den henviste, vedrørte nemlig dokumenter, som var blevet fremlagt inden for den frist, der var angivet i foranstaltningen med henblik på sagens tilrettelæggelse, og som derfor ikke var fremlagt for sent (dom af 24.10.2018, Epsilon International mod Kommissionen, T-477/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:714, præmis 35 og 57, af 5.3.2019, Pethke mod EUIPO, T-169/17, ikke trykt i Sml., under appel, EU:T:2019:135, præmis 26, 36 og 40, og af 28.3.2019, Pometon mod Kommissionen, T-433/16, under appel, EU:T:2019:201, præmis 27, 28 og 328), eller dokumenter, der blev indgivet spontant med behørig begrundelse for den forsinkede indgivelse (dom af 24.10.2018, Epsilon International mod Kommissionen, T-477/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:714, præmis 32 og 58).

177 I det foreliggende tilfælde har Kommissionen imidlertid ikke anført nogen begrundelse for, at dens supplerende svar af 19. december 2019 blev indgivet for sent, men blot undskyldt over for Retten for de ulemper, som dette kan have medført. Selv hvis det antages, at der skal tages hensyn til den begrundelse, der blev fremlagt i retsmødet som svar på et spørgsmål fra Retten, og hvoraf det fremgår, at den forsinkede indgivelse skyldes et internt svigt i Kommissionen, er en sådan begrundelse i øvrigt ikke tilstrækkelig til, at det omhandlede supplerende svar kan antages til realitetsbehandling. Et sådant anbringende, der henviser til rent interne vanskeligheder, kan nemlig ikke betragtes som en særlig omstændighed, der giver adgang til at fremlægge beviser efter den anden udveksling af processkrifter (jf. i denne retning dom af 22.6.2017, Biogena Naturprodukte mod EUIPO (ZUM wohl), T-236/16, EU:T:2017:416, præmis 19), og er i øvrigt heller ikke godtgjort ved de beviser, som Kommissionen er fremkommet med (jf. i denne retning dom af 11.9.2019, HX mod Rådet, C-540/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:707, præmis 66 og 67). Dateringen af det primære dokument, der blev fremlagt den 19. december 2019, dvs. Kommissionens interne notat af 16. december 2016 (jf. præmis 170 ovenfor), viser desuden, at Kommissionen var i besiddelse af det, allerede før sagen blev anlagt, og at den var i stand til at fremlægge det før afslutningen af retsforhandlingernes skriftlige del og inden for fristerne for indgivelse af skriftlige indlæg og ikke mindst som svar på senere foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse. Selv om Retten gav sagsøgerne mulighed for både skriftligt og i retsmødet at fremsætte bemærkninger til Kommissionens supplerende svar af 19. december 2019, navnlig med hensyn til formaliteten, i overensstemmelse med kontradiktionsprincippet, indebærer dette i øvrigt ikke, at Kommissionen fritages for sin forpligtelse til at fremlægge beviser til støtte for lovligheden af den anfægtede afgørelse på de vilkår, der er fastsat i procesreglementet.

178 Selv om Kommissionen ikke har påberåbt sig dette, kan det desuden tilføjes, at bilagene til det supplerende svar af 19. december 2019 ikke kan kvalificeres som modbeviser, der ikke er omfattet af præklusionsreglen i procesreglementets artikel 85, stk. 3 (kendelse af 21.3.2019, Troszczynski mod Parlamentet, C-462/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:239, præmis 39, og af 21.5.2019, Le Pen mod Parlamentet, C-525/18 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2019:435, præmis 48). Retten har nemlig som led i sine foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse af 13. maj og 25. december 2019 givet Kommissionen lejlighed til at tage stilling til sagsøgernes indvendinger om besiddelsen af indicier, der begrundede den omtvistede kontrolundersøgelse, hvilket Kommissionen derfor har kunnet gøre i sine svar af 5. juni og 18. oktober 2019, eftersom det primære dokument, der blev fremlagt den 19. december 2019, var dateret den 16. december 2016 (jf. præmis 177 ovenfor).

179 Kommissionens supplerende svar af 19. december 2019 skal som følge heraf afvises.

180 Det følger heraf, at der ved vurderingen af, om de indicier, der lå til grund for vedtagelsen af den anfægtede afgørelse, var tilstrækkeligt tungtvejende, kun skal tages hensyn til dem, der er beskrevet i præmis 169 ovenfor.

2) Vurderingen af, om de indicier, som Kommissionen var i besiddelse af, var tilstrækkeligt tungtvejende

181 Sagsøgerne har efter opfordring om at fremsætte bemærkninger til de indicier, som Kommissionen har fremlagt på Rettens anmodning, gjort gældende, at de omhandlede dokumenter var behæftet med alvorlige formelle mangler, som navnlig skyldtes manglende registrering af de interview, der havde givet anledning til de fremlagte referater, og manglende fastlæggelse af datoen for de nævnte referater. De har i denne forbindelse anfægtet den retspraksis, som Kommissionen har fremført til støtte for sit anbringende om, at den relevante dato for vurderingen af, om den var i besiddelse af indicier for de formodede overtrædelser, er datoen for interviewene med de forskellige leverandører og ikke den dato, hvor referatet af disse interview blev udarbejdet. Sagsøgerne har i øvrigt anført, at de fremlagte indicier vedrørende det Intermarché-møde, som Intermarché afholdt med sine leverandører, ikke begrundede en kontrolundersøgelse af de angivelige nationale udvekslinger af oplysninger om fremtidige forretningsstrategier, og at den anfægtede afgørelse derfor som minimum bør annulleres, for så vidt som den vedrører den anden formodede overtrædelse. De har tilføjet, at det af den omstændighed, at Kommissionen den 13. maj 2019 traf en ny afgørelse om undersøgelse af deres lokaler, som netop vedrørte disse nationale udvekslinger af oplysninger, må sluttes, at Kommissionen ikke var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at skabe mistanke om, at disse udvekslinger forekom.

182 Det skal indledningsvis fremhæves, at vurderingen af den tilstrækkeligt tungtvejende karakter af de indicier, som Kommissionen er i besiddelse af, skal foretages under hensyntagen til den omstændighed, at den anfægtede afgørelse indgår i den indledende undersøgelse, der skal gøre det muligt for Kommissionen at indsamle alle de relevante oplysninger, som bekræfter eller afkræfter en overtrædelse af konkurrencereglerne, og at foretage en første stillingtagen til, hvilken kurs proceduren skal følge.

183 På dette trin kan det derfor ikke kræves, at Kommissionen, inden den vedtager en kontrolundersøgelsesafgørelse, råder over oplysninger, der beviser forekomsten af en overtrædelse. Et sådant bevisniveau er nødvendigt på det trin, hvor der sendes en klagepunktsmeddelelse til en virksomhed, som mistænkes for at have begået en overtrædelse af konkurrencereglerne, og i forbindelse med de afgørelser, hvori Kommissionen fastslår, at der er begået en overtrædelse, og pålægger bøder. For at kunne vedtage en afgørelse om kontrolundersøgelse som omhandlet i artikel 20 i forordning nr. 1/2003 er det derimod tilstrækkeligt, at Kommissionen råder over tungtvejende konkrete oplysninger og indicier, der begrunder dens mistanke om, at der er begået en overtrædelse (dom af 29.2.2016, EGL m.fl. mod Kommissionen, T-251/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:114, præmis 149, og af 20.6.2018, České dráhy mod Kommissionen, T-325/16, EU:T:2018:368, præmis 66). Der skal således sondres mellem på den ene side beviserne for en overtrædelse og på den anden side de indicier, der kan skabe en rimelig mistanke om en formodning for, at der foreligger en overtrædelse (jf. analogt dom af 14.3.2014, Cementos Portland Valderrivas mod Kommissionen, T-296/11, EU:T:2014:121, præmis 43), eller, som det ligeledes er udtrykt i retspraksis, kan give anledning til en begyndende mistanke om en konkurrencebegrænsende adfærd (jf. i denne retning dom af 29.2.2016, EGL m.fl. mod Kommissionen, T-251/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:114, præmis 153 og 155).

184 I det foreliggende tilfælde skal det som følge heraf efterprøves, om Kommissionen på det tidspunkt, hvor den vedtog den anfægtede afgørelse, var i besiddelse af sådanne tungtvejende indicier, der kunne skabe mistanke om overtrædelser. Det er i denne sammenhæng ikke nødvendigt at undersøge, om den var i besiddelse af beviser for, at de pågældende overtrædelser var begået.

185 Denne sondring har konsekvenser for kravene vedrørende formen af, ophavsmanden til og indholdet af de indicier, der ligger til grund for kontrolundersøgelsesafgørelser, og alle disse krav er efter sagsøgernes opfattelse blevet tilsidesat i det foreliggende tilfælde.

i) Formen af de indicier, der lå til grund for den anfægtede afgørelse

186 Det følger af sondringen mellem beviserne for en overtrædelse og de indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelsesafgørelse, at indicierne ikke kan undergives den samme formalisme som den, der bl.a. gælder for overholdelsen af de regler for Kommissionens undersøgelsesbeføjelser, som er fastlagt i forordning nr. 1/2003 og i den dertil hørende retspraksis. Hvis der krævedes den samme formalisme ved indsamling af indicier forud for en kontrolundersøgelse som ved optagelse af beviser for en overtrædelse, ville Kommissionen nemlig skulle overholde reglerne for sine undersøgelsesbeføjelser, selv om der endnu ikke var indledt en formel undersøgelse som omhandlet i kapitel V i forordning nr. 1/2003, og Kommissionen endnu ikke havde anvendt de undersøgelsesbeføjelser, som den bl.a. er tillagt ved artikel 18-20 i forordning nr. 1/2003, dvs. ikke havde truffet foranstaltninger, der indebar kritik for at have begået en overtrædelse, navnlig en kontrolundersøgelsesafgørelse.

