



Samling af Afgørelser

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

G. PITRUZZELLA

fremSAT den 14. juli 2022¹

Sag C-682/20 P

**Les Mousquetaires,
ITM Entreprises SAS
mod**

Europa-Kommissionen

»Appel – konkurrence – karteller – administrativ procedure – Kommissionens afgørelse om en kontrolundersøgelse – ulovlighedsindsigelse mod artikel 20 i forordning (EF) nr. 1/2003 – angivelig mangel på effektive retsmidler til prøvelse af betingelserne for gennemførelse af kontrolundersøgelser – Kommissionens beslutning om beslaglæggelse og kopiering af de oplysninger, der er indeholdt i kommunikations- og lagringsværktøjer, som indeholder oplysninger om brugerne af disse værktøjers privatliv – afslag på appellanternes anmodning om tilbagelevering af de pågældende oplysninger – annullations søgsmål«

1. Les Mousquetaires SAS (herefter »LM«) og ITM Entreprises SAS (herefter »ITM« eller »Intermarché« og, sammen med LM, »appellanterne«) har med deres appel nedlagt påstand om delvis ophævelse af Rettens dom af 5. oktober 2020, Les Mousquetaires og ITM Entreprises mod Kommissionen (T-255/17, herefter den »appellerede dom«, EU:T:2020:460), hvormed Retten delvist frifandt Europa-Kommissionen i deres søgsmål anlagt i henhold til artikel 263 TEUF med påstand om annullation for det første og principalt af to afgørelser vedtaget af denne institution den 21. februar 2017², hvorved det blev pålagt LM og alle selskaber, der direkte eller indirekte kontrolleres af denne koncern, at underkaste sig en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 20, stk. 1 og 4, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003³, og subsidiært af to afgørelser vedtaget af Kommissionen den 9. februar 2017, hvorved det blev pålagt ITM og alle selskaber, der direkte eller indirekte kontrolleres af dette selskab, at underkaste sig en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 20, stk. 1 og 4, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003⁴, og for det andet af Kommissionens afgørelse, hvorved denne dels har beslaglagt og kopieret de oplysninger, der er indeholdt i kommunikations- og lagringsværktøjer, som indeholder oplysninger om brugerne af disse værktøjers privatliv, dels har afvist appellanternes anmodning om tilbagelevering af disse oplysninger.

¹ – Originalsprog: fransk.

² – Det drejer sig om Kommissionens afgørelse C(2017) 1361 final (sag AT.40466 – Tute 1, herefter »Tute 1-afgørelsen af 21. februar 2017«) og Kommissionens afgørelse C(2017) 1360 final (sag AT.40467 – Tute 2, herefter »Tute 2-afgørelsen af 21. februar 2017«).

³ – Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16.12.2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (EFT 2003, L 1, s. 1).

⁴ – Det drejer sig om Kommissionens afgørelse C(2017) 1057 final (sag AT.40466 – Tute 1, herefter »Tute 1-afgørelsen af 9. februar 2017«) og Kommissionens afgørelse C(2017) 1061 final (sag AT.40467 – Tute 2, herefter »Tute 2-afgørelsen af 9. februar 2017«).

I. Baggrunden for tvisten

2. Baggrunden for tvisten, der er fremstillet i den appellerede doms præmis 2-11, kan med henblik på nærværende sag sammenfattes som følger.

3. LM er holdingselskab i koncernen Les Mousquetaires, som driver virksomhed inden for sektoren for distribution af fødevarer og nonfoodvarer i Frankrig og Belgien. ITM er dets datterselskab.

4. Da Kommissionen havde modtaget information om udveksling af oplysninger mellem ITM og navnlig Casino, der også driver virksomhed inden for sektoren for distribution af fødevarer og nonfoodvarer, vedtog den Tute 1-afgørelsen af 9. februar 2017.

5. Afgørelsens konklusion lyder således:

»Artikel 1

[...] Intermarché [...] 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 AgeCore og/eller dennes medlemmer, herunder Intermarché, og ICDC [...] og/eller dennes medlemmer, navnlig Casino, om de rabatter, som de havde opnået på markederne for forsyning med dagligvarer i sektorerne for fødevarer, hygiejneprodukter og rengøringsmidler, og om priserne på markedet for salg af tjenesteydelser til varemærkeproducenter i sektorerne for fødevarer, hygiejneprodukter og rengøringsmidler i flere EU-medlemsstater, navnlig Frankrig, og
- b) udveksling i hvert fald siden 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 [...].

Intermarché 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 papirer 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 Intermarché [...] 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.«

6. Da Kommissionen ligeledes havde modtaget information om udveksling af oplysninger mellem navnlig Intermarché og andre virksomheder eller virksomhedssammenslutninger, vedtog den Tute 2-afgørelsen af 9. februar 2017. I afgørelsens artikel 1 redegøres der for Intermarchés eventuelle deltagelse i samordnet praksis bestående i »udveksling siden 2015 af oplysninger mellem virksomheder og/eller virksomhedssammenslutninger, navnlig AgeCore og/eller dennes medlemmer, Coopernic og/eller dennes medlemmer og Eurelec og/eller dennes medlemmer, om de rabatter, som de havde opnået på markederne for forsyning med dagligvarer i sektorerne for fødevarer, hygiejneprodukter og rengøringsmidler, og om priserne på markedet for salg af tjenesteydelser til varemærkeproducenter i sektorerne for fødevarer, hygiejneprodukter og rengøringsmidler i flere EU-medlemsstater, navnlig Frankrig, og Tyskland«. Nævnte afgørelses artikel 2 og 3 havde samme indhold som artikel 2 og 3 i Tute 1-afgørelsen af 9. februar 2017.

7. Efter at Kommissionen havde underrettet Autorité de la concurrence (den franske konkurrencemyndighed) om denne kontrolundersøgelse, rettede denne myndighed henvendelse til juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance d'Evry (retten i første instans i Evry, afdelingen for sager om frihedsberøvende foranstaltninger, Frankrig) med anmodning om tilladelse til at aflægge kontrolbesøg og foretage beslaglæggelser i appellanternes lokaler. Ved kendelse af 17. februar 2017 gav juge des libertés et de la détention (afdelingen 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 denne kendelse ikke forkyndt for appellanterne.

8. Kontrolundersøgelsen blev indledt den 20. februar 2017, hvor Kommissionens inspektører ledsaget af repræsentanter for den franske konkurrencemyndighed indfandt sig i Intermarchés lokaler.

9. Da der herskede tvivl om, hvorvidt en af de personer, der var omfattet af kontrolundersøgelsen, var ansat i ITM eller LM, vedtog Kommissionen Tute 1-afgørelsen og Tute 2-afgørelsen af 21. februar 2017 af de samme grunde som dem, der fremgår af Tute 1-afgørelsen og Tute 2-afgørelsen af 9. februar 2017, idet alene betegnelsen for den primære adressat for kontrolundersøgelsen (ITM i stedet for LM) var blevet ændret⁵.

⁵ – I forhold til Tute 1-afgørelserne af 9.2.2017 og af 21.2.2017 på den ene side og Tute 2-afgørelserne af 9.2.2017 og 21.2.2017 på den anden side er kun navnet på den primære adressat for kontrolundersøgelsen blevet ændret, idet der i det ene tilfælde var tale om LM, mens der i det andet tilfælde var tale om ITM.

10. Som led i kontrolundersøgelsen gennemførte Kommissionen bl.a. besøg på kontorerne, indsamlede navnlig elektronisk materiale (bærbare computere, mobiltelefoner, tablets og lagringsmedier), afhørte en række personer og kopierede det indsamlede materiales indhold.

11. Appellanterne sendte Kommissionen flere e-mails dateret den 24. februar 2017, i hvilke de gav udtryk for forbehold med hensyn til kontrolundersøgelsesafgørelserne og afviklingen af de kontrolundersøgelser, der blev gennemført på grundlag af disse, idet de navnlig anfægtede kopieringen af dokumenter om de ansattes privatliv. Disse forbehold blev suppleret med en e-mail stilet til Kommissionen den 13. april 2017, hvormed den navnlig blev anmodet om at tilbagelevere de kopierede dokumenter.

II. Sagen for Retten og den anfægtede dom

12. Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 28. april 2017 anlagde appellanterne sag til prøvelse af Tute 1-afgørelsen og Tute 2-afgørelsen af 21. februar 2017, og efter behov af Tute 1-afgørelsen og Tute 2-afgørelsen af 9. februar 2017. Appellanterne fremsatte i det væsentlige fem anbringender til støtte for søgsmålet. Det første anbringende vedrørte en ulovlighedsindsigelse mod artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, hvormed det blev gjort gældende, at de tilgængelige retsmidler til prøvelse af betingelserne for afvikling af kontrolundersøgelserne var utilstrækkelige, det andet vedrørte den omstændighed, at de anfægtede afgørelser ikke var blevet forkyndt som foreskrevet, det tredje vedrørte fratagelsen af deres ret til et forsvar mod kontrolundersøgelsen, det fjerde vedrørte tilsidesættelse af begrundelsespligten, og det femte vedrørte tilsidesættelsen af retten til boligens ukrænkelighed.

13. Ved afgørelse af 22. september 2017 truffet af præsidenten for Rettens Niende Afdeling fik Rådet for Den Europæiske Union tilladelse til at intervenere i sagen for Retten til støtte for Kommissionen.

14. I forbindelse med foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse i henhold til artikel 89 i Rettens procesreglement opfordrede Retten Kommissionen til at fremlægge en ikke-fortrolig udgave af indicier for de formodede overtrædelser, som den var i besiddelse af på datoen for de anfægtede afgørelser, og appellanterne blev anmodet om at tage stilling til de fremlagte indicier. Som svar på denne opfordring fremlagde Kommissionen navnlig referater af interview afholdt i 2016 og 2017 med de 13 leverandører af dagligvarer, der var omfattet af kontrolundersøgelsen, og som regelmæssigt indgik aftaler med Casino og ITM (herefter »referater af interview«).

15. Med den appellerede dom annullerede Retten dels, efter at have konstateret, at Kommissionen ikke var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier for, at der forelå en overtrædelse bestående i udvekslinger af oplysninger mellem Casino og ITM vedrørende deres fremtidige forretningsstrategier, artikel 1, litra b), i Tute 1-afgørelsen af 9. februar 2017 og artikel 1, litra b), i Tute 1-afgørelsen af 21. februar 2017⁶. Dels frifandt Retten i øvrigt Kommissionen, idet den fastslog, at de foreliggende retsmidler, både i forhold til lovligheden og i forhold til afviklingen af kontrolundersøgelsen, var effektive, og idet den konstaterede, at Kommissionen i tilstrækkeligt omfang havde begrundet og gyldigt kunnet beordre kontrolundersøgelser vedrørende appellanternes eventuelle deltagelse i den i artikel 1, litra a), i Tute 2-afgørelserne af 9. og 21. februar 2017 omhandlede samordnede praksis⁷.

⁶ – Domskonklusionens punkt 1.

⁷ – Domskonklusionens punkt 2.

III. Parternes påstande

16. Appellanterne har ved deres appel nedlagt påstand om, at domskonklusionens punkt 2 ophæves, at deres påstande i første instans tages til følge, at Tute 1-afgørelserne af 9. og 21. februar 2017 (herefter samlet »de omtvistede afgørelser«) annulleres, og at Kommissionen tilpligtes at betale alle sagsomkostningerne, herunder sagsomkostningerne i forbindelse med sagen for Retten.

17. Kommissionen har nedlagt påstand om, at appellen forkastes, og at appellanterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

18. Rådet har nedlagt påstand om, at det første appelanbringende forkastes, og at appellanterne tilpligtes at betale sagsomkostningerne.

IV. Appellen

19. Appellanterne har fremsat fem anbringender til støtte for appellen. Det første anbringende vedrører retlige fejl og en begrundelsesmangel fra Rettens side i forbindelse med vurderingen af retsmidlernes effektivitet ved afviklingen af kontrolundersøgelserne. Det andet anbringende vedrører en tilsidesættelse af artikel 6 og 8 i den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grundlæggende frihedsrettigheder (herefter »EMRK«), undertegnet i Rom den 4. november 1950, artikel 296 TEUF og artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, for så vidt som Retten tilsidesatte begrundelsespligten og pligten til at afgrænse kontrolundersøgelserne. Det tredje anbringende vedrører en retlig fejl og en tilsidesættelse af forordning nr. 1/2003, for så vidt som Retten fandt, at den proceduremæssige fase »før vedtagelsen af foranstaltninger, som medfører, at ophavsmanden foreholdes at have begået en overtrædelse«, ikke er reguleret af forordningen. Det fjerde anbringende vedrører en tilsidesættelse af EMRK's artikel 6 og 8 samt artikel 19 i forordning nr. 1/2003, for så vidt som Retten fandt, at beviser, som var behæftet med væsentlige, formelle uregelmæssigheder, udgjorde »tilstrækkeligt tungtvejende indicier«. Det femte anbringende vedrører en begrundelsesmangel som følge af en manglende efterprøvelse af de nævnte indiciers beviskraft og en fejl i forbindelse med kvalificeringen som »indicium«.

A. *Det første appelanbringende*

20. Appellanterne har med deres første anbringende hovedsageligt bestridt den appellerede doms præmis 83-112, hvori Retten prøvede og forkastede deres ulovlighedsindsigelse mod artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003. I forbindelse med denne ulovlighedsindsigelse anfægtede appellanterne fraværet i artikel 20 i forordning nr. 1/2003 af bestemmelser, der tillægger foranstaltningerne vedrørende afvikling af en kontrolundersøgelse karakter af en retsakt, der er anfægtelig i henhold til traktaten, og kræver, at et sådant muligt retsmiddel skulle fremgå af kontrolundersøgelsesafgørelsen, ligesom det retsmiddel, der i henhold til artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 består i anlæggelse af sag ved Unionens retsinstanser til prøvelse af selve kontrolundersøgelsesafgørelsen⁸.

⁸ – Jf. den appellerede doms præmis 74.

1. Den appellerede dom

21. Efter i den appellerede doms præmis 58-75 at have forkastet Kommissionens og Rådets afvisningsgrunde i forbindelse med den af appellanterne fremførte ulovlighedsindsigelse, indledte Retten en undersøgelse af, om denne indsigelse var velbegrundet. I den appellerede doms præmis 82 henviste den først og fremmest til Den Europæiske Menneskerettighedsdomstols (herefter »Menneskerettighedsdomstolen«) domme, der er blevet afsagt i henhold til EMRK's artikel 6 og 13 i forbindelse med husundersøgelser, og nævnte de fire betingelser for, at der findes en ret til effektive retsmidler, der kan udledes af disse domme, nemlig »effektivitetskravet«, »kravet om virkningsfuldhed«, »sikkerhedskravet« og »kravet om en rimelig frist«. Retten præciserede i den appellerede doms præmis 83, at udtalelsen i nævnte domme om, at afviklingen af en kontrolundersøgelse skal kunne gøres til genstand for en effektiv domstolsprøvelse under de særlige omstændigheder i sagen, indebærer en hensyntagen til alle de retsmidler, der står til rådighed for en virksomhed, der er genstand for en kontrolundersøgelse, og en samlet analyse af disse retsmidler. Inden den gik over til en sådan prøvelse, præciserede Retten, at det »er uden betydning, at ingen af de undersøgte retsmidler hver for sig opfylder de fire krav, der er opstillet i Menneskerettighedsdomstolens retspraksis«⁹.

22. Dernæst påviste Retten *seks* retsmidler, der gør det muligt at anfægte en kontrolundersøgelse for en domstol, nemlig anfægtelse af kontrolundersøgelsesafgørelsen, anfægtelse af en afgørelse truffet af Kommissionen om pålæggelse af sanktioner for hindring af kontrolundersøgelsen på grundlag af artikel 23, stk. 1, litra c)-e), i forordning nr. 1/2003, 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«, baseret på dom af 17. september 2007, Akzo Nobel Chemicals og Akcros Chemicals mod Kommissionen¹⁰ (herefter »Akzo-dommen«), anfægtelse af den endelige afgørelse om afslutning af en procedure, der er indledt i henhold til artikel 101 TEUF, anvendelse af foreløbige forholdsregler og endelig søgsmål om erstatning uden for kontraktforhold.

23. Retten vurderede i den appellerede doms præmis 90-98 det omfang, i hvilket hvert af disse retsmidler gjorde det muligt at kritisere de betingelser, under hvilke en kontrolundersøgelse er blevet afviklet, og at genoprette de eventuelle uregelmæssigheder, som Kommissionen havde begået under kontrolundersøgelsen.

24. Efter afslutningen af denne vurdering redegjorde Retten i den appellerede doms præmis 99-110 for grundene til, at den fandt, at kontrolsystemet i forbindelse med afviklingen af kontrolbesøg bestående af alle disse retsmidler opfyldte de fire krav, der er nævnt i punkt 21 i dette forslag til afgørelse. I denne forbindelse præciserede den navnlig i nævnte doms præmis 101 vedrørende effektivitetskravet, at selv om de nævnte retsmidler hver for sig ikke gjorde det muligt at gennemføre en kontrol af, om alle de foranstaltninger, der træffes i forbindelse med en kontrolundersøgelse, er velbegrundede, muliggør en samlet anvendelse af dem en sådan kontrol.

25. Retten forkastede derfor i den appellerede doms præmis 111 ulovlighedsindsigelsen mod artikel 20 i forordning nr. 1/2003 om tilsidesættelse af retten til en effektiv domstolsprøvelse, som ugrundet.

⁹ – Jf. den appellerede doms præmis 87.

¹⁰ – T-125/03 og T-253/03 (EU:T:2007:287, præmis 46, 48 og 49 og den deri nævnte retspraksis).

2. Sammenfatning af parternes argumenter

26. Efter at have anført, at artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 giver Kommissionen vide undersøgelsesbeføjelser, der i alvorlig grad krænker virksomhedernes og privatpersoners rettigheder, der er fastsat i EMRK's artikel 8 og i artikel 7 i Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«), har appellanterne påpeget, at Menneskerettighedsdomstolen i sin dom af 2. oktober 2014, *Delta Perkarny mod Den Tjekkiske Republik*¹¹ (herefter »Delta Perkarny-dommen«), fastslog, at et sådant indgrebs overensstemmelse med EMRK bl.a. kræver en effektiv domstolsprøvelse, der gør det muligt såvel retligt som faktisk at bestride ikke blot tilladelsens lovlighed, men også betingelserne for afvikling af en kontrolundersøgelse, som virksomheden har pligt til at lade sig underkaste.

27. Appellanterne har for det første gjort gældende, at i modsætning til, hvad Retten har anført, navnlig i den appellerede doms præmis 83 og 87, fremgår det ikke af Menneskerettighedsdomstolens domme, at effektiviteten af domstolsprøvelsen af en kontrolundersøgelses lovlighed og afvikling skal vurderes på grundlag af en »samlet vurdering« af de potentielle retsmidler, og endnu mindre på grundlag af en sammenlignende analyse. Ved at foretage en samlet undersøgelse af de mulige retsmidler med henblik på at bestride lovligheden og afviklingen af kontrolundersøgelser og ved at hævde, at ulemperne i forbindelse med et retsmiddel udlignes af fordelene i forbindelse med et andet, var Retten angiveligt nået frem til en fejlagtig konklusion i den appellerede doms præmis 83 og 99-111.

