



Jurisprudentie

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

6 september 2013*

„Mededinging — Administratieve procedure — Besluit waarbij inspectie wordt gelast —
Inspectiebevoegdheden van Commissie — Recht van verweer — Evenredigheid — Motiveringsplicht”

In de gevoegde zaken T-289/11, T-290/11 en T-521/11,

Deutsche Bahn AG, gevestigd te Berlijn (Duitsland),

DB Mobility Logistics AG gevestigd te Berlijn,

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

DB Netz AG, gevestigd te Frankfurt am Main,

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

DB Schenker Rail Deutschland AG, gevestigd te Mainz,

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

vertegenwoordigd door W. Deselaers, O. Mross en J. Brückner, advocaten,

verzoeksters,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door L. Malferrari, N. von Lingen en R. Sauer als gemachtigden,

verweerster,

ondersteund door

Koninkrijk Spanje, aanvankelijk, in de zaken T-289/11 en T-290/11, vertegenwoordigd door M. Muñoz Pérez, vervolgens, in de zaken T-289/11, T-290/11 en T-521/11, door S. Centeno Huerta, abogados del Estado,

door

Raad van de Europese Unie, vertegenwoordigd door M. Simm en F. Florindo Gijón als gemachtigden,

en door

* Procestaal: Duits.

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

interveniënten,

betreffende beroepen tot nietigverklaring van de besluiten C(2011) 1774 van 14 maart 2011, C(2011) 2365 van 30 maart 2011 en C(2011) 5230 van 14 juli 2011 van de Commissie waarbij overeenkomstig artikel 20, lid 4, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad inspecties zijn gelast bij Deutsche Bahn AG en al haar dochterondernemingen (zaken COMP/39.678 en COMP/39.731),

wijst

HET GERECHT (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: I. Pelikánová, president, K. Jürimäe en M. van der Woude (rapporteur), rechters,

griffier: K. Andová, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 9 april 2013,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

- 1 Deutsche Bahn AG, DB Mobility Logistics AG, DB Netz AG, DB Energie GmbH, Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS), DB Schenker Rail GmbH en DB Schenker Rail Deutschland AG, verzoeksters, en alle rechtstreeks of indirect onder de zeggenschap van Deutsche Bahn staande rechtspersonen, vormen een internationale onderneming die actief is in de sector van het nationaal en internationaal vervoer van goederen en passagiers, van de logistiek en van het verrichten van nevendiensten voor het vervoer per spoor. De bij de onderhavige zaken betrokken dochterondernemingen zijn rechtstreeks of indirect in volle eigendom van Deutsche Bahn.

Eerste inspectie

Eerste inspectiebesluit

- 2 Bij besluit C(2011) 1774 van 14 maart 2011 (zaken COMP/39.678 en COMP/39.731) (hierna: „eerste inspectiebesluit”) heeft de Europese Commissie Deutsche Bahn en alle rechtstreeks of indirect onder haar zeggenschap staande rechtspersonen gelast om zich te onderwerpen aan een inspectie overeenkomstig artikel 20, lid 4, van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB L 1, blz. 1).
- 3 Artikel 1 van het eerste inspectiebesluit is als volgt geformuleerd:

„Deutsche Bahn AG [...] en alle rechtstreeks of indirect onder haar zeggenschap staande ondernemingen, DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Schenker Rail GmbH en DB Schenker Rail Deutschland AG daaronder begrepen, zijn verplicht zich te onderwerpen aan een

inspectie met betrekking tot hun gedragingen die artikel 102 VWEU en artikel 54 van de EER-Overeenkomst kunnen schenden in de sector van het vervoer per spoor en de verrichting van nevendiensten, in de lidstaten waar de betrokken dochterondernemingen van de DB-groep actief zijn in het vervoer per spoor van passagiers en goederen, met name in Duitsland. Deze gedragingen hebben betrekking op een potentieel ongerechtvaardigde bevoorrechtiging door DB Energie GmbH van andere dochterondernemingen van de DB groep, met name door een systeem van kortingen op de levering van tractiestroom, waardoor de DB-groep de mededinging op de stroomafwaartse markten voor spoorvervoer kan belemmeren.

De inspectie mag plaatsvinden in alle gebouwen van de groep Deutsche Bahn AG (met name in de gebouwen van Deutsche Bahn AG, Potsdamer Platz 2, 10785 Berlijn, Duitsland; DB Mobility Logistics AG, Potsdamer Platz 2, 10785 Berlijn, Duitsland; DB Energie GmbH, Pfarrer-Perabo-Platz 2, 60326 Frankfurt am Main, Duitsland; DB Schenker Rail GmbH, Rheinstrasse 2, 55116 Mainz, Duitsland, en DB Schenker Rail Deutschland AG, Rheinstrasse 2, 55116 Mainz, Duitsland).

Deutsche Bahn AG en alle rechtsreeks of indirect onder haar zeggenschap staande ondernemingen, DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Schenker Rail GmbH en DB Schenker Rail Deutschland daaronder begrepen, staan toe dat de door de Commissie tot het verrichten van een inspectie gemachtigde functionarissen en andere begeleidende personen, alsook de ambtenaren van de mededingingsautoriteit van de betrokken lidstaat en de door deze autoriteit gemachtigde of benoemde ambtenaren die de voormelde functionarissen en personen bijstaan, om alle lokalen, terreinen en vervoermiddelen gedurende de normale werkuren te betreden. Op verzoek van de functionarissen en de voormelde personen geven zij inzage in de boeken en alle andere bescheiden in verband met het bedrijf, ongeacht de aard van de drager daarvan, ter fine van het onderzoek en staan zij hun toe om deze boeken en andere bescheiden ter plaatse te onderzoeken en om daarvan afschriften of uittreksels, in welke vorm ook, te maken. Zij staan toe dat alle lokalen en boeken of andere bescheiden van het bedrijf worden verzegeld voor de duur van de inspectie en voor zover nodig voor deze inspectie. Op verzoek van de functionarissen of de voornoemde personen geven zij onmiddellijk ter plaatse mondelinge toelichtingen bij feiten die verband houden met het voorwerp en het doel van de inspectie en staan zij elke vertegenwoordiger of elk personeelslid toe om dergelijke toelichtingen te geven. Zij staan toe dat deze toelichtingen, in welke vorm ook, worden opgetekend.”

- 4 In artikel 2 van het eerste inspectiebesluit preciseert de Commissie dat de inspectie op 29 maart 2011 mag beginnen. In artikel 3 van dit besluit bepaalt zij dat het inspectiebesluit onmiddellijk voor de inspectie aan Deutsche Bahn en aan alle rechtstreeks of indirect onder haar zeggenschap staande dochterondernemingen zal worden betekend.
- 5 Het eerste inspectiebesluit is als volgt gemotiveerd:

„De Commissie beschikt over aanwijzingen dat DB Energie een voorkeursbehandeling kan geven aan de betrokken dochterondernemingen van de DB-groep die actief zijn op de markten voor vervoer per spoor van passagiers en goederen in de lidstaten waar deze ondernemingen actief zijn, met name in Duitsland, door middel van een systeem van kortingen op de levering van tractiestroom. Deze bevoorrechtiging kan met name voortvloeien uit de structuur van de door DB Energie aangeboden kortingen en is potentieel niet objectief gerechtvaardigd. De Commissie beschikt over gegevens die erop wijzen dat DB Energie vroeger mogelijk gelijkaardige kortingsystemen toepaste op de voorziening in tractiestroom, en dit minstens sinds 2002. Bovendien mag niet worden uitgesloten dat DB Energie deze kortingsystemen of gelijkaardige systemen reeds voor deze datum toepaste. Vermoed wordt dat deze manier van zaken doen de betrokken dochterondernemingen van de DB-groep in staat stelt om een voordeel te verkrijgen ten opzichte van hun concurrenten op de stroomafwaartse markten voor vervoer per spoor, in de lidstaten waar deze dochterondernemingen van de DB-groep actief zijn in de sector van het vervoer per spoor van passagiers en goederen, met name in Duitsland, en dat de

DB-groep zo de mededinging op deze markten kan belemmeren. Indien de zojuist omschreven gedragingen bewaarheid worden, vormen zij een inbreuk op artikel 102 VWEU en artikel 54 van de EER-Overeenkomst.

Om alle relevante feiten met betrekking tot de vermoede feitelijk afgestemde gedragingen en de algemene context te onderzoeken, en de precieze deelname van alle betrokken rechtspersonen te bepalen, dient de Commissie noodzakelijkerwijs inspecties op basis van artikel 20 van verordening nr. 1/2003 te verrichten.

De beslissingen over de prijsstelling worden binnen de DB-groep waarschijnlijk op verschillende niveaus van de onderneming genomen. Waarschijnlijk kan relevant bewijsmateriaal bovendien worden teruggevonden bij de dochterondernemingen van de DB-groep die vermoedelijk voordelige prijzen genieten die mogelijk niet zijn gerechtvaardigd, wat de mededinging op de markten voor het spoorvervoer kan belemmeren. Er bestaan dus aanwijzingen dat op elk van de in artikel 1 van dit besluit opgesomde plaatsen bewijsmateriaal kan worden gevonden.

Volgens de informatie waarover de Commissie beschikt, was het door DB Energie voorheen op de Duitse markten voor vervoer per spoor van passagiers en goederen toegepaste prijsstelsel reeds aan de orde in geschillen in Duitsland, waarbij de toezichthoudende autoriteiten en de mededingingsautoriteiten partij waren. De betrokken rechtspersonen weten dus dat de toezichthoudende autoriteiten en de mededingingsautoriteiten toezicht houden op hun prijsstelling. De Commissie heeft in het verleden bovendien vastgesteld dat de praktijken van de DB-groep op het gebied van prijsstelling in strijd waren met artikel 102 VWEU, wat de rechterlijke instanties van de Europese Unie hebben bevestigd. Bijgevolg zouden de betrokken rechtspersonen kunnen proberen om het bewijsmateriaal in verband met deze praktijken te verbergen, achter te houden of te vernietigen, teneinde te verhinderen dat eventuele onrechtmatige prijsvaststellingspraktijken worden ontdekt.

Om de doeltreffendheid van de inspecties te waarborgen, is het essentieel dat zij worden uitgevoerd zonder de ondernemingen waarvan wordt vermoed dat zij aan de inbreuk hebben deelgenomen, te waarschuwen, en dat zij tezelfdertijd op verschillende plaatsen worden verricht.

Daartoe is een besluit overeenkomstig artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 waarbij een inspectie bij deze rechtspersonen wordt gelast, vereist.”

Verloop van de eerste inspectie

- 6 In de ochtend van 29 maart 2011 hebben 32 functionarissen van de Commissie zich aangediend bij de kantoren van verzoeksters te Berlijn (Duitsland), Frankfurt am Main (Duitsland) en Mainz (Duitsland), en hebben zij hun het op basis van artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 genomen eerste inspectiebesluit betekend.
- 7 Verzoeksters hebben hun advocaten gecontacteerd, die de inspectie vanaf de eerste dag hebben bijgewoond. Zij hebben geen bezwaren tegen de inspectie geuit en hebben evenmin het ontbreken aan een rechterlijke machtiging aan de kaak gesteld. Zij hebben zich ook na de betekening van de inspectie niet op basis van artikel 20, lid 6, van verordening nr. 1/2003 daartegen verzet. De Commissie heeft bijgevolg op geen enkel moment een beroep hoeven te doen op de bijstand van de Duitse autoriteiten op basis van hetzelfde artikel 20, lid 6, van genoemde verordening.
- 8 Na de betekening van het eerste inspectiebesluit hebben de vertegenwoordigers van de onderneming het proces-verbaal van betekening ondertekend. Zij hebben de inspecteurs de organigrammen en de telefoonboeken van de onderneming overgelegd, hebben geantwoord op de vragen betreffende de identiteit van bepaalde werknemers, hebben de inspecteurs begeleid in de kantoren van de aldus

uitgezochte personen en hebben geen bezwaren geuit tegen het doorzoeken van deze kantoren. De in deze kantoren aanwezige dossiers zijn, soms uitvoerig, onderzocht. De inspecteurs hebben aan de hand van sleutelwoorden eveneens elektronische documenten, zoals e-mails, doorzocht.

- 9 Tussen de ochtend van 29 maart 2011 en 31 maart 2011, rond 14.00 uur, hebben de inspecteurs van de Commissie in de kantoren van DB Schenker Rail Deutschland te Mainz documenten ontdekt die volgens de Commissie het bestaan van een andere mededingingsbeperkende gedraging deden vermoeden. Deze mededingingsbeperkende gedraging had tot doel om concurrenten op het gebied van het vervoer per spoor achter te stellen door middel van de door verzoeksters beheerde infrastructuur en bepaalde daarmee verbonden diensten. Wanneer een document zonder twijfel verband hield met deze nieuwe vermoedens, werd dit document afzonderlijk bewaard.
- 10 De Commissie heeft het noodzakelijk geacht om een onderzoek op te starten ten aanzien van DUSS, wat aanleiding heeft gegeven tot het vaststellen van een tweede inspectiebesluit.
- 11 De eerste inspectie eindigde op 31 maart 2011 bij Deutsche Bahn en DB Mobility Logistics te Berlijn.

Tweede inspectie

Tweede inspectiebesluit

- 12 Bij besluit C(2011) 2365 van 30 maart 2011 (zaken COMP/39.678 en COMP/39.731) (hierna: „tweede inspectiebesluit”) heeft de Commissie Deutsche Bahn en alle rechtstreeks of indirect onder haar zeggenschap staande rechtspersonen gelast zich te onderwerpen aan een inspectie overeenkomstig artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003.
- 13 Artikel 1 van het tweede inspectiebesluit is in de volgende bewoordingen gesteld:

„Deutsche Bahn AG, [...] en alle rechtstreeks of indirect onder haar zeggenschap staande rechtspersonen, DB Mobility Logistics AG, DB Netz AG, Deutsche Umschlagengesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH, DB Schenker Rail GmbH en DB Schenker Rail Deutschland AG daaronder begrepen, zijn verplicht zich te onderwerpen aan een inspectie met betrekking tot hun gedragingen die artikel 102 VWEU en artikel 54 EER-Overeenkomst kunnen schenden in de sector van het vervoer per spoor en de verrichting van nevendiensten, in de lidstaten waar de betrokken dochterondernemingen van de DB-groep actief zijn in het vervoer per spoor van passagiers en goederen, met name in Duitsland. Deze gedragingen hebben betrekking op een mogelijk ongerechtvaardigde benadeling van de concurrenten van de DB-groep door Deutsche Umschlagengesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH teneinde laatstgenoemde toe te laten de mededinging op de stroomafwaartse markten voor het vervoer per spoor te belemmeren. De inspectie mag plaatsvinden in alle lokalen van de Deutsche Bahn AG-groep [...].”
- 14 In artikel 2 van het tweede inspectiebesluit preciseert de Commissie dat de inspectie op 30 maart 2011 mag beginnen. In artikel 3 van dit besluit geeft zij aan dat dit inspectiebesluit onmiddellijk voor de inspectie aan Deutsche Bahn en aan alle rechtstreeks of indirect onder haar zeggenschap staande rechtspersonen zal worden betekend.
- 15 Het tweede inspectiebesluit is gemotiveerd als volgt:

„Op basis van informatie die zij reeds in haar bezit heeft, beschikt de Commissie over aanwijzingen dat DUSS concurrenten die actief zijn op de Duitse markten voor vervoer per spoor kan benadelen door hun toegang tot de terminals van DB te bemoeilijken of door hen ongelijk te behandelen, wat het haar mogelijk maakt om haar machtspositie te misbruiken. Dit kan met name voortvloeien uit het feit dat DUSS een ongeschikte toegang tot de terminals biedt, minder doeltreffende diensten verleent of de

toegang tot de terminals weigert. De Commissie beschikt over aanwijzingen dat deze praktijken worden toegepast sinds 2007. Vermoed wordt dat deze handelspraktijk de dochterondernemingen van de DB-groep begunstigt ten aanzien van hun concurrenten op de stroomafwaartse markten voor spoorvervoer, in de lidstaten waar deze dochterondernemingen van de DB-groep actief zijn in de sector van het vervoer per spoor, met name in Duitsland, en dat de DB-groep de mededinging op deze markten aldus kan belemmeren. [...]