187 Denne definition af starttidspunktet for en undersøgelse og for den indledende undersøgelsesfase stammer fra den faste retspraksis, der er nævnt i præmis 88 ovenfor, og er for nylig blevet bekræftet (dom af 12.7.2018, The Goldman Sachs Group mod Kommissionen, T-419/14, under appel, EU:T:2018:445, præmis 241), men er tidligere blevet fastsat ved domme afsagt af Domstolen (dom af 15.10.2002, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P – C-252/99 P og C-254/99 P, EU:C:2002:582, præmis 182, og af 21.9.2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mod Kommissionen, C-105/04 P, EU:C:2006:592, præmis 38) og af Retten (dom af 16.6.2011, Heineken Nederland og Heineken mod Kommissionen, T-240/07, EU:T:2011:284, præmis 288), i visse tilfælde med støtte i Menneskerettighedsdomstolens praksis.

188 Det er således blevet fastslået, at en anmeldelse i form af en skriftlig klage i princippet kan udgøre indicier, der med rette begrunder en kontrolundersøgelse (jf. i denne retning dom af 20.6.2018, České dráhy mod Kommissionen, T-325/16, EU:T:2018:368, præmis 95), og medføre, at Kommissionen indleder en undersøgelse, selv om den ikke opfylder kravene til klager i artikel 7, stk. 2, i forordning nr. 1/2003 (punkt 4 i Kommissionens meddelelse om Kommissionens behandling af klager i henhold til [artikel 101 TEUF] og [102 TEUF] (EUT 2004, C 101, s. 65)), og at det samme gælder for en mundtlig anmeldelse, der foretages i forbindelse med en anmodning om bødenedsættelse (jf. i denne retning dom af 14.11.2012, Nexans France og Nexans mod Kommissionen, T-135/09, EU:T:2012:596, præmis 74).

189 I det foreliggende tilfælde var Kommissionen i modsætning til det af sagsøgerne anførte heller ikke forpligtet til at overholde kravene i artikel 19 i forordning nr. 1/2003 og i artikel 3 i Kommissionens forordning (EF) nr. 773/2004 af 7. april 2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til [artikel 101 TEUF] og [102 TEUF] (EUT 2004, L 123, s. 18), som fortolket ved dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632), og derfor ikke forpligtet til at registrere de interview med leverandørerne, der havde givet anledning til de pågældende referater, som angivet i disse bestemmelser (jf. præmis 169, første led, ovenfor).

190 Det skal påpeges, at i henhold til artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, der indgår i denne forordnings kapitel V med overskriften »Undersøgelsesbeføjelser«, kan Kommissionen »[m]ed henblik på at udføre de opgaver, som den er betroet i henhold til denne forordning, […] gennemføre interview med alle fysiske eller juridiske personer, der indvilliger heri med henblik på indsamling af oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse«.

191 Artikel 3 i forordning nr. 773/2004 præciserer:

»1. Når Kommissionen udspørger en person med den pågældendes samtykke i overensstemmelse med artikel 19 i forordning (EF) nr. 1/2003, skal den ved udspørgningens start angive retsgrundlaget for og formålet med udspørgningen og gøre opmærksom på, at udspørgningen er frivillig. Den skal også meddele den udspurgte, om den pågældende har til hensigt at registrere interviewet.

2. Udspørgningen kan gennemføres på en hvilken som helst måde, herunder pr. telefon eller med elektroniske midler.

3. Kommissionen kan registrere den udspurgtes udtalelser i en hvilken som helst form. Den udspurgte får forelagt en kopi af registrerede udtalelser til godkendelse. Kommissionen fastsætter om nødvendigt en frist for den udspurgte til at underrette den om eventuelle rettelser i udtalelserne.«

192 Det fremgår ganske vist af disse bestemmelser og af dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632, præmis 84-91), at der påhviler Kommissionen en forpligtelse til i den form, som den selv måtte vælge, at registrere ethvert interview, der gennemføres af den i henhold til artikel 19 i forordning nr. 1/2003 med henblik på at indsamle oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse, som den foretager, uden at der skal sondres mellem formelle interview og uformelle interview, der ikke er omfattet af denne forpligtelse.

193 Det skal imidlertid bemærkes, at denne forpligtelse ikke gælder for interview, der har fundet sted forud for Kommissionens indledning af en undersøgelse, som bl.a. kan markeres ved, at der vedtages en kontrolundersøgelsesafgørelse.

194 Det fremgår nemlig af ordlyden af artikel 19 i forordning nr. 1/2003, at de pågældende interview er dem, der sigter mod »indsamling af oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse«, som pr. definition skal være indledt, og hvis genstand skal være fastlagt, inden de nævnte interview gennemføres (jf. i denne retning ligeledes Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrences håndbog om procedurer inden for konkurrencepolitikken, kapitel 8, punkt 4, 5 og 22).

195 I den sag, der gav anledning til dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2017:632), havde det interview, som efter Domstolens opfattelse var omfattet af registreringspligten i henhold til artikel 19 i forordning nr. 1/2003 og artikel 3 i forordning nr. 773/2004, fundet sted, efter at der var indledt en undersøgelse, som blev markeret ved, at der blev vedtaget kontrolundersøgelsesafgørelser (dom af 12.6.2014, Intel mod Kommissionen, T-286/09, EU:T:2014:547, præmis 4-6). Det kan følgelig ikke udledes heraf, at denne registreringspligt ligeledes gælder for interview, der gennemføres forud for indledningen af en undersøgelse.

196 Denne begrænsning af registreringspligten til interview, der gennemføres inden for rammerne af en undersøgelse, er ligeledes nævnt i generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Intel Corporation mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 232 og 233). Kravet i artikel 19 i forordning nr. 1/2003, sammenholdt med artikel 3 i forordning nr. 773/2004, om registrering af oplysninger, der indsamles under interview vedrørende en undersøgelses genstand, indebar efter generaladvokat Wahls opfattelse ikke, at Kommissionen aldrig kunne kontakte tredjemand uformelt. Med henvisning til den klare ordlyd af selve artikel 19 i forordning nr. 1/2003 fastslog han i denne henseende, at kun udvekslinger vedrørende genstanden for en undersøgelse er omfattet af denne bestemmelses anvendelsesområde, og at Kommissionen ikke har pligt til at registrere sine udvekslinger med tredjemand, når de ikke vedrører genstanden for en bestemt undersøgelse.

197 Hvis det forholdt sig anderledes, ville det gribe alvorligt ind i Kommissionens mulighed for at afsløre retsstridig praksis og at udnytte sine undersøgelsesbeføjelser til dette formål. Kommissionen pegede således i retsmødet på de potentielle afskrækkende virkninger, som en formel udspørgning som den, der er omhandlet i artikel 3 i forordning nr. 773/2004, kan have for vidners tilbøjelighed til at afgive

oplysninger og gøre opmærksom på overtrædelser, og præciserede, at sådanne oplysninger udgør en væsentlig del af de indicier, der giver anledning til vedtagelse af undersøgelsesforanstaltninger såsom kontrolundersøgelser.

198 I det foreliggende tilfælde blev interviewene med leverandørerne gennemført, inden der blev indledt en undersøgelse i henhold til forordning nr. 1/2003. Henset til det spørgeskema, som dannede grundlag for disse interview, og hvori leverandørerne blev spurgt om deres forbindelser til alliancer mellem distributører og helt generelt om deres kendskab til disse alliancers mulige indvirkning på konkurrencen, kan det nemlig ikke antages, at disse interview indebar kritik mod sagsøgerne og heller ikke mod leverandørerne for at have begået en overtrædelse. Dette bekræftes i øvrigt i bilag Q.12 til Kommissionens svar af 10. januar 2019, hvortil sagsøgerne henviste i retsmødet, og hvori der tales om den eventuelle indledning af en »formel undersøgelse« efter interviewene og om anvendelse af de undersøgelsesmetoder, der til dette formål er fastsat i EU-lovgivningen, dvs. i det foreliggende tilfælde vedtagelsen af en kontrolundersøgelsesafgørelse, der markerer indledningen af denne undersøgelse. De indicier, der stammer fra disse interview, kan som følge heraf ikke afvises som realitetsbehandling på grund af en formmangel med henvisning til, at den registreringspligt, der er fastsat i artikel 19 i forordning nr. 1/2003 og i artikel 3 i forordning nr. 773/2004, ikke er overholdt. Der skal derfor ikke tages stilling til Kommissionens anbringende om, at referaterne udgør registreringer, som er forenelige med disse bestemmelser.

199 Det følger i øvrigt heraf, at sagsøgernes argument om, at Kommissionen på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede afgørelse ikke var i besiddelse af indicier fra sine interview med de 13 leverandører, fordi den ikke havde fastlagt datoen for referaterne af de nævnte interview, ikke kan tiltrædes.

200 Som det fremgår af det ovenfor anførte, og som Kommissionen med rette har fremhævet, er den dato, der skal tages hensyn til, når det afgøres, hvilke indicier der forelå på tidspunktet for den anfægtede afgørelse, datoen for de interview med leverandørerne, der var genstand for referaterne. Det var på dette tidspunkt, at de oplysninger, der efterfølgende blev nedskrevet i referaterne, blev meddelt Kommissionen, og at denne kunne anses for at være i besiddelse af dem. De referater, der blev udarbejdet efterfølgende, beskriver ganske vist indholdet af interviewene med leverandørerne og skal tages i betragtning i denne sammenhæng, men det er ikke disse dokumenter, der afgør, på hvilket tidspunkt Kommissionen var i besiddelse af de indicier, der stammede fra interviewene. Interviewene med leverandørerne blev med andre ord ikke til »indicier«, som Kommissionen var i besiddelse af, på det tidspunkt hvor Kommissionen havde udarbejdet referater heraf, men var »indicier«, som Kommissionen allerede var i besiddelse af, da interviewene havde fundet sted.