28. Ifølge appellanterne ville en separat undersøgelse gennemført under hensyntagen til de særlige omstændigheder i sagen have foranlediget Retten til indledningsvis at se bort fra tre af de retsmidler, som den anså for effektive, nemlig anfægtelse af realitetsafgørelsen, der ikke er sikker, ikke vedtages inden for en rimelig frist og ikke gør det muligt at foretage en passende genopretning, anfægtelse af kontrolundersøgelsesafgørelsens lovlighed, idet den ikke kan omhandle betingelserne for afvikling af kontrolundersøgelsen, således som det fremgik af Rettens afvisning og forkastelse af de af appellanterne fremsatte anbringender som uvirksomme, og søgsmålet om erstatning uden for kontraktforhold, for så vidt som det blot vedrører erstatning.

29. Alle de øvrige retsmidler, dvs. søgsmål til prøvelse af anmodninger om beskyttelse af kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter, de i Rettens dom nævnte foreløbige forholdsregler i forbindelse med beskyttelse af private oplysninger, eller anfægtelse af afgørelsen om hindring af kontrolundersøgelsen, er kun delvise og gør det ikke muligt at foretage en retlig og faktisk kontrol af, at alle kravene til afvikling af kontrolundersøgelsen opfylder EMRK's artikel 8. Akkumuleringen af delvise retsmidler, der ikke gør det muligt at konstatere in concreto, om der foreligger et retsmiddel, der opfylder effektivitetskravet, kravet om virkningsfuldhed, sikkerhedskravet og kravet om en rimelig frist i tilknytning til alle de problematikker omkring afvikling af kontrolundersøgelsen, der vil kunne opstå, opfylder lige så lidt kravene i EMRK's artikel 8 som fraværet af et retsmiddel.

30. For det andet har appellanterne gjort gældende, at Retten med hensyn til de i det foregående punkt i dette forslag til afgørelse nævnte retsmidler har pålagt den retsundergivne byrden i forbindelse med at skabe betingelserne for, at de kan anerkendes. Både sagen om foreløbige forholdsregler og søgsmålet ex post om beskyttelse af oplysninger og søgsmålet baseret på retspraksis i *Akzo-dommen* om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter forudsætter, at det lykkes virksomheden ved at unddrage sig den igangværende

¹¹ – CE:ECHR:2014:1002JUD000009711.

kontrolundersøgelse at fremprovokere en udtrykkelig eller implicit afgørelse om afslag fra Kommissionen. Disse retsmidler er ligeledes baseret på Kommissionens accept af at forsegle oplysningerne, indtil Rettens afgørelse foreligger. Hvad angår søgsmålet om hindring af kontrolundersøgelsen forudsætter det, at virksomheden gør sig skyldig i en hindring, der er så alvorlig, at den bliver pålagt en sanktion.

31. Kommissionen og Rådet har bestridt samtlige disse argumenter.

3. *Bedømmelse*

32. Inden jeg går videre til en successiv behandling af de to klagepunkter, der udgør det første appelanbringende, skal det anføres, at appellanterne i overskriften til det første appelanbringende også har gjort en tilsidesættelse af begrundelsespligten gældende i forbindelse med Rettens vurdering af effektiviteten af retsmidlerne vedrørende afvikling af kontrolundersøgelserne. De har imidlertid kun videreudviklet dette klagepunkt i deres replik, idet de i det væsentlige har henvist til de argumenter, der er blevet redegjort for i punkt 27-29 i dette forslag til afgørelse.

33. Uden at det er nødvendigt at berøre spørgsmålet, om nævnte klagepunkt, kan antages til realitetsbehandling, hvilket Rådet har bestridt, eller spørgsmålet, om det eventuelt kan tages op af egen drift¹², må det blot konstateres, at grundene til, at Retten fandt, at appellanternes argumenter, hvormed de opfordrede den til at konstatere, at der ikke findes et effektivt retsmiddel i forbindelse med afviklingen af kontrolundersøgelserne, skulle forkastes, fremgår klart og utvetydigt af den appellerede doms præmis 78-112, således at nævnte dom på dette punkt efter min opfattelse uden nogen tvivl opfylder begrundelseskravene, således som Domstolen har præciseret dem¹³.

a) Det første klagepunkt

34. Med det første anbringendes første klagepunkt har appellanterne i det væsentlige bestridt Rettens fremgangsmåde, der består i at bedømme alle de retsmidler, der står til rådighed for virksomhederne, med det formål at anfægte lovligheden af afviklingen af en kontrolundersøgelse med henblik på at efterprøve, om de samlet set opfylder kravene i chartrets artikel 47.

35. For det første er denne fremgangsmåde ifølge appellanterne ikke i overensstemmelse med Menneskerettighedsdomstolens retspraksis.

36. I denne forbindelse skal det indledningsvis påpeges, at det fremgår af 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. I forklaringerne til chartret¹⁴ præciseres det vedrørende denne artikel, at betydningen og omfanget af de rettigheder, der sikres ved EMRK, ikke kun fastsættes af teksten i EMRK og protokollerne hertil, men også af retspraksis ved Den Europæiske Menneskerettighedsdomstol. Det fremgår desuden af disse forklaringer, at chartrets artikel 47 svarer til EMRK's artikel 6, stk. 1, og artikel 13.

¹² – Jf. vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt tilsidesættelse af begrundelsespligten kan tages op af egen drift, dom af 28.1.2016, *Quimitécnica.com og de Mello mod Kommissionen* (C-415/14 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2016:58, præmis 57).

¹³ – Jf. dom af 25.3.2021, *Deutsche Telekom mod Kommissionen* (C-152/19 P, EU:C:2021:238, præmis 98 og den deri nævnte retspraksis).

¹⁴ – EUT 2007, C 303, s. 17.

37. EMRK's artikel 6, stk. 1, fastsætter bl.a. retten til adgang til en domstol. Denne adgang skal være »konkret og effektiv«¹⁵, dvs. at den skal give enhver »en klar og konkret mulighed for at bestride en retsakt, der udgør et indgreb i dennes rettigheder«¹⁶, eller en klar og konkret mulighed for at kræve erstatning¹⁷. EMRK's artikel 13¹⁸ forpligter de stater, der er parter i denne konvention, til at sikre adgang til effektiv oprejsning, hvorved de retsundergivne kan forhindre forekomsten eller videreførelsen af en hævdet krænkelse af deres rettigheder i henhold til EMRK, eller opnå en passende erstatning for en krænkelse, der allerede er sket¹⁹.

38. Menneskerettighedsdomstolen har med hensyn til opdelingen mellem disse to bestemmelser præciseret, at EMRK's artikel 6, stk. 1, når den finder anvendelse »udgør en *lex specialis* i forhold til artikel 13«, og at »kravene heri, der omfatter hele rækken af garantier i tilknytning retssager, er strengere end kravene i artikel 13, der tilsidesættes af dem«²⁰.

39. I forbindelse med husundersøgelser, der udføres af konkurrencemyndighederne, har Menneskerettighedsdomstolen prøvet spørgsmålet om, hvorvidt der findes et effektivt retsmiddel, på baggrund af EMRK's artikel 6, stk. 1, og artikel 8. Når stævningen også var baseret på EMRK's artikel 13, fastslog Menneskerettighedsdomstolen, at kun EMRK's artikel 6, stk. 1, fandt anvendelse²¹, eller den behandlede ikke dette klagepunkt, idet den fandt, at en sådan behandling var overflødig²².

40. Efter denne præcisering skal det anføres, at den fremgangsmåde, som Retten fulgte i bl.a. den appellerede doms præmis 83 og 87, og som bestod i at foretage en samlet bedømmelse af de retsmidler, der står til rådighed for de virksomheder, der er genstand for Kommissionens kontrolundersøgelser i henhold til artikel 20 i forordning nr. 1/2003, med henblik på at anfægte lovligheden af afviklingen af disse kontrolundersøgelser, også indeholdt en henvisning til Menneskerettighedsdomstolens retspraksis om EMRK's artikel 13. Menneskerettighedsdomstolen præciserede således, at den beskyttelse, som denne artikel yder,

¹⁵ – Jf. Menneskerettighedsdomstolen, 5.4.2018, Zubac mod Kroatien (CE:ECHR:2018:0405JUD004016012, præmis 76-79).

¹⁶ – Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolen, 4.12.1995, Bellet mod Frankrig (CE:ECHR:1995:1204JUD002380594, præmis 38), og af 20.10.2020, Camelia Bogdan mod Rumænien (CE:ECHR:2020:1020JUD003688918, præmis 75-77).

¹⁷ – Menneskerettighedsdomstolen, 26.10.2011, Georgel og Georgeta Stoicescu mod Rumænien (CE:ECHR:2011:0726JUD000971803, præmis 72-76).

¹⁸ – I Menneskerettighedsdomstolens dom af 14.1.2020, X. mod Rusland (CE:ECHR:2020:0114JUD007804216, præmis 50).

¹⁹ – Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolen, 30.10.1991, Vilvarajah m.fl. mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:1991:1030JUD001316387, præmis 122), 15.11.1996, Chahal mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:1996:1115JUD002241493, præmis 145), 27.9.1999, Smith og Grady mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:1999:0927JUD003398596, præmis 135), og 25.6.2019, Nicolae Virgiliu Tănase mod Rumænien (CE:ECHR:2019:0625JUD004172013, præmis 217).

²⁰ – Jf. i denne retning Menneskerettighedsdomstolen, 20.11.2008, société IFB mod Frankrig (CE:ECHR:2008:1120JUD000205804, præmis 22), 21.2.2008, Ravon m.fl. mod Frankrig (CE:ECHR:2008:0221JUD001849703, præmis 27), og 21.12.2010, Primagaz mod Frankrig (CE:ECHR:2010:1221JUD002961308, præmis 23).

²¹ – Menneskerettighedsdomstolen, 21.12.2010, Primagaz mod Frankrig (CE:ECHR:2010:1221JUD002961308, præmis 23).

²² – Jf. f.eks. Menneskerettighedsdomstolen, 21.12.2010, Canal Plus m.fl. mod Frankrig (CE:ECHR:2010:1221JUD002940808, herefter »Canal Plus-dommen«), og Delta Pekarny-dommen, præmis 103. Hvad angår husundersøgelser på andre områder end konkurrenceretten har Menneskerettighedsdomstolen imidlertid også undersøgt spørgsmålet om, hvorvidt der findes et effektivt retsmiddel, i lyset af EMRK's artikel 13, jf. f.eks. Menneskerettighedsdomstolens dom af 19.1.2017, Posevini mod Bulgarien (CE:ECHR:2017:0119JUD006363814, præmis 84, herefter »Posevini-dommen«), hvori Menneskerettighedsdomstolen undersøgte klagepunktet om tilsidesættelse af EMRK's artikel 8 og 13 samlet og fandt det ufornødent at undersøge det tredje anførte retsgrundlag, nemlig EMRK's artikel 6, stk. 1.

ikke går så langt som til at kræve en bestemt form for retsmiddel²³, og at »de retsmidler, der tilbydes efter national ret, samlet set kan opfylde kravene i [EMRK's] artikel 13, selv om ingen af dem gør det fuldt ud isoleret set«²⁴.

41. Selv om Menneskerettighedsdomstolen ikke udtrykkeligt har tilsluttet sig en sådan tilgang i forbindelse med EMRK's artikel 6, stk. 1, og artikel 8, synes den dog, i modsætning til, hvad appellerne har gjort gældende, ikke at være uforenelig med den retspraksis vedrørende husundersøgelser, som appellerne har gjort gældende.

42. I denne henseende skal det indledningsvis påpeges, at Menneskerettighedsdomstolen siden dommen af 21. februar 2008, Ravon m.fl. mod Frankrig²⁵ (herefter »Ravon-dommen«), har fastslået, at de virksomheder, der er berørt af husundersøgelser, skal kunne opnå en domstolsprøvelse, såvel i forhold til de retlige som de faktiske aspekter, af lovligheden af den kontrolundersøgelserafgørelse, der foreskriver undersøgelsen, og i givet fald af foranstaltninger, der er truffet på grundlag af denne²⁶.

43. Som Kommissionen med føje har gjort gældende, har Menneskerettighedsdomstolen i denne dom såvel som i de øvrige domme, som appellerne har gjort gældende, imidlertid efter at have anført, at den manglende forhåndskontrol af kontrolforanstaltningen kan udliges af den efterfølgende domstolsprøvelse af denne foranstaltning og afviklingen af den, der er retligt såvel som faktisk effektiv, præciseret, at »når en handling, der anses for ulovlig, allerede er blevet gennemført, skal det eller de tilgængelige retsmiddel/retsmidler gøre det muligt at give den berørte person en passende genopretning«²⁷, og forkastede således tanken om, at et samlet retsmiddel er en nødvendig forudsætning for, at domstolsbeskyttelsen mod sådanne foranstaltninger kan være effektiv.

44. I samme dom vurderede Menneskerettighedsdomstolen i henhold til en kasuistisk tilgang og uden at fokusere på spørgsmålet, om der i den undersøgte nationale ret fandtes en selvstændigt retsmiddel for prøvelse af den anfægtede foranstaltning, der opfylder kravene i EMRK's artikel 6, stk. 1, eller EMRK's artikel 8, om de forskellige retsmidler, der står til rådighed for de berørte parter, giver dem en ret til en effektiv domstolsprøvelse og en passende genopretning i forhold til de klagepunkter, de havde fremsat²⁸.

45. De af appellerne fremførte argumenter kan efter min opfattelse ikke så tvivl om den konklusion, som jeg er nået frem til i punkt 41 i dette forslag til afgørelse.

²³ – Menneskerettighedsdomstolen, 20.3.2008, Boudaïeva m.fl. mod Rusland (CE:ECHR:2008:0320JUD001533902, præmis 190).

²⁴ – Jf. Menneskerettighedsdomstolen, 24.10.1983, Silver m.fl. mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:1983:1024JUD000594772, præmis 113), afsagt i forbindelse med en samlet anvendelse af EMRK's artikel 8 og 13, 26.3.1987, Leander mod Sverige (CE:ECHR:1987:0326JUD000924881, præmis 77 og 84), 15.11.1996, Chahal mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:1996:1115JUD002241493, præmis 145), 26.10.2000, Kudła mod Polen (CE:ECHR:2000:1026JUD003021096, præmis 157), 13.12.2012, De Souza Ribeiro mod Frankrig (CE:ECHR:2012:1213JUD002268907, præmis 79 og 80), og 10.7.2020, Mugemangango mod Belgien (CE:ECHR:2020:0710JUD000031015, præmis 131).

²⁵ – CE:ECHR:2008:0221JUD001849703.

²⁶ – Jf. Ravon-dommen, præmis 28-35, samt Menneskerettighedsdomstolen, 18.9.2008, Kandler m.fl. mod Frankrig (CE:ECHR:2008:0918JUD001865905 præmis 26), 20.11.2008, société IFB mod Frankrig (CE:ECHR:2008:1120JUD000205804, præmis 26), og 16.10.2008, Maschino mod Frankrig (CE:ECHR:2008:1016JUD001044703, præmis 22).

²⁷ – Jf. Ravon-dommen, præmis 87 og den deri nævnte retspraksis (min fremhævelse).

²⁸ – Jf. f.eks. i forbindelse med analysen af EMRK's artikel 8 Delta Pekarny-dommen, præmis 89-91, og Canal Plus-dommen, præmis 37-43. Jf. vedrørende den samme tilgang, skønt i en anden sammenhæng (ransagninger af en fysisk persons private hjem og erhvervsadresse), Posevini-dommen, præmis 84-86.

46. For det første skal anføres, at selv om appellanterne med føje har fremhævet, at det fremgår af Canal Plus-dommen, at effektivitetskravet skal vurderes for hver af de to typer kontrol, der kræves i Ravon-dommen, der er nævnt i punkt 42 i dette forslag til afgørelse, og at fraværet af den ene af dem ikke kan udlignes af den garanti, som den anden indebærer²⁹, fandt Retten i den appellerede dom imidlertid ikke, i modsætning til, hvad appellanterne har anført, at eksistensen af et retsmiddel til prøvelse af kontrolundersøgelsesafgørelsen i sig selv ville kunne kompensere for den angivelige manglende domstolskontrol af afviklingen af kontrolundersøgelsen.

47. Det fremgår således klart af den appellerede doms præmis 90-98, at Retten har undersøgt, i hvilket omfang de forskellige retsmidler, der står til rådighed for appellanterne, herunder søgsmålet til prøvelse af kontrolundersøgelsesafgørelsen, gjorde det muligt at fremsætte *klagepunkter vedrørende lovligheden af afviklingen af disse handlinger* og dermed, i hvilket omfang systemet, til trods for, at der ikke fandtes et enkelt retsmiddel, alligevel indebar den samme mulighed for en effektiv domstolskontrol af nævnte handlinger, der opfyldte de krav, der er opstillet i Menneskerettighedsdomstolens retspraksis. I denne henseende adskiller den tilgang, som Retten har fulgt i den appellerede dom, sig klart fra den defensive teori, som den franske regering har støttet, og som Menneskerettighedsdomstolen forkastede i Canal Plus-dommen³⁰.

48. Hvad for det andet angår Delta Pekarny-dommens præmis 87, som appellanterne ligeledes har henvist til, kan det ikke udledes af argumentet i denne præmis om, at effektiviteten af en domstolskontrol – uanset om der er tale om en efterfølgende kontrol af lovligheden og nødvendigheden af en ransagningsforanstaltning, som i den tvist, der gav anledning til denne dom, eller om kontrollen af gennemførelsesretsakterne til en sådan foranstaltning – skal vurderes »under de særlige omstændigheder i den konkrete sag«, at denne vurdering ikke kan gennemføres under hensyntagen til alle de retsmidler, der står til de berørte virksomheders rådighed.

49. Et sådant argument tjener således blot til at præcisere, at effektiviteten af et retsmiddel skal vurderes *in concreto*³¹, idet Menneskerettighedsdomstolen gentagne gange har fastslået, at den ikke har til opgave at foretage en abstrakt kontrol af den relevante nationale lovgivning og praksis, men blot skal behandle de spørgsmål, der er rejst i den konkrete sag, der er indbragt for den³², og navnlig kun tage hensyn til de klager, der vil kunne være af interesse for sagsøgeren³³. Delta Pekarny-dommens præmis 87 taler således snarere til fordel for en tilgang svarende til den, Retten har anvendt, og som tager sigte på samtlige de tilgængelige retsmidler, som Retten i øvrigt selv har anført i den appellerede doms præmis 83. Som allerede nævnt i punkt 44 i dette forslag til afgørelse, har Menneskerettighedsdomstolen netop anvendt en sådan tilgang i alle de sager, som appellanterne har anført³⁴.

50. For det tredje og i modsætning til, hvad appellanterne har gjort gældende, foretog Retten en separat undersøgelse af de seks retsmidler, som den havde identificeret, idet den præciserede såvel de klagepunkter om lovligheden af afviklingen af kontrolundersøgelsen, som de berørte

²⁹ – Jf. Canal Plus-dommen, præmis 42.

³⁰ – Jf. Canal Plus-dommen, præmis 34.

³¹ – Jf. i denne retning Ravon-dommen, præmis 29.