Tijdens de inspecties die op 29 maart in de gebouwen van de DB-groep werden verricht om eventuele onrechtmatige prijspraktijken op het spoor te komen, vernam de Commissie dat bewijsmateriaal betreffende de voormelde praktijken zich in het bezit van rechtspersonen van de DB-groep bevond. Bijgevolg konden de betrokken rechtspersonen trachten om dit bewijsmateriaal en andere met deze praktijken verband houdende bewijzen te verbergen, achter te houden of te vernietigen teneinde te verhinderen dat eventuele onrechtmatige praktijken werden ontdekt.

Gedurende de voormelde inspecties heeft de Commissie bovendien inlichtingen ontvangen over het bestaan van bewijsmateriaal met betrekking tot een mogelijke mededingingsbeperkende gedraging bestaande in het strategisch inzetten van door de ondernemingen van de DB-groep beheerde infrastructuur en van de verrichting van spoorwegdiensten. Deze vermeende gedraging betreft in het bijzonder de toegang tot onderhouds- en reparatieinstallaties en het verrichten van nevendiensten. Dergelijke gedragingen lijken tot doel te hebben de activiteiten van de concurrenten van de DB-groep in de sector van het spoorvervoer te verhinderen of te belemmeren.

[...]”

Verloop van de tweede inspectie

- 16 Tijdens de eerste inspectie heeft de Commissie verzoeksters op 31 maart, omstreeks 14.00 uur, het tweede inspectiebesluit van 30 maart 2011 betekend.
- 17 Verzoeksters, bijgestaan door hun advocaten, hebben geen bezwaren gemaakt tegen het tweede inspectiebesluit en hebben het ontbreken aan een rechterlijke machtiging niet aan de kaak gesteld. Evenmin hebben zij zich na de betekening van de inspectie verzet op basis van artikel 20, lid 6, van verordening nr. 1/2003. De Commissie heeft dus op geen enkel moment een beroep hoeven te doen op de bijstand van de Duitse autoriteiten op basis van hetzelfde artikel 20, lid 6, van deze verordening.
- 18 De tweede inspectie eindigde op 1 april 2011 bij DB Schenker Rail Deutschland te Mainz.

Derde inspectie

Derde inspectiebesluit

- 19 Bij besluit C(2011) 5230 van 14 juli 2011 (zaken COMP/39.678 en COMP/39.731) (hierna: „derde inspectiebesluit”) heeft de Commissie Deutsche Bahn en alle rechtstreeks of indirect onder haar zeggenschap staande rechtspersonen gelast zich te onderwerpen aan een inspectie overeenkomstig artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003.
- 20 Artikel 1 van het derde inspectiebesluit is geformuleerd als volgt:

„De onderneming Deutsche Bahn AG, [...] alsook alle rechtstreeks en indirect onder haar zeggenschap staande ondernemingen, Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene Strasse (DUSS) mbh, DB Netz AG, DB Schenker Rail GmbH et DB Schenker Rail Deutschland AG daaronder begrepen, zijn verplicht zich te onderwerpen aan een inspectie met betrekking tot hun gedragingen die artikel 102 VWEU en

artikel 54 EER-Overeenkomst kunnen schenden in de sector van het vervoer per spoor en de verrichting van nevendiensten, in de lidstaten waar de betrokken dochterondernemingen van de DB-groep actief zijn in het vervoer per spoor van passagiers en goederen, met name in Duitsland. De praktijken betreffen een eventuele ongerechtvaardigde benadeling van de concurrenten van de DB-groep door Deutsche Umschlagengesellschaft Schiene Strasse GmbH (DUSS) mbH, waardoor de DB-groep de mededinging op de stroomafwaartse markten van het spoorvervoer kan belemmeren en de concurrenten dus een concurrentieel nadeel kan bezorgen.

De inspectie mag worden verricht in alle gebouwen van de groep Deutsche Bahn AG [...]"

- 21 In artikel 2 van het derde inspectiebesluit preciseert de Commissie dat de inspectie op 26 juli 2011 mag beginnen. In artikel 3 van dit besluit bepaalt zij dat het inspectiebesluit onmiddellijk voor de inspectie aan Deutsche Bahn en aan alle rechtstreeks of indirect onder haar zeggenschap staande rechtspersonen zal worden betekend.
- 22 Het derde inspectiebesluit is gemotiveerd als volgt:

„– De Commissie voert een onderzoek naar een mogelijk mededingingsbeperkend systeem van strategisch gebruik van door de ondernemingen van DB-groep beheerde infrastructuur. Dit vermeend systeem bestaat uit praktijken betreffende de toegang tot terminals, de prijsstelling met betrekking tot terminals, en nevendiensten. Deze praktijken kunnen tot doel hebben om de activiteiten van de concurrenten van de DB-groep op het gebied van het vervoer per spoor te belemmeren, bemoeilijken of duurder te maken, terwijl de toegang tot de betrokken infrastructuur voor deze concurrenten noodzakelijk is. In het kader van haar onderzoek, heeft de Commissie van 20 maart tot en met 1 april 2011 inspecties uitgevoerd in de gebouwen van de ondernemingen DB AG, DB Mobility Logistics AG, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail DE en DB Energie GmbH.

– Op basis van de informatie waarover zij reeds beschikt, daaronder begrepen – zij het niet uitsluitend – de informatie die zij tijdens die inspecties heeft verkregen, heeft de Commissie aanwijzingen verzameld die aantonen dat DUSS de concurrenten op de markten voor het vervoer per spoor in Duitsland kon benadelen door de toegang tot de terminals te verhinderen, te bemoeilijken of duurder te maken, met name door een ongeschikte of duurdere toegang tot de terminals te bieden, door minder doeltreffende of duurdere nevendiensten te verlenen, of door de toegang tot de terminals of de nevendiensten te weigeren. Dergelijke praktijken zijn mogelijkwijs niet objectief gerechtvaardigd. De Commissie beschikt over aanwijzingen die doen vermoeden dat bepaalde praktijken sinds 2007 aan de gang zijn. De Commissie is bovendien op de hoogte van een document waarin sprake is van een mogelijke ‚verborgen korting’ die DUSS heeft toegekend aan DB Schenker Rail DE. Volgens het document werd deze korting ook in 2010 verleend. De Commissie beschikt niet over aanwijzingen, wanneer deze korting werd ingevoerd. Vermoed wordt dat de betrokken dochterondernemingen van de DB-groep, in het bijzonder DB Schenker Rail DE, dankzij deze praktijken een concurrentieel voordeel krijgen ten opzichte van hun concurrenten op de stroomafwaartse markten voor het vervoer per spoor in de lidstaten waar deze dochterondernemingen van de DB-groep aanwezig zijn op de markt voor het vervoer per spoor, met name in Duitsland, en dat de DB-groep daardoor de mededinging op deze markten kan belemmeren.”

Verloop van de derde inspectie

- 23 Op 26 juli 2011 omstreeks 9.30 uur hebben functionarissen van de Commissie zich aangediend bij de gebouwen van DUSS en hebben zij het derde, op basis van artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 gegeven inspectiebesluit aan verzoeksters overhandigd.

- 24 Verzoeksters, die door hun advocaten werden bijgestaan, hebben geen bezwaar gemaakt tegen het derde inspectiebesluit en hebben het ontbreken aan een rechterlijke machtiging niet aan de kaak gesteld. Evenmin hebben zij zich na de mededeling van de inspectie verzet overeenkomstig artikel 20, lid 6, van verordening nr. 1/2003. De Commissie heeft dus op geen enkel moment een beroep hoeven te doen op de bijstand van de Duitse autoriteiten overeenkomstig hetzelfde artikel 20, lid 6, van deze verordening.
- 25 De derde inspectie eindigde op 29 juli 2011.

Procesverloop en conclusies van partijen

- 26 Bij op 10 juni en 5 oktober 2011 ter griffie van het Gerecht neergelegde verzoekschriften hebben verzoeksters de onderhavige beroepen ingesteld.
- 27 Bij beschikkingen van 12 januari, 31 januari en 12 maart 2012 zijn de Raad van de Europese Unie, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en het Koninkrijk Spanje toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie in de zaken T-289/11, T-290/11 en T-521/11 en is het de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA toegestaan om in de schriftelijke en mondelinge behandeling de Engelse taal te bezigen.
- 28 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vierde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en heeft het in het kader van de maatregelen tot organisatie van de procesgang als bedoeld in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht, verzoekster schriftelijke vragen gesteld en partijen tweemaal verzocht bepaalde documenten over te leggen. Partijen zijn binnen de gestelde termijn op deze verzoeken ingegaan.
- 29 Bij beschikking van de president van de Vierde kamer van het Gerecht van 22 januari 2013 zijn de zaken T-289/11, T-290/11 en T-521/11 voor de mondelinge behandeling en het arrest gevoegd.
- 30 Ter terechtzitting van 9 april 2013 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de vragen van het Gerecht.
- 31 Verzoeksters concluderen dat het Gerecht:
- het eerste, het tweede en het derde inspectiebesluit van de Commissie nietig verklaart;
 - subsidiair, de exceptie van onwettigheid van artikel 20, leden 4 tot en met 8, van verordening nr. 1/2003 ontvankelijk verklaart;
 - alle maatregelen die voortvloeien uit de op basis van het eerste, het tweede en het derde inspectiebesluit uitgevoerde inspecties nietig verklaart;
 - in het bijzonder de Commissie de teruggave gelast van alle in het kader van de inspecties gemaakte afschriften van documenten, op straffe van nietigverklaring door het Gerecht van de later door de Commissie vast te stellen beschikkingen;
 - de Europese Commissie verwijst in de kosten.
- 32 De Commissie, ondersteund door het Koninkrijk Spanje, concludeert dat het Gerecht:
- de beroepen verwerpt;
 - verzoeksters verwijst in de kosten.

- 33 De Raad concludeert dat het Gerecht:
- de beroepen verwerpt voor zover zij op de exceptie van onwettigheid van artikel 20, leden 4 tot en met 8, van verordening nr. 1/2003 zijn gebaseerd;
 - over de kosten beslist als naar recht.
- 34 De Toezichthoudende Autoriteit van de EVA concludeert dat het Gerecht:
- de beroepen verwerpt.

In rechte

- 35 Ter ondersteuning van hun beroep tot nietigverklaring voeren verzoeksters in wezen vijf middelen aan.
- 36 De eerste twee middelen zijn gebaseerd, enerzijds, op schending van het grondrecht van verzoeksters op onschendbaarheid van hun woning [artikel 7 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (PB 2010, C 83, blz. 389) en artikel 8 van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”)] wegens het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging en, anderzijds, schending van het grondrecht van verzoeksters op een doeltreffende voorziening in rechte (artikel 47 van het Handvest voor de grondrechten en artikel 6 EVRM) wegens het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging en volledige rechterlijke toetsing van de inspectiebesluiten, zowel feitelijk als rechtens, binnen een redelijke termijn.
- 37 In het stadium van de repliek hebben verzoeksters in antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht subsidiair, ter ondersteuning van het eerste middel, een exceptie van onwettigheid van artikel 20, leden 4 tot en met 8, van verordening nr. 1/2003 opgeworpen voor het geval het Gerecht van oordeel zou zijn dat deze verordening geen voorafgaande rechterlijke machtiging vereist.
- 38 Het derde middel is ontleend aan schending van het recht van verweer voor zover de tweede en de derde inspectie zijn gebaseerd op tijdens de eerste inspectie onrechtmatig verkregen inlichtingen. Volgens verzoeksters heeft de Commissie tijdens de eerste inspectie doelbewust naar informatie over DUSS gezocht, hoewel deze inspectie alleen de levering van tractiestroom (hierna: „TS”) betrof.
- 39 Het vierde middel steunt op schending van het recht van verweer wegens een bovenmatig ruime omschrijving van het voorwerp van de inspecties in artikel 1 van elk van de drie inspectiebesluiten, in het bijzonder wat betreft de aard van de ten laste gelegde gedragingen, het geografische bereik van de markt alsook de duur van de vermeende inbreuken.
- 40 Het vijfde middel, dat gedeeltelijk gemeenschappelijk is aan de drie zaken, is ontleend aan schending van het evenredigheidsbeginsel. Verzoeksters betogen in wezen dat de Commissie verder is gegaan dan gepast en noodzakelijk is om het nagestreefde doel te bereiken.
- 41 De Commissie is van mening dat de vijf ter ondersteuning van de eerste vordering aangevoerde middelen niet-ontvankelijk en/of, in ieder geval, ongegrond zijn. Zij acht de tweede, de derde en de vierde vordering niet-ontvankelijk.

Eerste middel: schending van het recht op onschendbaarheid van de woning wegens het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging

- 42 Met hun eerste middel betogen verzoeksters dat de drie inspectiebesluiten zijn gegeven zonder voorafgaande rechterlijke machtiging en zodoende de door het beginsel van de onschendbaarheid van de woning voorgeschreven waarborgen, zoals verankerd in artikel 7 van het Handvest voor de grondrechten en artikel 8 EVRM, niet eerbiedigen.
- 43 Subsidiair roepen verzoeksters – voor het geval het Gerecht van oordeel zou zijn dat verordening nr. 1/2003 geen voorafgaande rechterlijke machtiging vereist en de Commissie dus onmogelijk een aanvraag voor een dergelijke machtiging kon overleggen – in het stadium van de repliek de onrechtmatigheid van artikel 20, leden 4 tot en met 8, van verordening nr. 1/2003 in.
- 44 De Commissie betwist zowel de gegrondheid als de ontvankelijkheid van het eerste middel en van de ingeroepen onrechtmatigheid.