201 Det er i denne henseende relevant, som Kommissionen har gjort, at henvise til en retspraksis, hvis konkrete kontekst ganske vist er samarbejdsproceduren, men hvis rækkevidde er mere omfattende, henset til den generelle karakter af det fortolkede begreb »besiddelse« af beviser og den valgte logiske, rimelige og anvendelige fortolkning heraf. Ifølge denne retspraksis sidestilles den omstændighed, at Kommissionen er i besiddelse af et bevis, nemlig med et kendskab til dets indhold (dom af 9.6.2016, Repsol Lubricantes y Especialidades m.fl. mod Kommissionen, C-617/13 P, EU:C:2016:416, præmis 72, og af 23.5.2019, Recylex m.fl. mod Kommissionen, T-222/17, under appel, EU:T:2019:356, præmis 87 (ikke trykt i Sml.); jf. i denne retning ligeledes dom af 27.11.2014, Alstom Grid mod Kommissionen, T-521/09, EU:T:2014:1000, præmis 77-83). I det foreliggende tilfælde og analogt kan Kommissionens interview med de 13 leverandører således anses for at medføre kendskab til de oplysninger, der fremkom under disse interview, og besiddelse af de omhandlede oplysninger på tidspunktet for de nævnte interview.

202 Det vil i modsat fald antages, at det ikke er tilstrækkeligt, at indicier, der kan begrunde kontrolundersøgelser, foreligger i mundtlig form, selv om der ikke stilles noget formelt krav om skriftlighed på dette trin i de relevante bestemmelser (jf. præmis 193-198 ovenfor), og et sådant krav desuden vil kunne forringe effektiviteten af Kommissionens undersøgelser, hvis den tvinges til at anvende den registreringsprocedure, der er fastsat i artikel 3 i forordning nr. 773/2004 (forudgående

underretning, iværksættelse af en registreringsproces, forelæggelse af en kopi af de registrerede udtalelser til godkendelsen og fastsættelse af en godkendelsesfrist), og dermed til at udsætte datoen for kontrolundersøgelsen, selv om det er vigtigt at vedtage kontrolundersøgelsesafgørelser hurtigt efter, at der er fremlagt oplysninger om potentielle overtrædelser, for at begrænse risikoen for, at der opstår lækager, og at beviser holdes skjult (jf. i denne retning generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen, C-583/13 P, EU:C:2015:92, punkt 61 og 62).

203 Det kan derfor konkluderes, at Kommissionen med rette støttede sig på datoerne for sine interview med de 13 leverandører, da den fastslog, at den var i besiddelse af indicier, der stammede fra disse interview, på det tidspunkt hvor den traf den anfægtede afgørelse.

204 Hertil kommer, at de beviser, som Kommissionen har knyttet som bilag til sit svar af 5. juni 2019 (bilag R.1 – R.13), i modsætning til det af sagsøgerne anførte faktisk godtgør, at dens interview med 13 leverandører havde fundet sted før den 9. februar 2017, hvor den anfægtede afgørelse blev vedtaget.

205 Disse bilag viser hovedsageligt, at der blev truffet aftale pr. e-mail om de pågældende interview forud for den 9. februar 2017, nærmere bestemt i perioden fra den 4. oktober 2016 til den 8. februar 2017.

206 Det har ingen betydning, at den sidste udveksling med Kommissionen for to af de udspurgte leverandørers vedkommende fandt sted dagen før vedtagelsen af den anfægtede afgørelse. Den relevante dato er nemlig datoen for de udvekslinger, som – eftersom de foregik den 8. februar 2017 – fandt sted forud for den anfægtede afgørelses vedtagelse den 9. februar 2017.

207 Selv om der skulle tages hensyn til den dato, hvor referaterne blev udarbejdet, kan det under alle omstændigheder ikke, som sagsøgerne gør, udledes af datoen for den sidstnævnte udveksling, at Kommissionen må have udarbejdet alle referaterne efter den 9. februar 2017. For det første er der kun tale om 2 leverandører og dermed 2 referater ud af 13. For det andet har Kommissionen oplyst, at den udfærdigede referaterne for at opfylde, hvad den betragtede som en forpligtelse til registrering af leverandørernes udtalelser i henhold til artikel 3 i forordning nr. 773/2004 (jf. præmis 198 ovenfor), hvilket understøtter dens anbringende om, at de nævnte referater blev udfærdiget i takt med udvekslingerne, dvs. lige fra disse udvekslinger, der i de fleste tilfælde foregik i slutningen af 2016, var gået i gang. De pågældende to referater blev således, i hvert fald til dels, udfærdiget på datoen for den anfægtede afgørelse og kunne med rimelighed anses for at indeholde de vigtigste data, der fandtes i den endelige udgave, på denne dato, eftersom det fremgår af disse referater, at den sidste udveksling, der skete den 8. februar 2017, var den sidste i en række og havde til formål at opnå afsluttende præciseringer. Der skal herved henvises til kravet om hurtig vedtagelse af kontrolundersøgelsesafgørelser for at begrænse risikoen for, at der opstår lækager efter indgivelse af anmeldelser (jf. præmis 202 ovenfor).

208 Det kan ligeledes tilføjes, at selv om der skulle tages hensyn til det anbringende og den dokumentation, som Kommissionen har fremlagt i sit supplerende svar af 19. december 2019 med henblik på at fastslå, at referaterne var blevet færdiggjort – og ikke udarbejdet – mellem tidspunktet for det første interview og den 21. februar 2017, kan den omstændighed, at det blev færdiggjort på tidspunktet for den anfægtede afgørelse, ikke rejse tvivl om ovenstående betragtninger. Det kan nemlig udledes af Kommissionens interne notat af 16. december 2016, som er knyttet som bilag til dette supplerende svar, og som indeholder en meget detaljeret oversigt over de oplysninger, der blev indsamlet i forbindelse med disse interview, at Kommissionen allerede på dette tidspunkt havde udarbejdet udførlige, men ikke færdiggjorte, referater.

209 De beviser, der er fremlagt i det foreliggende tilfælde for at fastlægge datoerne for disse interview, er desuden tilstrækkelige til at godtgøre, at der faktisk blev gennemført interview med de 13 leverandører på de fastsatte datoer. Sagsøgernes – i øvrigt udokumenterede – anbringende om, at disse beviser ikke engang kunne godtgøre, at Kommissionens repræsentanter havde kommunikeret med personer uden for Kommissionen, kan i denne henseende ikke tiltrædes. Dette anbringende modsiges nemlig klart af

de datoer, der er angivet i Kommissionens repræsentanters elektroniske kalendere (gengivet sidst i bilag R.1 – R.13 til Kommissionens svar af 5.6.2019), og som svarer til datoerne i de e-mails, der blev udvekslet mellem Kommissionen og eksterne personer for at fastsætte disse datoer (gengivet først i bilag R.1 – R.13), og det fremgår klart af det spørgeskema med overskriften »Spørgsmål om indkøbsalliancer mellem detailhandlere og leverandører af varer til detailhandlere«, der er vedhæftet disse e-mails, at disse personer var leverandører.

210 Det kan endelig og af de samme grunde, herunder de tydelige forbindelser mellem det nævnte spørgeskema og oplysningerne i referaterne, fastslås, at de udvekslinger, der blev fastsat i de pågældende e-mails, i modsætning til det af sagsøgerne anførte er dem, der dannede grundlag for referaterne. Alle referaterne følger nemlig en plan, der i det væsentlige består af de samme underopdelinger (bl.a. alliancer, hvormed leverandøren har indgået aftaler, og modydelser, udveksling af oplysninger og overførsel af personale), hvilket viser, at de gengiver i hvert fald en del af svarene på spørgeskemaet (især spørgeskemaets del I, der omfatter spørgsmål 1-10, og del III, der indeholder spørgsmål 15-18).

211 Det følger af det ovenfor anførte, at Kommissionen på tidspunktet for den anfægtede afgørelse var i besiddelse af de kortfattede indicier i referaterne, og at der kan tages hensyn til disse referater ved vurderingen af, om Kommissionen var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier, uden at det er nødvendigt at fastlægge præcist, hvornår referaterne blev udarbejdet og færdiggjort.

212 Alle de formelle kritikpunkter, hvormed der rejses tvivl om Kommissionens indicier, skal som følge heraf forkastes.

ii) Ophavsmændene til de indicier, der lå til grund for den anfægtede afgørelse

213 Det bemærkes, at ifølge fast retspraksis vedrørende bedømmelsen af beviserne for en overtrædelse er det eneste relevante kriterium for bedømmelsen af disse beviser deres troværdighed, idet det præciseres, at troværdigheden og dermed bevisværdien af et dokument afhænger af dets oprindelse, omstændighederne ved dets udarbejdelse, adressaten for dokumentet og indholdets fornuftige og pålidelige karakter, og at det navnlig skal tillægges væsentlig betydning, at et dokument er udarbejdet i umiddelbar sammenhæng med de faktiske omstændigheder eller hidrører fra et direkte vidne til disse faktiske omstændigheder (jf. dom af 27.6.2012, Coats Holdings mod Kommissionen, T-439/07, EU:T:2012:320, præmis 45 og den deri nævnte retspraksis, og af 8.9.2016, Goldfish m.fl. mod Kommissionen, T-54/14, EU:T:2016:455, præmis 95 og den deri nævnte retspraksis).

214 Hvis disse kriterier for bedømmelse af beviserne for en overtrædelse anvendes på de indicier, der begrunder en kontrolundersøgelse, kan det ikke medføre, at alle indicier, der ikke hidrører direkte fra de undersøgte virksomheder, ikke er tilstrækkeligt tungtvejende. Dette ville være til hinder for, at erklæringer eller dokumenter, der stammer fra tredjeparter, kvalificeres som tilstrækkeligt tungtvejende indicier, og dermed indebære, at Kommissionen i vidt omfang mister sine muligheder for at foretage kontrolundersøgelser.