³² – Jf. vedrørende EMRK's artikel 13, Menneskerettighedsdomstolen, 16.2.2000, Amann mod Schweiz (CE:ECHR:2000:0216JUD002779895, præmis 88), og 28.1.2003, Peck mod Det Forenede Kongerige (CE:ECHR:2003:0128JUD004464798, præmis 102).

³³ – Jf. i denne retning f.eks. Delta Pekarny-dommen, præmis 89, og Posevini-dommen, præmis 84.

³⁴ – Jf. Ravon-dommen, præmis 30-33, Delta Pekarny-dommen, præmis 89-91, og Canal Plus-dommen præmis 38-43.

virksomheder ville kunne fremsætte, som den genopretning for eventuelle uregelmæssigheder, der er blevet begået i forbindelse med disse handlinger, som de kan søge at opnå ved at anvende hvert enkelt af disse retsmidler.

51. Rettens prøvelse afsluttes ganske vist med en samlet vurdering af systemet for kontrol med afviklingen af kontrolundersøgelser bestående af alle de nævnte retsmidler, som ikke nødvendigvis har den samme konkrete karakter som i Menneskerettighedsdomstolens domme. Det skal imidlertid fremhæves, at Retten i den appellerede dom var foranlediget til at tage stilling til ulovlighedsindsigelsen mod artikel 20 i forordning nr. 1/2003, rejst i medfør af artikel 277 TEUF, hvilket kræver en generel vurdering af dette system, der går videre end til »de særlige omstændigheder i den konkrete sag«.

52. Appellanterne har i forbindelse med det første appelanbringendes første klagepunkt for det andet anført, at Retten med henblik på at følge Menneskerettighedsdomstolens retspraksis allerede fra starten burde have udelukket de tre retsmidler fra sin bedømmelse, hvilke retsmidler bestod i et søgsmål om materiel prøvelse af afgørelsen om, at der foreligger en tilsidesættelse af konkurrencereglerne, et søgsmål til prøvelse af kontrolundersøgelsesafgørelsen og et søgsmål om erstatning uden for kontraktforhold.

53. I denne henseende skal det indledningsvis anføres, at ingen af de retsmidler, der står til rådighed for virksomheder, der er underlagt en kontrolundersøgelsesforanstaltning, henset til den tilgang, som Retten har anvendt – som efter min opfattelse er i overensstemmelse med Menneskerettighedsdomstolens retspraksis – rent logisk burde forkastes, eftersom de gør det muligt for disse virksomheder at indbringe et eller flere klagepunkter om uregelmæssigheder under afviklingen af kontrolundersøgelsen for Unionens retsinstanser. Når det er sagt, har jeg følgende bemærkninger til de tre retsmidler, hvis relevans appellanterne har bestridt.

54. Hvad angår for det første søgsmålet om materiel prøvelse af afgørelsen om, at der foreligger en tilsidesættelse af konkurrencereglerne, er det ganske vist korrekt, som appellanterne har fremhævet, at Menneskerettighedsdomstolen i Canal Plus-dommen fandt, dels at adgangen til dette retsmiddel er usikker, som følge af det forudgående krav om såvel en materiel afgørelse som et søgsmål til prøvelse heraf, dels at det ikke medfører en passende genopretning på grund af den manglende sikkerhed for en domstolsprøvelse inden for en rimelig frist³⁵.

55. Disse konstateringer er imidlertid ikke tilstrækkelige til at konkludere, at Retten burde have udelukket et sådant retsmiddel fra sin bedømmelse.

56. Det skal således først og fremmest anføres, at Menneskerettighedsdomstolen i den sag, der gav anledning til Canal Plus-dommen, undersøgte, hvorvidt et søgsmål om materiel prøvelse af en afgørelse truffet af en national konkurrencemyndighed kunne udgøre et effektivt retsmiddel til ex post-prøvelse af lovligheden af en kontrolundersøgelsesafgørelse og ikke, som i den foreliggende sag, af lovligheden af en eller flere foranstaltninger vedtaget til gennemførelse af denne afgørelse. Tilgængeligheden af et straks-retsmiddel til prøvelse af den foranstaltning, hvormed kontrollen anordnes, med mulighed for at anmode om udsættelse, er imidlertid af afgørende betydning med henblik på at undgå konsekvenserne af et ulovligt indgreb i retten til boligens ukrænkelighed, der er fastsat i EMRK's artikel 8, eller i givet fald på at undgå selve indgrebet.

³⁵ – Jf. Canal Plus-dommen, præmis 40.

57. Dernæst skal det påpeges, at Menneskerettighedsdomstolen i forbindelse med den mere beskyttede husundersøgelse af fysiske personers private hjem³⁶ har tiltrådt, at under visse omstændigheder giver kontrollen af en foranstaltning, der er i modstrid med EMRK's artikel 8, som foretages ex post af de strafferetlige domstole – og dermed på betingelser med usikkerhed og manglende umiddelbarhed, der er sammenlignelige med dem, der kendetegner en undersøgelse af en overtrædelse af konkurrenceretten – den berørte person en passende genopretning, eftersom retten foretager en effektiv kontrol af lovligheden og nødvendigheden af den anfægtede foranstaltning og i givet fald udelukker de indsamlede beviser fra straffesagen³⁷.

58. Når det er sagt, skal det under alle omstændigheder påpeges, at det retsmiddel, der består i søgsmål til prøvelse af den endelige afgørelse, i forbindelse med Rettens helhedsbedømmelse – i forbindelse med hvilken de berørte virksomheder, som det med føje blev bekræftet i den appellerede doms præmis 90, kan opnå kontrol med Kommissionens overholdelse af alle de begrænsninger, som den er underlagt i forbindelse med afviklingen af en kontrolundersøgelse – bl.a. gør det muligt for disse virksomheder at undgå den skade, som de ville lide på grund af en overtrædelse af deres grundlæggende ret til boligens ukrænkelighed, såfremt Kommissionen havde ret til at anvende de beviser mod dem, som den ulovligt havde erhvervet under en kontrolundersøgelse.

59. En sådan skade vil imidlertid først opstå, hvis og når den endelige afgørelse, hvormed overtrædelsen konstateres, træffes. Eftersom denne skade ikke opstår, når beviser, der er indsamlet ulovligt, udelukkes fra retsforhandlingerne, er den omstændighed, at de klagepunkter vedrørende afviklingen af kontrolundersøgelserne, der kan gøres gældende i forbindelse med et søgsmål til prøvelse af den endelige afgørelse, såfremt de tiltrædes, ikke kan føre til en annullation af denne afgørelse, og den omstændighed, at dette søgsmål ikke gør det muligt at opnå tilbagelevering af de ulovligt erhvervede beviser, som appellanterne har gjort gældende, i øvrigt irrelevante.

60. Hvad for det andet angår søgsmålet til prøvelse af kontrolundersøgelsesafgørelsen skal det anføres, at Retten kun har taget hensyn til dette retsmiddel i det omfang det, såfremt der konstateres en ulovlighed, gør alle de foranstaltninger, der er truffet til gennemførelse af denne afgørelse, ugyldige. Selv om det i forbindelse med et sådant søgsmål ikke er tilladt at fremsætte klagepunkter, der direkte vedrører afviklingen af kontrolundersøgelsen, står det ikke desto mindre fast, at et sådant søgsmål indirekte muliggør en kontrol af disse handlingers lovlighed gennem en kontrol af lovligheden af den retsakt, på grundlag af hvilken de er vedtaget. Det følger heraf, at Retten ikke begik en retlig fejl ved i forbindelse med dens samlede bedømmelse af de retsmidler, der står til rådighed for virksomhederne med henblik på at anfægte lovligheden af afviklingen af kontrolundersøgelsen, ligeledes at tage hensyn til søgsmålet til prøvelse af selve kontrolundersøgelsesafgørelsen.

61. Hvad angår for det tredje søgsmålet om erstatning uden for kontraktforhold har appellanterne til støtte for deres argumentation mod en hensyntagen til dette retsmiddel henvist til Ravon-dommens præmis 33, i hvilken Menneskerettighedsdomstolen har udelukket, at et søgsmål, der »gør det muligt at opnå erstatning i tilfælde af skader, der er opstået i forbindelse med en husundersøgelse, snarere end en kontrol med lovligheden af afgørelsen, der foreskriver

³⁶ – Jf. Menneskerettighedsdomstolen, 14.3.2013, Bernh Larsen Holding As m.fl. mod Norge (CE:ECHR:2013:0314JUD002411708, præmis 104). Jf. ligeledes dom af 18.6.2015, Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen (herefter »Deutsche Bahn-dommen«, C-583/13 P, EU:C:2015:404, præmis 20).

³⁷ – Jf. Menneskerettighedsdomstolen, 10.4.2007, Panarisi mod Italien (CE:ECHR:2007:0410JUD004679499, præmis 76 og 77), 2.12.2010, Uzun mod Tyskland (CE:ECHR:2010:0902JUD003562305, præmis 71 og 72), og 30.5.2017, Trabajo Rueda mod Spanien (CE:ECHR:2017:0530JUD003260012 præmis 37).

denne undersøgelse, og de foranstaltninger, der er truffet på grundlag af denne«, kan udgøre en effektiv »domstolskontrol«. I denne henseende er det tilstrækkeligt at anføre, at selv om det ganske vist fremgår af denne præmis, at søgsmål i forbindelse med husundersøgelser, der udelukkende har til formål at opnå erstatning, ikke i sig selv kan opfylde kravene i EMRK's artikel 6, stk. 1³⁸, eller denne konventions artikel 8, indebærer dette derimod ikke, at et sådant søgsmål ikke kan udgøre en del af de afhjælpningsforanstaltninger, der står til rådighed for de berørte virksomheder, og give disse en passende genopretning, navnlig når en kontrolundersøgelse, der dømmes ulovlig, allerede har fundet sted. Det følger heraf, at Retten ikke begik en retlig fejl ved i forbindelse med dens helhedsbedømmelse ligeledes at tage hensyn til den mulighed, som virksomheder, der er af den opfattelse, at de ulovligheder, som Kommissionen har begået under en kontrolundersøgelse, har medført skade for dem, der kan medføre, at Unionen ifalder ansvar, har for at anlægge et søgsmål om erstatning uden for kontraktforhold mod Kommissionen.

62. Appellanterne har i forbindelse med deres første klagepunkt for det tredje gjort gældende, at alle de andre retsmidler, som Retten havde nævnt, kun var »delvise« og ikke gjorde det muligt at foretage en retlig og faktisk kontrol af, om samtlige krav til afvikling af kontrolundersøgelsen opfylder EMRK's artikel 8. Appellanterne har navnlig fremhævet fraværet af et søgsmål, der er i overensstemmelse med EMRK, og som gør det muligt at anfægte en kontrolundersøgelses urimelige varighed.

63. I denne henseende er det tilstrækkeligt at anføre, at det ifølge den ovenfor anførte retspraksis fra Menneskerettighedsdomstolen med henblik på at opfylde kravene i EMRK's artikel 6, stk. 1, kræves, at de virksomheder, der er genstand for husundersøgelser, har mulighed for at få prøvet indholdet af deres indsigelser og for at få tildelt en passende genopretning. Det kræves derimod ikke, at samtlige klagepunkter, der kan gøres gældende i forbindelse med de foranstaltninger, som en offentlig myndighed har truffet på grundlag af den afgørelse, hvormed husundersøgelsen anordnes, hvilke foranstaltninger angiveligt er i modstrid med den ret, der sikres ved denne artikel, gøres gældende i forbindelse med et og samme retsmiddel.

64. Hvad angår det angiveligt manglende effektive og sikre retsmiddel, der gør det muligt at gøre klagepunktet om en kontrolundersøgelses urimelige varighed gældende og opnå en passende genopretning, skal det anføres, at et sådant klagepunkt kan gøres gældende både i forbindelse med søgsmålet til prøvelse af den endelige afgørelse og i forbindelse med et søgsmål om erstatning uden for kontraktforhold. I det første tilfælde kan dette klagepunkt, såfremt det tages til følge, føre til, at de dokumenter, som Kommissionen har beslaglagt efter udløbet af en frist, der anses for at være urimelig, ikke kan anvendes³⁹, i det andet tilfælde kan det give anledning til indrømmelse af erstatning. I sidstnævnte henseende skal det fremhæves, at det med hensyn til klagepunktet om tilsidesættelse af retten til at få prøvet sin sag inden for en rimelig frist, jf. EMRK's artikel 6, stk. 1, fremgår af Menneskerettighedsdomstolens retspraksis, at der i princippet altid findes et valg mellem et »forebyggende eller fremskyndet« søgsmål, der vil kunne afkorte retsforhandlingerne med henblik på at undgå, at de bliver for langstrakte, og et søgsmål

³⁸ – Det skal påpeges, at Menneskerettighedsdomstolen i Ravon-dommen udelukkende analyserede det klagepunkt, som sagsøgerne i den sag, der gav anledning til denne dom, havde fremsat, i lyset af EMRK's artikel 6, stk. 1.

³⁹ – Hvad angår appellanternes argument om, at nævnte klagepunkt kun undtagelsesvis kan føre til annullation af den endelige afgørelse, henvises til min redegørelse i punkt 59 i dette forslag til afgørelse.

med påstand om »erstatning, kompensation, skadesløsholdelse eller økonomisk godtgørelse«, der gør det muligt efterfølgende at opnå erstatning for de allerede akkumulerede forsinkelser, uanset om retsforhandlingerne endnu pågår eller er afsluttet⁴⁰.

65. Appellanterne har i forbindelse med det første anbringendes første klagepunkt, hvormed Rettens samlede bedømmelse anfægtes, for det fjerde gjort gældende, at de to retsmidler, der er nævnt i den appellerede doms præmis 94 og 96, nemlig begæring om midlertidig udsættelse under kontrolundersøgelsen og et søgsmål ex post angående beskyttelse af private oplysninger om lederne og de ansatte i den virksomhed, der er genstand for kontrolundersøgelsen, til dato endnu ikke har været anvendt, og det er ikke påvist, at de er tilgængelige. Under disse omstændigheder kan disse retsmidler ikke opfylde effektivitetskravet.

66. I denne henseende skal det imidlertid anføres, at selv om appellanterne med føje har fremhævet, at det navnlig følger af dommen i sagen Mac Farlane mod Irland⁴¹, at et retsmiddel, hvis tilgængelighed skal påvises, og hvis eksistens er genstand for stor usikkerhed, ikke kan betegnes som »effektivt« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i EMRK's artikel 13, har Menneskerettighedsdomstolen ikke tøvet med at erklære et retsmiddel for effektivt i henhold til denne bestemmelse, endnu inden de nationale retter har kunnet udvikle en praksis⁴², således at fraværet af en fast retspraksis i modsætning til, hvad appellanterne synes at hævde, ikke kan være afgørende⁴³.

67. I den foreliggende sag skal det anføres, at retspraksis i Akzo-dommen, hvori det anerkendes, at et søgsmål til prøvelse af en afgørelse fra Kommissionen, der udtrykkeligt eller implicit forkaster en anmodning om beskyttelse af dokumenter af hensyn til kravet om fortrolighed i korrespondancen mellem advokater og klienter, kan antages til realitetsbehandling, blot er en konkret anvendelse af en fast retspraksis, som er gengivet i den appellerede doms præmis 33-35, og hvorefter der foreligger retsakter, som kan gøres til genstand for et annullationssøgsmål i henhold til artikel 263 TEUF, når de pågældende foranstaltninger har bindende retsvirkninger, som kan berøre sagsøgerens interesser på grund af en væsentlig ændring af dennes retsstilling⁴⁴.

68. Ethvert skridt, som Kommissionen tager i forbindelse med en kontrolundersøgelse, og som svarer til denne definition, udgør i princippet en retsakt, som kan anfægtes ved et annullationssøgsmål som omhandlet i artikel 263 TEUF. I denne henseende er jeg af den opfattelse, at en ret til at anlægge søgsmål mod en afgørelse, hvormed Kommissionen udtrykkeligt eller implicit afviser den undersøgte virksomheds indsigelse mod beslaglæggelsen af visse dokumenter, på de samme vilkår som dem, der er fastsat i Akzo-dommen, skal anerkendes, ikke blot når denne indsigelse er begrundet med, at de pågældende dokumenter er beskyttet af fortroligheden af korrespondancen mellem advokater og klienter, som det var tilfældet i den sag, der gav anledning til Akzo-dommen, eller der er tale om dokumenter, der er beskyttet i henhold til

⁴⁰ – Jf. navnlig Menneskerettighedsdomstolen, 8.6.2006, Sürmeli mod Tyskland (CE:ECHR:2006:0608JUD007552901, præmis 99 og den deri nævnte retspraksis).

⁴¹ – Jf. Menneskerettighedsdomstolen, 10.9.2010, Mac Farlane mod Irland (CE:ECHR:2010:0910JUD003133306, præmis 115-122).

⁴² – Jf. i forbindelse med vurderingen af formaliteten med hensyn til en påstand, der er fremsat på grundlag af EMRK's artikel 35, stk. 1, Menneskerettighedsdomstolen, 4.7.2002, Slaviček mod Kroatien (CE:ECHR:2002:0704DEC002086202), og 5.9.2002, Nogolica mod Kroatien (CE:ECHR:2002:0905DEC00778401).

⁴³ – Jf. Menneskerettighedsdomstolen, 1.3.2005, Charzyński mod Polen (CE:ECHR:2005:0301DEC001521203, præmis 41). Jf. også Menneskerettighedsdomstolen, Guide on Article 13 of the European Convention on Human Rights på følgende internetadresse: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_13_ENG.pdf

⁴⁴ – Jf. Akzo-dommen, præmis 45-53 og 56.

virksomhedens personales ret til et privatliv⁴⁵, hvilket Retten tiltrådte i den appellerede doms præmis 37, men også når det hævdes, at disse dokumenter ikke er genstand for kontrolundersøgelsen, eller endog når kontrolundersøgelsens varighed har overskredet en frist, der anses for at være rimelig.

69. Det var således med føje, at Retten i den appellerede doms præmis 94 fastslog, at virksomheder, der undergives en kontrolundersøgelse, på en vis måde har mulighed for at anlægge et søgsmål på samme vilkår som dem, der er angivet i Akzo-dommen, til prøvelse af en afgørelse om afslag på en anmodning om beskyttelse af deres ansattes privatliv.

70. Det skal også præciseres, at Domstolens præsident og Rettens præsident i medfør af artikel 278 TEUF og 279 TEUF og i henhold til den summariske fremgangsmåde, der er fastsat artikel 39 i statuten for Den Europæiske Unions Domstol, således som den er præciseret i de relevante bestemmelser i Domstolens og Rettens procesreglementer, både kan anordne en udsættelse af gennemførelsen af den anfægtede retsakt, såfremt de skønner, at omstændighederne kræver det, og i sager, der er anlagt ved Domstolen eller Retten, foreskrive de nødvendige foreløbige forholdsregler. Retten begik således ikke en retlig fejl, da den fandt, at den i den appellerede doms præmis 96 omhandlede mulighed for i henhold til artikel 157, stk. 2, i Rettens procesreglement at opnå foreløbige forholdsregler i form af en udsættelse af kontrolundersøgelsen var reel.

71. Det første appelanbringendes første klagepunkt er efter min opfattelse af alle de ovennævnte grunde ugrundet.

b) Det andet klagepunkt

72. Appellanterne har med deres andet klagepunkt i det væsentlige foreholdt Retten, at den har pålagt de retsundergivne at skabe betingelserne for, at de forskellige opregnede retsmidler kan finde anvendelse.