Ontvankelijkheid

- 45 De Commissie voert twee afzonderlijke middelen van niet-ontvankelijkheid aan.
- 46 In de eerste plaats meent de Commissie, die daarin wordt bijgetreden door het Koninkrijk Spanje, dat het eerste, ter ondersteuning van de eerste vordering tot nietigverklaring van de drie inspectiebesluiten, aangevoerde middel in hoofdzaak geen doel kan treffen en dus, in het licht van de vaste rechtspraak, niet-ontvankelijk is (arrest Hof van 17 oktober 1989, Dow Chemical Ibérica e.a./Commissie, 97/87-99/87, Jurispr. blz. 3165, punten 40 en 41, en arrest Gerecht van 8 maart 2007, France Télécom/Commissie, T-339/04, Jurispr. blz. II-521, punt 54). Volgens de Commissie kan het middel van verzoeksters, zo het al gegrond is, alleen een weerslag hebben op de rechtmatigheid van het verloop van de inspectie en niet op de rechtmatigheid van het inspectiebesluit zelf.
- 47 Dienaangaande zij vastgesteld, ten eerste, dat de Commissie in haar processtukken een onjuist verband legt tussen het kunnen slagen van een middel of grief en de ontvankelijkheid daarvan. Wanneer wordt geoordeeld dat een middel of grief niet ter zake dienend is, wordt er immers van uitgegaan dat het middel of de grief niet van invloed kan zijn op de beslechting van het geschil, zonder dat de gegrondheid van dat middel hoeft te worden onderzocht. Daarentegen is een niet-ontvankelijk middel of een niet-ontvankelijke grief, hoewel dit middel of deze grief van invloed kan zijn op de beslechting van het geschil, niet aangevoerd in omstandigheden waarin de rechter de gegrondheid ervan kan beoordelen. Anders dan de Commissie beweert, heeft het feit dat een argument niet ter zake dienend is derhalve niet ten gevolge dat het argument niet-ontvankelijk is.
- 48 Ten tweede berust het betoog van de Commissie dat de argumenten van verzoeksters geen doel treffen op een onjuiste uitlegging van het eerste middel.
- 49 In de arresten Dow Chemical Ibérica e.a./Commissie, punt 46 supra (punten 40 en 41), en France Télécom/Commissie, punt 46 supra (punt 54), die door de Commissie worden aangehaald ter ondersteuning van haar betoog, heeft de rechter van de Unie in herinnering gebracht dat volgens vaste rechtspraak de rechtmatigheid van een handeling moet worden beoordeeld aan de hand van de feiten en de rechtstoestand die bestonden op de datum waarop deze handeling tot stand kwam en dat, op basis daarvan, het gebruik dat wordt gemaakt van een beslissing waarbij een inspectie wordt gelast geen weerslag heeft op de rechtmatigheid van de beslissing waarbij de inspectie wordt gelast.

- 50 Met hun eerste middel vragen verzoeksters daarentegen dat het Gerecht een nieuw formeel vereiste vaststelt met betrekking tot de rechtmatigheid van inspectiebesluiten. Voor zover een inspectiebesluit, volgens de bewoordingen van verzoeksters, noodzakelijkerwijs moet zijn „verbonden” met een machtiging, dient het eerste middel aldus te worden verstaan dat alleen inspectiebesluiten die voorzien in een voorafgaande rechterlijke machtiging door de Commissie rechtmatig kunnen gegeven.
- 51 Tegen deze achtergrond moeten de argumenten van de Commissie worden verworpen voor zover het middel van verzoeksters niet falend en evenmin niet-ontvankelijk is.
- 52 Aangaande, in de tweede plaats, de in de repliek aangevoerde onrechtmatigheid is de Commissie, daarin bijgestaan door de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA, van mening dat zij tardief is voorgedragen in de zin van artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering.
- 53 De Raad meent dat de onrechtmatigheid alleen kan worden ingeroepen voor zover zij betrekking heeft op artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003, dat de rechtsgrondslag voor de inspectiebesluiten is. Aangezien artikel 20, lid 5, van deze verordening geen verband houdt met de feiten en verzoeksters zich niet formeel tegen de inspectie hebben verzet, is een beroep op onrechtmatigheid van artikel 20, leden 5 tot en met 8, van deze verordening niet-ontvankelijk.
- 54 Verzoeksters betwisten dat de onrechtmatigheid tardief is ingeroepen aangezien daarmee de hoofdvordering enkel nader wordt toegelicht.
- 55 Dienaangaande zij vastgesteld dat verzoeksters met hun eerste middel impliciet de rechtmatigheid van verordening nr. 1/2003, die de basis van het besluit vormt, ter discussie stellen. Door niet uitdrukkelijk te bepalen dat de Commissie een rechterlijke machtiging van het Gerecht of een nationale rechterlijke instantie moet krijgen, is naar hun oordeel verordening nr. 1/2003 niet verenigbaar met de bepalingen van het Handvest van de grondrechten en het EVRM zoals uitgelegd door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: „EHRM”). Mitsdien moet worden geconstateerd dat de in repliek uitdrukkelijk ingeroepen onrechtmatigheid, anders dan de Commissie en de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA stellen, een uitwerking vormt, in punt 17 van de repliek, van een in het verzoekschrift stilzwijgend maar duidelijk aangevoerd middel (zie in die zin arrest Gerecht van 18 november 2004, Ferriere Nord/Commissie, T-176/01, Jurispr. blz. II-3931, punt 136 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 56 De Raad brengt evenwel terecht in herinnering dat wanneer bij het betwisten van de rechtmatigheid van een beslissing op basis van artikel 277 VWEU incidenteel de onrechtmatigheid van een norm wordt ingeroepen, er een verband moet bestaan tussen de bestreden handeling en de norm waarvan de vermeende onrechtmatigheid wordt aangevoerd. Aangezien artikel 277 VWEU niet tot doel heeft, het een partij mogelijk te maken bij de behandeling van ieder door haar ingesteld beroep de toepasselijkheid van welke handeling van algemene strekking dan ook te betwisten, moet het inroepen van onrechtmatigheid worden beperkt tot hetgeen noodzakelijk is voor de oplossing van het geschil. Daaruit vloeit voort dat de handeling van algemene strekking waarvan de onrechtmatigheid wordt opgeworpen al dan niet rechtstreeks van toepassing moet zijn op de aan het beroep ten grondslag liggende zaak en dat er een rechtstreeks juridisch verband moet bestaan tussen de bestreden individuele beslissing en de algemene handeling in kwestie (zie in die zin arrest Gerecht van 26 oktober 1993, Reinartz/Commissie, T-6/92 en T-52/92, Jurispr. blz. II-1047, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 57 In de onderhavige zaak zijn het eerste, het tweede en het derde inspectiebesluit enkel en alleen op basis van artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 vastgesteld. Artikel 20, lid 5, van deze verordening houdt geen verband met het onderhavige geding, en aangezien verzoeksters zich niet hebben verzet, is het zinloos dat zij zich beroepen op de in artikel 20, leden 6 tot en met 8, van verordening nr. 1/2003 neergelegde regeling.

58 In deze omstandigheden moet worden geoordeeld dat alleen het invoeren van de onrechtmatigheid van artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 ontvankelijk is.

Ten gronde

59 In de eerste plaats beroepen verzoeksters zich op de evolutie van de rechtspraak van het EHRM, in het bijzonder in de arresten *Société Colas Est e.a./Frankrijk* (16 april 2002, *Recueil des arrêts et décisions*, 2002-III), *Société Canal Plus e.a./Frankrijk* (21 december 2010, nr. 29408/08) en *Société Métallurgique Liotard Frères/Frankrijk* (5 mei 2011, nr. 29598/08), ten betoge dat een niet aan een voorafgaande rechterlijke machtiging verbonden inspectiebesluit hun in artikel 7 van het Handvest van de grondrechten neergelegde rechten schendt. Het EHRM heeft er eveneens op gewezen dat inspecties zonder voorafgaande rechterlijke machtiging onevenredig zijn met de nagestreefde doelstellingen.

60 Volgens verzoeksters is een voorafgaande rechterlijke machtiging al vereist in de meeste lidstaten, waaronder Duitsland. Zij benadrukken bovendien dat een dergelijke machtiging reeds vereist is wanneer het gaat om de in artikel 21, lid 3, van verordening nr. 1/2003 bedoelde lokalen. Bij een inspectie van bedrijfslokalen kan de Commissie thans als enige over haar handelingen oordelen.

61 In de tweede plaats betogen verzoeksters dat het vereiste om een voorafgaande rechterlijke machtiging te overleggen niet mag worden beperkt tot het geval waarin de onderneming zich tegen de inspectie verzet in de zin van artikel 20, lid 6, van verordening nr. 1/2003. Zij menen immers, ten eerste, dat de schending van de grondrechten tot stand komt op het ogenblik dat de functionarissen van de Commissie de onderneming betreden, ten tweede, dat de onderneming bij de aankomst van de functionarissen van de Commissie niet de tijd en evenmin de middelen heeft om de evenredigheid van de inspectie te onderzoeken, ten derde, dat de Commissie bevoegd is om directe dwangmaatregelen te nemen, zoals de verzegeling van stukken of het opleggen geldboeten, en, ten vierde, dat de mogelijkheid om zich te verzetten tegen de inspectie of tegen ongepaste gedragingen van de functionarissen van de Commissie louter theoretisch blijft gelet op de dreiging van een geldboete die in een dergelijk geval op basis van artikel 23, lid 1, sub c, van verordening nr. 1/2003 wordt opgelegd, zoals blijkt, enerzijds, uit de procedure die de Commissie heeft ingeleid ten aanzien van Sanofi Aventis (document van de Commissie met referentie MEMO/08/357 van 2 juni 2008) om deze onderneming te bestraffen omdat zij zich heeft willen verzetten tegen de inspectie, en, anderzijds, uit het verloop van de eerste inspectie, gedurende welke de functionarissen van de Commissie ermee hebben gedreigd het informaticasysteem van verzoeksters uit te schakelen indien zij de wachtwoorden van de e-mailaccounts van bepaalde werknemers van verzoeksters niet kregen.

62 In hun repliek hebben verzoeksters zich op het standpunt gesteld dat uit de rechtspraak van het EVRM blijkt dat alleen een situatie van imminent gevaar op strafrechtelijk gebied grond kan opleveren voor het ontbreken aan een voorafgaande rechterlijke machtiging en dat verordening nr. 1/2003 onrechtmatig is wanneer zij het verkrijgen van een voorafgaande rechterlijke machtiging niet toelaat.

63 De Commissie betwist alle argumenten van verzoeksters.

64 Vooraf zij vastgesteld dat, om de gegrondheid van het eerste middel te beoordelen, in hoofdzaak moet worden onderzocht of het door verordening nr. 1/2003 tot stand gebrachte stelsel verenigbaar is met de grondrechten. Bijgevolg is het Gerecht van oordeel dat de gegrondheid van het invoeren van de onrechtmatigheid voor zover het artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 betreft, moet worden beoordeeld in het kader van het onderzoek van de gegrondheid van het eerste middel.

65 Dienaangaande zij vastgesteld dat de uitoefening van de door artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 aan de Commissie toegekende inspectiebevoegdheden bij een onderneming een duidelijke inmenging vormt in het recht van deze laatste op eerbiediging van haar privéleven, haar woning en haar communicatie. De Commissie, noch de in de onderhavige zaken interveniërende partijen

betwisten dit. De vraag hier aan de orde is dus of het ontbreken aan een voorafgaande rechterlijke machtiging noodzakelijkerwijs de onrechtmatigheid van de bestuurlijke inmenging met zich meebrengt en, in voorkomend geval, of het door verordening nr. 1/2003 tot stand gebrachte stelsel voldoende beschermende waarborgen biedt bij gebreke aan een voorafgaande rechterlijke machtiging.

- 66 In recente rechtspraak (EHRM-arresten Harju/Finland van 15 februari 2011, nr. 56716/09, punten 40 en 44, en Heino/Finland van 15 februari 2011, nr. 56715/09, punten 40 en 44), heeft het EHRM het belang benadrukt om de waarborgen nog grondiger te onderzoeken nu inspecties kunnen worden verricht zonder voorafgaande rechterlijke machtiging. Vervolgens heeft het duidelijk het beginsel geponeerd volgens hetwelk het ontbreken van voorafgaande rechterlijke machtiging kan worden gecompenseerd door een volledige toetsing na de inspectie.
- 67 In het licht van de recente rechtspraak van het EHRM moet derhalve worden vastgesteld dat het ontbreken van voorafgaande rechterlijke machtiging als zodanig niet meebrengt dat een inmenging in de zin van artikel 8 EHRM onrechtmatig is.
- 68 De argumenten van verzoeksters die ertoe strekken de draagwijdte van de EHRM-arresten Heino/Finland en Harju/Finland, punt 66 supra, te relativiseren kunnen niet afdoen aan deze vaststelling.
- 69 Volgens verzoeksters volgt uit deze arresten dat alleen een situatie van imminent gevaar, om te voorkomen dat een strafbaar feit voortduurt, grond kan opleveren voor het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging.
- 70 Evenwel dient in navolging van de Commissie te worden benadrukt, ten eerste, dat punt 31 van het EHRM-arrest Harju/Finland, punt 66 supra, waarop verzoeksters zich baseren om het belang van het bestaan van een imminent gevaar aan te tonen, in het deel van het arrest voorkomt waar de argumentatie van de verweerder wordt samengevat en niet in het deel dat de beoordeling van het EHRM inhoudt. Ten tweede moet worden vastgesteld dat het EHRM, anders dan verzoeksters aanvoeren, zich geenszins op het bestaan van een imminent gevaar baseert. Het bestaan van een imminent gevaar is overigens evenmin een doorslaggevend criterium in de EHRM-arresten Mastepan/Rusland (14 januari 2012, nr. 3708/03) en Varga/Roemenië (1 april 2008, nr. 73957/01). Zoals de Commissie ten slotte terecht benadrukt, versterkt het feit dat de EHRM-arresten Harju/Finland en Heino/Finland, punt 66 supra, betrekking hebben op het strafrecht, hun relevantie voor de onderhavige zaken.
- 71 De argumenten van verzoeksters volgens welke de in het EHRM-arrest Société Colas Est e.a./Frankrijk, punt 59 supra, gekozen oplossing integraal van toepassing is op de onderhavige zaak, kunnen evenmin slagen.
- 72 Uit dit arrest, in het bijzonder uit punt 49, volgt immers dat het ontbreken van een voorafgaande machtiging slechts een van de gegevens is waarmee het EHRM rekening houdt om te beslissen dat er sprake is van schending van artikel 8 EVRM. Het EHRM heeft, in het bijzonder, rekening gehouden met de omvang van de bevoegdheden van de bevoegde autoriteit, de omstandigheden van de inmenging en het feit dat het toenmalige stelsel slechts in een beperkt aantal waarborgen voorzag. Deze situatie verschilt van de thans onder het recht van de Unie geldende situatie (zie punten 74-99 hieronder).
- 73 Hoewel het ontbreken aan een voorafgaande rechterlijke machtiging, anders dan verzoeksters beweren, als zodanig een inmenging niet onrechtmatig maakt, moet worden onderzocht of het door verordening nr. 1/2003, in het bijzonder artikel 20, lid 4, van deze verordening, tot stand gebrachte stelsel en de manier waarop dit bij de vaststelling van de drie inspectiebesluiten is toegepast, passende en voldoende waarborgen bood waarbij de bevoegdheden van de Commissie strikt waren afgebakend. Het EHRM heeft er immers steeds aan herinnerd dat een aanvaardbare bescherming tegen met

artikel 8 EVRM strijdige inmengingen een wettelijk kader en strikte beperkingen veronderstelt (EHRM-arresten Harju/Finland, punt 66 supra, punt 39; Heino/Finland, punt 66 supra, punt 40; Varga/Roemenië, punt 70 supra, punt 70, en Société Canal Plus e.a./Frankrijk, punt 59 supra, punt 54).