215 Selv om beviser for overtrædelser som regel er direkte beviser, som stammer fra de virksomheder, der har begået disse overtrædelser, stammer indicier, der kan begrunde en mistanke om overtrædelser, for det meste fra tredjeparter i forhold til overtrædelserne, det være sig konkurrerende virksomheder eller ofre for de retsstridige handlinger eller offentlige eller private foretagender uden forbindelse til disse handlinger såsom eksperter eller konkurrencemyndigheder.

216 I det foreliggende tilfælde er den omstændighed, at referaterne er udarbejdet af Kommissionen, der træffer afgørelse om eventuel retsforfølgning og pålæggelse af sanktioner, ikke i sig selv tilstrækkelig til, at de mister enhver bevisværdi, når det vurderes, om Kommissionen var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier.

217 Det skal nemlig påpeges, at formålet med referaterne er at konkretisere og dermed at fastlægge de oplysninger, som leverandørerne fremlagde for Kommissionen (jf. præmis 200 ovenfor). Disse oplysninger, som er de eneste egentlige indicier, der lå til grund for den anfægtede afgørelse, stammer ikke fra Kommissionen, men fra leverandører, der har direkte forretningsforbindelser med sagsøgerne. Det bør herved fremhæves, at leverandørerne har forretningsforbindelser med sagsøgerne, at sagsøgernes formodede retsstridige adfærd således kan være til direkte skade for dem. De kan derfor have en interesse i, at sagsøgerne pålægges sanktioner. Til forskel fra almindelige konkurrenter til de overtrædende virksomheder har leverandørerne imidlertid, netop på grund af deres forretningsforbindelser med sagsøgerne, et direkte kendskab til de virkninger, der i givet fald kan tilskrives den eventuelle retsstridige adfærd. Det krav om forsigtighed, der i henhold til retspraksis gælder for fortolkningen af virksomheders anmeldelser mod andre virksomheder, når de førstnævnte har en interesse i, at de sidstnævnte pålægges sanktioner (jf. i denne retning dom af 12.7.2011, Mitsubishi Electric mod Kommissionen, T-133/07, EU:T:2011:345, præmis 88), finder i denne henseende ikke fuld anvendelse på leverandørers udtalelser, især i et tilfælde som det foreliggende, hvor leverandørerne fremlægger præcise faktuelle data, som stammer fra deres forretningsforbindelser med de formodede overtrædende virksomheder.

218 Med hensyn til bevisværdien af de referater, som Kommissionen har udarbejdet, skal det desuden bemærkes, at denne bevisværdi ikke drages i tvivl af det ene argument, som sagsøgerne har fremført mod den, og som vedrører den omstændighed, at visse passager fra referaterne blev præsenteret på en standardiseret måde, hvilket bekræfter, at Kommissionen ikke gengav de forskellige leverandørers udtalelser korrekt. Som sagsøgerne har gjort gældende, er passagen om datoen for og deltagerne i Intermarché-mødet og om konsekvenserne af denne deltagelse, dvs. deltagernes kendskab til visse af Intermarchés forretningsmæssige mål, ganske vist ens i fire referater (bilag Q.4, Q.5, Q.7 og Q.8 til Kommissionens svar af 10.1.2019). For så vidt som den enslydende passage kun findes i 4 af de 13 fremsendte referater, og der er tale om data, der kan være fremlagt som svar på spørgeskemaet og være beskrevet på samme måde, er den imidlertid ikke udtryk for forvanskning af de indhentede udtalelser. Dette gælder så meget desto mere, som den pågældende enslydende passage i hvert af de fire referater suppleres med andre data vedrørende Intermarché-mødet.

219 Det skal herved ligeledes påpeges, at Kommissionen i henhold til traktaterne er den institution, der fuldstændig upartisk skal sikre overholdelsen af Unionens konkurrenceret, og at det forhold, at Kommissionen både udøver bevisoptagelses- og sanktionsfunktioner i forbindelse med overtrædelser af konkurrencereglerne, ikke i sig selv udgør en tilsidesættelse af kravet om upartiskhed (jf. i denne retning dom af 27.6.2012, Bolloré mod Kommissionen, T-372/10, EU:T:2012:325, præmis 66 og den deri nævnte retspraksis). Det kan som følge heraf ikke, uden et bevis eller bare antydningen af et bevis, forudsættes, at Kommissionen forvanskede leverandørernes udtalelser i forbindelse med undersøgelsen af de foreliggende belastende sagsakter for at fremskaffe indicier for, at leverandørernes praksis var retsstridig.

220 Det følger af det ovenfor anførte, at alle de argumenter, hvormed det på grund af ophavsmændene til de fremlagte indicier hævdes, at Kommissionen ikke var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at foretage den omtvistede kontrolundersøgelse, skal forkastes.

iii) Indholdet af de indicier, der lå til grund for den anfægtede afgørelse

221 Det følger af sondringen mellem beviserne for en overtrædelse og de indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelsesafgørelse, at indicierne ikke skal godtgøre, at der foreligger en overtrædelse, hvad den består i, og hvem der har begået den, da de beføjelser, som Kommissionen er givet ved artikel 20 i forordning nr. 1/2003, ellers vil miste enhver virkning (jf. i denne retning og analogt dom af 14.3.2014, Cementos Portland Valderrivas mod Kommissionen, T-296/11, EU:T:2014:121, præmis 59).

222 Den omstændighed, at elementerne kan fortolkes på forskellige måder, kan som følge heraf ikke hindre, at de udgør tilstrækkeligt tungtvejende indicier, så længe den af Kommissionen foretrukne fortolkning forekommer plausibel (jf. analogt vedrørende en afgørelse om begæring af oplysninger dom af 14.3.2014, Cementos Portland Valderrivas mod Kommissionen, T-296/11, EU:T:2014:121, præmis 59). Det skal ved vurderingen af, om denne fortolkning er plausibel, holdes for øje, at Kommissionens undersøgelsesbeføjelse indebærer retten til at efterspore oplysninger, der endnu ikke er kendte eller fuldt ud identificeret (jf. dom af 14.11.2012, Nexans France og Nexans mod Kommissionen, T-135/09, EU:T:2012:596, præmis 62 og den deri nævnte retspraksis).

223 Det er også vigtigt at påpege, at de forskellige indicier ikke skal betragtes isoleret, men som et hele, og at de kan styrke hinanden gensidigt (jf. dom af 27.11.2014, Alstom Grid mod Kommissionen, T-521/09, EU:T:2014:1000, præmis 54 og den deri nævnte retspraksis, og af 29.2.2016, EGL m.fl. mod Kommissionen, T-251/12, ikke trykt i Sml., EU:T:2016:114, præmis 150 og den deri nævnte retspraksis).

224 Med hensyn til de overtrædelser, der formodes at være begået i det foreliggende tilfælde, dvs. den samordnede praksis (jf. bl.a. sjette betragtning til den anfægtede afgørelse), fremgår det af fast retspraksis, at begrebet »samordnet praksis«, som det fremgår af selve ordlyden af artikel 101, stk. 1, TEUF – ud over samordningen mellem virksomhederne – forudsætter en adfærd på markedet, der ligger i forlængelse af denne samordning, og årsagsforbindelse mellem samordningen og adfærden (dom af 8.7.1999, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 118, og af 15.3.2000, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, T-25/95, T-26/95, T-30/95 – T-32/95, T-34/95 – T-39/95, T-42/95 – T-46/95, T-48/95, T-50/95 – T-65/95, T-68/95 – T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, EU:T:2000:77, præmis 1865). Det er derfor nødvendigt, at alle tre elementer er til stede.

225 Hvad angår beviset for disse tre elementer skal det bemærkes, at begrebet »samordnet praksis« blev indført i traktaterne for at gøre det muligt at anvende konkurrenceretten på hemmelige aftaler, som ikke er udformet som formelle viljeserklæringer, og som derfor er vanskeligere at identificere og påvise. Unionens retsinstanser har således gentagne gange fremhævet, at når artikel 101 TEUF sondrer mellem begrebet »samordnet praksis« og begrebet »aftaler mellem virksomheder«, er det for med forbuddene i denne artikel at ramme en form for koordinering mellem virksomheder, som, uden at være udmøntet i en egentlig aftale, bevidst erstatter konkurrencerisikoen med et praktisk samarbejde (dom af 14.7.1972, Imperial Chemical Industries mod Kommissionen, 48/69, EU:C:1972:70, præmis 64, og af 5.4.2006, Degussa mod Kommissionen, T-279/02, EU:T:2006:103, præmis 132).

226 Det skal endvidere og mere generelt bemærkes, at forbuddet mod at deltage i konkurrencebegrænsende praksis og aftaler såvel som de sanktioner, der kan ifaldes ved at overtræde dette forbud, er almindeligt kendt. Det er derfor hyppigt forekommende, at de aktiviteter, som en sådan praksis og sådanne aftaler indebærer, gennemføres hemmeligt, at møderne afholdes hemmeligt, og at dokumenterne herom begrænses til et minimum. Selv i tilfælde, hvor Kommissionen opdager dokumenter, der udtrykkeligt viser en ulovlig kontakt mellem erhvervsdrivende, er disse normalt kun brudstykkeagtige og spredte, hvorfor det ofte viser sig nødvendigt at rekonstruere visse enkeltheder ved hjælp af følgeslutninger. I de fleste tilfælde må den omstændighed, at der foreligger en konkurrencebegrænsende praksis eller aftale, udledes ved en slutning ud fra et vist antal sammenfaldende omstændigheder og indicier, der, når de betragtes samlet, og i mangel af en anden logisk forklaring kan udgøre beviset for en tilsidesættelse af konkurrencereglerne (dom af 7.1.2004, Aalborg Portland m.fl. mod Kommissionen, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P og C-219/00 P, EU:C:2004:6, præmis 55-57, og af 25.1.2007, Sumitomo Metal Industries og Nippon Steel mod Kommissionen, C-403/04 P og C-405/04 P, EU:C:2007:52, præmis 51; jf. i denne retning ligeledes dom af 27.6.2012, Coats Holdings mod Kommissionen, T-439/07, EU:T:2012:320, præmis 42).