73. I denne forbindelse skal det fremhæves, at retten til retfærdig rettergang, der er fastsat i EMRK's artikel 6, stk. 1, og i chartrets artikel 47, ikke er absolut og er underlagt de implicit tilladte begrænsninger, navnlig hvad angår betingelserne for, at et søgsmål kan antages til realitetsbehandling. Disse begrænsninger må imidlertid ikke begrænse en retsundergivens adgang på en sådan måde eller i et sådant omfang, at selve substansen i retten til rettergang berøres. De bør varetage et legitimt formål, og der bør være en rimelig forholdsmæssig sammenhæng mellem de anvendte midler og det mål, der søges opnået⁴⁶. Det skal også påpeges, at det fremgår af fast retspraksis, at chartrets artikel 47 ikke har til formål at ændre den domstolskontrolordning, der er fastlagt i traktaterne, navnlig ikke reglerne for antagelse af direkte søgsmål ved Den Europæiske Union⁴⁷.

⁴⁵ – Vedrørende udelukkelse fra den undersøgelse, som Kommissionen har indledt, af dokumenter, der ikke er af forretningsmæssig karakter, dvs. dokumenter, der ikke vedrører virksomhedens aktiviteter på markedet, jf. dom af 18.5.1982, AM & S Europe mod Kommissionen (155/79, EU:C:1982:157, præmis 16), og af 22.10.2002, Roquette Frères (C-94/00, herefter »Roquette Frères-dommen«, EU:C:2002:603, præmis 45).

⁴⁶ – Jf. i denne retning kendelse af 16.11.2010, Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert mod Kommissionen (C-73/10 P, EU:C:2010:684, præmis 53); jf. også Menneskerettighedsdomstolen, 28.10.1998, Pérez de Rada Cavanilles mod Spanien (CE:ECHR:1998:1028JUD002809095, præmis 44).

⁴⁷ – Dom af 30.4.2020, Izba Gospodarcza Producentów i Operatorów Urządzeń Rozrywkowych mod Kommissionen (C-560/18 P, EU:C:2020:330, præmis 62).

74. Hvad angår først og fremmest muligheden for at anfægte en udtrykkelig eller implicit afgørelse om afvisning, som Kommissionen har truffet i forbindelse med afviklingen af kontrolundersøgelsen, såfremt inspektørernes ret til at beslaglægge visse dokumenter er blevet bestridt, skal det anføres, at Akzo-dommen kun pålægger de undersøgte virksomheder at gøre indsigelse mod beslaglæggelsen af de pågældende dokumenter og at begrunde deres indsigelse⁴⁸. Henset til den omstændighed, at en sådan indsigelse er virksomhedernes eneste chance for umiddelbart at beskytte deres interesser og undgå den skade, som Kommissionens uretmæssige adgang til de dokumenter, der er omfattet af indsigelsen, vil medføre, kan det efter min opfattelse ikke gyldigt gøres gældende, at fremsættelsen af denne indsigelse udgør en stor byrde for virksomhederne, der de facto hindrer deres ret til et effektivt retsmiddel.

75. Desuden fremgår det klart af Akzo-dommens præmis 49, at Retten i modsætning til, hvad appellanterne har hævdet, anerkendte, at der ikke blot er tale om en retsakt, der kan anfægtes, når Kommissionen accepterer at lægge de dokumenter, der er omfattet af indsigelsen, i en forseglede kuvert, og senere afviser den undersøgte virksomheds indsigelse, men også når den beslutter at beslaglægge dem. Appellanterne kan derfor ikke efter min opfattelse med føje hævde, at søgsmål baseret på retspraksis i Akzo-dommen kræver »en række forudsætninger, som kun Kommissionen har indflydelse på«.

76. Appellanternes argument om, at det i den appellerede doms præmis 96 omhandlede retsmiddel om foreløbige forholdsregler kun er vanskeligt tilgængeligt for de berørte virksomheder med den begrundelse, at de ved at iværksætte det unddrager sig den igangværende kontrolundersøgelse, kan efter min opfattelse heller ikke tages til følge. Jeg har svært ved at se, hvordan alene den omstændighed, at den berørte virksomhed forelægger Retten en anmodning om foreløbige forholdsregler, der gør det muligt øjeblikkeligt at anfægte den igangværende kontrolundersøgelse, kan udgøre en stor byrde for den undersøgte virksomhed, navnlig ikke, når et sådant retsmiddel åbner mulighed for en udsættelse af de anfægtede handlinger.

77. Til slut kan jeg heller ikke tiltræde appellanternes argument om, at det retsmiddel, der består i et søgsmål, anlagt som følge af hindring af bestående retsmidler, ikke kan udgøre et effektivt retsmiddel, eftersom det forpligter den undersøgte virksomhed til at gøre sig skyldig i en tilsidesættelse af sin pligt til at samarbejde med Kommissionen, således at den pålægges en sanktion.

78. Appellanterne har til støtte for dette argument gjort Domstolens faste praksis gældende, der senest er blevet bekræftet ved dom af 6. oktober 2020, *État luxembourgeois* (Ret til effektive retsmidler til prøvelse af en anmodning om oplysninger på skatteområdet)⁴⁹, i henhold til hvilken overholdelse af det væsentligste indhold af retten til adgang til effektive retsmidler, der er fastsat i chartrets artikel 47, og som omfatter retten til rettergang, er til hinder for, at den person, der har denne adgang til rettergang, tvinges til at overtræde en retlig bestemmelse eller forpligtelse og udsætte sig for den sanktion, som denne overtrædelse medfører.

79. Det skal i denne henseende for det første anføres, at et søgsmål til prøvelse af en afgørelse fra Kommissionen truffet i henhold til artikel 23 i forordning nr. 1/2003 i tilfælde af hindring af kontrolundersøgelsen ikke er det eneste retsmiddel, der står til de undersøgte virksomheders rådighed med henblik på at anfægte lovligheden af afviklingen af kontrolundersøgelsen. Set i

⁴⁸ – Jf. navnlig Akzo-dommen, præmis 80 og 82, samt dommen i sagen AM & S. I den appellerede doms præmis 44 og 45 har Retten kritiseret appellanterne for ikke at have gjort indsigelse i overensstemmelse med de i Akzo-dommen fastsatte betingelser. Disse præmisser er under alle omstændigheder ikke genstand for den foreliggende appel.

⁴⁹ – C-245/19 og C-246/19 (»État luxembourgeois-dommen«, EU:C:2020:795, præmis 66).

dette lys er disse virksomheders situation ikke sammenlignelig med de appellerende selskabers situation i de hovedsager, der gav anledning til den anmodning om præjudiciel afgørelse, der lå til grund for *État luxembourgeois*-dommen, idet nævnte virksomheder ikke måtte overtræde en retlig regel eller forpligtelse og dermed udsætte sig for en sanktion for denne overtrædelse for at bevare deres ret til rettergang. I disse sager blev det navnlig præciseret i den afgørelse, hvormed disse selskaber blev pålagt at afgive de krævede oplysninger, at den ikke kunne gøres til genstand for et søgsmål⁵⁰. Virksomheder, der er adressater for en kontrolundersøgelsesafgørelse, kan derimod indbringe både spørgsmålet om denne afgørelses lovlighed og spørgsmålet om dens nødvendighed for Retten uden på nogen måde at være forpligtet til i denne forbindelse at udsætte sig for en sanktion af nogen art. De kan også benytte de forskellige retsmidler, som Retten har opregnet, med henblik på at anmode om en prøvelse af kontrolundersøgelsens lovlighed eller om erstatning for den skade, som de eventuelt har lidt i forbindelse med afviklingen af denne undersøgelse.

80. For det andet, og som jeg allerede har anført i punkt 53 i dette forslag til afgørelse, hvis man følger Rettens fremgangsmåde i den appellerede dom, der efter min opfattelse er korrekt, og som består i at foretage en samlet bedømmelse af alle de retsmidler, som det system, der er indført i Unionen, indebærer, kan ingen af retsmidlerne på forhånd udelukkes, selv når det kun kan benyttes i særlige situationer og under særlige omstændigheder. Det skal i denne forbindelse i øvrigt påpeges, at Menneskerettighedsdomstolen – der som allerede anført også fulgte en fremgangsmåde svarende til den, som Retten benyttede i den appellerede dom – i *Delta Pekarny*-dommen ikke på forhånd udelukkede relevansen af søgsmålet til prøvelse af den afgørelse, hvormed konkurrencemyndigheden sanktionerede den sagsøgende virksomhed for at have lagt hindringer i vejen for kontrolundersøgelsen, fra sin analyse, men vurderede, om virksomheden i forbindelse med et sådant søgsmål havde haft mulighed for at anfægte lovligheden og nødvendigheden af kontrolundersøgelsesafgørelsen⁵¹.

81. For det tredje skal det anføres, at vedtagelsen af en beslutning om at hindre kontrolundersøgelsen, kun er en af mulighederne i forbindelse med udøvelse af den indsigelsesret, som de undersøgte virksomheder har i henhold til artikel 20, stk. 6, i forordning nr. 1/2003⁵². Den markerer forekomsten af en så at sige »patologisk« fase i afviklingen af kontrolundersøgelsen. Det er således kun i tilfælde af en indlysende hindring eller misbrug af indsigelsesretten, at Kommissionen kan anvende sanktionsordningen i artikel 23 i forordning nr. 1/2003, og ikke som en trussel for at opnå indrømmelser fra virksomhederne, der overskrider de snævre grænser for deres samarbejdspligt⁵³.

82. Ud over disse begrænsede tilfælde har de berørte virksomheder med henblik på at forsvare deres interesser under hele kontrolundersøgelsen ret til at modsætte sig handlinger, som de mener overskrider de grænser, der er pålagt Kommissionen⁵⁴. Som allerede anført kan virksomhederne under udøvelsen af denne ret anmode om og opnå en implicit eller udtrykkelig

⁵⁰ – Jf. *État luxembourgeois*-dommen, præmis 27 og 37.

⁵¹ – Appellanterne kunne således ikke basere sig på Menneskerettighedsdomstolens dom af 29.7.1998, *Guérin mod Frankrig* (CE:ECHR:1998:0729JUD002520194, præmis 43).

⁵² – Jf. med hensyn til bekræftelse af en sådan indsigelsesret dom af 6.9.2013, *Deutsche Bahn m.fl. mod Kommissionen* (T-289/11, T-290/11 og T-521/11, herefter »Rettens Deutsche Bahn-dom«, EU:T:2013:404, præmis 87).

⁵³ – Jf. *Rettens Deutsche Bahn-dom*, præmis 90.

⁵⁴ – En sådan indsigelsesret har særlig betydning i forbindelse med garantiordningen, der gør det muligt at opretholde Kommissionens udøvelse af dens kontrolbeføjelser inden for grænser, der er forenelige med respekten for de grundlæggende rettigheder, der er anerkendt i chartrets artikel 7 og EMRK's artikel 8.

stillingtagen fra Kommissionens side til rigtigheden af begrundelserne for en sådan indsigelse, som de kan anfægte ved Retten på de i artikel 263 TEUF opstillede vilkår, samtidig med at deres samarbejdspligt overholdes.

83. I lyset af de ovenstående betragtninger er jeg af den opfattelse, at det første appelanbringendes andet klagepunkt ligeledes er ugrundet.

c) Konklusion vedrørende det første appelanbringende

84. Af alle de ovenstående grunde foreslår jeg Domstolen, at den forkaster det første appelanbringende.

B. Det andet appelanbringende

85. Appellanterne har med deres andet appelanbringende foreholdt Retten, at den har tilsidesat EMRK's artikel 6 og 8, artikel 296 TEUF og artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, for så vidt som den så bort fra den begrundelsespligt, der påhviler Kommissionen, når den vedtager en kontrolundersøgelingsafgørelse, og denne institutions pligt til så vidt muligt at begrænse omfanget af den kontrol, der skal udføres. Dette anbringende vedrører navnlig den appellerede doms præmis 121-147, hvormed Retten forkastede det fjerde anbringende om en manglende begrundelse, samt dommens præmis 158-165.

1. Sammenfatning af parternes argumenter

86. Appellanterne har for det første gjort gældende, at Retten undlod enhver kontrol af præciseringen af begrundelsen for de omtvistede afgørelser, eftersom den blot identificerede forsyningsmarkederne og angav en mulig praksis med udveksling af oplysninger mellem distributørerne og/eller deres alliancer, der potentielt omfatter alle prismæssige spørgsmål under forhandlingerne med leverandørerne, mens de fremsatte formodninger blev væsentligt reduceret i forlængelse af Kommissionens svar på de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten havde vedtaget.

87. For det andet har appellanterne anført, at Retten burde have fastslået, at de omtvistede afgørelser gav Kommissionen et ubegrænset kontrolområde og gav den mulighed for at foretage en reel »fishing expedition« (»sonderende undersøgelse«), der gør det muligt for den at beslaglægge ethvert dokument vedrørende deres leverancer til Europa og deres salg i Frankrig.

88. For det tredje foretog Retten ifølge sagsøgerne ikke en effektiv kontrol af, om det i de omtvistede afgørelses artikel 1, litra a), afgrænsede anvendelsesområde var tilstrækkeligt i forhold til de foreliggende indicier.

89. Endelig har appellanterne foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 161 at fastslå, at hverken begrundelsespligten eller proportionalitetsprincippet krævede, at fristen for afslutning af kontrolundersøgelsen skulle fremgå af kontrolundersøgelingsafgørelsen

90. Kommissionen har bestridt alle de klagepunkter, som appellanterne har fremført i det andet appelanbringende.

2. Bedømmelse

91. Det skal påpeges, at artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003 pålægger Kommissionen at begrunde en kontrolundersøgelsesafgørelse med angivelse af dennes genstand og formål.

92. Som Domstolen har præciseret, udgør denne begrundelsespligt et grundlæggende krav, som ikke alene har til formål at klarlægge, hvorfor det påtænkte indgreb inden for den pågældende virksomhed er berettiget, men også at skabe et grundlag for, at virksomheden bliver bekendt med omfanget af dens samarbejdspligt, samtidig med at dens ret til forsvar bevares⁵⁵. Følgelig kan kravene med hensyn til rækkevidden af forpligtelsen til at begrunde kontrolundersøgelsesafgørelser ikke svækkes ud fra overvejelser vedrørende undersøgelsens gennemslagskraft⁵⁶. Eftersom der kun kan søges efter dokumenter, der er relevante for kontrolundersøgelsens genstand, bevirker begrundelsen for kontrolundersøgelsen endvidere også, at de kompetencer, der tildeles Kommissionens repræsentanter, begrænses⁵⁷.

93. Kommissionen skal med henblik på at opfylde denne begrundelsespligt klart anføre de formodninger, som den agter at efterprøve⁵⁸, dvs. det, der søges efter, og de beviser, som kontrolundersøgelsen skal vedrøre⁵⁹.

94. Den er derimod ikke forpligtet til at meddele adressaten for en kontrolundersøgelsesafgørelse alle de oplysninger, som den er i besiddelse af vedrørende de formodede overtrædelser, og heller ikke til at foretage en streng juridisk kvalificering af disse overtrædelser⁶⁰. Det er heller ikke absolut nødvendigt, at der i en kontrolundersøgelsesafgørelse foretages en præcis afgrænsning af det berørte marked eller en nøjagtig juridisk kvalificering af de formodede overtrædelser eller en angivelse af den periode, i løbet af hvilken disse overtrædelser skulle være begået, forudsat at kontrolundersøgelsesafgørelsen indeholder de væsentlige oplysninger, der er anført i punkt 93 i dette forslag til afgørelse⁶¹.

95. Henset til den omstændighed, at kontrolundersøgelserne finder sted i begyndelsen af undersøgelsen, har Kommissionen endnu ikke tilstrækkeligt præcise oplysninger til at kunne afgive en specifik retlig vurdering, og den må først efterprøve rigtigheden af sin indledende mistanke samt forholdenes omfang, idet formålet med kontrolundersøgelsen netop er at indsamle beviser vedrørende en formodet overtrædelse⁶².

96. I den foreliggende sag skal det hvad angår det første klagepunkt, som appellanterne har fremført i forbindelse med det andet anbringende om en utilstrækkelig kontrol af begrundelsen for de omtvistede afgørelser, påpeges, at disse afgørelses artikel 1, litra a), indeholdt en klar angivelse af den formodede overtrædelse, som kontrolundersøgelsen vedrørte, nemlig »udveksling af oplysninger« om »priser« og »rabatter«, såvel som en afgrænsning af de markeder,

⁵⁵ – Jf. Domstolens Deutsche Bahn-dom, præmis 56 og den deri nævnte retspraksis.

⁵⁶ – Jf. dom af 17.10.1989, Dow Benelux mod Kommissionen (85/87, EU:C:1989:379, præmis 8 og den deri nævnte retspraksis).

⁵⁷ – Jf. Domstolens Deutsche Bahn-dom, præmis 60.

⁵⁸ – Jf. dom af 17.10.1989, Dow Benelux mod Kommissionen (85/87, EU:C:1989:379, præmis 9).

⁵⁹ – Jf. dom af 25.6.2014, Nexans og Nexans France mod Kommissionen (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

⁶⁰ – Jf. dom af 25.6.2014, Nexans og Nexans France mod Kommissionen (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, præmis 35 og den deri nævnte retspraksis).

⁶¹ – Jf. dom af 25.6.2014, Nexans og Nexans France mod Kommissionen (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, præmis 36 og den deri nævnte retspraksis).

⁶² – Jf. dom af 25.6.2014, Nexans og Nexans France mod Kommissionen (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, præmis 37 og den deri nævnte retspraksis).

på hvilke denne overtrædelse formodedes at være sket. Hvad dels angår varemærkerne omfattede denne bestemmelse markederne »for forsyning med dagligvarer i sektorerne for fødevarer, hygiejneprodukter og rengøringsmidler«, for så vidt angår rabatter, og markederne »for salg af tjenesteydelser til producenter af varemærker i sektorerne for fødevarer, hygiejneprodukter og rengøringsmidler«, for så vidt angår priser. Hvad dels angår afgrænsning af det geografiske marked fremgik det af bestemmelsen, at dette omfattede »flere medlemsstaters område, navnlig [Frankrigs]«. Endelig indeholdt nævnte bestemmelse præciseringer vedrørende de øvrige virksomheder, der deltog i den formodede overtrædelse.

97. Henset til de oplysninger, der fremgår af omtvistede afgørelses artikel 1, litra a), der er beskrevet i det foregående punkt i dette forslag til afgørelse, og i lyset af ovennævnte retspraksis, begik Retten efter min opfattelse ikke en retlig fejl, da den i den appellerede doms præmis 130 fastslog, at Kommissionen havde efterkommet sin pligt til præcist at redegøre for de formodninger, som den agtede at kontrollere.

98. Hvad angår appellanternes argumenter, der er baseret på Kommissionens præciseringer af de pågældende begrænsninger med henvisning til foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som Retten har foreskrevet⁶³, skal det præciseres, at de oplysninger, som appellanterne har henvist til, findes i uddragene af den ikke-fortrolige version af de indicier, der gav anledning til Kommissionens mistanke om hemmelig praksis vedrørende rabatter og priser, som Retten ønskede fremlagt med henblik på kontrol af, om disse indicier var tilstrækkeligt tungtvejende til, at de kunne begrunde de omtvistede afgørelser om ovennævnte praksis⁶⁴.