- 74 Dienaangaande zij opgemerkt dat er vijf categorieën van waarborgen bestaan, ten eerste de motivering van inspectiebesluiten, ten tweede de aan de Commissie opgelegde beperkingen tijdens de inspectie, ten derde de onmogelijkheid voor de Commissie om de inspectie onder dwang uit te voeren, ten vierde het optreden van de nationale instanties, en ten vijfde het bestaan van rechtsmiddelen a posteriori.
- 75 Wat in de eerste plaats, de motivering van een inspectiebesluit betreft, blijkt uit de rechtspraak dat deze tot doel heeft om duidelijk te maken dat het voorgenomen optreden in de gebouwen van de betrokken ondernemingen gerechtvaardigd is (zie arrest France Télécom/Commissie, punt 46 supra, punt 57 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Vervolgens moet dit besluit voldoen aan de in artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 neergelegde voorschriften. Zo moet het besluit het voorwerp en het doel van de inspectie vermelden, de begindatum van de inspectie vastleggen en wijzen op de sancties bedoeld in de artikelen 23 en 24 van genoemde verordening, alsook op de mogelijkheid om tegen dit besluit beroep in te stellen bij het Hof. Uit de rechtspraak volgt dat de motivering ook de hypothesen en vermoedens moet vermelden die de Commissie voornemens is te verifiëren (arrest Gerecht van 12 juli 2007, CB/Commissie, T-266/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punten 36 en 37).
- 76 Evenwel is de Commissie niet gehouden, een precieze juridische kwalificatie van de vermoede inbreuken te geven, de onderneming in kennis te stellen van alle inlichtingen waarover zij beschikt of het tijdvak te vermelden waarin de vermoede inbreuk zich heeft voorgedaan (arrest France Télécom/Commissie, punt 46 supra, punt 58).
- 77 Om de onderneming evenwel de mogelijkheid te bieden om haar recht van bezwaar te gebruiken, moet het inspectiebesluit, behalve de in artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 opgesomde formele gegevens, de kenmerken van de vermoede inbreuk omschrijven, waarbij de veronderstelde betrokken markt en de aard van de vermoedelijke mededingingsbeperkingen, alsook de sectoren die onder de bij de inspectie betrokken inbreuk vallen, worden aangegeven, uiteenzetten hoe de onderneming waarbij de inspectie is gelast, wordt vermoed bij de inbreuk betrokken te zijn, omschrijven wat wordt onderzocht en de elementen waarop de inspectie betrekking heeft (zie arrest France Télécom/Commissie, punt 46 supra, punt 59 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 78 Toetsing van de motivering van een besluit biedt de rechter de mogelijkheid, erop toe te zien dat het beginsel van bescherming tegen willekeurig en onevenredig optreden en het recht van verweer worden nageleefd (arrest France Télécom/Commissie, punt 46 supra, punt 57), waarbij hij rekening houdt met de noodzaak om de Commissie een zekere flexibiliteit te laten, bij gebreke waaraan de bepalingen van verordening nr. 1/2003 elk nuttig effect zou worden ontnomen (beschikking Hof van 17 november 2005, Minoan lines/Commissie, C-121/04 P, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 36).
- 79 In de tweede plaats is de Commissie gedurende een inspectie aan beperkingen onderworpen.
- 80 Ten eerste zijn documenten die geen bedrijfsbescheiden vormen, dat wil zeggen documenten die geen betrekking hebben op de activiteiten van de onderneming op de markt, uitgesloten van het onderzoeksterrein van de Commissie (arresten Hof van 18 mei 1982, AM & S/Commissie, 155/79, Jurispr. blz. 1575, punt 16, en 22 oktober 2002, Roquette Frères, C-94/00, Jurispr. blz. I-9011, punt 45).
- 81 Ten tweede hebben de ondernemingen die zijn onderworpen aan een door een inspectiebesluit gelaste inspectie recht op rechtsbijstand of ook vertrouwelijke behandeling van de briefwisseling tussen advocaten en cliënten. Deze laatste waarborg is niet van toepassing op informatie die wordt

uitgewisseld tussen een advocaat in dienstbetrekking bij de betrokken onderneming en deze onderneming (arrest Hof van 14 september 2010, Akzo Nobel Chemicals en Akros Chemicals/Commissie, C-550/07 P, Jurispr. blz. I-8301, punten 40-44).

- 82 Ten derde mag de Commissie, hoewel verordening nr. 1/2003 de aan de inspectie onderworpen onderneming verplicht om actief mee te werken, de betrokken onderneming niet verplichten om antwoorden te geven waardoor zij het bestaan van de inbreuk zou moeten erkennen die de Commissie heeft te bewijzen (arrest Hof van 18 oktober 1989, Orkem/Commissie, 374/87, Jurispr. blz. 3283, punt 35). Dit beginsel, dat is ontwikkeld in het kader van de toepassing van artikel 11 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, eerste verordening over de toepassing van de artikelen [81 EG] en [82 EG] (PB 1962, 13, blz. 204), geldt tevens voor de vragen die de inspecteurs kunnen stellen in het kader van een krachtens artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 uitgevoerde inspectie.
- 83 Ten vierde moeten worden vermeld de toelichtingen die samen met de inspectiebesluiten worden meegedeeld. Deze toelichtingen bepalen de methode die de Commissie zichzelf heeft opgelegd voor het verrichten van een inspectie. Zij preciseren dus op nuttige wijze de inhoud van het beginsel van eerbiediging van het recht van verweer en van het beginsel van behoorlijk bestuur, zoals opgevat door de Commissie.
- 84 Deze toelichtingen preciseren hoe bepaalde fases van de inspectie moeten worden uitgevoerd. Gegevens die onder meer in de genoemde toelichting worden gepreciseerd zijn de verplichting om de namen van de door de Commissie of de bevoegde nationale mededingingsautoriteit gemachtigde functionarissen te vermelden (punt 1), de verplichting om het inspectiebesluit te betekenen (punt 3), de exhaustieve opsomming van de bevoegdheden van de functionarissen (punt 4), het recht om zich te laten bijstaan door een advocaat (punt 6), de voorwaarden voor de opname van mondelinge toelichtingen van werknemers van de onderneming (punten 7 en 8), de modaliteiten voor de raadpleging, het opzoeken en het kopiëren van bepaalde elektronische bestanden (punten 10 en 11), de beheersopties voor de latere raadpleging van bepaalde elektronisch opgeslagen informatie (punten 11 en 12), de mogelijkheid om een ondertekende inventaris van de gekopieerde gegevens te verkrijgen (punt 12), en de voorwaarden voor de vertrouwelijke behandeling van bepaalde informatie of bedrijfsgeheimen na de inspectie (punten 13 en 14). Deze gegevens vormen voor de betrokken onderneming ook nuttige informatie wanneer haar vertegenwoordigers de omvang van hun samenwerkingsplicht moeten beoordelen.
- 85 Ten derde beschikt de Commissie, anders dan verzoeksters beweren, niet over buitensporige dwangmiddelen die de mogelijkheid om zich op basis van artikel 20, lid 6, van verordening nr. 1/2003 tegen de inspectie te verzetten, in de praktijk onbruikbaar maakt.
- 86 Om te beginnen blijkt uit de rechtspraak immers dat de functionarissen van de Commissie tijdens een inspectie onder meer de mogelijkheid hebben om de overlegging van documenten te vorderen, de lokalen te betreden die zij daartoe aanwijzen, en zich de inhoud van meubilair te laten tonen. Zij mogen de toegang tot lokalen of meubilair evenwel niet forceren en het personeel van de onderneming niet dwingen hun die toegang te verlenen, noch mogen zij de lokalen of het meubilair doorzoeken zonder toestemming van de vertegenwoordigers van de onderneming (arrest Hof van 21 september 1989, Hoechst/Commissie, 46/87 en 227/88, Jurispr. blz. 2859, punt 31).
- 87 Ten tweede bieden de bepalingen die, enerzijds, de motivering van inspectiebesluiten (zie punten 75-78 supra) en, anderzijds, het verloop van inspecties (zie punten 79-84 supra) regelen, de ondernemingen de mogelijkheid hun recht van bezwaar overeenkomstig artikel 20, lid 6, van verordening nr. 1/2003 doeltreffend te gebruiken bij de aankomst van de inspecteurs, op het moment van de betekening van het inspectiebesluit, of op eender welk ander moment gedurende de inspectie.

- 88 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de vertegenwoordigers van de bij de inspecties betrokken ondernemingen elke onregelmatigheid die zich vermoedelijk tijdens de inspectie heeft voorgedaan, of elke grief die zij mogelijk hebben, in een proces-verbaal kunnen laten optekenen zonder zich daardoor formeel te verzetten tegen de inspectie in de zin van artikel 20, lid 6, van verordening nr. 1/2003, en dat zij alle beschikbare middelen mogen gebruiken om tastbare bewijzen van deze onregelmatigheden te bewaren.
- 89 Ten derde zij in herinnering gebracht dat de Commissie bij aankomst in de bedrijfsgebouwen de onderneming een redelijke, maar korte, termijn moet gunnen om met de hulp van haar advocaten het inspectiebesluit te onderzoeken. Aangaande overigens het argument van verzoeksters dat de schending van de grondrechten plaatsvindt op het ogenblik dat de functionarissen van de Commissie de onderneming binnenkomen, valt het Gerecht de Commissie bij dat de inspectie in geen geval begint vóór de betekening van de beslissing en dat het enkele feit van de binnenkomst in de onderneming met het oog op de betekening van het besluit, geen schending van een grondrecht oplevert. Vervolgens moet de Commissie de onderneming tijdens de inspectie ook een korte termijn gunnen om haar advocaten te raadplegen alvorens zij afschriften mag maken, zegels mag aanbrengen of om mondelinge toelichtingen mag verzoeken.
- 90 Ten vierde zij er in deze context aan herinnerd dat alleen in geval van duidelijke obstructie of ongerechtvaardigd gebruik van het recht van bezwaar de Commissie mag terugvallen op de in artikel 23 van verordening nr. 1/2003 neergelegde sanctieregeling. De Commissie mag dus niet met deze sanctieregeling dreigen om de ondernemingen tot toegevingen te bewegen die de strikte grenzen van hun samenwerkingsplicht overschrijden. Dienaangaande zij eraan herinnerd dat elke beslissing op basis van artikel 23 van verordening nr. 1/2003 kan worden getoetst door de Unierechter.
- 91 Wat, in de vierde plaats, de waarborgen betreft die worden geboden door de in artikel 20, lid 6, van verordening nr. 1/2003 neergelegde procedure van bezwaar, zij vastgesteld dat de Commissie een beroep dient te doen op de bijstand van de nationale autoriteiten van de staat op het grondgebied waarvan de inspectie moet worden uitgevoerd. Deze procedure stelt de – in voorkomend geval gerechtelijke – toetsingsregelingen, van de betrokken lidstaat in werking.
- 92 Wanneer om de samenwerking van de bevoegde nationale autoriteit wordt verzocht, dient de betrokken lidstaat de doeltreffendheid van het optreden van de Commissie te waarborgen en een aantal algemene beginselen van het Unierecht in acht te nemen, in het bijzonder de bescherming van natuurlijke en rechtspersonen tegen willekeurig en onevenredig optreden van de openbare macht in de privésfeer (arresten Hoechst/Commissie, punt 86 supra, punt 33, en Roquette Frères, punt 80, supra, punt 35).
- 93 Het staat aan de bevoegde nationale, al dan niet rechterlijke, instantie om na te gaan of de geplande dwangmaatregelen niet willekeurig zijn of te ver gaan in verhouding tot het voorwerp van de inspectie. De Commissie moet erop toezien dat de betrokken nationale instantie de beschikking krijgt over alle gegevens die zij nodig heeft om dit toezicht uit te oefenen en moet er zich tijdens het verloop van dwangprocedures van verzekeren dat de regels van het nationale recht worden nageleefd (arresten Hoechst/Commissie, punt 86 supra, punten 34 en 35, en Roquette Frères, punt 80 supra, punten 36 en 37).
- 94 Zoals de Commissie terecht doet opmerken, kan de nationale rechter die bevoegd is om dwangmaatregelen toe te staan het Hof een prejudiciële vraag stellen. Bovendien bieden de artikelen 95 en 105 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof de mogelijkheid van anonimiteit en behandeling volgens de versnelde procedure. Ten slotte mag de nationale rechter onder bepaalde voorwaarden beslissen om de procedure tot toekenning van de machtiging op te schorten tot het Hof uitspraak heeft gedaan over de prejudiciële vraag (zie in die zin arrest Hof van 9 november 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e.a., C-465/93, Jurispr. blz. I-3761, punt 23).

- 95 In de vijfde plaats berust de begrenzing van de inmenging die een inspectie vormt, tevens op de toetsing achteraf van de rechtmatigheid van het besluit waarbij de inspectie is gelast door de Unierechter.
- 96 In dit verband bepaalt artikel 20, lid 8, laatste volzin, van verordening nr. 1/2003:
„Uitsluitend het Hof van Justitie kan de beschikking van de Commissie op haar legitimiteit toetsen”.
- 97 Zoals uit punt 66 supra blijkt, is de mogelijkheid van volledige rechterlijke toetsing achteraf bijzonder belangrijk aangezien daarmee het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging kan worden gecompenseerd. In het onderhavige geval voert de Unierechter een volledige toetsing, zowel feitelijk als rechtens, uit van de inspectiebesluiten (zie in dit verband ook punt 112 hierna).
- 98 Zoals de Commissie terecht beklemtoont, kunnen verzoeksters bovendien de opschorting van de uitvoering van een inspectiebesluit bewerkstelligen door samen met een beroep tot nietigverklaring een beroep in kort geding in te stellen op basis van artikel 278 VWEU, eventueel vergezeld van een verzoek in de zin van artikel 105, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering.
- 99 Ten slotte biedt artikel 340, lid 2, VWEU grondslag voor een beroep strekkende tot vaststelling van niet-contractuele aansprakelijkheid van de Unie.
- 100 Het Gerecht is van oordeel dat alle vijf categorieën van voornoemde waarborgen in het onderhavige geval werden geboden. In het bijzonder bevatten de drie inspectiebesluiten de in artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 opgesomde gegevens. De Commissie heeft erop toegezien dat de naam van de adressaten is vermeld, alsook de redenen voor het vermoeden van het bestaan van een inbreukmakende praktijk, het soort van praktijken voor zover zij mededingingsbeperkend zouden kunnen blijken, de relevante productmarkt en geografische markt waarop de vermeende praktijken vermoedelijk hebben plaatsgevonden, de verhouding tussen de vermoede praktijken en het gedrag van de onderneming waaraan de besluiten geadresseerd waren, de tot het voeren van de inspectie gemachtigde functionarissen, de middelen die hun ter beschikking staan en de verplichtingen van het personeel van de onderneming, de datum en de plaatsen van de inspectie, de sancties in geval van obstructie, de mogelijkheid en de voorwaarden om beroep in te stellen. Zoals uit het onderzoek van het vierde middel blijkt, dient te worden vastgesteld dat deze gegevens in de drie inspectiebesluiten correct zijn opgenomen (zie punt 184 hierna).
- 101 Wat betreft het verloop van de eerste inspectie en, enerzijds, het argument van verzoeksters dat een functionaris van de Commissie ermee heeft gedreigd hun informaticasysteem uit te schakelen als zij de wachtwoorden van de e-mailaccounts van bepaalde medewerkers niet gaven, kan alleen worden vastgesteld dat, behalve het feit dat de Commissie zich tegen deze bewering heeft verzet, de advocaten van verzoeksters dit vermeende incident niet formeel hebben laten optekenen, zodat er geen enkel bewijs voorhanden is dat het incident kan vaststellen. Bovendien hebben verzoeksters in hun verweerschrift de versie van de Commissie niet betwist volgens welke verzoeksters, ondanks haar aanwijzingen, de toegang tot computers en e-mailaccounts gedurende een bijzonder lange tijdspanne, tot en met de tweede dag van de inspectie, hebben geblokkeerd zonder dat de Commissie een beroep heeft gedaan op de nationale autoriteiten om dwangmaatregelen ten uitvoer te leggen. Wat anderzijds de zaak Sanofi Aventis betreft, blijkt uit de gegevens van het dossier, in het bijzonder uit het document van de Commissie van 2 juni 2008 met de referentie MEMO/08/357, dat de Commissie heeft overwogen om een straf op te leggen, niet wegens het verzet tegen een inspectie, in het algemeen, maar wegens het bezwaar tegen het feit dat de Commissie van bepaalde documenten kopieën nam, in dat specifieke geval. De procedure is overigens als afgedaan beschouwd.
- 102 Gelet op de in de punten 65 tot en met 101 hierboven geformuleerde overwegingen zijn het eerste middel en het inroepen van de onrechtmatigheid voor zover het betrekking heeft op artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003, ongegrond.