227 Det følger heraf, at Unionens retsinstanser i visse tilfælde har tilladt, at Kommissionen lemper bevisbyrden for de tre elementer, der udgør en samordnet praksis.

228 En parallel adfærd kan således under visse omstændigheder betragtes som bevis for en samordning, hvis samordningen er den eneste sandsynlige forklaring på en sådan adfærd (dom af 31.3.1993, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mod Kommissionen, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 og C-125/85 – C-129/85, EU:C:1993:120, præmis 71, og af 8.7.2008, BPB mod Kommissionen, T-53/03, EU:T:2008:254, præmis 143).

229 Det må endvidere antages – med forbehold af det modbevis, som det påhviler de berørte parter at føre – at de virksomheder, som deltager i samordningen, og som forbliver aktive på markedet, tager hensyn til informationsudvekslingen med deres konkurrenter for at fastlægge deres adfærd på markedet (dom af 8.7.1999, Kommissionen mod Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356, præmis 121, og af 8.10.2008, Schunk og Schunk Kohlenstoff-Technik mod Kommissionen, T-69/04, EU:T:2008:415, præmis 118). Når der er ført bevis for de to første elementer i en samordnet praksis, kan det med andre ord i visse tilfælde antages, at det tredje element også er til stede.

230 Disse særlige bevisregler for samordnet praksis har visse konsekvenser for de betingelser, der skal være opfyldt, for at det kan fastslås, at der er indhentet tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en mistanke om, at der foreligger en sådan praksis. Henset til den nødvendige sondring mellem beviserne for en samordnet praksis og de indicier, der begrunder kontrolundersøgelser med henblik på indsamling af sådanne beviser, skal tærsklen for at anerkende, at Kommissionen er i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier, nødvendigvis ligge under den grænse, som gør det muligt at fastslå, at der foreligger en samordnet praksis.

231 Det er i lyset af disse betragtninger, at der skal tages stilling til de argumenter, som sagsøgerne har støttet på indholdet af de oplysninger, som Kommissionen var i besiddelse af, og hvoraf de har udledt, at Kommissionen ikke var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at kunne vedtage den anfægtede afgørelse.

– Manglen på tilstrækkeligt tungtvejende indicier for mistanken om den første overtrædelse

232 Det bemærkes indledningsvis, at den første overtrædelse beskrives således i den anfægtede afgørelses artikel 1, litra a):

»[…] udveksling siden 2015 af oplysninger mellem virksomheder og/eller virksomhedssammenslutninger, navnlig ICDC […] og/eller dennes medlemmer, herunder Casino og AgeCore og/eller dennes medlemmer, navnlig Intermarché, om de rabatter, som de havde opnået på markederne for forsyning med dagligvarer i sektorerne for fødevarer, plejeprodukter og rengøringsmidler, og om priserne på markedet for salg af tjenesteydelser til varemærkeproducenter i sektorerne for fødevarer, plejeprodukter og rengøringsmidler i flere EU-medlemsstater, navnlig Frankrig […]«

233 Sagsøgerne har med hensyn til realiteten ikke bestridt, at Kommissionen var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier vedrørende den første overtrædelse, hverken i deres skriftlige indlæg eller i deres svar på de spørgsmål, hvori Retten bad dem om at tage stilling til de indicier, som Kommissionen havde fremlagt. Der har i retsmødet for første gang fremsat to klagepunkter, som de ikke tidligere har gjort gældende. For det første blev markedet for salg af tjenesteydelser sammenlagt med forsyningsmarkedet i tabel 1, der er knyttet som bilag til Kommissionens svar af 5. juni 2019, selv om disse to markeder var anført særskilt i den anfægtede afgørelses artikel 1, litra a), hvilket i henhold til den retspraksis, der følger af dom af 14. november 2012, Nexans France og Nexans mod Kommissionen (T-135/09, EU:T:2012:596), vidner om, at Kommissionen ikke var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier vedrørende den første overtrædelse. For det andet blev den

formelle procedure kun indledt for visse aspekter af den anden overtrædelse, hvilket vidner om, at Kommissionen ikke var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier vedrørende den første overtrædelse.

234 Det første klagepunkt, som sagsøgerne fremsatte i retsmødet, skal afvises, eftersom det er fremsat for sent. I strid med bestemmelserne i procesreglementets artikel 84, stk. 2, fremsatte sagsøgerne nemlig ikke det første klagepunkt, så snart de fik kendskab til tabel 1, der er knyttet som bilag til Kommissionens svar af 5. juni 2019, og på trods af Rettens anmodning om, at de tog stilling til det nævnte svar inden den 4. juli 2019, fremsatte de først det første klagepunkt i retsmødet den 29. januar 2020.

235 Det kan tilføjes, at det første klagepunkt under alle omstændigheder ikke kan tages til følge. Det fremgår ganske vist af tabel 1, der er knyttet som bilag til Kommissionens svar af 5. juni 2019, at Kommissionen ikke sondrede mellem markedet for forsyning med dagligvarer og markedet for salg af tjenesteydelser til producenter, selv om de var anført særskilt i den anfægtede afgørelse, men i denne tabel forklarede, at »rabatter [på forsyningsmarkedet] også kan betragtes som salgspriser for tjenesteydelser til mærkevareproducenter i sektorerne for fødevarer, plejeprodukter og rengøringsmidler«. Denne bemærkning antyder dog blot, at Kommissionen på dette trin – i overensstemmelse til retspraksis og navnlig dom af 14. november 2012, Nexans France og Nexans mod Kommissionen (T-135/09, EU:T:2012:596, præmis 62) – endnu ikke havde fastlagt formen af det beløb, som begunstigede distributørerne, men ikke leverandørerne, og som var årsag til dens mistanke om, at distributørerne have indgået en aftale, hvilket den i øvrigt erkendte, eftersom den i sit svar af 5. juni 2019 præciserede, at den i bilagene udelukkende anvendte ordet »rabat«, selv om det var »uvist, om det efter en tilbundsgående undersøgelse konkluderes, at der er tale om rabatter på forsyningsmarkederne eller om salgspriser for tjenesteydelser til producenter«. Det skal nemlig påpeges, at Kommissionens undersøgelsesbeføjelse ifølge den nævnte dom indebærer retten til at efterspore oplysninger, der endnu ikke er kendte eller fuldt ud identificeret (jf. ligeledes præmis 222 ovenfor).

236 Til gengæld kan det i modsætning til det af sagsøgerne anførte ikke udledes af dom af 14. november 2012, Nexans France og Nexans mod Kommissionen (T-135/09, EU:T:2012:596, præmis 60-94), at Kommissionen, hvis der foreligger indicier for en prismæssig fordel for de undersøgte virksomheder, har pligt til at specificere disse indicier og sondre mellem de to markeder, der er omfattet af denne fordel, i og med at det fremgår af fast retspraksis vedrørende begrundelsespligten, at Kommissionen ikke behøver at foretage en præcis afgrænsning af det pågældende marked (jf. præmis 112 ovenfor). I denne dom foreholdt Retten nemlig ikke Kommissionen, at den ikke havde sondret tilstrækkeligt mellem de to markeder, der potentielt var berørt af de foreliggende indicier, men foreholdt den, at kontrolundersøgelsen ikke var begrænset til det marked, for hvilket den var i besiddelse af indicier. Sagsøgerne har imidlertid ikke påvist, at det samme gjorde sig gældende i den foreliggende sag, for så vidt som leverandørernes udtalelser i modsætning til, hvad sagsøgerne anførte i retsmødet, ikke kun omhandler ICDC, som udelukkende er aktiv på markedet for salg af tjenesteydelser til producenter (jf. præmis 248 ovenfor).

237 Det andet klagepunkt, som sagsøgerne fremsatte i retsmødet, kan antages til realitetsbehandling i henhold til procesreglementets artikel 84, stk. 2, eftersom det er baseret på den afgørelse om indledning af den formelle procedure, som Kommissionen vedtog den 4. november 2019, dvs. efter ovennævnte svarfrist den 4. juli 2019 og indledningen af den mundtlige forhandling i den foreliggende sag, og eftersom det blev fremsat under denne forhandling. Dette klagepunkt skal imidlertid forkastes.

238 Uanset at afgørelsen om indledning af den formelle procedure blev vedtaget efter den anfægtede afgørelse, og den derfor ikke kan rejse tvivl om dens lovlighed, kan det nemlig ikke udledes af denne afgørelses rækkevidde, at Kommissionen ikke var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier vedrørende den første overtrædelse.

239 Det fremgår ganske vist af afgørelse C(2019) 7997 af 4. november 2019 om indledning af proceduren i sag AT.40466 som følge af mistanker om overtrædelse ud over dem, der vedrørte den første overtrædelse, at Kommissionen ikke skønnede at have tilstrækkelige oplysninger til at kunne indlede proceduren vedrørende denne overtrædelse. Indicier, der begrunder en kontrolundersøgelse, kan imidlertid i sagens natur kun give anledning til mistanke om en overtrædelse, som ikke nødvendigvis bliver fastslået, hvilket i øvrigt forklarer, at det ikke er alle kontrolundersøgelser, der efterfølges af en afgørelse om indledning af proceduren og heller ikke af en afgørelse, hvorved der fastslås en overtrædelse. Selv om der foreligger indicier for en overtrædelse, er det således ikke ensbetydende med, at der foreligger beviser for den formodede overtrædelse, eller at der foreligger tilstrækkelige oplysninger til at indlede proceduren. Det kan som følge heraf udledes af den omstændighed, at det ikke lykkedes at indsamle sådanne oplysninger under den omtvistede kontrolundersøgelse, at Kommissionen ikke var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier forud for kontrolundersøgelsen.