99. Det skal imidlertid fremhæves, at det fremgår af den i punkt 94 i dette forslag til afgørelse nævnte retspraksis, at Kommissionen for at efterkomme sin begrundelsespligt ikke er forpligtet til at oplyse adressaten for en kontrolundersøgelsesafgørelse om alle de oplysninger, som den er i besiddelse af vedrørende de formodede overtrædelser, og heller ikke til at foretage en streng retlig kvalificering af disse overtrædelser.

100. Det følger heraf, at appellanterne ikke kan udlede af den omstændighed, at de formodede overtrædelser vedrørende rabatter og priser er beskrevet mere detaljeret i uddragene af den ikke-fortrolige version af de indicier, som Kommissionen er i besiddelse af, og som denne havde fremlagt for Retten, at denne har »afstået fra enhver kontrol af præciseringen af begrundelsen af afgørelserne«⁶⁵.

101. Hvad angår appellanternes argument om, at Retten havde begået en retlig fejl og gengivet ovennævnte retspraksis urigtigt, idet den i den appellerede doms præmis 250 og 254 havde fastslået, at den geografiske rækkevidde af den pågældende praksis og appellanternes rolle i den formodede overtrædelse gyldigt kunne udledes af den simple angivelse i begrundelsen for kontrolundersøgelsesafgørelsen af den alliance, som Intermarché var medlem af, er det

⁶³ – Det drejer sig om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse vedtaget af Retten den 3.12.2018 samt den 13.5.2019 og den 25.9.2019, der er nævnt i den appellerede doms præmis 176.

⁶⁴ – Jf. den appellerede doms præmis 176. Til gengæld fremgår det af den appellerede doms præmis 130, at Retten ikke fandt det nødvendigt at anordne de foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse, som appellanterne havde anmodet om, med henblik på, at Kommissionen præciserede de formodninger, der lå til grund for de omtvistede afgørelser, idet den fandt, at disse formodninger var blevet beskrevet tilstrækkeligt detaljeret til at kunne opfylde den begrundelsespligt, der påhviler Kommissionen.

⁶⁵ – Det skal desuden anføres, at det fremgår af Kommissionens forklaringer i dens svar på foranstaltningerne med henblik på sagens tilrettelæggelse af 5.6.2019, at den på tidspunktet for vedtagelsen af de omtvistede afgørelser var i tvivl om, hvorvidt den korrekte kvalificering af genstanden for de formodede udvekslinger af oplysninger var »rabatter på forsyningsmarkederne« eller »priser for salg af tjenesteydelser til producenterne«, hvilket kan begrunde, at disse afgørelser blev vedtaget med en bredere formulering ved angivelsen af de formodninger, der skulle kontrolleres.

tilstrækkeligt at anføre, at disse punkter findes i den del af dommens præmisser, i hvilken Retten undersøgte, om de indicier, som Kommissionen var i besiddelse af, efter deres karakter var tilstrækkeligt tungtvejende.

102. Som denne institution med føje har anført i sine skriftlige indlæg, udspringer dette argument af en sammenblanding af kontrollen af, om den væsentlige formforskrift, som udgøres af begrundelseskravet i forbindelse med den anfægtede retsakt, er overholdt, og kontrollen af, om begrundelsen er materielt rigtig, der indebærer en realitetsbehandling af denne retsakts lovlighed⁶⁶.

103. Den samme sammenblanding gælder det tredje klagepunkt, som appellanterne blot har anført uden forklaring, og som vedrører fraværet af en effektiv kontrol af, om det i de omtvistede afgørelses artikel 1, litra a), afgrænsede anvendelsesområde svarede til de indicier, som Kommissionen var i besiddelse af, såvel som det samme anbringendes andet klagepunkt om, at Retten ikke havde anerkendt, at kontrolundersøgelsesafgørelserne havde et ubegrænset anvendelsesområde, og gav anledning til en egentlig »fishing expedition«.

104. Hvad angår nærmere bestemt dette sidste klagepunkt skal det for det første anføres, at Retten i den appellerede doms præmis 124 allerede med føje havde anført, at appellanternes spørgsmål om, hvorvidt Kommissionen havde foretaget en sådan »expedition« – der ikke er tilladt i henhold til forordning nr. 1/2003⁶⁷ – afhang af, om de indicier, som Kommissionen var i besiddelse af på tidspunktet for vedtagelsen af de omtvistede afgørelser, var tilstrækkelige, og at dette spørgsmål derfor skulle undersøges inden for rammerne af appelanbringendet om tilsidesættelse af de undersøgte virksomheders ret til boligens ukrænkelighed og ikke inden for rammerne af anbringendet om den utilstrækkelige begrundelse for disse afgørelser.

105. For det andet skal det anføres, at appellanterne til støtte for det samme klagepunkt har henvist til anvendelsesområdet for de omtvistede afgørelser, således som det fremgår ikke blot af deres artikel 1, litra a), men også af deres artikel 1, litra b), hvoraf fremgår en formodning for overtrædelser bestående i udvekslinger vedrørende »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«. Eftersom Retten annullerede disse afgørelses artikel 1, litra b), i punkt 1 i den appellerede doms konklusion, kan appellanterne dog under alle omstændigheder ikke basere sig på indholdet heraf til støtte for deres argumentation om, at anvendelsesområdet for kontrolundersøgelsens genstand er alt for bredt.

106. For så vidt som det i punkt 102 i dette forslag til afgørelse anførte argument og de i punkt 103 heri anførte klagepunkter af Domstolen skal fortolkes således, at Rettens bedømmelse af de indicier, som Kommissionen var i besiddelse af, anfægtes, må det dels konstateres, at nævnte argument og nævnte klagepunkter på ingen måde er underbyggede, dels at Domstolen under alle omstændigheder ikke er kompetent til at efterprøve dem inden for rammerne af en appel, eftersom en urigtig gengivelse af disse indicier ikke er blevet gjort gældende⁶⁸.

⁶⁶ – Jf. bl.a. dom af 2.9.2021, EPSU mod Kommissionen (C-928/19 P, EU:C:2021:656, præmis 108).

⁶⁷ – Jeg er i denne henseende enig i generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Nexans France og Nexans mod Kommissionen (C-606/18 P, EU:C:2020:207, punkt 55).

⁶⁸ – Jf. senest kendelse af 2.6.2022, Arnautu mod Parlamentet (C-573/21 P, ikke trykt i Sml., EU:C:2022:448, præmis 93 og den deri nævnte retspraksis).

107. Hvad endelig angår det fjerde klagepunkt, som appellanterne har gjort gældende inden for rammerne af det andet appelanbringende, skal det anføres, at dette klagepunkt er rettet mod den appellerede doms præmis 158-165, der indgår i undersøgelsen af appelanbringendet om en tilsidesættelse af retten til boligens ukrænkelighed, og navnlig den del af denne bedømmelse, der er helliget kontrollen af overholdelsen af proportionalitetsprincippet. I disse præmisser fastslog Retten på grundlag af tidligere retspraksis, at den omstændighed, at Kommissionen ikke havde fastsat en frist for gennemførelsen af kontrolundersøgelserne, ikke udgjorde et uforholdsmæssigt stort indgreb i appellanternes forhold af privat karakter.

108. I denne henseende skal det anføres, at de omtvistede afgørelses artikel 2 fastsatte den dato, fra hvilken kontrolundersøgelsen kunne finde sted, men ikke angav den dato, på hvilken den skulle afsluttes. En sådan angivelse var i overensstemmelse med artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003, der pålægger Kommissionen at fastsætte tidspunktet for kontrolundersøgelsens påbegyndelse, men ikke indeholder nogen bestemmelser om en eventuel forpligtelse til at fastsætte datoen for afslutning af denne.

109. Som Retten med føje fremhævede i den appellerede doms præmis 161, betyder fraværet af en slutdato for kontrolundersøgelsen ikke, at denne 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. 1⁶⁹.

110. Det følger heraf, at selv om en kontrolundersøgelsesafgørelses tidsmæssige rækkevidde ikke er blevet fastsat i alle enkeltheder på forhånd, er der dog fastsat rammer for den, således at afviklingen af kontrolundersøgelsen ikke overskrider en rimelig frist, der vurderes på grundlag af alle omstændigheder og relevante oplysninger i hver enkelt sag.

111. For det første udgør denne tidsmæssige afgrænsning – i det mindste, når kontrolundersøgelsen finder sted, uden at Kommissionen benytter de nationale tvangsmidler i medfør af artikel 20, stk. 6-8, i forordning nr. 1/2003 – en passende og tilstrækkelig garanti mod vilkårlighed, navnlig når der ved vurderingen af, om kontrolundersøgelsens varighed er rimelig, tages hensyn til kravet om, at tvangsindgreb, der er i strid med de rettigheder, der er fastsat i chartrets artikel 7 og i EMRK's artikel 8, skal begrænses tidsmæssigt til det, der er *strengt nødvendigt* for at gennemføre den kontrol, der kræves i forhold til kontrolundersøgelsens formål.

112. For det andet garanterer en sådan tidsmæssig afgrænsning, som Retten anførte i den appellerede doms præmis 163 og 164, effektiviteten af Kommissionens undersøgelsesbeføjelser, der kræver, at kontrolundersøgelsens varighed ikke blot tilpasses i forhold til oplysninger, der er kendt på forhånd, men også i forhold til faktorer, der først kommer frem efter vedtagelsen af kontrolundersøgelsesafgørelsen – såsom omfanget af oplysninger, der indhentes på stedet, de anvendte undersøgelsesteknologier⁷⁰ og de undersøgte virksomheders adfærd – samtidig med at det undgås, at hensyntagen til disse usikre faktorer på forhånd foranlediger Kommissionen til i kontrolundersøgelsesafgørelsen at fastsætte en varighed, der længere end det, der er strengt nødvendigt.

113. Henset til alle de ovenfor anførte betragtninger er jeg af den opfattelse, at det andet appelanbringende er ugrundet i det hele.

⁶⁹ – Jf. i denne retning dom af 12.7.2018, Nexans France og Nexans mod Kommissionen (T-449/14, EU:T:2018:456, præmis 69).

⁷⁰ – Jf. generaladvokat Kokotts forslag til afgørelse Nexans France og Nexans mod Kommissionen (C-606/18 P, EU:C:2020:207, punkt 65), samt dommen af 16.7.2020 i denne sag, Nexans France og Nexans mod Kommissionen (C-606/18 P, EU:C:2020:571, præmis 88 og 89).

C. Det tredje appelanbringende

114. Appellanterne har med deres tredje appelanbringende foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl og en tilsidesættelse af forordning nr. 1/2003, for så vidt som Retten kvalificerede en procedurermæssig fase, der ikke er reguleret af forordningen, og som afvikles forud for Kommissionens vedtagelse af foranstaltninger, som indebærer, at ophavsmanden foreholdes at have begået en overtrædelse. Dette appelanbringende vedrører den appellerede doms præmis 189-196, der findes i den del af dommen, hvori Retten undersøgte, om de indicier, som Kommissionen var i besiddelse af, var tilstrækkeligt tungtvejende.

1. Den appellerede dom

115. I den appellerede doms præmis 189 fastslog Retten indledningsvis, at vurderingen af, om af de indicier, som Kommissionen er i besiddelse af, efter deres karakter er tilstrækkeligt tungtvejende, skal foretages under hensyntagen til den omstændighed, at kontrolundersøgelsesafgørelsen »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«. I præmis 190 præciserede den derfor, at det ikke på dette tidspunkt kan kræves, at Kommissionen, inden den vedtager en kontrolundersøgelsesafgørelse, skal være i besiddelse af oplysninger, hvoraf det fremgår, at der foreligger en overtrædelse, og at der skal sondres »mellem på den ene side beviserne for en overtrædelse og på den anden side de indicier, der kan give anledning til rimelig mistanke om en formodning for, at der foreligger en overtrædelse«.

116. I den appellerede doms præmis 192 og 193 fastslog Retten, at denne sondring »har konsekvenser [navnlig] for kravene vedrørende formen [...] af de indicier, der kan begrunde kontrolundersøgelsesafgørelser«, og 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«. Retten fastslog således, at »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 formelt var indledt en undersøgelse som omhandlet i kapitel V i forordning nr. 1/2003, og Kommissionen endnu ikke havde anvendt de undersøgelsesbeføjelser, som den navnlig er tillagt ved artikel 18-20 i forordning nr. 1/2003, dvs. at den ikke havde truffet foranstaltninger, der indebærer kritik for at have begået en overtrædelse, navnlig en kontrolundersøgelsesafgørelse« (den appellerede doms præmis 193). Retten fastslog, at »[d]enne fastsættelse af starttidspunktet for en undersøgelse og for den indledende undersøgelsesfase følger af fast retspraksis« (den appellerede doms præmis 194).

117. I den appellerede doms præmis 196 fastslog Retten, at de bestemmelser, som Kommissionen ikke var forpligtet til at overholde, omfattede de forskrifter, der findes i artikel 19 i forordning nr. 1/2003 og artikel 3 i forordning (EF) nr. 773/2004⁷¹, således som de blev fortolket i dom af 6. september 2017, Intel mod Kommissionen⁷².

⁷¹ – Kommissionens forordning af 7.4.2004 om Kommissionens gennemførelse af procedurer i henhold til artikel [101 TEUF og 102 TEUF] (EUT 2004, L 123, s. 18).

⁷² – C-413/14 P (herefter »Intel-dommen«) (EU:C:2017:632).

118. Retten konkluderede således i den appellerede doms præmis 206, at Kommissionen i den foreliggende sag ikke var forpligtet til at registrere referater af interview, som den i 2016 og 2017 havde gennemført med de 13 dagligvareleverandører, der var omfattet af kontrolundersøgelsen, og som regelmæssigt indgik aftaler med Casino og ITM (herefter »interview med leverandørerne«), og at de indicier, der stammer fra disse interview, som følge heraf ikke kan afvises på grund af en formel uregelmæssighed 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.

2. *Sammenfatning af parternes argumenter*

119. Appellanterne har for det første hævdet, at fastsættelsen af starttidspunktet for en undersøgelse og for den indledende undersøgelsesfase i den appellerede dom følger af en fordrejning af Domstolens praksis. Den eneste sontring, der foretages med hensyn til de rettigheder, der finder anvendelse på alle de i denne doms præmis 194 nævnte domme, der i øvrigt kun vedrører vurderingen af starttidspunktet for den periode, der skal tages i betragtning med henblik på at vurdere procedurens rimelige varighed, er således »sontringen mellem den administrative procedure to faser, dvs. den indledende undersøgelsesfase forud for meddelelsen af klagepunkter og resten af den administrative procedure«, hvilket i øvrigt fremgår af forordning nr. 773/2004.

120. For det andet har appellanterne foreholdt Retten en retlig fejl, for så vidt som den *contra legem* fastslog, at forordning nr. 1/2003 ikke fandt anvendelse forud for vedtagelsen af en første kontrolundersøgelingsafgørelse, mens det ifølge appellanterne fremgår af såvel 25. betragtning til denne forordning som artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 773/2004, at den »finder fuldt ud anvendelse på alle retsakter fra Kommissionen, der vedtages i medfør af artikel 101 TEUF ff., fra det tidspunkt, hvor en praksis afdækkes«. Den omstændighed, at både undersøgelsen af erhvervssektorer, der er omhandlet i artikel 17 i forordning nr. 1/2003, og redegørelsen med henblik på bødefritagelse⁷³, der ikke indebærer vedtagelse af foranstaltninger med kritik for at have begået en overtrædelse, er underlagt forskrifterne i forordning nr. 1/2003, bekræfter denne fortolkning.

121. For det tredje har appellanterne anfægtet de konsekvenser, som Retten har draget af sontringen mellem beviser for en overtrædelse og indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelingsafgørelse, og navnlig udtalelsen i den appellerede doms præmis 193 om, at disse indicier ikke kan undergives den samme formalisme. De har gjort gældende, at alle de beviser, som Kommissionen har indsamlet og anvendt i procedurer, der er blevet indledt på grundlag af forordning nr. 1/2003, uanset om der er tale om indicier eller beviser, skal opfylde de samme krav og undergives den samme formalisme og de samme proceduremæssige regler, der skal garantere bevisets ægthed, rimelighed og troværdighed. Overholdelsen af disse regler garanterer imidlertid ægtheden af såvel beviser som indicier, hvilket er en nødvendig forudsætning forud for evalueringen af dets troværdighed.

⁷³ – I henhold til Kommissionens meddelelse om bødefritagelse eller bødenedsættelse i kartelsager, 2006/C 298/11, af 8.12.2006 (EUT 2006, C 298, s. 17).

122. Kommissionen har gjort gældende, at den bevisværdi, der kræves for, at et materielt element kan udgøre et indicium, der muliggør vedtagelse af en kontrolundersøgelingsafgørelse, nødvendigvis er mindre end den bevisværdi, der kræves for, at et materielt element udgør et bevis med henblik på at fastslå en overtrædelse, og at det følger af denne sontring, at indicier nødvendigvis er undergivet en mindre formalisme end beviser.

123. Det kan navnlig ikke kræves, at disse indicier registreres i henhold til artikel 19 i forordning nr. 1/2003 og artikel 3 i forordning nr. 773/2004, medmindre den i disse bestemmelser omhandlede formalisme anses for at finde anvendelse, endnu inden en undersøgelse er blevet indledt.

124. Kommissionen har i denne henseende præciseret, at indledningen af en undersøgelse – der svarer til den dato, hvor Kommissionen for første gang benytter sig af sine kontrolundersøgelingsbeføjelser og træffer foranstaltninger, som indebærer kritik for at have begået en overtrædelse, og som har store konsekvenser for de mistænkte enheders situation – finder sted på et andet tidspunkt og har særskilte retlige konsekvenser for iværksættelsen af en undersøgelse og indledningen af en procedure som omhandlet i artikel 2 i forordning nr. 773/2004. Mens iværksættelsen af en undersøgelse er en intern handling, der foretages af Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence, når det tildeler et sagsnummer, der alene har til formål at gøre det muligt for Generaldirektoratet for Konkurrence at opbevare dokumenter, svarer indledningen af proceduren til den dato, på hvilken Kommissionen vedtager en afgørelse i henhold til artikel 2 i forordning nr. 773/2004 med henblik på vedtagelse af en afgørelse i henhold til kapitel III i forordning nr. 1/2003.

125. Kommissionen har anført, at det fremgår af ordlyden af artikel 19 i forordning nr. 1/2003, at et »interview« i denne artikels forstand skal foregå med henblik på »indsamling af oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse«, der pr. definition skal være indledt forudgående. Den har endvidere anfægtet relevansen af appellanternes henvisninger til 25. betragtning til forordning nr. 1/2003 samt til undersøgelser af erhvervssektorer og til redegørelsen med henblik på bødefritagelse.

126. I den foreliggende sag har møderne og telekonferencerne med de 13 berørte leverandører fundet sted forud for indledningen af en undersøgelse i henhold til forordning nr. 1/2003 og således forud for enhver »procedure«. Kommissionen har således ikke været forpligtet til at overholde den formalisme, der er foreskrevet i denne bestemmelse.