Tweede middel: schending van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte

- 103 Verzoeksters baseren zich voornamelijk op de EHRM-arresten Société Métallurgique Liotard Frères/Frankrijk en Société Canal Plus e.a./Frankrijk, punt 59 supra, om te doen gelden dat zij voorafgaand aan de inmenging als gevolg van een inspectie de mogelijkheid van toetsing feitelijk en rechtens in de zin van artikel 47 van het Handvest van de grondrechten en van artikel 6, lid 1, EVRM dienden te hebben.
- 104 Verzoeksters betogen, in het bijzonder, dat noch de in artikel 20, lid 8, van verordening nr. 1/2003 neergelegde procedure, die het aan de nationale rechterlijke instantie overlaat om te beoordelen of de dwangmaatregelen die in geval van bezwaar zijn vereist ter uitvoering van inspectiebesluit van de Commissie, willekeurig en evenredig zijn, noch de toetsing door de Unierechter, aan de door de EHRM-rechtspraak ontwikkelde voorwaarden voldoet.
- 105 In antwoord op een schriftelijke vraag van het Gerecht hebben verzoeksters gepreciseerd dat naar hun oordeel artikel 6, lid 1, EVRM de Commissie oplegt om een voorafgaande rechterlijke machtiging te verkrijgen in het kader waarvan de nationale rechter de noodzaak en de evenredigheid, feitelijk en rechtens, van de inspectie toetst, en artikel 6, lid 1, EVRM een volledige rechterlijke toetsing van het inspectiebesluit binnen een redelijke termijn na aanvang van de inspectie veronderstelt.
- 106 De Commissie is van oordeel dat het middel van verzoeksters niet ter zake dienend en dus niet-ontvankelijk is en betwist de door verzoeksters geopperde uitlegging van het EHRM-arrest Société Métallurgique Liotard Frères/Frankrijk, punt 59 supra. Zij stelt zich op het standpunt dat een doeltreffende rechterlijke toetsing a posteriori volstaat en dat het Gerecht in staat is om een dergelijke toetsing uit te voeren.
- 107 Om te beginnen is er, wat betreft de ontvankelijkheid, in punt 47 supra reeds aan herinnerd dat het feit dat een middel niet ter zake dienend is in ieder geval niet ten gevolge heeft dat het niet-ontvankelijk is.
- 108 Aangaande het vereiste van een voorafgaande rechterlijke machtiging, vragen verzoeksters het Gerecht met dit middel, net zoals met het eerste middel (zie dienaangaande de punten 49 tot en met 51 supra), een nieuw formeel vereiste voor de rechtmatigheid van inspectiebesluiten vast te stellen. Het onderhavige middel moet worden aldus worden verstaan dat de vaststelling van een inspectiebesluit afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat de Commissie een voorafgaande rechterlijke machtiging verkrijgt na een volledige toetsing, feitelijk en rechtens, in de zin van artikel 6, lid 1, EVRM. Voor zover het tweede middel het vereiste van een voorafgaande rechterlijke machtiging betreft, mag het niet worden aangemerkt als niet ter zake dienend.
- 109 Aangaande de argumenten van verzoeksters in dit verband, zij in de eerste plaats vastgesteld dat de door verzoeksters geopperde uitlegging van de EHRM-arresten Société Métallurgique Liotard Frères/Frankrijk en Société Canal Plus e.a./Frankrijk, punt 59 supra, onjuist is.
- 110 Zoals de Commissie opmerkt, volgt uit deze arresten immers dat de intensiteit van de toetsing, en niet het moment van deze toetsing, wordt bedoeld. Deze toetsing moet zich uitstrekken tot alle aspecten feitelijk en rechtens en moet een passend herstel mogelijk maken ingeval een handeling die als onrechtmatig wordt beschouwd reeds heeft plaatsgevonden (EHRM-arrest Société Canal Plus e.a./Frankrijk, punt 59 supra, punt 36).
- 111 In de tweede plaats kan op basis van artikel 263 VWEU in rechte worden opgekomen tegen een inspectiebesluit. Anders dan verzoeksters betogen is het ontbreken aan een volledige toetsing ex ante door een nationale autoriteit die een machtiging zou geven bijgevolg in ieder geval onbelangrijk. Artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 voorziet in een dergelijke toetsing door de Unierechter en verplicht tot vermelding ervan in het besluit waarbij de onderneming wordt gelast zich te onderwerpen aan een inspectie in haar lokalen. In het onderhavige geval heeft de Commissie bij de

vaststelling van het eerste, het tweede en het derde inspectiebesluit deze formaliteit nageleefd en waren verzoeksters ervan op de hoogte dat zij beroep konden instellen om de noodzaak van de inspectie te betwisten, waar de onderhavige zaken het bewijs van zijn.

- 112 In de derde plaats kan niet ernstig worden betwist dat het Gerecht in staat is om de feiten te toetsen en niet alleen als een „cassatiegerecht” optreedt, zoals verzoeksters aanvoeren. De Unierechter die oordeelt over een op basis van artikel 263 VWEU ingesteld beroep tot nietigverklaring van een inspectiebesluit toetst immers zowel de feiten als het recht en is bevoegd om de bewijzen te beoordelen en het bestreden besluit nietig te verklaren. Uit de rechtspraak volgt dat de Unierechter zich er, in het kader van zijn toetsing van inspectiebesluiten, eventueel van kan vergewissen dat er voldoende ernstige aanwijzingen bestaan voor de verdenking van een inbreuk op de mededingingsregels door de betrokken ondernemingen (zie arrest Roquette Frères, punt 80 supra, punten 54 en 55 en aldaar aangehaalde rechtspraak). Overigens vloeit uit deze overwegingen voort dat het tweede argument van verzoeksters (zie punt 105 supra) volgens hetwelk het ontbreken van een volledige rechterlijke toetsing van inspectiebesluiten, na aanvang van die inspecties, artikel 6, lid 1, EVRM schendt, moet worden verworpen.
- 113 In de vierde plaats brengt de Commissie terecht in herinnering dat de eventuele nietigverklaring van het inspectiebesluit, of de vaststelling van een onregelmatigheid bij de uitvoering van de door de gemachtigde functionarissen uitgevoerde maatregelen, ertoe zou leiden dat de Commissie voor de inbreukprocedure geen gebruik mag maken van de tijdens de litigieuze handelingen verzamelde gegevens (arrest Roquette Frères, punt 80 supra, punt 49).
- 114 Bijgevolg moet het eerste middel in zijn geheel worden verworpen.

Derde middel: schending van het recht van verweer van verzoeksters gelet op de onregelmatigheden die het verloop van de eerste inspectie aantasten

- 115 Verzoeksters voeren in wezen aan dat het tweede en het derde inspectiebesluit zijn gebaseerd op tijdens de eerste inspectie onrechtmatig verkregen gegevens. De Commissie heeft tijdens de eerste inspectie doelbewust gezocht naar informatie over DUSS, hoewel deze inspectie alleen de levering van TS betrof. Aldus heeft de Commissie verzoeksters' recht van verweer geschonden.
- 116 In het bijzonder betogen verzoeksters, ten eerste, dat de Commissie het kantoor van M., de verantwoordelijke voor het „Toezicht op de regulering” van DB Schenker Rail Deutschland te Mainz, systematisch heeft doorzocht, en dus ook systematisch stukken heeft onderzocht die kennelijk geen verband houden met TS. Het is in dit kantoor dat de Commissie met name bepaalde e-mails over DUSS heeft gevonden, die kennelijk geen enkel verband houden met het voorwerp van de eerste inspectie, en die door de functionarissen V.G. en T.B. zijn onderzocht en aangeduid ondanks de bezwaren van advocaat M. Vervolgens heeft functionaris V.G. in datzelfde kantoor een aantal andere stukken betreffende DUSS onderzocht.
- 117 Ten tweede hebben de functionarissen van de Commissie bij hun elektronisch onderzoek bepaalde sleutelwoorden gebruikt die uitsluitend betrekking hebben op DUSS, te weten „NBS”, „[S.]”, „[T.]”, en „[G.]”. Aangaande het sleutelwoord „[T.]” benadrukken verzoeksters dat de enige klant van DB Energie voor ST, en dus de enige concurrent van de DB-groep, de onderneming TXL is, een dochteronderneming van de onderneming T., die het voorwerp van een afzonderlijke opsporing heeft uitgemaakt. Betreffende het sleutelwoord „NBS”, betwisten verzoeksters dat de functionarissen van de Commissie de betekenis daarvan niet kenden, vooral gelet op de aanwezigheid van N., een ambtenaar van het Bundesnetzagentur (hierna: „BNetzA”), die expert is op dit gebied en deze wijd in de sector verspreide afkorting dus zeker kende. Bovendien is het onwaarschijnlijk dat de functionarissen van de Commissie een grondig onderzoek hebben uitgevoerd zonder op voorhand inlichtingen in te winnen over de betekenis van dit sleutelwoord.

- 118 Ten derde heeft een functionaris van de Commissie de archieven van DB Schenker Rail Deutschland te Mainz geïnspecteerd en een document met als opschrift „Europese strategie terminals Stinnes Intermodal van 17 januari 2006” gekopieerd dat kennelijk ook geen verband hield met het voorwerp van de inspectie.
- 119 Ten vierde hebben de functionarissen van de Commissie zelf tijdens de inspectie toegegeven dat het eerste inspectiebesluit de gedragingen van DUSS niet vermeldde.
- 120 Ten vijfde beweren verzoeksters dat de Commissie, volgens de gegevens van het dossier, de onderneming T. enkele dagen voor de eerste inspectie heeft verzocht om te bevestigen of haar klacht van 16 maart 2011 nog steeds actueel was, waarbij dit moet aantonen dat de Commissie van plan was om tijdens de eerste inspectie naar gegevens over DUSS te zoeken. De 32 functionarissen van de Commissie waren trouwens net voor de inspectie in kennis gesteld van het bestaan van de klacht over DUSS. Ook het feit dat de onderneming T. in het onderwerp van haar brief van 16 maart 2011 met betrekking tot het DUSS-dossier uitdrukkelijk het referentienummer heeft vermeld dat door de Commissie is gebruikt in het TS-inspectiebesluit van 14 maart 2011 („COMP 39.678”), moet dit aantonen.
- 121 Ten zesde vragen verzoeksters dat M. en P. overeenkomstig artikel 68, lid 1, van het Reglement voor de procesvoering als getuigen worden gehoord.
- 122 De Commissie betoogt, enerzijds, dat de argumenten van verzoeksters niet ter zake dienend zijn en daardoor niet-ontvankelijk, omdat zij voorafgaand aan de eerste inspectie over voldoende gegevens beschikte om de tweede en de derde inspectie te rechtvaardigen. Betreffende in het bijzonder het derde inspectiebesluit, beklemtoont zij dat zij zich alleen op gegevens heeft gebaseerd waarover zij reeds voor de eerste inspectie beschikte alsook op gegevens die zij tijdens de tweede inspectie heeft verzameld. Anderzijds is de Commissie van mening dat alle argumenten van verzoeksters ongegrond zijn.
- 123 Aangaande om te beginnen de argumenten van de Commissie over de ontvankelijkheid kan ermee worden volstaan in herinnering te brengen dat het feit dat een argument niet ter zake dienend is niet ten gevolge heeft dat het niet-ontvankelijk is (zie punt 47 supra).
- 124 Vervolgens zij eraan herinnerd dat het Hof reeds heeft vastgesteld dat tijdens verificaties verkregen inlichtingen niet mogen worden gebruikt voor andere doelen dan die welke zijn vermeld in het inspectiebesluit. Dit vereiste strekt er immers niet alleen toe, de geheimhoudingsplicht veilig te stellen, maar ook het recht van verweer van de ondernemingen te beschermen. Deze rechten zouden ernstig worden aangetast indien de Commissie tegen ondernemingen bewijsmateriaal kon aanvoeren dat tijdens een inspectie is verkregen, maar dat geen verband houdt met het voorwerp en het doel daarvan (zie, betreffende verordening nr. 17, arrest Hof van 17 oktober 1989, Dow Benelux/Commissie, 85/87, Jurispr. blz. 3137, punt 18).
- 125 Dit betekent echter niet dat het de Commissie verboden zou zijn, een onderzoeksprocedure in te leiden teneinde gegevens waarvan zij tijdens een eerdere inspectie toevallig kennis heeft gekregen, op hun juistheid te controleren of aan te vullen, zo die gegevens mochten wijzen op het bestaan van met de mededingingsregels van het Verdrag strijdige gedragingen (zie, met betrekking tot verordening nr. 17, arrest Dow Benelux/Commissie, punt 124 supra, punt 19).
- 126 Aangezien de Commissie die documenten opnieuw heeft verkregen op basis van opdrachten of beschikkingen en ze gebruikt heeft voor het doel dat in deze opdrachten of beschikkingen was vermeld, heeft zij het uit artikel 20 van verordening nr. 1/2003 voortvloeiende recht van verweer van de ondernemingen geëerbiedigd (arrest Gerecht van 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931, punt 476).