240 Det skal tilføjes, at Kommissionen forelagde Retten en række indicier, som den var i besiddelse af, da den vedtog den anfægtede afgørelse, vedrørende en parallel adfærd hos ICDC (Casino) og AgeCore (Intermarché), der i det foreliggende tilfælde gav sig udslag i, at de på samme tid fremsatte ensartede anmodninger om rabatter til leverandørerne.

241 De omhandlede oplysninger udgør imidlertid tilstrækkeligt tungtvejende indicier for, at der forelå en sådan samtidighed og ensartethed.

242 Blandt de 13 udspurgte leverandører, hvoraf 10 har bekræftet, at de har forretningsforbindelser med både ICDC og AgeCore, har 8 fortalt detaljeret om identiske anmodninger om rabatter fra ICDC (Casino) og AgeCore (Intermarché) (dvs. virksomhed A, B, C, D, E, G, H og J; bilag Q.1 – Q.5, Q.7, Q.8 og Q.10 til Kommissionens svar af 10.1.2019), 1 leverandør har berettet om afstemning mellem AgeCore og selskabets konkurrenter, men uden at nævne dem ved navn (virksomhed I; bilag Q.9), og 2 leverandører har henvist generelt til, at de er stødt på lignende anmodninger om rabatter fra andre alliancer mellem distributører (virksomhed L og M; bilag Q.12 og Q.13).

243 Kommissionen nøjedes desuden ikke med at fremlægge indicier vedrørende det første element i en samordnet praksis, dvs. parallel adfærd på markedet, som i øvrigt under visse omstændigheder kan give anledning til at antage, at det andet element i en samordnet praksis, dvs. samordning, er til stede (jf. præmis 228 ovenfor). Den oplyste, at den også havde været i besiddelse af indicier for, at der forekom en sådan samordning i form af udvekslinger af oplysninger, som ligeledes samlet set kan anses for at være tilstrækkeligt tungtvejende.

244 Et mindre antal leverandører har henvist udtrykkeligt til udvekslinger mellem distributørerne vedrørende rabatter, og deres udtalelser herom er ofte vage og spekulative. Tre leverandører har henvist udtrykkeligt til deling eller udveksling af oplysninger (nemlig virksomhed C, E og H; bilag Q.3, Q.5 og Q.8 til Kommissionens svar af 10.1.2019), og flere andre har beskrevet, at en alliance har haft kendskab til rabatter opnået af andre alliancer (bl.a. virksomhed B, D, G og I; bilag Q.2, Q.4, Q.7 og Q.9). En af leverandørerne har givet en mulig forklaring på de samtidige anmodninger om rabatter, nemlig at distributørerne bluffer under forhandlingerne for at opnå mere fordelagtige forretningsvilkår (virksomhed L; bilag Q.12).

245 Det skal imidlertid først og fremmest bemærkes, at ingen af leverandørerne har anset det for usandsynligt, at de samtidige og ensartede anmodninger om rabatter skyldes udveksling af oplysninger. De eneste leverandører, som ikke har givet udtryk for, at der forekommer udveksling af oplysninger, har enten undladt at udtale sig eller fortalt, at de ikke er bekendt med udvekslinger af oplysninger mellem distributører (nemlig virksomhed A, F, J, K og M; bilag Q.1, Q.6, Q.10, Q.11 og Q.13 til Kommissionens svar af 10.1.2019), men uden direkte at afvise, at der forekommer sådanne udvekslinger.

246 Det bør desuden fremhæves, at den leverandør, der fortalte, at distributørerne bluffer, ud over at nuancere sandsynligheden herfor ved at »mene, at de nævnte oplysninger [om kendskabet til vilkår opnået af de øvrige alliancer] alligevel var korrekte«, også præciserede, at den pågældende ikke deltog i de forhandlinger uden for de nationale rammer, der hovedsageligt er genstand for den første formodede overtrædelse, hvilket gør distributørens udtalelser mindre troværdige. Det følger heraf, at Kommissionen ikke ud fra de indicier, som den var i besiddelse af, kunne fastslå, at der fandtes en anden sandsynlig forklaring på de samtidige og ensartede anmodninger end en underliggende samordning (jf. præmis 228 ovenfor).

247 Det bemærkes endelig, at leverandørernes udtalelser om distributørernes udvekslinger om rabatter bekræftes af oplysninger om de kanaler, der kan benyttes til disse udvekslinger.

248 En række leverandører og direktøren for sammenslutning N (pr. e-mail) har således peget på bevægelser mellem distributøralliancer, overførsel af forretninger og personalebevægelser mellem distributører og mellem alliancer som potentielle kilder til information om bl.a. rabatter opnået af de forskellige distributører (bl.a. bilag Q.2, s. 4, bilag Q.7, s. 4, og bilag Q.8, s. 5, samt bilag Q.14, Q.16 og Q.18 til Kommissionens svar af 10.1.2019). De har navnlig henvist til den alliance, som Casino og Intermarché har indgået i Frankrig i form af det fælles datterselskab Intermarché Casino Achats (INCA), og forklaret, at der er en sammenhæng mellem tilhørsforholdet til den samme alliance på nationalt plan og Casino og Intermarchés kendskab til de rabatter, som de hver især har opnået hos deres respektive leverandører (bl.a. bilag Q.4, s. 4, og bilag Q.7, s. 4 og 6).

249 I betragtning af de mangfoldige kommunikationskanaler, der er beskrevet, præciseringerne vedrørende disse kanaler og de fremlagte oplysningers ensartethed kan det, selv om ophavsmændene ikke umiddelbart råder over de samme informationsredskaber og -kilder, fastslås, at Kommissionen var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en mistanke om de omtvistede udvekslinger. Det skal nemlig bemærkes, at selv om leverandørerne kan være direkte vidner til en konkurrencebegrænsende adfærd på markedet (jf. præmis 217 ovenfor), kan de ikke være direkte vidner til den underliggende og hemmelige samordning. Mangfoldigheden, præcisionen og ensartetheden af de oplysninger, der er fremlagt om den omhandlede udvekslinger af oplysninger, kan i forbindelse med den helhedsvurdering, som skal klarlægge, om der foreligger tilstrækkeligt tungtvejende indicier, kompensere for de nævnte oplysningers ofte spekulative karakter.

250 Det skal som følge heraf – også henset til den omstændighed, at disse indicier vedrørende de formodede udvekslinger af oplysninger understøtter de indicier, der vedrører markedsadfærden – fastslås, at Kommissionen var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en mistanke om den første overtrædelse.

– Manglen på tilstrækkeligt tungtvejende indicier for mistanken om den anden overtrædelse

251 Det bemærkes, at den anden overtrædelse beskrives således i den anfægtede afgørelses artikel 1, litra b):

»[…] udveksling siden i hvert fald 2016 af oplysninger mellem Casino og Intermarché om deres fremtidige forretningsstrategier, bl.a. med hensyn til sortiment, udvikling af butikker, e-handel og salgspolitik på markederne for forsyning med dagligvarer og på markederne for salg af dagligvarer til forbrugerne i Frankrig«.

252 Det skal indledningsvis bemærkes – som sagsøgerne har anført og Kommissionen har erkendt – at Kommissionen baserede sine mistanker om den anden overtrædelse på et vigtigt indicium om Intermarché-mødets afvikling.

253 Det fremgår af sagsakterne, at Intermarché-mødet blev afholdt den 21. september 2016 på Intermarchés hjemsted, hvor Intermarchés ledelse sammen med de butiksansvarlige tog imod hovedleverandørerne for at præsentere deres ambitioner og forretningsmæssige prioriteringer.

254 Det er ubestridt, at repræsentanter for mange af Intermarchés leverandører deltog i dette møde, men også repræsentanter for INCA, der er Intermarchés og Casinos fælles datterselskab, navnlig A, der i øvrigt er direktør i Casino-koncernen, og en repræsentant for AgeCore, B, der er leder af denne sammenslutning af virksomheder. Det er ligeledes ubestridt, at de emner, der blev behandlet på dette møde, og som blev præsenteret af Intermarchés ledelse, vedrørte virksomhedens målsætninger og udviklingsakser med hensyn til markedsandele, udvidelse af butiksnettet, digitalisering og styrkelse af onlinehandel, innovative tiltag, der skal få nye varer hurtigere ud i butikkerne, oprettelse af flere »drive in«-skranker og iværksættelse af nye salgsfremmende foranstaltninger.

255 Sagsøgerne har anført, at de oplysninger, der blev præsenteret, ikke var udtryk for udveksling af følsomme og fortrolige forretningsoplysninger, som kunne skabe mistanke om en samordning mellem konkurrenter, der er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF, og udledte heraf, at Kommissionen ikke var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at kunne antage, at den anden overtrædelse forelå.

256 Hvad for det første angår muligheden for at antage, at der foreligger udvekslinger og dermed en samordning, på grundlag af udtalelser fra en enkelt distributør, nemlig Intermarché, skal det bemærkes, at de for begrebet samordnet praksis forudsatte kriterier koordination og samarbejde ifølge fast retspraksis skal forstås ud fra den grundtanke, der ligger bag traktatens konkurrencebestemmelser, hvorefter enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal tage stilling til den politik, han vil føre på det fælles marked. Selv om dette krav om uafhængighed ikke udelukker de erhvervsdrivendes ret til rationelt at tilpasse sig deres konkurrenters konstaterede eller bebudede adfærd, udelukker det kategorisk enhver direkte eller indirekte kontakt mellem sådanne erhvervsdrivende, der er egnet til enten at have indflydelse på en eksisterende eller potentiel konkurrents adfærd på markedet eller over for en sådan konkurrent at afsløre den adfærd, som man selv har bestemt sig for at udvise, eller som man overvejer at udvise på dette marked (dom af 4.6.2009, T-Mobile Netherlands m.fl., C-8/08, EU:C:2009:343, præmis 32 og 33, og af 24.10.1991, Rhône-Poulenc mod Kommissionen, T-1/89, EU:T:1991:56, præmis 121).