127. Hvis det forholdt sig anderledes, ville dette på flere måder skade Kommissionens gennemførelse af konkurrenceretten. For det første ville det forhindre Kommissionen i at indsamle og anvende indicier, når disse kun kan antage en mundtlig form, f.eks. en afsløring af oplysninger overhørt af en repræsentant for Kommissionen på et møde, et uformelt besøg i lokaler eller på et offentligt sted. For det andet ville det svare til, at indicier aldrig kan antage en mundtlig form, hvilket ville gå ud over effektiviteten af Kommissionens undersøgelser ved at forsinke kontroldataen.

128. Ifølge Kommissionen ville anvendelse af en mindre formalisme på indicier end på beviser sikre kravet om hurtighed, der ligger til grund for vedtagelsen af kontrolundersøgelingsafgørelser og effektiviteten af Kommissionens undersøgelser.

129. Kommissionen har endelig tilføjet, at appellanternes argumenter om bevisernes ægthed under alle omstændigheder er baseret på en fejlagtig fortolkning af retspraksis. Ægtheden af et bevis er således ikke en »nødvendig forudsætning« for dets troværdighed. Det fremherskende princip i EU-retten er princippet om fri bevisbedømmelse, hvoraf det fremgår, at det eneste relevante kriterium i forbindelse med bedømmelse af lovligt fremlagte bevisers bevisværdi ligger i deres troværdighed, og at bevisværdien af et bevis skal evalueres samlet, således at fremsættelse af en simpel uunderbygget tvivl med hensyn til ægtheden af et bevis ikke er tilstrækkelig til at så tvivl om dets troværdighed. Disse principper gælder så meget desto mere for indicier, eftersom den bevisværdi, der kræves for, at et materielt element udgør et indicium, pr. definition er mindre.

3. *Bedømmelse*

130. Det skal påpeges, at Kommissionen i henhold til artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, kan gennemføre interview med alle fysiske eller juridiske personer, der indvilliger heri, med henblik på indsamling af oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse. Interview, der gennemføres på grundlag af denne bestemmelse, er underlagt krav om overholdelse af de formaliteter, der er fastsat i artikel 3 i forordning nr. 773/2004. I henhold til denne artikels stk. 1 angiver Kommissionen ved udspørgningens start retsgrundlaget for og formålet med udspørgningen og gør opmærksom på, at udspørgningen er frivillig, og den meddeler den udspurgte, at den har til hensigt at registrere interviewet. Ifølge artiklens stk. 3 kan Kommissionen registrere den udspurgtes udtalelser i en hvilken som helst form. Den udspurgte får forelagt en kopi af de registrerede udtalelser til godkendelse. Kommissionen fastsætter om nødvendigt en frist for den udspurgte til at underrette den om eventuelle rettelser i udtalelserne.

131. Domstolen præciserede i Intel-dommen vedrørende de formkrav, som interview, der gennemføres i henhold til artikel 19 i forordning nr. 1/2003, er underlagt, at beslutter Kommissionen med den udspurgtes samtykke at foretage et interview på grundlag af artikel 19 i forordning nr. 1/2003, er den forpligtet til at registrere dette interview i dets helhed, uden at det berører den omstændighed, at det er op til Kommissionen at vælge, hvilken form registreringen skal have⁷⁴.

132. Det følger heraf, at der påhviler Kommissionen en forpligtelse til i den form, som den selv måtte vælge, at registrere ethvert interview, som den gennemfører i henhold til artikel 19 i forordning nr. 1/2003 med henblik på at indsamle oplysninger vedrørende genstanden for den undersøgelse, som den foretager⁷⁵.

133. I den appellerede dom konkluderede Retten i det væsentlige, at denne forpligtelse ikke finder anvendelse på interview med leverandørerne, dels fordi disse interview var blevet gennemført forud for indledningen af en undersøgelse i henhold til forordning nr. 1/2003, dvs. inden Kommissionen har vedtaget en foranstaltning, som indebærer kritik for at have begået en overtrædelse, dels fordi Kommissionen med henblik på vedtagelse af en kontrolundersøgelingsafgørelse, der indgår i den indledende forberedelsesfase forud for fremsendelsen af en klagepunktsmeddelelse, kun er forpligtet til at være i besiddelse af tungtvejende materielle indicier, der vil kunne give anledning til mistanke om en overtrædelse, idet de ikke kan undergives den samme formalisme som den, der kræves i forbindelse med indsamling af beviser for en overtrædelse. Appellanterne har med forskellige argumenter anfægtet denne konklusion, mens den ifølge Kommissionen ikke er behæftet med en retlig fejl.

⁷⁴ – Jf. Intel-dommen, præmis 90.

⁷⁵ – Jf. Intel-dommen, præmis 91.

134. Med henblik på at afgøre det tredje appelanbringende skal Domstolen således præcisere, om Kommissionen i overensstemmelse med artikel 19 i forordning nr. 1/2003 og artikel 3 i forordning nr. 773/2004 har pligt til at registrere interview, i forbindelse med hvilke der er indhentet oplysninger, der anvendes som indicier, der kan begrunde vedtagelsen af en kontrolundersøgelsesafgørelse som omhandlet i artikel 20, stk. 4, i forordning nr. 1/2003.

135. Dette spørgsmål skal efter min opfattelse besvares bekræftende af nedenstående grunde.

136. De af appellanterne fremførte klagepunkter giver Domstolen lejlighed til at overveje dels spørgsmålet om, fra hvilket tidspunkt i løbet af Kommissionens forberedelse af sagen, interview, som denne har gennemført, skal betragtes som værende gennemført »med henblik på indsamling af oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse«, dels spørgsmålet om, hvorvidt den mindre bevisværdi, der kræves i forbindelse med indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelsesafgørelse, i forhold til beviser på en overtrædelse, kan begrunde en mindre formalisme, der navnlig ikke indebærer overholdelse af de formkrav, der er opstillet i artikel 3 i forordning nr. 773/2004 i forbindelse med interview, der gennemføres i henhold til artikel 19 i forordning nr. 1/2003.

137. Jeg vil begynde med at bedømme det andet af disse spørgsmål.

138. I denne henseende er jeg af den opfattelse, at hverken den mindre bevisværdi, der kræves i forbindelse med indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelsesafgørelse, eller den omstændighed, at en sådan afgørelse indgår i den indledende undersøgelsesfase, der går forud for fremsendelsen af en klagepunktsmeddelelse i modsætning til, hvad der fastslås i den appellerede døms præmis 189-192, har nogen indflydelse på de formkrav, som Kommissionen skal overholde i henhold til gældende lovgivning, når den indsamler bevismidler, der kan bruges med henblik på dens undersøgelser.

139. Det kan naturligvis ikke udledes af det ovenstående, at et materielt elements form ikke har nogen indflydelse på dets bevisværdi. En notarialakt har f.eks. almindeligvis en højere bevisværdi end et privat dokument. Denne forbindelse mellem form og bevisværdi indebærer imidlertid ikke nødvendigvis en graduering af den formalisme, som visse kategorier af bevismidler er undergivet på grundlag af den bevisværdi, der kræves, afhængigt af, hvordan disse midler skal anvendes.

140. Hvad angår navnlig de oplysninger, som Kommissionen kommer i besiddelse af under interview, som den gennemfører med fysiske eller juridiske personer, kan den omstændighed, at der ikke er nogen forbindelse mellem bevisværdi og overholdelse af formkravene i artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 og artikel 3, i forordning nr. 773/2004, efter min opfattelse udledes af Intel-dommen.

141. Det fremgår således klart af denne dom, og navnlig dens præmis 87, hvori Domstolen præciserede, at intet ved ordlyden af artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 eller det formål, som den forfølger, gør det muligt at udlede, at lovgiver ønskede at indføre en sondring mellem forskellige kategorier af interview i henhold til denne bestemmelse eller at udelukke nogle af disse interview fra bestemmelsens anvendelsesområde, at den registreringspligt, der følger heraf, omhandler alle interview, som Kommissionen foretager, såfremt de omhandler »genstanden for en undersøgelse«. Eksistensen af en sådan forpligtelse kan således hverken afhænge af den bevisværdi, der kan tillægges udtalelser indhentet i forbindelse med disse interview, der i øvrigt først kan vurderes, når interviewene er blevet gennemført, eller Kommissionens påtænkte anvendelse af disse oplysninger i løbet af de forskellige faser af proceduren. I denne henseende

kan Kommissionens henvisning til det forberedende arbejde til forordning nr. 1/2003 efter min opfattelse ikke alene så tvivl om denne konklusion⁷⁶.

142. Det skal endvidere anføres, at den udtalelse om, at der findes en forbindelse mellem bevisværdien af indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelingsafgørelse, og overholdelsen af formkravene, der findes i den appellerede doms præmis 189-192, for så vidt angår de indicier, der er udledt af interview, som Kommissionen har gennemført, modsiges af Rettens fortolkning i nævnte doms præmis 195, 200-203 og 205 af artikel 19 i forordning nr. 1/2003. Det fremgår således af disse præmisser, at Retten fandt, at når en undersøgelse som præciseret i den appellerede doms præmis 194 er blevet indledt, er Kommissionen i princippet forpligtet til at overholde registreringspligten med hensyn til interview vedrørende genstanden for denne undersøgelse, og at der findes en sådan forpligtelse, uanset hvilken bevisværdi de oplysninger, som Kommissionen vil kunne indhente på grundlag af disse interview, har, og uanset hvordan disse oplysninger anvendes, om det er som indicier i forbindelse med den indledende undersøgelsesfase, herunder med henblik på vedtagelse af en kontrolundersøgelingsafgørelse⁷⁷, eller som beviser i fasen for fremsendelse af en klagepunktsmeddelelse.

143. Mere generelt ligger forskellen mellem indicier og beviser i den omstændighed, at førstnævnte alene giver anledning til en formodning for, at der foreligger en faktisk omstændighed, der skal påvises, mens sidstnævnte beviser det. Når bestemmelse af et bevismiddel kræver en vis formalisme, ofte for at sikre dets ægthed og troværdighed, indebærer den manglende overholdelse af denne formalisme, at dette middel, uanset dets bevisværdi, ikke kan opfylde sin funktion som bevismiddel.

144. Hvad angår det første spørgsmål i punkt 136 i dette forslag til afgørelse indebærer dette i det væsentlige, at begrebet »interview« fortolkes som »indsamling af oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse« som omhandlet i artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 1/2003.

145. Det skal påpeges, at Retten i den appellerede dom fandt, at det fremgår af selve denne bestemmelses ordlyd, at de interview, der er omfattet af denne, er interview med henblik »indsamling af oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse«, som *pr. definition skal være indledt*, og hvis genstand skal være fastsat, inden disse interview gennemføres. Den udledte heraf, at pligten til at registrere disse interview i artikel 3 i forordning nr. 773/2004 ikke gælder for »interview, der har fundet sted forud for Kommissionens indledning af en undersøgelse [...]«⁷⁸. I den appellerede doms præmis 193 fandt Retten i det væsentlige, at en undersøgelse først er formelt indledt, når Kommissionen benytter sig af de undersøgelsesbeføjelser, som den er tillagt i

⁷⁶ – Jf. forslag til Rådets forordning om gennemførelse af konkurrencereglerne i artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] og om ændring af forordning (EØF) nr. 1017/68, (EØF) nr. 2988/74, (EØF) nr. 4056/86 og (EØF) nr. 3975/87 (KOM(2000) 582 endelig, EFT 2000, C 365 E, s. 284). I kommentaren til dette forslags artikel 19 om Kommissionens beføjelser til at indhente udtalelser fra fysiske eller juridiske personer, hvad enten de er omfattet af proceduren eller ej, og til at registrere deres mundtlige udtalelser, har Kommissionen præciseret, at »[b]estemmelsen udfylder et tomrum i Kommissionens beføjelser ved at tillade, at mundtlige udtalelser registreres og bruges som bevismateriale«. Udtrykket »bevismateriale« skal efter min opfattelse imidlertid forstås bredt som »bevismiddel«, uanset hvilken bevisværdi det har i forhold til den faktiske omstændighed, der skal påvises.

⁷⁷ – Det kan ikke udelukkes, at Kommissionen efter at have anvendt en af de i kapitel V i forordning nr. 1/2003 omhandlede undersøgelsesbeføjelser, f.eks. ved at fremsende en anmodning om oplysninger til en given virksomhed eller ved at gennemføre kontrolundersøgelser i dens lokaler, under et interview med en fysisk eller juridisk person vedrørende genstanden for den undersøgelse, der er blevet indledt med vedtagelsen af disse akter, kommer i besiddelse af oplysninger, der gør det muligt for den at antage, at en virksomhed, som indtil da ikke har været under mistanke, er indblandet i de formodede overtrædelser, der er grunden til, at undersøgelsen er blevet indledt. I dette tilfælde er Kommissionen i henhold til logikken i den appellerede doms præmis 195, 200-203 og 205 forpligtet til at anvende artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 og foretage en registrering i overensstemmelse med artikel 3 i forordning nr. 773/2004, selv når den kun agter at anvende de modtagne oplysninger som indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelingsafgørelse stilet til denne virksomhed.

⁷⁸ – Jf. den appellerede dom, præmis 200 og 201.

henhold til navnlig artikel 18, 19 og 20 i forordning nr. 1/2003, og vedtager en foranstaltning, som indebærer kritik for at have begået en overtrædelse, herunder en kontrolundersøgelingsafgørelse, og i nævnte doms præmis 194 præciserede den, at denne fastsættelse af starttidspunktet for en undersøgelse fulgte af fast retspraksis.

146. Det fremgår af denne retspraksis, der følger af dom af 15. oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mod Kommissionen⁷⁹, at den af Kommissionen iværksatte administrative procedure kan give anledning til en undersøgelse i to successive faser, der hver især har en selvstændig indre logik. Domstolen har ligeledes fastslået, at den administrative procedure for Kommissionen på det konkurrencepolitiske område kan give anledning til en undersøgelse i to successive faser, som hver har sin egen indre logik. Den første fase, som strækker sig indtil klagepunktsmeddelelsen, har som starttidspunkt den dato, hvor Kommissionen under udøvelse af sin af EU-lovgiver tildelte kompetence 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. Den anden fase strækker sig fra klagepunktsmeddelelsen til vedtagelsen af den endelige afgørelse. Den skal gøre det muligt for Kommissionen at tage endelig stilling til den foreholdte overtrædelse.

147. I denne henseende skal det, som appellanterne har gjort, påpeges, at principperne i foregående punkt i dette forslag til afgørelse er blevet udarbejdet med henblik på anvendelsen af princippet om en rimelig frist. I LMV-dommen, der er inspireret af Menneskerettighedsdomstolens retspraksis⁸⁰, ønskede Domstolen at bestemme det tidspunkt, på hvilket Kommissionens undersøgelsesvirksomhed og afdækning af overtrædelser af konkurrenceretten udmønter sig i en retsakt, der indebærer om ikke en formel anklage, så i det mindste en kritik, der »har vigtige følgevirkninger for de mistænkte virksomheders situation«⁸¹.

148. Ligesom appellanterne er jeg imidlertid ikke overbevist om, at den logik, der ligger til grund for fastsættelsen af starttidspunktet for den periode, der skal tages i betragtning med henblik på vurderingen af den administrative procedures rimelige varighed, der hænger sammen med bestemmelsen af det tidspunkt, hvor den berørte virksomhed bliver bekendt med kritikken mod den, og hvor dennes situation påvirkes af de foranstaltninger, som Kommissionen har vedtaget, er relevant i forbindelse med fortolkningen af ordlyden af artikel 19 i forordning nr. 1/2003.

149. I denne henseende skal det påpeges, at denne artikel findes i forordningens kapitel V om »Undersøgelingsbeføjelser«. Når Kommissionen gennemfører et interview i henhold til denne bestemmelse, udøver den således en »undersøgelingsbeføjelse«, ligesom den udøver en sådan beføjelse, når den sender anmodninger om oplysninger i henhold til nævnte forordnings

⁷⁹ – 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 (herefter »LMV-dommen«) (EU:C:2002:582, præmis 182).

⁸⁰ – Ifølge Menneskerettighedsdomstolen har enhver persons ret til at få sin sag hørt inden for en rimelig frist, der er fastsat i EMRK's artikel 6, stk. 1, til formål inden for strafferetten at sikre, at de anklagede ikke er under anklage i for lang tid, og at der træffes afgørelse om, hvorvidt anklagen er begrundet. Jf. Menneskerettighedsdomstolens dom af 27.6.1968, Wemhoff mod Tyskland (CE:ECHR:1968:0627JUD000212264, præmis 18), og af 3.12.2009, Kart mod Tyrkiet (CE:ECHR:2008:0708JUD000891705, præmis 68). I overensstemmelse med dette formål begynder den periode, der skal tages i betragtning med henblik på at vurdere procedurens rimelige varighed, ifølge Menneskerettighedsdomstolen på den dato, hvor en person anklages (jf. Menneskerettighedsdomstolen, 27.6.1968, Neumeister mod Østrig, CE:ECHR:1968:0627JUD000193663, præmis 18), eller på en tidligere dato, f.eks. datoen for indledning af den indledende forundersøgelse (jf. Menneskerettighedsdomstolen, 16.7.1971, Ringelsen mod Østrig, CE:ECHR:1971:0716JUD000261465, præmis 110, som har tjent som inspiration for Domstolens afgørelse i LMV-dommen), idet det tidspunkt, der er gældende, er det tidspunkt, hvor sagsøgte bliver bekendt med anklagen, eller hvor dennes situation påvirkes væsentligt af de foranstaltninger, der er truffet inden for rammerne af en undersøgelse eller en straffesag (jf. Menneskerettighedsdomstolen, 27.7.2006, Mamič mod Slovenien (nr. 2), CE:ECHR:2006:0727JUD007577801, præmis 23 og 24), og 28.5.2019, Liblik m.fl. mod Estland, CE:ECHR:2019:0528JUD000017315, præmis 94).

⁸¹ – Jf. LMV-dommen, præmis 182.

artikel 18, eller når den vedtager en kontrolundersøgelsesbeslutning som omhandlet i samme forordnings artikel 20. Det er imidlertid ubestridt, at vedtagelsen af en retsakt i henhold til artikel 18 og 20 i forordning nr. 1/2003 er bestemmende for indledningen af en undersøgelse, men ifølge Rettens fortolkning af artikel 19 i forordning nr. 1/2003, som Kommissionen har tilsluttet sig, markerer anvendelsen af den i denne artikel omhandlede beføjelse ikke i sig selv starten på en sådan undersøgelse, idet det for, at dette er tilfældet, kræves, at der allerede er indledt en undersøgelse.

150. Der er efter min opfattelse her tale om en manglende sammenhæng, der ikke kan afhjælpes af Rettens implicitte anerkendelse af muligheden for, at gennemførelsen af et interview som omhandlet i artikel 19 i forordning nr. 1/2003, ligesom en anmodning om oplysninger eller en kontrolundersøgelse, markerer starten på en undersøgelse, såfremt et sådant interview medfører en kritik af en af de interviewede virksomheder eller af en virksomhed, der er omfattet af de udtalelser, der er fremsat over for Kommissionen, for at have begået en overtrædelse⁸². En sådan anerkendelse sår dels tvivl om Rettens udtalelse om, at det fremgår af ordlyden af artikel 19 i forordning nr. 1/2003, at en undersøgelse skal være indledt, og dens genstand skal være fastsat, *inden* der gennemføres interview i henhold til denne artikel. Dels opfylder den kun delvist den logik, der ligger til grund for den i den appellerede doms præmis 194 omhandlede retspraksis, eftersom anklager mod en tredjepartsvirksomhed under et interview ikke indebærer, at den får kendskab til den kritik, der er fremsat mod den.