- 127 Dat de Commissie documenten voor het eerst heeft verzameld in een bepaalde zaak, verleent geen dermate absolute bescherming, dat die documenten niet rechtmatig kunnen worden opgevraagd in een andere zaak en als bewijs kunnen worden gebruikt. Anders zouden de ondernemingen geneigd kunnen zijn, bij een inspectie in een eerste zaak alle documenten over te leggen waaruit een andere inbreuk blijkt, teneinde zich aldus tegen elke vervolging ter zake van die inbreuk te beschermen. Een dergelijke oplossing zou verder gaan dan nodig is ter bescherming van het zakengeheim en van het recht van verweer, en zou de Commissie derhalve op ongerechtvaardigde wijze belemmeren in de vervulling van haar taak om toe te zien op de naleving van de mededingingsregels op de gemeenschappelijke markt (arrest van 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij/Commissie, punt 126 supra, punt 477).
- 128 Bovendien dient in herinnering te worden gebracht dat de inspectiemogelijkheden van de Commissie elke nuttig werking zou worden ontnomen indien de Commissie zich ertoe zou moeten beperken om de overlegging te vorderen van documenten die zij vooraf nauwkeurig heeft kunnen identificeren. Het recht van toegang impliceert juist de mogelijkheid, allerhande informatie op te sporen die nog niet bekend of geheel geïdentificeerd is (arrest Hoechst/Commissie, punt 86 supra, punt 27, en arrest Gerecht van 11 december 2003, Ventouris/Commissie, T-59/99, Jurispr. blz. II-5257, punt 122).
- 129 De argumenten van verzoeksters moeten in het licht van deze beginselen worden onderzocht.
- 130 Voorafgaand aan dit onderzoek dienen twee opmerkingen te worden gemaakt. De eerste opmerking betreft het argument van de Commissie dat het derde middel van verzoeksters geen doel treft omdat zij voor de eerste inspectie over voldoende gegevens beschikte om de tweede en derde inspectie te rechtvaardigen. Dienaangaande zij opgemerkt dat uit de gegevens van het dossier blijkt dat de Commissie zich tevens op de tijdens de eerste inspectie verzamelde gegevens heeft gebaseerd.
- 131 Hoewel het derde inspectiebesluit duidelijk is in dit verband (overweging 7), duidt het tweede inspectiebesluit niet nader aan vanwaar de aan zijn beslissing ten grondslag liggende inlichtingen afkomstig zijn (overweging 6).
- 132 In haar verweerschrift heeft de Commissie aangevoerd dat zij voorafgaand aan de eerste inspectie vermoedens had over mogelijke mededingingsbeperkende praktijken van DUSS. In het kader van maatregelen tot organisatie van de procesgang heeft het Gerecht de Commissie verzocht het bestaan van deze vermoedens te bewijzen. De Commissie heeft het Gerecht bijgevolg een klacht van de onderneming T. overgelegd. Uit de klacht van de onderneming T. blijkt dat DUSS haar de toegang tot terminal Munich-Riem onder bevredigende voorwaarden heeft ontzegd.
- 133 De Commissie beschikte dus voor de eerste inspectie over inlichtingen die ernstige vermoedens over mogelijke mededingingsbeperkende gedragingen van DUSS konden doen bestaan.
- 134 Anders dan de Commissie beweert, doet dat gegeven het middel van verzoeksters evenwel niet falen. Het feit dat het tweede inspectiebesluit is vastgesteld tijdens het verloop van de eerste inspectie wijst immers op het belang van de bij deze gelegenheid verzamelde gegevens voor het starten van de tweede inspectie. Aangezien er geen twijfel over bestaat dat de derde inspectie gedeeltelijk is gebaseerd op de tijdens de eerste twee inspecties verzamelde gegevens, zoals uit overweging 7 van het besluit betreffende die inspectie blijkt, dient te worden geconcludeerd dat de omstandigheden waarin de inlichtingen over DUSS zijn verzameld tijdens de eerste inspectie, de rechtmatigheid van het tweede en het derde inspectiebesluit aantasten. Derhalve moet het argument van de Commissie over het falen van het derde middel van verzoeksters worden verworpen.
- 135 De tweede voorafgaande opmerking betreft de bewijswaarde van de verslagen van verzoeksters. Dienaangaande zij vastgesteld dat, zoals de Commissie terecht benadrukt, deze verslagen minstens een maand na het einde van de eerste inspectie werden opgesteld, met uitzondering van het verslag van

U.P. van 4 april 2011. Het meest aangehaalde verslag – dat van M. – is twee maanden na de feiten opgesteld. Bovendien berusten de beweringen van de vertegenwoordigers van verzoeksters grotendeels op inschattingen van de voornemens van de inspecteurs, die niet door feiten worden ondersteund.

- 136 Tevens dient te worden opgemerkt dat deze feitelijke gegevens het enige door verzoeksters aangevoerde bewijsmateriaal vormen. Verzoeksters hebben zich op geen enkel moment formeel verzet in de zin van artikel 20, lid 6, van verordening nr. 1/2003, of hebben geen enkele ontstemming doen optekenen in een in het kader van de onderhavige procedure controleerbaar proces-verbaal. Het stond aan verzoeksters om al hun grieven formeel te doen optekenen op het moment dat de onregelmatigheden zich voordeden en om elk beschikbaar middel aan te wenden om bewijsmateriaal te bewaren (zie punt 88 supra). De bewering van verzoeksters dat bepaalde functionarissen tijdens de eerste inspectie mondeling de onrechtmatigheid van de opsporingen over DUSS hebben bevestigd, welke bewerking door de Commissie wordt betwist, berust dus niet op een op het ogenblik zelf opgesteld proces-verbaal of op een ander document dat verzoeksters hebben opgesteld toen de litigieuze feiten zich voordeden. Bij gebreke van dergelijke formele bewijzen is het noodzakelijkerwijs moeilijker om aan te tonen dat er sprake was van een gericht onderzoek dat het voorwerp van het eerste inspectiebesluit te buiten ging. Bovendien zij opgemerkt dat sommige van de verslagen in kwestie zijn opgesteld door M. en P., wat impliceert dat het dossier van het Gerecht hun relaas van de omstandigheden waarin de eerste inspectie zich heeft afgespeeld, reeds bevat. In deze omstandigheden lijkt het niet nuttig om hen als getuigen te horen, zoals verzoeksters hebben gevraagd.
- 137 Primair dienen achtereenvolgens te worden onderzocht de argumenten van verzoeksters betreffende, ten eerste, de uitvoerige doorzoeking van het kantoor van M., ten tweede, bepaalde litigieuze documenten en sleutelwoorden, en ten derde, het gedrag van de Commissie vóór de aanvang van de eerste inspectie.

De uitvoerige doorzoeking van het kantoor van M.

- 138 Verzoeksters stellen dat de Commissie het kantoor van M. systematisch heeft doorzocht, en dus ook documenten die kennelijk geen verband hielden met TS. In dit kantoor heeft de Commissie met name twee e-mails gevonden betreffende DUSS, die kennelijk geen enkel verband hielden met het voorwerp van de inspectie, en die onderzocht en gesignaleerd zijn door de functionarissen V.G. en T.B., ondanks de bezwaren van advocaat M. Vervolgens heeft V.G. in datzelfde kantoor een aantal andere documenten betreffende DUSS onderzocht.
- 139 Dienaangaande moet meteen worden benadrukt dat de Commissie uitvoerig bepaalde kantoren of opbergmappen mag doorzoeken, zelfs wanneer er geen duidelijke aanwijzing bestaat dat zich daarin informatie over het voorwerp van het onderzoek bevindt, wanneer er gegevens zijn die dit doen vermoeden. Zoals de Commissie immers terecht benadrukt, zou een beperking tot het betreden van kantoren of tot het onderzoeken van opbergmappen die duidelijk verband houden met het voorwerp van het onderzoek haar kunnen beletten bepaald belangrijk bewijsmateriaal te vinden. Dit bewijsmateriaal zou bijvoorbeeld kunnen worden verborgen of van foute referenties kunnen worden voorzien.
- 140 Bovendien is het verband met het voorwerp van het onderzoek niet noodzakelijkerwijs onmiddellijk moeiteloos te achterhalen en is het mogelijk dat dit verband alleen aan de hand van een zeer zorgvuldig onderzoek kan worden geïdentificeerd. Zoals de Commissie benadrukt, hebben haar functionarissen niet altijd een perfecte technische kennis van alle betrokken sectoren zodat zij niet altijd onmiddellijk de relevantie van een document kunnen bepalen en zij dus een relatief breed onderzoek moeten voeren.

- 141 Wat in de onderhavige zaak het kantoor van M. betreft, waren er geldige redenen voorhanden die een grondig onderzoek rechtvaardigden. Uit de gegevens van het dossier blijkt immers dat M. directeur van de bedrijfsvoering, de regulering en de aankopen van DB Schenker Rail Deutschland was, en bevoegd was voor het aankopen van diensten. In die hoedanigheid onderhandelde hij met DB Energie over leveringscontracten voor TS. DB Schenker Rail Deutschland behoort tot DB Schenker Rail, dat zelf, als dochteronderneming voor goederenvervoer van de DB-groep, een van de grootste klanten is van DB Energie. Deze gegevens, die door verzoeksters niet zijn betwist, leverden derhalve grond op voor een grondig onderzoek van het kantoor van M.
- 142 In dit verband dient te worden gepreciseerd dat de eerste inspectie heeft plaatsgevonden op drie locaties en dat de in de punten 116 tot en met 118 hierboven door verzoeksters vastgestelde incidenten zich slechts op één van deze drie locaties, te weten Mainz, hebben voorgedaan. Deze incidenten betreffen overigens slechts één kantoor en drie functionarissen op een totaal van 32 door de Commissie gemachtigde functionarissen. Vervolgens moet worden vastgesteld dat het aantal litigieuze documenten, te weten elf, zeer weinig lijkt ten opzichte van het totaal aantal betrokken documenten, dit wil zeggen ongeveer 1000 gekopieerde documenten en een nog groter aantal onderzochte documenten. Ten slotte heeft de Commissie slechts van vier documenten betreffende DUSS een kopie meegenomen.
- 143 In deze omstandigheden moeten de argumenten van verzoeksters betreffende de systematische doorzoeking van het kantoor van M. worden verworpen.

Litigieuze documenten en sleutelwoorden

- 144 Verzoeksters stellen, enerzijds, dat de Commissie tijdens de eerste inspectie documenten heeft onderzocht en gedeeltelijk heeft gekopieerd die kennelijk geen verband hielden met het voorwerp van de inspectie. Anderzijds hebben de functionarissen van de Commissie bij hun elektronische opsporing ook bepaalde sleutelwoorden gebruikt die uitsluitend betrekking hebben op DUSS en niet op TS.
- 145 Dienaangaande zij opnieuw benadrukt dat uit de verslagen weliswaar blijkt dat de vertegenwoordigers van verzoeksters erop hebben gewezen dat bepaalde van de door de Commissie onderzochte documenten volgens hen geen verband hielden met het voorwerp van de eerste inspectie, maar dat zij zich op geen enkel moment hebben verzet of formeel een grief hebben doen optekenen.
- 146 Wat ten eerste de elf litigieuze documenten betreft, deze zijn eerst en vooral samengesteld uit de twee eerste e-mails die in de namiddag van 29 maart 2011 in het bureau van M. zijn gevonden. Na in detail te zijn onderzocht, zijn deze e-mails door functionarissen V.G. en T.B. aangeduid met een „vlag”. In de ochtend van 30 maart 2011 zijn zeven andere documenten gevonden in het kantoor van M., waaronder 5 e-mails. In de ochtend van 31 maart 2011 heeft een functionaris van de Commissie een document met als opschrift „Europese strategie terminals Stinnes Intermodal van 17 januari 2006” gevonden in de archieven van DB Schenker Rail Deutschland te Mainz. Ten slotte vermelden verzoeksters in het stadium van de repliek een andere e-mail van M. van 2 november 2006 met als onderwerp „proefproject betreffende het uitlaadstation München-Riem”.
- 147 Zoals uit de processtukken van partijen blijkt, heeft de Commissie een kopie meegenomen van vier van deze elf documenten, te weten van een e-mail van L. aan F. van 6 november 2006 met als onderwerp „rangeerdiensten in de terminal München-Riem”, van een e-mail van S. aan M. van 15 september 2006 met als onderwerp „rangeren in het laadstation München-Riem”, van de e-mail van S. van 2 november 2006 met als onderwerp „Proefproject betreffende uitlaadstation München-Riem” en van het document „Europese strategie terminals Stinnes Intermodal van 17 januari 2006”.
- 148 Er dient dus een onderscheid te worden gemaakt tussen de vier gekopieerde documenten en de zeven niet-gekopieerde documenten.

- 149 Betreffende het in de archieven te Mainz ontdekte document „Europese strategie terminals Stinnes Intermodal van 17 januari 2006”, bevestigt de functionaris van de Commissie dit document te hebben gevonden op 31 maart 2011 rond 12.30 uur. Hij heeft het originele document uit de opbergmap gehaald om de inhoud ervan te bespreken met zijn collega’s. Na er een kopie van te hebben gemaakt, heeft hij het origineel teruggeplaatst in de map waarin hij het had gevonden. Dit is door verzoeksters niet ter discussie gesteld. Uit het verslag van advocaat D. blijkt dat „[M.] zich naar de archiefruimte heeft begeven [...; h]ij was kennelijk overmand door het aantal documenten dat daar in tal van dozen en kasten lag opgeslagen, zodat hij maar willekeurig een aantal dozen heeft uitgepikt”. Volgens de vertegenwoordiger van verzoeksters, is zijn keuze dus „toevallig” op bepaalde documenten gevallen, wat niet strookt met de aantijging van een onrechtmatige gerichte zoekactie. Verschillende andere verklaringen uit de verslagen, zoals opgesomd in het verweerschrift van de Commissie, beogen eveneens te bevestigen dat de functionarissen geen gerichte opsporingen hebben verricht.
- 150 De drie andere documenten, die alle in het kantoor van M. zijn gevonden, betreffen de Terminal Munchen-Riem en DUSS, en hebben daadwerkelijk betrekking op de in de klacht van onderneming T. aangehaalde onderwerpen.
- 151 Dienaangaande is eerst en vooral vastgesteld dat de Commissie geldige redenen had om in dat kantoor een grondig onderzoek te voeren (zie punt 141 supra). Zoals de Commissie terecht benadrukt, moet vervolgens rekening worden gehouden met het feit dat het opschrift en de inhoud van een document niet noodzakelijkerwijs doorslaggevend zijn om te bepalen of een document daadwerkelijk per toeval is gevonden. Ten slotte is geen enkel gegeven uit de verslagen geschikt om vast te stellen dat de functionarissen van de Commissie, in het kader van dit grondig onderzoek, gericht naar die drie documenten hebben gezocht.
- 152 Wat betreft de zeven andere documenten zij vastgesteld dat zij, anders dan de drie gekopieerde documenten, niet verwijzen naar DUSS en de Terminal Munchen-Riem. Het gaat daarbij in wezen om documenten met betrekking tot de samenstelling van treinen onder niet-discriminerende voorwaarden.
- 153 In deze omstandigheden moet worden vastgesteld dat er geen bewijsmateriaal is dat het bestaan van een onrechtmatig gericht onderzoek kan aantonen, na onderzoek van de elf litigieuze documenten.
- 154 Wat, ten tweede, de sleutelwoorden betreft die de functionarissen van de Commissie vanaf de namiddag van 29 maart 2011 tot de betekening van het tweede inspectiebesluit op 31 maart 2011 rond 14.00 uur hebben gebruikt, geven verzoeksters vier voorbeelden van dergelijke sleutelwoorden; „[NBS]”, „[S.]”, „[T.]” en „[G.]”.
- 155 Uit de verslagen blijkt dat de functionarissen van de Commissie gedurende de drie dagen van de inspectie en op de drie locaties een heel groot aantal sleutelwoorden hebben gebruikt. Op verzoek van het Gerecht heeft de Commissie de aan de inspecteurs aan het begin van de eerste inspectie meegeleverde lijst van sleutelwoorden overgelegd. Deze lijst bevat ongeveer negentig sleutelwoorden. De litigieuze sleutelwoorden maken dus slechts een klein percentage uit van alle gebruikte sleutelwoorden. Overigens dient tevens te worden benadrukt dat een lijst van tijdens een inspectie gebruikte sleutelwoorden kan evolueren naargelang van de tijdens deze inspectie verworven kennis.
- 156 Betreffende het sleutelwoord „NBS” klopt het dat dit pas aan het einde van de eerste inspectie, op 31 maart omstreeks 11.30 uur, is gebruikt. Volgens de Commissie kenden de functionarissen de betekenis van dit letterwoord niet en hebben zij dit slechts in het kader van een snel onderzoek gebruikt om een verband met TS vast te stellen. Dienaangaande zij om te beginnen benadrukt dat „NBS” voor „Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen” staat, dit wil zeggen „gebruiksvoorwaarden voor diensteninfrastructuur”. Aangezien de levering van TS een conditio sine qua non is voor de toegang tot het spoornet, kan het bestaan van een verband met de gebruiksvoorwaarden voor de diensteninfrastructuur niet a priori worden uitgesloten. Vervolgens blijkt uit het verslag van advocaat D. dat zij van mening was dat dit sleutelwoord niet de conclusie wettigde

dat er geen verband bestond met de TS-prijzen. Zij heeft dus geen bezwaren geuit tegen de opsporing. Tenslotte lijkt het, anders dan verzoeksters beweren, in ieder geval niet logisch om een onbekend sleutelwoord te gebruiken om, op basis van de context van de verkregen resultaten, te verifiëren of dit woord al dan niet verband houdt met een bepaalde problematiek.