257 Den omstændighed, at kun én af deltagerne i et møde mellem virksomheder har meddelt sine hensigter, er som følge heraf ikke tilstrækkelig til at udelukke, at der var tale om en aftale. Selv om det ligeledes ifølge fast retspraksis er korrekt, at begrebet samordnet adfærd forudsætter, at der rent faktisk var kontakter mellem konkurrenter karakteriseret af gensidighed, er denne betingelse nemlig opfyldt, når en konkurrent efter en anden konkurrents anmodning eller samtykke afslører sine planer eller sin fremtidige adfærd på markedet. Ved at modtage sådanne informationer, som virksomheden nødvendigvis også direkte eller indirekte måtte have taget hensyn til, har virksomheden på forhånd fjernet den usikkerhed, der var med hensyn til konkurrentens fremtidige adfærd, på trods af, at enhver erhvervsdrivende uafhængigt skal kunne tage stilling til den salgspolitik, han vil føre på markedet. En virksomheds modtagelse af informationer fra en konkurrent om dennes fremtidige adfærd på markedet udgør derfor en samordnet praksis, der er i strid med artikel 101, stk. 1, TEUF (jf. i denne retning dom af 15.3.2000, Cimenteries CBR m.fl. mod Kommissionen, T-25/95, T-26/95, T-30/95 – T-32/95, T-34/95 – T-39/95, T-42/95 – T-46/95, T-48/95, T-50/95 – T-65/95, T-68/95 – T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 og T-104/95, EU:T:2000:77, præmis 1849, af 12.7.2001, Tate & Lyle m.fl. mod Kommissionen, T-202/98, T-204/98 og T-207/98, EU:T:2001:185, præmis 54, og af 8.7.2008, BPB mod Kommissionen, T-53/03, EU:T:2008:254, præmis 231-234).

258 Det kan imidlertid ikke fastslås, at den omstændighed, at en direktør fra den konkurrerende Casino-koncern deltog i Intermarchés præsentation af dets forretningsmæssige prioriteringer, i det foreliggende tilfælde var tilstrækkelig til at skabe mistanke om, at der var modtaget oplysninger fremlagt af Intermarché, hvilket ifølge retspraksis er nødvendigt for, at der er tale om gensidighed, og for heraf at udlede, at der forelå en samordnet praksis mellem Casino og Intermarché.

259 Som sagsøgerne med rette har fremhævet, og Kommissionen i øvrigt ikke har bestridt, deltog A nemlig ikke i Intermarché-mødet som repræsentant for Casino, men som medlem af ledelsen for INCA, hvis tilstedeværelse skyldtes, at INCA på Intermarchés vegne deltog i forhandlinger om forsyningsvilkår med dets hovedleverandører. A var desuden underlagt strenge fortrolighedskrav i forhold til Casino, hvilket ikke i sig selv er bestridt, og det kan ikke antages, at disse krav ikke blev overholdt.

260 Denne begrundelse for A's tilstedeværelse på Intermarché-mødet og de krav, som vedkommende var underlagt, kan imidlertid ikke som sådan og uden yderligere dokumentation, som Kommissionen ikke har fremlagt, give anledning til en rimelig mistanke om, at Casino modtog oplysninger fremlagt af Intermarché, således at der kan iværksættes undersøgelser for at afgøre, om Casino havde anmodet om eller i det mindste modtaget underretninger fra Intermarché. Kommissionen har nemlig blot henvist til et enkelt referat af de drøftelser, der fandt sted mellem A og Intermarchés repræsentant i INCA i forbindelse med mødet (bilag Q.5, s. 7 og 8, til Kommissionens svar af 10.1.2019), og private drøftelser svarer ikke til modtagelse af offentlige erklæringer, og deres indhold har ikke nødvendigvis en forbindelse med indholdet af disse erklæringer, henset til de funktioner, som disse to personer har i INCA, og som berettiger, at de drøfter andre emner med hinanden. Det skal herved bemærkes, at selv om Kommissionen i indledningen af tabel 2, der er knyttet som bilag til dens svar af 5. juni 2019, anførte, at den havde modtaget oplysninger om, at INCA kunne fungere som redskab for udveksling af oplysninger i forbindelse med den anden overtrædelse, henvises der i de uddrag fra referaterne, der er indeholdt i den nævnte tabel, blot til A's tilstedeværelse på Intermarché-mødet, uden at der heraf kan udledes, at INCA spillede en særlig rolle i denne sammenhæng.

261 Hvad for det andet angår de data, der blev fremlagt på Intermarché-mødet, skal det påpeges, at muligheden for at kvalificere udveksling af oplysninger som en overtrædelse bl.a. afhænger af karakteren af de udvekslede oplysninger (jf. i denne retning dom af 28.5.1998, Deere mod Kommissionen, C-7/95 P, EU:C:1998:256, præmis 88-90, og af 23.11.2006, Asnef-Equifax og Administración del Estado, C-238/05, EU:C:2006:734, præmis 54).

262 Det skal i det foreliggende tilfælde bemærkes, som sagsøgerne har anført, at referaterne af Intermarché-mødet (bilag Q.4, Q.5, Q.7 og Q.9 og det mere detaljerede bilag Q.8 til Kommissionens svar af 10.1.2019) indeholder en generel beskrivelse af de aspekter af handelspolitikken, som vedrører sortiment, e-handel eller salgsfremmende praksis, og som blev drøftet på det nævnte møde. Sådanne generelle beskrivelser findes ligeledes i bilaget til e-mailen fra direktøren for sammenslutning N (bilag Q.15). De er desuden blevet gengivet i en artikel i fagpressen, som sagsøgerne har fremlagt.

263 Det fremgår reelt af sagsakterne, hvilket Kommissionen i øvrigt ikke har bestridt, at Intermarché-mødet blev afholdt offentligt med deltagelse af over 400 leverandører foruden journalister, og at det blev gennemgået detaljeret i fagpressen. Kommissionen var desuden blevet underrettet om mødets offentlige karakter, hvilket fremgår af referater af interviewene med leverandørerne, hvoraf én fortalte, at pressen var til stede på Intermarché-mødet (bilag Q.2, s. 7). Den har i øvrigt som svar på et spørgsmål fra Retten oplyst, at den ikke havde kendskab til eventuelle præsentationer i forbindelse med Intermarché-mødet, hvor pressen ikke var til stede.

264 Ifølge fast retspraksis repræsenterer en offentlig informationsudveksling imidlertid ikke som sådan en overtrædelse af traktatens konkurrenceregler (jf. dom af 30.9.2003, Atlantic Container Line m.fl. mod Kommissionen, T-191/98 og T-212/98 – T-214/98, EU:T:2003:245, præmis 1154 og den deri nævnte retspraksis).

265 Ifølge punkt 92 i retningslinjerne for anvendelsen af artikel 101 [TEUF] på horisontale samarbejdsaftaler (EUT 2011, C 11, s. 1, herefter »retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler«), hvorved Kommissionen har pålagt sig selv en begrænsning i udøvelsen af sit skøn, og hvorefter den ikke kan fravige disse regler uden at blive mødt med en sanktion (jf. i denne retning dom af 28.6.2005, Dansk Rørindustri m.fl. mod Kommissionen, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P – C-208/02 P og C-213/02 P, EU:C:2005:408, præmis 211), er »oplysninger, der er offentlige i egentlig forstand«, oplysninger, som normalt er lige let tilgængelige for alle konkurrenter og kunder. I det samme punkt i retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler præciseres det imidlertid, at »[f]or at oplysningerne kan være offentlige i egentlig forstand, må adgangen til dem ikke være dyrere for kunder og virksomheder, der ikke deltager i informationsudvekslingen, end for de virksomheder, der udveksler oplysningerne«, og at »[k]onkurrenter […] derfor normalt ikke [vil] vælge at udveksle oplysninger, som de kan indhente lige så let på markedet, og udveksling af oplysninger, der er offentlige i egentlig forstand, er derfor usandsynlig i praksis«. Det fremgår desuden af punkt 63 i retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler, som specifikt vedrører ensidige offentlige erklæringer, og som sagsøgerne henviste til i retsmødet, at »[n]år en virksomhed ensidigt udsender en bekendtgørelse der også reelt er offentlig, f.eks. gennem en avis, er der normalt ikke tale om en samordnet praksis som omhandlet i artikel 101 [TEUF]«.

266 Det fremgår i det foreliggende tilfælde klart af omstændighederne i forbindelse med Intermarché-mødets afvikling, at de oplysninger, som Intermarché videregav på dette møde, var offentlige i egentlig forstand som omhandlet i retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler. På grund af journalisternes tilstedeværelse og deres detaljerede referat i fagpressen blot få dage efter, at Intermarché-mødet var blevet afholdt, blev de oplysninger, som Intermarché gav på dette møde, gjort tilgængelig ikke bare for A, der er direktør i den konkurrerende Casino-koncern, men også og lige så let for alle andre konkurrenter til Intermarché.

267 Det fremgår desuden af den artikel i fagpressen, der beskrev Intermarché-mødets afvikling, og hvis indhold Kommissionen ikke har bestridt, at de oplysninger, der blev fremlagt i forbindelse med dette arrangement, var af meget generel karakter og rettet mod at promovere Intermarchés ledelsesgruppes udviklings- og innovationspolitik over for virksomhedens leverandører. Kommissionen har ikke forklaret præcist, hvordan sådanne oplysninger kunne falde uden for begrebet offentligt tilgængelige oplysninger. I forbindelse med dette arrangement blev det ganske vist annonceret, at målet var at åbne 200 forretninger, men denne generelle oplysning kan ikke i sig selv danne grundlag for en mistanke om samordnet praksis mellem konkurrenter, som er forbudt i henhold til artikel 101 TEUF. Den offentlige karakter af de oplysninger, der blev videregivet på Intermarché-mødet, er derfor til hinder for, at det fastslås, at de kan gøres til genstand for retsstridige informationsudvekslinger, og at Intermarché-mødet som følge heraf kvalificeres som et tilstrækkeligt tungtvejende indicium for den omhandlede overtrædelse.