151. Den i det foregående punkt i dette forslag til afgørelse omhandlede manglende sammenhæng bliver endnu tydeligere, hvis det, som appellanterne med føje har gjort gældende, tages i betragtning, at Kommissionen kan indlede en undersøgelse af en erhvervssektor ved at gøre brug af den beføjelse, der er fastsat i artikel 17 i forordning nr. 1/2003, uden at der fremsættes en kritik mod en given virksomhed for at have begået en overtrædelse⁸³.

152. Efter min opfattelse kræver affattelsen af artikel 19 i forordning nr. 1/2003, og navnlig udtrykket »med henblik på indsamling af oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse«, en anden fortolkning, der ikke nødvendigvis indebærer, at de interview, der er tale om, indplaceres i en bestemt fase i den administrative procedure, og heller ikke, at det bestemmes fra og med hvilken formel retsakt fra Kommissionens side, denne skal overholde den formalisme, der kræves i artikel 3 i forordning nr. 773/2004.

153. Det er således min opfattelse, at fastsættelsen af denne forpligtelses rækkevidde og dermed fastlæggelsen af de sager, hvor der udøves den i artikel 19 i forordning nr. 1/2003 omhandlede beføjelse, hovedsageligt afhænger af genstanden for og indholdet af de interview, som Kommissionen gennemfører.

⁸² – Jf. den appellerede doms præmis 205.

⁸³ – Kommissionens henvisning i dom af 25.3.2021, Xellia Pharmaceuticals og Alpharma mod Kommissionen (C-611/16 P, EU:C:2021:245), kan efter min opfattelse ikke så tvivl om konstateringen af, at der ikke er fremsat en kritik som omhandlet i den i den appellerede doms præmis 194 omhandlede retspraksis ved indledningen af en undersøgelse af en erhvervssektor. I præmis 153 og 154 i dom af 25.3.2021, Xellia Pharmaceuticals og Alpharma mod Kommissionen (C-611/16 P, EU:C:2021:245), som Kommissionen har henvist til, har Domstolen således blot præciseret, at »sektorundersøgelserne er et instrument til at bekræfte formodede konkurrencebegrænsninger i den sektor, der er omfattet af disse undersøgelser«, og at »[n]år Kommissionen indleder sådanne undersøgelser, bør de virksomheder, der tilhører den pågældende sektor, og navnlig dem, som har indgået de aftaler, der er udtrykkeligt omhandlet af beslutningen om iværksættelse af den pågældende undersøgelse, [...] således forvente, at der i fremtiden eventuelt kan indledes individuelle procedurer i forhold til dem«. I nævnte doms præmis 139 har Domstolen i øvrigt klart anført, at de første foranstaltninger, der indebærer en kritik fra Kommissionen mod appellanterne i den sag, der gav anledning til nævnte dom, var blevet vedtaget efter indledningen af den pågældende sektorundersøgelse (der er tale om datoen for Kommissionens meddelelse om, at der pågår en sektorundersøgelse).

154. I den foreliggende sag fremgår det af den appellerede dom og af sagsakterne for Retten, at de omhandlede interview blev gennemført med dagligvareleverandører, der er berørt af den i artikel 1, litra a), i de omtvistede afgørelser formodede overtrædelser, at disse leverandører regelmæssigt indgik aftaler med Intermarché, og at Kommissionen med henblik på forberedelsen af disse interview havde fremsendt de udspurgte leverandører et spørgeskema navnlig om distributørsammenslutningernes adfærd under forhandlingerne med leverandørerne, om den tidsmæssige udvikling i deres forhandlingsstyrke og om forhandlingsstyrkens indvirkninger på konkurrencebetingelserne på distributionsmarkedet. Kommissionen spurgte også åbent, om leverandøren var bekendt med udveksling af følsomme forretningsoplysninger mellem distributørerne inden for en sammenslutning, og anmodede denne om i givet fald at redegøre for, hvilke oplysninger der var tale om. Det fremgår i øvrigt af den appellerede dom, at de pågældende interview blev gennemført kort tid efter, at der den 16. september 2016 var blevet afholdt et møde i Intermarchés hovedkontor med deltagelse af repræsentanter for sammenslutningerne, og hvori leverandørerne af mærket var blevet inviteret til at deltage, og at disse interview var blevet gennemført helt frem til dagen før vedtagelsen af de omtvistede afgørelser.

155. Når Kommissionen gennemfører interview af dette omfang, hvis genstand er fastsat på forhånd, og hvis formål åbenlyst er at indhente oplysninger om et bestemt markeds funktion og om markedsaktørernes adfærd med henblik på at påvise en eventuel adfærd, der udgør en overtrædelse, eller på at underbygge en mistanke om, at der findes en sådan adfærd, udøver den efter min opfattelse sin beføjelse i henhold til artikel 19 i forordning nr. 1/2003, uanset i hvilken fase af proceduren interviewet foregår.

156. Under disse omstændigheder er det efter min opfattelse tilstrækkeligt, at Kommissionen har oprettet en sag, for, at sådanne interview vedrører »indsamling af oplysninger vedrørende genstanden for en undersøgelse« som omhandlet i denne bestemmelse⁸⁴. Med andre ord, som generaladvokat Wahl fastslog i sit forslag til afgørelse i sagen Intel Corporation mod Kommissionen⁸⁵, må »[e]thvert møde med tredjemand, som specifikt er tilrettelagt for at indsamle materielle oplysninger, som skal anvendes i vurderingen af en sag, [...] være omfattet af anvendelsesområdet for artikel 19 i forordning nr. 1/2003«⁸⁶.

157. Følges en sådan fortolkning, fører det til det efter min opfattelse uacceptable resultat, at interview med det ovenfor anførte indhold foregår uden for den lovramme, som udgøres af forordning nr. 1/2003. Når Kommissionen de facto udøver sine undersøgelsesbeføjelser, finder en sådan lovramme imidlertid nødvendigvis anvendelse, selv når en undersøgelse ikke er blevet »formelt indledt«, i modsætning til hvad der synes at fremgå af den appellerede doms præmis 193⁸⁷.

⁸⁴ – Det skal endvidere påpeges, at Kommissionens interne procedurehåndbog om anvendelse af artikel 101 TEUF og 102 TEUF af 12.3.2012 (https://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_11_2019_en.pdf, kapitel 8, punkt 2.5, herefter »Kommissionens procedurehåndbog«) synes at gå i denne retning, når der heri anføres, at »for så vidt angår vished for undersøgelsens formål på tidspunktet for interviewet, skal mindst en sag registreres med et specifikt sagsnummer«. Det skal fremhæves, at oprettelsen af en sag forud for afviklingen af interviewet gør det muligt at skabe de nødvendige holdepunkter for anvendelsen af artikel 28, stk. 1, i forordning nr. 1/2003.

⁸⁵ – C-413/14 P (EU:C:2016:788, punkt 232).

⁸⁶ – Det skal desuden påpeges, at generaladvokat Wahl i punkt 233 i sit forslag til afgørelse heller ikke udelukker, at et interview som omhandlet i artikel 19 i forordning nr. 1/2003 kan gennemføres forud for en »igangværende« undersøgelse.

⁸⁷ – Artikel 2, stk. 3, i forordning nr. 773/2004 skal i øvrigt efter min opfattelse fortolkes på denne måde. Kommissionen kan udøve sine undersøgelsesbeføjelser i henhold til kapitel V i forordning nr. 1/2003, herunder beføjelsen i artikel 19, selv »inden den indleder en procedure«.

158. Dette gælder i endnu højere grad, når de oplysninger, der indhentes i forbindelse med sådanne interview, som i den foreliggende sag anvendes som tungtvejende indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelingsbeslutning, dvs. en foranstaltning, der medfører indgreb i en virksomheds private aktivitetsområde og en begrænsning af de grundlæggende rettigheder, der er fastsat i chartrets artikel 7 og i EMRK's artikel 8.

159. Til slut skal det præciseres, at den fortolkning af artikel 19 i forordning nr. 1/2003, som jeg foreslår anlagt, i modsætning til hvad Kommissionen har gjort gældende, ikke indebærer, at denne ikke længere vil være i stand til at indsamle og anvende indicier, når disse foreligger i mundtlig form.

160. I denne henseende skal det dels anføres, at det i punkt 154 i dette forslag til afgørelse beskrevne scenario ligger meget langt fra det, som Kommissionen har beskrevet i sine skriftlige bemærkninger (en repræsentant for Kommissionen, der overhører afsløringen af oplysninger under et møde, under et uformelt besøg i virksomhedens lokaler eller på et offentligt sted). Dels skal det præciseres, at Kommissionen ikke gennemfører et interview i henhold til artikel 19 i forordning nr. 1/2003 og derfor ikke er forpligtet til at registrere udvekslinger med tredjeparter, når disse ikke vedrører genstanden for en bestemt undersøgelse⁸⁸.

161. På grundlag af det ovenfor anførte er jeg af den opfattelse, at Retten har fortolket artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 1/2003 forkert og har begået en retlig fejl ved at fastslå, at indicier, der er baseret på interview med leverandørerne, bør forkastes som værende behæftet med en formel uregelmæssighed på grund af den manglende overholdelse af registreringspligten i artikel 3 i forordning nr. 773/2004.

162. Såfremt Domstolen skulle beslutte at bekræfte Rettens fortolkning af artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 1/2003, og fastslå, at den pligt til at registrere interview, der er gennemført i henhold til denne bestemmelse, kun skal opfyldes, når disse gennemføres efter indledningen af en undersøgelse som omhandlet i præmis 193 og 194 i den appellerede dom, er jeg dog fortsat af den opfattelse, at Retten med urette fandt, at Kommissionen ikke var forpligtet til overholde denne forpligtelse i den foreliggende sag.

163. Jeg er således af den opfattelse, at når Kommissionen overvejer muligheden for at anvende oplysninger, der er indhentet under dens udvekslinger med tredjeparter, med henblik på vedtagelse af en kontrolundersøgelingsafgørelse – som det fremgår klart i den foreliggende sag i lyset af genstanden, indholdet og kronologien af de interview, som den har gennemført med leverandørerne – er den under alle omstændigheder forpligtet til at registrere disse udvekslinger i henhold til artikel 3 i forordning nr. 773/2004. Efter min opfattelse er der her tale om en nødvendig garanti, henset til de indgreb, som en kontrolundersøgelse medfører i den undersøgte virksomheds grundlæggende rettigheder, navnlig med henblik på at gøre det muligt for EU's retsinstanser at efterprøve, om de indicier, som Kommissionen er i besiddelse af, efter deres karakter er tilstrækkeligt tungtvejende til, at de begrundet et sådant indgreb.

164. På baggrund af det ovenfor anførte foreslår jeg, at Domstolen tager det tredje appelanbringende til følge.

⁸⁸ – Jf. generaladvokat Wahls forslag til afgørelse Intel Corporation mod Kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 233). Jf. også Kommissionens procedurehåndbog, kapitel 8, punkt 2.4.

D. Det fjerde appelanbringende

165. Det fjerde anbringende er opdelt i fire led. De tre første led om henholdsvis en urigtig gengivelse af de faktiske omstændigheder, en retlig fejl og et åbenbart urigtigt skøn, som Retten har anlagt ved at fastslå for det første, at der ikke var blevet indledt en undersøgelse inden vedtagelsen af den første kontrolundersøgelingsafgørelse (Tute 1-afgørelsen af 9. februar 2017), for det andet at referater af interview kunne anvendes som indicier uden at opfylde bestemmelserne i artikel 19 i forordning nr. 1/2003 og artikel 3 i forordning nr. 773/2004, og for det tredje, at overholdelsen af den i disse bestemmelser omhandlede formalisme ville skade afdækningen af konkurrencebegrænsende adfærd, er i det væsentlige sammenfaldende med de argumenter, som appellanterne har fremført i deres tredje appelanbringende. Jeg henviser derfor til betragtningerne i forbindelse med undersøgelsen af dette anbringende.

166. Tilbage står følgelig at foretage en bedømmelse af det fjerde anbringendes fjerde led.

Det fjerde appelanbringendes fjerde led

167. Appellanterne har med deres fjerde appelanbringendes fjerde led foreholdt Retten, at den begik en retlig fejl ved i den appellerede doms præmis 219 at fastslå, at Kommissionen på datoen for vedtagelse af de omtvistede afgørelser var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier, uden at det var nødvendigt at fastsætte datoerne for udarbejdelse og færdiggørelse af referater af interviewene præcist.

168. For det første har de gjort gældende, at det fremgår af retspraksis, at de indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelingsafgørelse, skal fremgå af Kommissionens sagsakter forud for datoen for vedtagelse af denne afgørelse, navnlig for at gøre det muligt for de forskellige personer, der indgår i proceduren med udarbejdelse af denne, at kontrollere, om sådanne indicier er tilstrækkeligt tungtvejende, og om kontrolundersøgelsens anvendelsesområde er korrekt afgrænset. Det var således med urette, at Retten i den appellerede doms præmis 208 fastslog, at »den dato, der skal tages hensyn til, når det afgøres, om der forelå indicier på tidspunktet for vedtagelse af [de omtvistede afgørelser], er datoen for de interview med leverandørerne, der var genstand for referaterne«.

169. For det andet har appellanterne anført, at Retten i den appellerede doms præmis 215 har pålagt dem bevisbyrden for, at Kommissionen havde udarbejdet samtlige referater af interview efter datoen for vedtagelse af den første omtvistede afgørelse (Tute 1-afgørelsen af 9. februar 2017).

170. Kommissionen har gjort gældende, at den relevante dato for vurdering af, om Kommissionen var i besiddelse af indicier i form af mundtlige udtalelser, svarer til datoen for disse udtalelser og ikke den dato, på hvilken den formelt nedskrev disse udtalelser skriftligt. Den har i denne henseende henvist til dom af 9. juni 2016, Repsol Lubricantes y Especialidades m.fl. mod Kommissionen⁸⁹, der blev vedtaget i forbindelse med samarbejdsordningerne, og som er nævnt i den appellerede doms præmis 209, hvoraf det fremgår, at når Kommissionen er i besiddelse af et materielt element, svarer det til, at den har kendskab til dets indhold. I den foreliggende sag fandt interviewene med leverandørerne alle sted forud for datoen for den første omtvistede afgørelse (Tute 1-afgørelsen af 9.2.2017). Eftersom Retten har anerkendt, at Kommissionen på datoen for vedtagelse af de omtvistede afgørelser allerede var i besiddelse af de indicier, der var

⁸⁹ – C-617/13 P (EU:C:2016:416, præmis 66-74).

fremkommet på de successive møder eller telekonferencer med de 13 leverandører, tillægges Kommissionen i den appellerede dom ikke en mulighed for at foretage en efterfølgende berigtigelse.

171. Det skal indledningsvis anføres, at det klart fremgår af den appellerede doms præmis 207 og 210, at den begrundelse i dommen, som appellanterne har anfægtet i det fjerde appelanbringendes fjerde led, er baseret på den forudsætning, at Kommissionen i den foreliggende sag ikke havde en registreringspligt i henhold til artikel 3 i forordning nr. 773/2004, og at den ikke skulle redegøre for den dato, på hvilken referaterne af interviewene var blevet udarbejdet, idet det skal vurderes i forhold til den dato, på hvilken udtalelserne er blevet fremsat, dvs. på den dato, hvor interviewene blev gennemført, om de indicier, som disse interview havde givet anledning til, fandtes forinden. Retten fastslog således, at når der ikke findes en sådan registreringspligt, kan indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelingsafgørelse, og som er indhentet i forbindelse med interview, som Kommissionen har gennemført med tredjeparter, eventuelt kun være mundtlige, og at interviewene med leverandørerne i den foreliggende sag indebar kendskab til de oplysninger, der var fremkommet under disse interview, og besiddelse af de pågældende oplysninger på datoen for nævnte interview.

172. Det følger heraf, at såfremt Domstolen skulle beslutte at tage det tredje appelanbringende til følge, således som jeg har foreslået den – uanset konsekvenserne af en sådan beslutning med hensyn til ophævelse eller stadfæstelse af den appellerede dom, der vil blive drøftet senere – vil de præmisser i den appellerede dom, som det led, der behandles her, er baseret på, nødvendigvis også være omfattet af ophævelsen. Nedenstående betragtninger fremsættes for det tilfælde, at Domstolen ikke følger mit forslag.

173. Ligeledes indledningsvis skal jeg give udtryk for visse forbehold med hensyn til, om dette led er virksomt, for så vidt som det ikke er rettet mod en af de to præmisser, som Rettens afvisning af klagepunktet om, at de indicier, der lå til grund for de omtvistede afgørelser, ikke forelå på tidspunktet for vedtagelsen af disse, idet Kommissionen ikke havde godtgjort datoen for referaterne af interviewene.

174. Med henblik på at forkaste dette argument fandt Retten dels principalt, som allerede nævnt i punkt 171 i dette forslag til afgørelse, at den relevante dato, der skal tages i betragtning med henblik på at afgøre, om Kommissionen var i besiddelse af de indicier, der var fremmet på interviewene med leverandørerne, forud for vedtagelsen af de omtvistede afgørelser, var datoen for afholdelse af disse interview. Dels fandt den desuden subsidiært i den appellerede doms præmis 215, at selv om det var den dato, på hvilken referaterne af disse interview blev udarbejdet, der skulle tages i betragtning, og selv om Kommissionen ikke har fremlagt dokumentation for denne dato, kan nævnte referater af interview på grundlag af de beviser, som Kommissionen har fremlagt, og henset til den omstændighed, at den har bekræftet, at disse referater blev udarbejdet med henblik på at opfylde det, den anså for at være en registreringspligt i henhold til artikel 3 i forordning nr. 773/2004, med rimelighed anses for at være blevet udarbejdet, efterhånden som udvekslingerne fandt sted, dvs. lige fra starten af disse udvekslinger, der hovedsageligt fandt sted i slutningen af 2016⁹⁰.

⁹⁰ – Selv om denne konklusion fremgår mere klart af den appellerede doms præmis 216, der imidlertid er baseret på et bevismiddel, som Kommissionen fremlagde for sent, og som Retten afviste, følger den efter min opfattelse allerede tilstrækkeligt af nævnte doms præmis 215.

175. Selv om det er korrekt, at appellanterne også har fremsat et klagepunkt mod den appellerede doms præmis 215, vedrører dette klagepunkt kun en angiveligt omvendt bevisbyrde, der på ingen måde fremgår af Rettens ræsonnement, idet den tværtimod har anset de oplysninger, som Kommissionen har fremlagt, for at være tilstrækkelige til at godtgøre, at størsteparten af referaterne af interviewene var blevet udarbejdet forud for datoen for vedtagelse af den første omtvistede afgørelse (Tute 1-afgørelsen af 9.2.2017). Appellanterne har derimod ikke rejst tvivl om den bevisstandard, som Retten har anvendt, og har heller ikke gjort en urigtig gengivelse af beviserne fra Rettens side gældende, hvilket er det eneste klagepunkt, der ville have gjort det muligt for dem at gøre en urigtig bedømmelse af disse beviser gældende.