- 157 Wat betreft het sleutelwoord „[S.]”, is het niet betwist dat dit verwijst naar S., een bestuurder van DUSS. Laatstgenoemde werkte voor het eind van mei 2009 bij DB Schenker Rail, dit wil zeggen bij een van de dochterondernemingen van de DB-groep die mogelijk werd bevoordeeld door het gedrag van DB Energie. Zoals de Commissie betoogt, is het dus mogelijk dat de opsporing van de inspecteurs alleen betrekking had op de vroegere periode van zijn tewerkstelling.
- 158 Wat betreft het sleutelwoord „[T.]”, is de verklaring van de Commissie overtuigend. Gelet op het feit dat de onderneming T. een concurrent van Deutsche Bahn is en dus een potentieel door DB Energie gediscrimineerde gebruiker, was het volgens de Commissie gerechtvaardigd om in het kader van de eerste inspectie naar informatie over deze onderneming te zoeken. De bewering van verzoeksters volgens welke de enige klant van DB Energie voor TS, en dus de enige concurrent van de DB groep, de onderneming TXL was, dit wil zeggen een dochteronderneming van onderneming T., waar overigens afzonderlijk onderzoek naar werd gevoerd, doet niet af aan deze conclusie. Volgens de Commissie had onderneming T. immers ook een klacht betreffende TS neergelegd. Bovendien is het goed mogelijk dat de werknemers van de DB-groep bij gelegenheid naar de moedermaatschappij verwijzen in plaats van naar de dochteronderneming wanneer zij laatstgenoemde bedoelen, wat het gebruik van het sleutelwoord „[T.]” door de inspecteurs van de Commissie rechtvaardigt.
- 159 Het sleutelwoord „[G.]” verwijst naar G.S., de verantwoordelijke voor de infrastructuur van de sporen en installaties van DB Schenker Rail Deutschland. In de namiddag van 29 maart 2011 hebben de inspecteurs in het kantoor van M. een e-mail gevonden van G.S. Volgens het verslag van advocaat M. had deze e-mail betrekking op maatregelen op het gebied van prijzen voor installaties voor de samenstelling van treinen. Volgens het verslag van advocaat S. hebben de functionarissen van de Commissie dit sleutelwoord in de namiddag van 30 maart 2011 gebruikt omdat zij de e-mail niet terugvonden die zij de dag daarvoor hadden geïdentificeerd, wat door de Commissie wordt bevestigd. Volgens de Commissie wilden de functionarissen, die deze e-mail op 29 maart 2011 niet in detail hadden kunnen bestuderen, bepalen of deze e-mail, die betrekking had op een prijsstelsel, verband hield met de prijsstelsels voor TS en wilden zij meer vernemen over de activiteiten van G.S. De keuze voor dit sleutelwoord was dus gerechtvaardigd.
- 160 In deze omstandigheden moeten de argumenten van verzoeksters betreffende de litigieuze documenten en sleutelwoorden worden verworpen.

Het gedrag van de Commissie voor het begin van de eerste inspectie

- 161 Verzoeksters hebben beklemtoond dat de Commissie, volgens de gegevens van het dossier, onderneming T. enkele dagen voor de aanvang van de eerste inspectie heeft gevraagd om te bevestigen of haar klacht van 16 maart 2011 nog actueel was, wat moet aantonen dat de Commissie van plan was om tijdens de eerste inspectie naar informatie betreffende DUSS te zoeken. De 32 functionarissen van de Commissie werden overigens net voor de inspectie op de hoogte gebracht van het bestaan van de klacht over DUSS. Ook het feit dat de onderneming T. in het voorwerp van haar brief van 16 maart 2011 met betrekking tot het DUSS-dossier uitdrukkelijk het referentienummer heeft vermeld dat door de Commissie is gebruikt in het TS-inspectiebesluit van 14 maart 2011 („COMP 39.678”), moet dit aantonen.

- 162 Betreffende om te beginnen de vragen van verzoeksters over het feit dat de Commissie voorafgaand aan de eerste inspectie het bestaan van vermoedens ten aanzien van DUSS aan haar functionarissen heeft meegedeeld, moet worden geconstateerd dat het gerechtvaardigd was om de functionarissen in te lichten over de algemene context van de zaak.
- 163 Wat vervolgens de contacten tussen onderneming T. en de Commissie in de maanden voorafgaand aan de inspectie betreft, heeft de Commissie in antwoord op een vraag van het Gerecht verduidelijkt dat onderneming T. met haar brief van 26 januari 2011, en dus op eigen initiatief, om een afspraak had verzocht teneinde zich over de staat van de procedure te informeren na haar klacht van mei 2009. Tijdens de vergadering van 23 februari 2011 heeft de Commissie gepreciseerd dat zij in de eerste plaats de klacht betreffende de TS bestudeerde. De vertegenwoordiger van onderneming T. heeft de Commissie vervolgens laten weten dat hij, in voorkomend geval, inlichtingen zou verstrekken aan de Commissie over DUSS, wat hij heeft gedaan in een aanvullende brief van 16 maart 2011. In deze omstandigheden moet worden vastgesteld dat de contacten tussen onderneming T. en de Commissie in de maanden voorafgaand aan de eerste inspectie geen bewijs vormen voor een onrechtmatig gericht onderzoek.
- 164 De argumenten van verzoeksters betreffende het gedrag van de Commissie voor het begin van de eerste inspectie moeten dus worden verworpen.
- 165 Gelet op de overwegingen in de punten 123 tot en met 164 hierboven, dient het derde middel te worden verworpen.

Vierde middel: beschrijving van het voorwerp van de inspecties in het eerste, het tweede en het derde inspectiebesluit

- 166 Verzoeksters menen in wezen dat het eerste, het tweede en het derde inspectiebesluit hun recht van verweer schenden op grond dat het voorwerp van de inspecties bovenmatig ruim is omschreven gelet op de gegevens die de Commissie beweerdelijk bezat met betrekking tot ten eerste de betrokken gedragingen, die bijna alle mogelijke gedragingen van DB Energie en DUSS omvatten, ten tweede de geografische omvang van de markt, die alle lidstaten waarin de dochterondernemingen van de DB-groep actief zijn omvat, en ten derde de duur van de vermeende inbreuk voor zover het eerste, tweede en derde inspectiebesluit in dit opzicht geen enkele beperking specificeren.
- 167 De Commissie stelt dat verzoeksters' argumenten ongegrond zijn.
- 168 In dit verband zij eraan herinnerd dat artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 de voornaamste aspecten definieert die de Commissie moet vermelden in een beschikking waarbij zij een inspectie gelast, te weten het voorwerp en het doel van de betrokken inspectie, de datum waarop de inspectie een aanvang neemt, de sancties waarin de artikelen 23 en 24 van deze verordening voorzien en het recht om tegen een dergelijke beschikking beroep in te stellen bij de gemeenschapsrechter.
- 169 De motivering van beschikkingen waarbij een inspectie wordt gelast heeft niet alleen tot doel om het voor de betrokken ondernemingen duidelijk te maken dat de voorgenomen maatregel gerechtvaardigd is, maar ook om hun inzicht te geven in de omvang van hun verplichting tot medewerking en tegelijk hun recht van verweer veilig te stellen (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arresten Hof van 21 september 1989, Hoechst/Commissie, punt 86 supra, punt 29, en Roquette Frères, punt 80 supra, punt 47).
- 170 Het vereiste dat de Commissie het voorwerp en het doel van de inspectie moet opgeven, vormt namelijk een fundamentele waarborg van het recht van verweer van de betrokken ondernemingen, zodat de omvang van de verplichting om inspectiebesluiten met redenen te omkleden, niet mag worden beperkt om redenen verband houdend met de doeltreffendheid van het onderzoek. Weliswaar

hoeft de Commissie de adressaat van een dergelijk besluit niet alle inlichtingen mee te delen waarover zij beschikt ter zake van de vermeende inbreuken en hoeft zij de relevante markt niet nauwkeurig af te bakenen of de periode aan te geven waarin deze inbreuken zijn begaan, maar zij moet wel zo nauwkeurig mogelijk wijzen op de vermoedens die zij voornemens is te verifiëren, te weten wat wordt gezocht en de gegevens waarop de inspectie betrekking heeft (zie met betrekking tot verordening nr. 17, arresten Dow Benelux/Commissie, punt 124 supra, punt 10; Hoechst/Commissie, punt 86 supra, punt 41, en Roquette Frères, punt 80 supra, punt 48).

- 171 Daartoe dient de Commissie in een inspectiebesluit ook een beschrijving te geven van de voornaamste kenmerken van de vermoedelijke inbreuk, waarbij zij de veronderstelde betrokken markt en de aard van de vermoedelijke mededingingsbeperkingen omschrijft, uiteen te zetten hoe de onderneming waarbij de inspectie is gelast, wordt vermoed bij de inbreuk betrokken te zijn, alsmede de aan de inspecteurs van de Unie toegekende bevoegdheden te omschrijven (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arresten Hof van 26 juni 1980, National Panasonic/Commissie, 136/79, Jurispr. blz. 2033, punt 26, en Roquette Frères, punt 80 supra, punten 81, 83 en 99).
- 172 Om aan te tonen dat de inspectie gerechtvaardigd is, dient de Commissie in het inspectiebesluit uitvoerig uiteen te zetten dat zij beschikt over serieuze materiële elementen en aanwijzingen op grond waarvan zij de bij de inspectie betrokken onderneming van de inbreuk verdenkt (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arrest Roquette Frères, punt 80 supra, punten 55, 61 en 99).

Eerste inspectiebesluit

- 173 Volgens verzoeksters moet het in artikel 1 van het eerste inspectiebesluit omschreven voorwerp van deze inspectie worden aangemerkt als bovenmatig ruim, voor zover de vermelde gedragingen algemeen betrekking hebben op „potentieel ongerechtvaardigde bevoorrechtiging door DB Energie GmbH van andere dochterondernemingen van de DB-groep, met name door een systeem van kortingen” op de levering van TS in Duitsland.
- 174 Volgens artikel 1 van het eerste inspectiebesluit betreft het voorwerp van de inspectie discriminerende gedragingen, waarbij niet wordt uitgesloten dat deze gedragingen een andere vorm kunnen aannemen dan een systeem van kortingen. Uit de in punt 171 hierboven aangehaalde rechtspraak vloeit evenwel voort dat de Commissie alleen een omschrijving dient te geven van de voornaamste kenmerken van de vermoede inbreuk, in het bijzonder van de aard van de vermoede mededingingsbeperkingen. Door te preciseren dat de vermoede mededingingsbeperking een discriminerende gedraging vormt die hoofdzakelijk de vorm aanneemt van een discriminerende prijszetting, moet worden geoordeeld dat de Commissie aan dat vereiste heeft voldaan.
- 175 Bovendien moet het dispositief van een besluit noodzakelijkerwijs worden gelezen in het licht van de motivering ervan. In casu hebben de betrokken gedragingen echter niet uitsluitend betrekking op het na 2002 tot stand gebrachte systeem van kortingen, maar maakt het prijsstelsel betreffende de TS (16,7 Hz) nagenoeg het uitsluitende voorwerp van de inspectie uit. Uit overweging 6 van het eerste inspectiebesluit vloeit eveneens voort dat de aanwijzingen waarover de Commissie beschikt slechts betrekking hebben op tariefpraktijken.
- 176 Hoewel bijgevolg niet kan worden uitgesloten dat een groot aantal gedragingen van DB Energie bij de inspectie zijn betrokken, neemt dit niet weg, enerzijds, dat anders dan verzoeksters beweren, niet „potentieel bijna alle” mogelijke gedragingen van DB zijn bedoeld en, anderzijds, dat de vermoedens die de Commissie wil nagaan duidelijk worden geïdentificeerd overeenkomstig de in de punten 170 en 171 hierboven aangehaalde rechtspraak. Overigens mag in ieder geval niet meteen de mogelijkheid worden verworpen dat een inspectie betrekking heeft op alle gedragingen van een onderneming, in

het bijzonder wanneer deze onderneming slechts een beperkt aantal activiteiten heeft. De argumenten van verzoeksters aangaande de gedragingen waarop het eerste inspectiebesluit betrekking heeft, moeten dus worden verworpen.

- 177 Wat in de tweede plaats het geografische aspect betreft, moet eerst in herinnering worden gebracht dat de Commissie volgens de rechtspraak niet is verplicht om de betrokken markt nauwkeurig af te bakenen (zie punt 170 hierboven). Vervolgens zij vastgesteld dat zelfs wanneer een discriminerend systeem van kortingen is beperkt tot Duitsland, het een onverschuldigd concurrentievoordeel kan opleveren voor de andere dochterondernemingen van de DB-groep op alle stroomafwaartse markten waarop zij actief zijn. Zonder daarin door verzoeksters te worden tegengesproken, benadrukt de Commissie, enerzijds, dat bepaalde dochterondernemingen van de DB-groep niet in Duitsland zijn gevestigd en, anderzijds, dat de markt voor goederenvervoer per spoor een activiteit uitmaakt met een internationaal karakter in het kader waarvan de DB-groep concurreert met buitenlandse marktspelers. De Commissie was dus niet verplicht om het voorwerp van de eerste inspectie te beperken tot Duitsland.
- 178 Aangaande in de derde plaats het temporele aspect, moet enerzijds worden opgemerkt dat de Commissie volgens de rechtspraak niet verplicht is om de periode aan te geven waarin de inbreuken zouden zijn begaan (zie punt 170 hierboven) en, anderzijds, dat, zoals de Commissie stelt, uit de zesde overweging van het eerste inspectiebesluit voortvloeit dat de betrokken gedragingen kunnen teruggaan tot voor 2002. Anders dan verzoeksters betogen, hoefde het voorwerp van de inspectie dus niet te worden beperkt tot de periode na 2002.
- 179 Derhalve moeten de argumenten van verzoeksters betreffende het vermeende bovenmatig ruime voorwerp van het eerste inspectiebesluit worden verworpen.