268 Dette gælder så meget desto mere, som Kommissionen i det foreliggende tilfælde selv fremlagde indicierne for de formodede overtrædelser i den anfægtede afgørelse som dokumentation for hemmelige udvekslinger mellem et begrænset antal personer og baseret på dokumenter, der i sig selv var hemmelige (jf. præmis 117 ovenfor). Det fremgår nemlig, som sagsøgerne med rette har anført, af ottende betragtning til den anfægtede afgørelse, at »den formodede samordnede praksis finder sted i dybeste hemmelighed, da kendskabet til dens eksistens og dens anvendelse er begrænset til den øverste ledelse og et mindre antal betroede medarbejdere i hver virksomhed«, og at »[d]okumenterne om den formodede samordnede praksis er begrænset til et absolut minimum og opbevares på steder og i en form, der gør det let at skjule, tilbageholde eller destruere dem«. Indicer i form af offentlige erklæringer såsom dem, der blev afgivet på Intermarché-mødet, kan ikke som sådan skabe mistanke om udvekslinger af de samme oplysninger, som opbevares i dybeste hemmelighed.

269 Disse betragtninger drages ikke i tvivl af bemærkningen i punkt 63 i retningslinjerne for horisontale samarbejdsaftaler om, at »muligheden for, at det vil blive fastslået, at der foreligger en samordnet praksis, dog ikke [kan] udelukkes«, når der udsendes en »[ensidig bekendtgørelse,] der også reelt er

offentlig«. Bortset fra at sådanne offentlige bekendtgørelser ikke svarer til den foreliggende formodning om hemmelige retsstridige udvekslinger, skal det nemlig bemærkes, at Kommissionen hverken har bekræftet eller forklaret i den anfægtede afgørelse og i øvrigt heller ikke i forbindelse med den foreliggende sag, at den anden overtrædelse svarer til dette tilfælde, hvor der er tale om en samordnet praksis baseret på ensidige offentlige erklæringer.

270 Det følger heraf, at Kommissionen ikke på grundlag af helhedsvurderingen af Intermarché-mødets kendetegn med rette kunne nære mistanke om udveksling af forretningsoplysninger mellem konkurrenter i strid med artikel 101 TEUF. Det følger ligeledes heraf, at dette møde ikke kan udgøre et tilstrækkeligt tungtvejende indicium, der kan danne grundlag for en mistanke om den anden overtrædelse.

271 Selv om der tages hensyn til Kommissionens interne notat af 16. december 2016, der er knyttet som bilag til dets supplerende svar af 19. december 2019, og den fortrolige udgave af de referater i ikke-fortrolig udgave, som Kommissionen har fremlagt, meddeles som led i bevisoptagelsen, ændrer det under alle omstændigheder intet ved denne konklusion. Dette interne notat indeholder nemlig ikke andre oplysninger end dem, der findes i referaterne. Det fremgår desuden af den ikke-fortrolige udgave af disse referater, at den eneste hensigt med at skjule oplysningerne er at gøre det umuligt at identificere enheder eller personer, datoer og taloplysninger, således at de nævnte oplysninger ikke længere kan anvendes til at knytte de offentlige erklæringer, der blev afgivet på Intermarché-mødet, sammen med de formodede hemmelige udvekslinger. Det følger i øvrigt heraf, at det ikke er nødvendigt at foranstalte den ovennævnte bevisoptagelse, som Kommissionen har anmodet Retten om.

272 De samtidige anmodninger om den samme »innovationsbonus«, som Casino og Intermarché fremsatte over for deres leverandører, kan heller ikke udgøre et tilstrækkeligt tungtvejende indicium, som kan danne grundlag for en mistanke om den anden overtrædelse. Ingen af de fremlagte indicier gør det nemlig muligt at sondre klart mellem denne bonus eller disse »innovationsnedslag« og de rabatter og salgspriser for tjenesteydelser til leverandørerne, der er omfattet af den første overtrædelse. Henset til de forklaringer, der findes i referaterne (bilag Q.6, s. 3, og bilag Q.7, s. 5, samt fodnote 7 til Kommissionens svar af 10.1.2019), består de nævnte nedslag enten af en rabat, der forlanges af leverandørerne, eller af en godtgørelse for de indkøbstjenester, som distributørerne leverer til leverandørerne, hvis denne godtgørelse, der specifikt er knyttet til innovative produkter og gælder i Frankrig, ligeledes er berørt af den første overtrædelse. I tabel 2, som Kommissionen udarbejdede for at give en skematisk oversigt over indicierne i forbindelse med den anden overtrædelse (jf. præmis 169, sidste led, ovenfor), adskilte den endvidere indicierne vedrørende »innovationsrabatter« fra indicierne vedrørende sortiment, udvikling af butikker, e-handelspolitik og salgspolitik, som alene er nævnt i den anfægtede afgørelse. Det kan desuden bemærkes, at kun 2 af de 13 udspurgte leverandører (bilag Q.6 og Q.7) har berettet om samtidige anmodninger om innovationsnedslag.

273 Det skal som følge heraf, selv under samlet hensyntagen til oplysningerne om Intermarché-mødet og »innovationsbonussen«, konkluderes, at Kommissionen ikke var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier til at begrunde en mistanke om, at den anden overtrædelse forelå, og til at begrunde den anfægtede afgørelses artikel 1, litra b), uden at det er nødvendigt at tage stilling til sagsøgernes argumenter om den nye kontrolundersøgelsesafgørelse, som bl.a. vedrører aspekter af den anden overtrædelse, og som blev meddelt sagsøgerne i forbindelse med den foreliggende sag (Kommissionens afgørelse C(2019) 3761 af 13.5.2019 om at pålægge Casino, Guichard-Perrachon SA og alle de selskaber, der direkte eller indirekte kontrolleres heraf, at underkaste sig en kontrolundersøgelse i medfør af artikel 20, stk. 1 og 4, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 (AT.40466 – Tute 1)).

274 Anbringendet om tilsidesættelse af retten til boligens ukrænkelighed skal derfor tages til følge for så vidt angår den anden overtrædelse.

275 Det følger af det ovenfor anførte, at den anfægtede afgørelse skal annulleres, for så vidt som den i artikel 1, litra b), pålægger sagsøgerne at underkaste sig en kontrolundersøgelse vedrørende deres eventuelle deltagelse i den anden lovovertrædelse, og at Kommissionen i øvrigt skal frikendes.

Sagsomkostninger

276 Ifølge procesreglementets artikel 134, stk. 3, bærer hver part sine egne omkostninger, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder på et eller flere punkter. Da den anfægtede afgørelse annulleres delvist, bør det bestemmes, at sagsøgerne og Kommissionen hver især bærer deres egne omkostninger. Rådet, der er interveneret til støtte for Kommissionen, bærer sine egne omkostninger i henhold til procesreglementets artikel 138, stk. 1.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Niende Udvidede Afdeling):

1) **Artikel 1, litra b), i Kommissionens afgørelse C(2017) 1054 final af 9. februar 2017 om at pålægge Casino, Guichard-Perrachon og alle de selskaber, der direkte eller indirekte kontrolleres heraf, at underkaste sig en kontrolundersøgelse i medfør af artikel 20, stk. 1 og 4, i Rådets forordning nr. 1/2003 (sag AT.40466 – Tute 1) annulleres.**

2) **I øvrigt frifindes Europa-Kommissionen.**

3) **Casino, Guichard-Perrachon og Achats Marchandises Casino SAS (AMC), Kommissionen og Rådet for Den Europæiske Union bærer hver deres egne omkostninger.**

Gervasoni Madise da Silva Passos

Kowalik-Bańczyk Mac Eochaidh

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 5. oktober 2020.

Underskrifter

Indhold

I. Retsforskrifter 2

II. Sagens baggrund 3

III. Retsforhandlingerne og parternes påstande 5

IV. Retlige bemærkninger 6

A. Det første anbringende om en ulovlighedsindsigelse mod artikel 20 i forordning nr. 1/2003 6

1. Formaliteten med hensyn til ulovlighedsindsigelsen 6

2. Realiteten med hensyn til ulovlighedsindsigelsen 10

a) Det første klagepunkt om tilsidesættelse af retten til effektive retsmidler 10

b) Det andet klagepunkt om tilsidesættelse af princippet om processuel ligestilling og af retten til forsvar 18

B. Det andet og det tredje anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten og om tilsidesættelse af retten til boligens ukrænkelighed 22

1. Tilsidesættelsen af begrundelsespligten 22

2. Tilsidesættelsen af retten til boligens ukrænkelighed 25

a) Overholdelsen af proportionalitetsprincippet 26

1) De undersøgte selskaber og lokaler 26

2) Kontrolundersøgelsens varighed 29

3) Datoen for kontrolundersøgelsen 31

b) Kommissionens besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier 31

1) Fastlæggelsen af de indicier, som Kommissionen var i besiddelse af 32

2) Vurderingen af, om de indicier, som Kommissionen var i besiddelse af, var tilstrækkeligt tungtvejende 35

i) Formen af de indicier, der lå til grund for den anfægtede afgørelse 36

ii) Ophavsmændene til de indicier, der lå til grund for den anfægtede afgørelse 40

iii) Indholdet af de indicier, der lå til grund for den anfægtede afgørelse 41

– Manglen på tilstrækkeligt tungtvejende indicier for mistanken om den første overtrædelse 43

– Manglen på tilstrækkeligt tungtvejende indicier for mistanken om den anden overtrædelse 46

Sagsomkostninger 51