176. Såfremt Domstolen måtte beslutte at underkaste dette led en realitetsbedømmelse, er det nævnte led efter min opfattelse begrundet.

177. Det skal i denne henseende påpeges, at formålet med de kontrolundersøgelser, der iværksættes af Kommissionen, er at indhente sådanne oplysninger, at den kan kontrollere rigtigheden og rækkevidden af en bestemt faktisk eller retlig situation, som Kommissionen allerede er i besiddelse af oplysninger om⁹¹. Det følger heraf, at Kommissionen, inden den vedtager kontrolundersøgelsesafgørelsen, skal være i besiddelse af tungtvejende konkrete oplysninger og indicier, der begrundet dens mistanke om, at den af kontrolundersøgelsen omfattede virksomhed har begået den formodede overtrædelse⁹². Det skal endvidere fremgå klart af kontrolundersøgelsesafgørelsen, at den er i besiddelse af sådanne oplysninger og indicier⁹³.

178. Det fremgår af det ovenstående, at det med henblik på at påvise, at de indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelsesafgørelse, allerede forelå forud for datoen for vedtagelse af denne afgørelse, påhviler Kommissionen ikke blot at godtgøre, at den på denne dato var materielt i besiddelse af kilden til de oplysninger, som den støtter sig på som begrundelse for kontrolundersøgelsen, men også at den rent konkret har været i stand til at vurdere, dels om og i hvilket omfang disse oplysninger gjorde det muligt at fremsætte formodninger for en overtrædelse og fastlægge de væsentlige faktiske forhold vedrørende nævnte overtrædelse, således at den kunne afgrænse kontrolundersøgelsens anvendelsesområde og de oplysninger, den søgte efter i forbindelse med kontrolundersøgelsen, dels om disse indicier var tungtvejende.

179. Spørgsmålet om, hvorvidt de indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelsesafgørelse, allerede forelå forud for datoen for vedtagelse af denne afgørelse, er med andre ord ikke blot et spørgsmål om Kommissionens »besiddelse« af oplysningerne. Dette er grunden til, at den formodning, der fremgår af den retspraksis om samarbejdsafgørelser, der er nævnt i den appellerede doms præmis 209, hvorefter den omstændighed, at Kommissionen blot er i besiddelse af en oplysning, svarer til, at den har kendskab hertil, efter min opfattelse ikke finder anvendelse på kontrolundersøgelsesafgørelser, således at denne retspraksis, i modsætning til, hvad Retten har fastslået, ikke finder anvendelse på dette område.

180. Med henblik på at muliggøre en domstolsprøvelse af, om det indgreb i den berørte virksomheds privatsfære, som en kontrolundersøgelse udgør, er vilkårligt, skal Kommissionen godtgøre, at kontrolundersøgelsesafgørelsen er baseret på tilstrækkeligt tungtvejende indicier,

⁹¹ – Jf. dom af 26.6.1980, National Panasonic mod Kommissionen (136/79, EU:C:1980:169, præmis 13 og 21).

⁹² – Jf. Roquette Frères-dommen, præmis 99, og Rettens Deutsche Bahn-dom, præmis 172, samt dom af 27.11.2014, Alstom Grid mod Kommissionen (T-521/09, EU:T:2014:1000, præmis 53).

⁹³ – Jf. navnlig dom af 20.6.2018, Česká dráhy mod Kommissionen (T-621/16, ikke trykt i Sml., EU:T:2018:367, præmis 85 og den deri nævnte retspraksis).

som den rent konkret har været i stand til at vurdere, og at det område for undersøgelsen, som er afgrænset med denne afgørelse, er begrænset til den overtrædelse, som Kommissionen kan nære mistanke om på grundlag af disse indicier.

181. Der kan efter min opfattelse imidlertid kun føres et sådant bevis i forbindelse med oplysninger i tredjepersoners mundtlige udtalelser, der ikke er blevet nedskrevet i henhold til artikel 3 i forordning nr. 773/2004, når disse oplysninger er blevet transskriberet, eller der er udarbejdet et detaljeret referat af deres indhold. Jeg er derfor tilbøjelig til at mene, at den relevante dato, der skal tages i betragtning ved bestemmelsen af, om de indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelsesafgørelse, allerede forelå forud for datoen for vedtagelse af denne afgørelse, for så vidt angår indicier, der er fremkommet i sådanne udtalelser, er den dato, på hvilken der foretages en nedskrivning eller udarbejdes et referat af udvekslingerne mellem Kommissionen og den eller de berørte personer, hvor disse udtalelser er blevet indhentet.

182. Det skal tilføjes, at kravet om en hurtig vedtagelse af kontrolundersøgelsesafgørelser efter meddelelsen af oplysninger om potentielle overtrædelser med henblik på at minimere risiciene for lækager og forsøg på at skjule beviser, som Retten fremhævede i den appellerede doms præmis 210, efter min opfattelse ikke kan føre til, at der indføres en generel regel, som finder anvendelse på alle sager, hvorefter alene den dato, på hvilken Kommissionen har modtaget de mundtlige udtalelser, som de indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelsesafgørelse, er baseret på, er relevant med henblik på at fastslå, om disse indicier forelå forud for vedtagelsen af denne afgørelse. Selv om jeg naturligvis har forståelse for et sådant krav, kan det dog efter min opfattelse ikke begrunde fraværet af ethvert skriftligt spor af de interview, som Kommissionen har afholdt med tredjeparter, når den ikke har foretaget en formel registrering, navnlig i tilfælde som i den foreliggende sag, hvor de pågældende interview har fundet sted over flere uger eller endog flere måneder, og Kommissionen således har haft tid til at udarbejde referater, efterhånden som den indhentede udtalelserne fra leverandørerne.

183. Selv om jeg er af den opfattelse, at sagsmaterialet i det mindste skal indeholde et referat af de interview, som Kommissionen anvender som begrundelse for en kontrolundersøgelsesafgørelse, forud for datoen for vedtagelse af kontrolundersøgelsesafgørelsen⁹⁴, er jeg derimod af den opfattelse, at kravene om hurtighed kan begrunde, at Kommissionen har set bort fra denne regel i en konkret sag.

184. På baggrund af alle de ovenstående betragtninger er jeg af den opfattelse, at såfremt Domstolen skulle beslutte at realitetsbehandle det fjerde appellanbringendes fjerde led, bør det tages til følge.

E. Det femte appellanbringende

185. Appellanterne har med deres femte anbringende om en begrundelsesfejl som følge af den manglende kontrol af indiciernes bevisværdi og en fejl i kvalificeringen som et »indicium«, anfægtet den appellerede doms præmis 220-232, 253 og 254.

⁹⁴ – Selv om Roquette Frères-dommen ikke vedrørte spørgsmålet om, på hvilket tidspunkt indicier, der ligger til grund for en kontrolundersøgelsesafgørelse, som Kommissionen har indhentet, står til dens rådighed, fremgår det ikke desto mindre af dens præmis 61, at reglen er, at sådanne indicier skal fremgå af sagsmaterialet allerede før vedtagelsen af denne afgørelse.

186. De har for det første foreholdt Retten, at den ikke, som de havde nedlagt påstand om, og som det kræves i EMRK's artikel 6 og 8, har foretaget en kontrol *in concreto* af det omfang, i hvilket de mange uregelmæssigheder, som de havde gjort opmærksom på, og som de oplysninger, som Kommissionen havde fremlagt, var behæftet med, påvirker disse oplysningers troværdighed og dermed deres bevisværdi.

187. Det må i denne henseende konstateres, at Retten i den appellerede doms præmis 224-232 foretog en sådan kontrol, idet den successivt vurderede troværdigheden og bevisværdien af leverandørernes udtalelser, der fremgår af referaterne af interviewene (præmis 225), af 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 (herefter »e-mailen fra direktøren for sammenslutning N«, præmis 226) og de referater af interview, som Kommissionen havde udarbejdet (præmis 229). I de samme præmisser i dommen undersøgte og forkastede Retten i øvrigt alle de af appellanterne fremførte argumenter, der havde til formål at så tvivl om troværdigheden eller bevisværdien af disse forskellige oplysninger og deres kvalifikation som »indicier«.

188. Under disse omstændigheder kan det femte appelanbringendes første klagepunkt efter min opfattelse ikke tages til følge.

189. For det andet har appellanterne foreholdt Retten, at den i den appellerede doms præmis 253 og 254 kvalificerede »vage og spekulative« udtalelser som »tungtvejende indicier«, hvoraf den blot havde udledt, at der findes ligheder, og den omstændighed, at »ingen leverandører har oplyst, at de finder det mindre sandsynligt«, at der foregår udveksling af oplysninger. Fraværet af udtalelser, der benægter, at der findes et kartel, kan imidlertid ikke udgøre et tungtvejende indicium for, at et sådant findes.

190. Ligesom Kommissionen er jeg af den opfattelse, at appellanterne med disse argumenter – der i øvrigt blot består i at anfægte isolerede passager i den appellerede dom, som er taget ud af sammenhæng – i realiteten ønsker at så tvivl om Rettens vurdering af de beviser, der er forelagt for den, uden at godtgøre eller i øvrigt gøre en urigtig gengivelse af disse oplysninger gældende.

191. Det femte appelanbringendes andet klagepunkt bør efter min opfattelse således afvises. Appellanterne har i deres replik bekræftet, at de med dette klagepunkt ønsker at anfægte den retlige kvalifikation af de faktiske omstændigheder, som Retten har lagt til grund, og ikke vurderingen af dem.

192. I denne henseende skal det blot påpeges, at Retten i den appellerede doms præmis 253 og 254 har fremført et supplerende ræsonnement, således som det fremgår af udtrykket »for fuldstændighedens skyld« i starten af nævnte doms præmis 252.

193. I dommens præmis 248-251 konkluderede Retten efter at have bedømt de oplysninger, der var fremkommet under interviewene med leverandørerne, som de fremgår af de referater, som Kommissionen har udarbejdet, at disse oplysninger udgjorde tilstrækkeligt tungtvejende indicier for, at der findes parallel adfærd i de to internationale leverandørsammenslutninger, nemlig ICDC og AgeCore (som Intermarché var medlem af), kendetegnet ved deres samtidige og sammenfaldende krav til leverandørerne om rabatter.

194. I den appellerede doms præmis 252 anførte Retten, at Kommissionen »nøjedes [...] 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, forefindes«, men også havde fremlagt »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«. Den appellerede doms præmis 253 og 254, som appellanterne har kritiseret, vedrører imidlertid netop tilmed vurderingen af, om sådanne indicier efter deres karakter er tilstrækkeligt tungtvejende.

195. I nævnte doms præmis 256-258 påpegede Retten i øvrigt, at leverandørernes udtalelser om distributørernes udvekslinger af oplysninger om rabatter bekræftes af »oplysninger om de kanaler, der kan benyttes til disse udvekslinger«, der stammer fra udtalelser fra flere leverandører og fra e-mailen fra direktøren for sammenslutning N.

196. Det følger heraf, at såfremt appellanterne med det femte appelanbringendes andet klagepunkt har til hensigt at foreholde Retten en fejl i den retlige kvalifikation, bør klagepunktet erklæres for uvirksomt.

197. På grundlag af alle de ovenstående betragtninger er det femte appelanbringende efter min opfattelse dels ugrundet, dels må det afvises eller anses for uvirksomt.

F. Konsekvenserne af den fejl, som Retten begik

198. Det fremgår af bedømmelsen af det tredje appelanbringende, at Retten begik en retlig fejl, idet den konkluderede, at de indicier, der var fremkommet under interviewene med leverandørerne, ikke skulle forkastes som værende behæftet med en formel uregelmæssighed på grund af den manglende overholdelse af registreringspligten, der er fastsat i artikel 19 i forordning nr. 1/2003 og i artikel 3 i forordning nr. 773/2004.

199. Hvad angår de konsekvenser, der skal drages af en sådan fejl, skal det påpeges, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at såfremt begrundelsen i en afgørelse afsagt af Retten er i strid med EU-retten, men konklusionen er berettiget af andre retlige grunde, bevirker en sådan tilsidesættelse ikke, at denne afgørelse skal ophæves, men at begrundelsen skal ændres⁹⁵.

200. Som det fremgår af den appellerede doms præmis 206, skal det imidlertid anføres, at Retten, eftersom den havde forkastet appellanternes argumenter om manglende overholdelse af pligten til registrering af interviewene med leverandørerne, fandt, at det var uforment at tage stilling til Kommissionens argument om, at referaterne af disse interview udgjorde registreringer i overensstemmelse med artikel 19 i forordning nr. 1/2003 og artikel 3 i forordning nr. 773/2004.

201. Dette argument bør derfor undersøges. Såfremt det skulle vise sig at være begrundet, kan den anfægtede del af Rettens domskonklusion bibeholdes på grundlag af andre præmisser end de fejlbehæftede⁹⁶.

⁹⁵ – Jf. Intel-dommen, præmis 94.

⁹⁶ – Efter min opfattelse kan Domstolen under de omstændigheder, der gør sig gældende i den foreliggende sag, i givet fald foretage en ændring af begrundelsen, selv om det betyder, at den skal behandle et argument, som Retten ikke har taget stilling til.

202. Kommissionen har for Retten hævdet, at den havde opfyldt sin pligt til registrering af udtalelserne fra de 13 udspurgte leverandører, idet den havde udarbejdet lange og detaljerede referater, der på pålidelig måde afspejlede indholdet af disse udtalelser, og at disse var blevet tilført sagsakterne. Ifølge Kommissionen er et detaljeret referat, der tilføres sagsakterne, en af de »former« for registrering, som Kommissionen kan vælge i henhold til artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 773/2004 på lige fod med lydoptagelser eller billedoptagelser eller en ordret nedskrivning. Den har ligeledes gjort gældende, at selv hvis det antages, at den ikke havde opfyldt sin pligt til registrering, udgjorde de 13 leverandørers udtalelser under alle omstændigheder stadig indicier.

203. Jeg er i denne henseende af den opfattelse, at selv om det ikke kan udelukkes, at et detaljeret referat udarbejdet af Kommissionen efter et interview gennemført i henhold til artikel 19 i forordning nr. 1/2003, og som er tilført sagsakterne, kan opfylde formkravene i artikel 3 i forordning nr. 773/2004, kan dette under alle omstændigheder ikke være tilfældet, når den person, der har fremsat udtalelserne, ikke har modtaget en kopi af referatet og dermed ikke har haft muligt for at gennemse det og om nødvendigt rette i sine udtalelser. En anden fortolkning ville være i strid med ordlyden af artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 773/2004, hvoraf det fremgår, at »[d]en udspurgte får forelagt en kopi af registrerede udtalelser til godkendelse«, og at Kommissionen om nødvendigt fastsætter »en frist for den udspurgte til at underrette den om eventuelle rettelser i udtalelserne«.

204. Der kan efter min opfattelse heller ikke indirekte udledes en anden fortolkning af Intel-dommens præmis 92, hvori Domstolen undersøgte, om det forhold, at et internt notat fra Kommissionen med en kort gengivelse af indholdet af de emner, der var blevet behandlet på det omtvistede interview, kunne råde bod på den manglende registrering af disse udvekslinger. Dels behandlede Domstolen i denne præmis ikke spørgsmålet om, hvorvidt dette notat kunne udgøre en formel registrering i henhold til artikel 3, stk. 3, i forordning nr. 773/2004, men kun spørgsmålet om, hvorvidt nævnte notat kunne råde bod på overtrædelsen af bestemmelserne i denne artikel og i artikel 19 i forordning nr. 1/2003. Dels bemærkede den blot, at det pågældende notat ikke indeholdt noget om indholdet af de drøftelser, som fandt sted under dette interview, og arten af de oplysninger, som den udspurgte person gav, og dermed uanset alle andre faktorer ikke kunne give den berørte virksomhed de oplysninger, der var nødvendige for, at den kunne udøve sin ret til forsvar. Desuden fremgår det af Intel-dommens præmis 95 og 96, at Kommissionen ikke støttede sig på det pågældende notat, da den skulle godtgøre overtrædelsen, og der alene opstod det spørgsmål, om de udtalelser, der var blevet givet under det omtvistede interview, indeholdt diskulperende oplysninger.

205. I overensstemmelse med det, der allerede er blevet fremført i punkt 143 i dette forslag til afgørelse, er jeg af den opfattelse, at tilsidesættelsen af bestemmelserne om registrering indebærer, at oplysninger, som Kommissionen indhenter under interview, der ikke registreres behørigt med henblik på vedtagelse af kontrolundersøgelsesafgørelsen, ikke kan anvendes.

G. Konklusion vedrørende appellen

206. På grundlag af alle de ovenstående betragtninger foreslår jeg Domstolen, at den tager appellen til følge, og at punkt 2 i den appellerede doms konklusion ophæves.

V. Om søgsmålet

207. Det af appellanterne for Retten rejste klagepunkt om Kommissionens manglende overholdelse af registreringspligten i henhold til artikel 19 i forordning nr. 1/2003 og artikel 3 i forordning nr. 773/2004 er efter min opfattelse af de i punkt 144-163 og 202-205 i dette forslag til afgørelse nævnte grunde begrundet, og de indicier, der er baseret på interview med leverandørerne, skal derfor forkastes som værende behæftet med en formel uregelmæssighed.

208. Det fremgår af sagsakterne, at de oplysninger, der er baseret på disse interview, udgjorde de væsentligste indicier, der lå til grund for de omtvistede afgørelser, idet e-mailen fra direktøren for sammenslutning N – hvis bevisværdi i øvrigt er begrænset af den omstændighed, at den kun indeholder de fremsendte udtalelser og ikke er et udtryk for et personligt og direkte kendskab til de pågældende forretningsforbindelser – og bilagene hertil blot supplerer disse oplysninger.

209. Under disse omstændigheder må det efter min opfattelse konkluderes, at Kommissionen på datoen for vedtagelse af de omtvistede afgørelser ikke var i besiddelse af tilstrækkeligt tungtvejende indicier, der kunne begrunde formodningerne i de omtvistede afgørelses artikel 1, litra a), og at disse afgørelser bør annulleres i deres helhed.

VI. Forslag til afgørelse

210. Jeg foreslår på baggrund af det anførte, at Domstolen træffer følgende afgørelse:

- »– Punkt 2 i den appellerede doms konklusion ophæves.
- Kommissionens afgørelse C(2017) 1057 final af 9. februar 2017, hvorved det blev pålagt Intermarché og alle selskaber, der direkte eller indirekte kontrolleres af dette selskab, at underkaste sig en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 20, stk. 1 og 4, i Rådets forordning (EF) nr. 1/2003 af 16. december 2002 om gennemførelse af konkurrencereglerne i traktatens artikel [101 TEUF] og [102 TEUF] (sag AT.40466 – Tute 1), og Kommissionens afgørelse C(2017) 1361 final af 21. februar 2017, hvorved det blev pålagt Les Mousquetaires og alle selskaber, der direkte eller indirekte kontrolleres af denne koncern, at underkaste sig en kontrolundersøgelse i henhold til artikel 20, stk. 1 og 4, i forordning nr. 1/2003 (sag AT.40466 – Tute 1), annulleres.
- Europa-Kommissionen betaler sagsomkostningerne, herunder sagsomkostningerne i forbindelse med sagen for Retten.
- Rådet for Den Europæiske Union bærer sine egne sagsomkostninger.«