Tweede en derde inspectiebesluit

- 180 Betreffende het tweede en het derde inspectiebesluit moet in de eerste plaats worden vastgesteld dat het dispositief en de motivering, wat betreft de betrokken gedragingen en de geografische en temporele aspecten, in wezen identiek zijn in deze twee besluiten. De argumenten van verzoeksters over het buitenmatig ruime voorwerp van deze twee inspectiebesluiten kunnen dus samen worden onderzocht.
- 181 In de tweede plaats zijn de betrokken gedragingen, rekening houdend met de vereisten van de in de punten 170 en 171 hierboven aangehaalde rechtspraak, voldoende nauwkeurig omschreven in het tweede en het derde inspectiebesluit. Om te beginnen blijkt, enerzijds, uit artikel 1 en overweging 6 van het tweede inspectiebesluit en, anderzijds, uit artikel 1 en de overwegingen 6 tot en met 8 van het derde inspectiebesluit, dat de betrokken gedragingen betrekking hebben op verschillende praktijken van DUSS die discriminerend zijn ten aanzien van concurrenten, in het bijzonder het verlenen van een ongepaste toegang tot de ongeschikte terminals, het verrichten van minder doeltreffende diensten en het weigeren van toegang tot de terminals. Tevens wordt gepreciseerd dat de relevante stroomafwaartse markt de markt voor het vervoer per spoor is. Ten slotte moet, in navolging van de Commissie, worden opgemerkt dat uit het vijfde middel, respectievelijk in zaak T-290/11 en in zaak T-521/11, blijkt dat verzoeksters hebben begrepen op welke gedragingen de inspectie betrekking had. De beschrijving van de voornaamste kenmerken van de vermoede inbreuk in het tweede en het derde inspectiebesluit volstond dus.
- 182 Wat in de derde plaats het geografische aspect betreft, was de Commissie niet verplicht om het voorwerp van de tweede en het derde inspectie te beperken tot Duitsland, maar kon zij dit uitstrekken tot alle lidstaten. De inbreuk die het voorwerp van deze inspecties vormt, kan immers ook stroomafwaarts gevolgen voortbrengen op de internationale dienstenmarkt voor vervoer per spoor van passagiers en goederen. Zoals de Commissie benadrukt, kunnen de gevolgen zich uitstrekken tot andere lidstaten, zelfs indien alleen het gebruik van de infrastructuurfaciliteiten door DUSS in

Duitsland in aanmerking wordt genomen. Zo volgt in het bijzonder uit de aan het Gerecht in het kader van maatregelen tot organisatie van de procesgang meegedeelde klacht van onderneming T. dat het gebruik van de terminals in Duitsland gevolgen kan hebben voor de concurrenten die vervoerdiensten willen aanbieden naar of vanuit andere lidstaten. Zoals de Commissie beklemtoont, zijn de inspectiebesluiten bovendien gericht aan de hele DB-groep, en niet alleen aan DUSS, dat wil zeggen ook aan bepaalde organisaties die niet in Duitsland zijn gevestigd en die internationale activiteiten hebben.

183 Wat ten vierde het temporele aspect betreft, zij er opnieuw aan herinnerd dat de Commissie op basis van de rechtspraak niet verplicht was om de periode te definiëren waarin de inbreuken zouden zijn begaan (zie punt 170 hierboven). Enerzijds benadrukt de Commissie bovendien terecht dat het feit dat zij over aanwijzingen beschikte volgens welke de betrokken gedragingen minstens sinds 2007 bestonden, niet kan uitsluiten dat deze gedragingen voordien al bestonden. Anderzijds beweert de Commissie dat zij over aanwijzingen beschikte over een korting die DUSS heimelijk heeft toegekend aan DB Schenker Rail Deutschland zonder dat de datum van inwerkingtreding daarvan bekend is. De Commissie hoefde het temporele aspect van het tweede en het derde inspectiebesluit dus niet te beperken.

184 Gelet op een en ander dient het vierde middel te worden verworpen.

Vijfde middel: schending van het evenredigheidsbeginsel

185 Verzoeksters betogen in wezen dat het eerste, het tweede en het derde inspectiebesluit onevenredig zijn. De Commissie is verder gegaan dan ter bereiking van het nagestreefde doel passend en noodzakelijk was.

186 Wat betreft het eerste inspectiebesluit benadrukken verzoeksters, ten eerste, dat het betrokken systeem van kortingen transparant werd toegepast sinds 2003. De door elke klant gesloten overeenkomst voor de levering van TS, waarin het tariefsysteem en de structuur van het systeem van kortingen voorkomen, is beschikbaar op internet. Er bestaat dus geen enkele reden om het bestaan van geheime voorwaarden te vermoeden die een inspectie rechtvaardigen. Ten tweede is dit systeem van kortingen meermaals getoetst door nationale autoriteiten en rechterlijke instanties en is het verenigbaar met het „kartelrecht” bevonden. De Commissie, die op de hoogte was van deze procedures, had alle relevante inlichtingen kunnen inwinnen in het kader van haar in artikel 12, lid 1, van verordening nr. 1/2003 neergelegde samenwerking met het Bundeskartellamt (hierna: „BkartA”). Ten derde is de verwijzing in het eerste inspectiebesluit naar een beslissing van vijftien jaar geleden (zie punt 221 hierna), in het kader waarvan verzoeksters overigens geen bewijsmateriaal hadden verborgen, om de noodzaak van een inspectie te rechtvaardigen, niet relevant en impliceert dit een „vermoeden van kwade trouw” dat onverenigbaar is met het door artikel 6, lid 2, EVRM gewaarborgde vermoeden van onschuld. Ten vierde is het uitvoeren van een inspectie ongepast gelet op de aard van de gezochte informatie. Ten vijfde preciseert het eerste inspectiebesluit niet waarom de Commissie, die sinds 2006 op de hoogte was van het bestaan van het systeem van kortingen, meer dan vijf jaar heeft gewacht om tot deze inspectie over te gaan. Ten zesde zijn interne documenten zoals subjectieve beoordelingen van medewerkers irrelevant om vast te stellen of een op basis van artikel 102 VWEU bestrafte gedraging objectief gerechtvaardigd is.

187 Gelet op al deze omstandigheden was er, enerzijds, geen reden om aan te nemen dat verzoeksters in de onderhavige zaak bewijsmateriaal zouden willen verbergen en had, anderzijds, een verzoek om inlichtingen op basis van artikel 18 van verordening nr. 1/2003 zoals die van 4 augustus 2011, kunnen volstaan gelet op het evenredigheidsbeginsel.

- 188 In het stadium van de repliek voeren verzoeksters aan dat de noodzaak en de evenredigheid van het inspectiebesluit niet kunnen worden getoetst zonder de aard van de aanwijzingen waarover de Commissie beschikte, te verifiëren. Zij geven het Gerecht dus in overweging om de Commissie te gelasten deze aanwijzingen te overleggen.
- 189 Ter terechtzitting hebben verzoeksters betoogd dat de voorlopig tijdens de eerste inspectie verzamelde documenten aangaande de tweede inspectie niet apart in een verzegeld kantoor mochten worden bewaard om er later een kopie van te maken.
- 190 Aangaande het tweede en het derde inspectiebesluit werpen verzoeksters ten eerste de onbevoegdheid van de Commissie op, voor zover de toegang tot de spoorweginfrastructuur volledig wordt geregeld door nationale sectorspecifieke regels. In ieder geval mag een inspectie door de Commissie, gelet op de uitgebreide bevoegdheden van de Duitse sectorale regelgever, het BNetzA, niet noodzakelijk worden geacht. Ten tweede had de Commissie moeten samenwerken met het BNetzA om inlichtingen in te winnen en parallelle procedures te vermijden. Ten derde had de Commissie de noodzakelijke inlichtingen kunnen inwinnen via een op artikel 18 van verordening nr. 1/2003 gebaseerd verzoek om inlichtingen, in het bijzonder met betrekking tot het derde inspectiebesluit. Ingeval van opeenvolgende inspecties dienen immers bijzonder ernstige redenen voorhanden te zijn die deze inspecties rechtvaardigen.
- 191 De Commissie betoogt dat de argumenten van verzoeksters in hun geheel moeten worden verworpen.
- 192 Dienaangaande zij in herinnering gebracht dat volgens het evenredigheidsbeginsel, dat deel uitmaakt van de algemene beginselen van het recht van de Unie, handelingen van de instellingen van de Unie niet buiten de grenzen mogen treden van hetgeen geschikt en noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het nagestreefde doel, met dien verstande dat wanneer een keuze mogelijk is tussen meerdere geschikte maatregelen, die maatregel moet worden gekozen die de minste belasting met zich brengt, en dat de veroorzaakte nadelen niet onevenredig mogen zijn aan het nagestreefde doel (zie in die zin arresten Hof van 13 november 1990, Fedesa e.a., C-331/88, Jurispr. blz. I-4023, punt 13, en 14 juli 2005, Nederland/Commissie, C-180/00, Jurispr. blz. I-6603, punt 103).
- 193 In geval van een besluit waarbij een inspectie wordt gelast, veronderstelt de inachtneming van het evenredigheidsbeginsel dat de beoogde maatregelen geen nadelen met zich brengen die onevenredig en onduldbaar zijn in verhouding tot hetgeen met de betrokken inspectie wordt nagestreefd (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arrest Roquette Frères, punt 80 supra, punt 76). De keuze die de Commissie moet maken tussen de inspectie die op basis van een gewone opdracht wordt verricht en de inspectie die bij besluit wordt gelast, hangt evenwel niet af van omstandigheden als de bijzondere ernst van de situatie, de extreme spoedeisendheid of de noodzaak van absolute geheimhouding, maar van de vereisten van een doeltreffend onderzoek, zulks in het licht van de bijzondere omstandigheden van elk geval. Wanneer een inspectiebesluit er enkel op is gericht de Commissie in staat te stellen de nodige gegevens te verzamelen om een mogelijke schending van het Verdrag op te sporen, maakt een dergelijk besluit bijgevolg geen inbreuk op het evenredigheidsbeginsel (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arresten National Panasonic/Commissie, punt 171 supra, punten 28-30, en Roquette Frères, punt 80 supra, punt 77).
- 194 Het staat in beginsel aan de Commissie om te beoordelen of een inlichting noodzakelijk is om een inbreuk op de mededingingsregels te kunnen opsporen, en ook wanneer zij reeds over aanwijzingen of zelfs bewijzen voor het bestaan van een inbreuk beschikt, kan de Commissie het zeer wel noodzakelijk achten aanvullende verificaties te gelasten om zich een nauwkeuriger idee te vormen van de inbreuk of van de duur daarvan (zie met betrekking tot verordening nr. 17 arresten Orkem/Commissie, punt 81 supra, punt 15, en Roquette Frères, punt 80 supra, punt 78).
- 195 De door verzoeksters aangevoerde argumenten moeten in het licht van deze beginselen worden beoordeeld.

- 196 Om te beginnen moeten de in het stadium van de repliek en ter terechtzitting aangevoerde grieven van verzoeksters betreffende, enerzijds, het feit dat de noodzaak en de evenredigheid van het eerste inspectiebesluit niet kunnen worden getoetst zonder de aard van de aanwijzingen waarover de Commissie beschikte te verifiëren, en anderzijds het feit dat de tijdens de eerste inspectie apart gehouden documenten betreffende de tweede inspectie niet mochten worden bewaard in een verzegeld kantoor, overeenkomstig artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering als tardief worden aangemerkt.
- 197 Opgemerkt dient te worden dat overeenkomstig artikel 48, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering nieuwe middelen in de loop van het geding niet mogen worden voorgedragen, tenzij zij steunen op gegevens rechtens of feitelijk waarvan eerst in de loop van de behandeling is gebleken. Zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt, kunnen de door verzoeksters aangevoerde grieven in het onderhavige geval niet worden aangemerkt als de uitbreiding van voordien impliciet of uitdrukkelijk in het inleidend verzoekschrift opgeworpen middelen die daarmee nauw verband houden. Bijgevolg moeten deze grieven niet-ontvankelijk worden verklaard.
- 198 Bijgevolg is er in het bijzonder geen reden, verzoeksters' verzoek betreffende de overlegging van de aanwijzingen waarover de Commissie voorafgaand aan de eerste inspectie beschikte, in te willigen.
- 199 Aangaande de overige grieven van verzoeksters dient in de eerste plaats te worden vastgesteld dat verzoeksters een aantal argumenten aanvoeren die ertoe strekken om, enerzijds, te doen vaststellen dat de Commissie niet bevoegd was om een inspectie uit te voeren in hun kantoren omdat er sectorspecifieke regels bestaan die de vervoersector op nationaal niveau regelen. Anderzijds zijn de inspecties niet evenredig aangezien de Commissie alle noodzakelijke inlichtingen had kunnen inwinnen via de nationale autoriteiten die in het verleden een aantal besluiten en rechterlijke beslissingen hebben gegeven met betrekking tot dezelfde praktijken.
- 200 Dienaangaande volgt om te beginnen uit vaste rechtspraak dat de Commissie bij de vervulling van de haar door het Verdrag toegekende taak niet gebonden kan zijn door een beslissing die een nationale rechterlijke instantie op grond van artikel 101, lid 1, VWEU en artikel 102 VWEU heeft gegeven. De Commissie kan dus op elk moment individuele besluiten geven tot toepassing van de artikelen 101 VWEU en 102 VWEU, ook wanneer een overeenkomst of een praktijk reeds aan de orde is in een beslissing van een nationale rechterlijke instantie en de door de Commissie voorgenomen beslissing in strijd is met die rechterlijke beslissing (zie arrest *Gerecht France Télécom/Commissie*, punt 46 supra, punt 79, en arrest van 10 april 2008, *Deutsche Telekom/Commissie*, T-271/03, *Jurispr.* blz. II-1747, punt 120 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 201 In punt 263 van het arrest *Deutsche Telekom/Commissie*, punt 200 supra, heeft het Gerecht tevens bevestigd dat het bestaan van sectorspecifieke regelgeving irrelevant was voor de beoordeling van de evenredigheid van een besluit van de Commissie inzake mededinging. Dit beginsel geldt zowel voor een eindbesluit als voor een inspectiebesluit.
- 202 In de arresten *France Télécom/Commissie*, punt 46 supra (punten 79, 80 en 86), en *CB/Commissie*, punt 75 supra (punt 48), heeft het Gerecht in herinnering gebracht dat voorafgaande vergaderingen tussen de Commissie en de verzoekende partijen, of het feit dat een nationale autoriteit een zaak reeds in behandeling heeft genomen, geen nadelige gevolgen hadden voor de inspectiebevoegdheden van de Commissie op grond van verordening nr. 1/2003.
- 203 Ten tweede moet in navolging van de Commissie worden beklemtoond dat er geen enkele reden is om aan te nemen dat de nationale autoriteiten tijdens de door verzoeksters aangehaalde bestuurlijke en gerechtelijke procedures alle relevante vragen hebben onderzocht en alle feitelijke gegevens hebben verzameld. Uit de gegevens van het dossier blijkt overigens, en verzoeksters betwisten dit niet, dat

verzoeksters en de nationale autoriteiten louter gesprekken hebben gevoerd met betrekking tot het systeem van bevoorrading met TS. Het BkartA en het BNetzA hebben dienaangaande dus nooit een formele onderzoeksprocedure geopend.

- 204 Ten derde dient te worden vastgesteld dat de Commissie bepaalde feitelijke gegevens heeft overgelegd die verzoeksters niet hebben betwist. Volgens de Commissie heeft het door verzoeksters aangevoerde arrest van het Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main (gerechtshof te Frankfurt am Main, Duitsland) waarin de klacht over de inbreuk op de nationale mededingingsregels ter zake van het systeem van kortingen wordt verworpen, alleen betrekking op het nationale mededingingsrecht en niet op het recht van de Unie. Voorts ligt de reden waarom dit arrest definitief is geworden in het feit dat de eisers in die zaak tijdens de procedure in hoger beroep een buitengerechtelijke schikking met verzoeksters zijn overeengekomen. Overigens heeft BkartA in het kader van dit hoger beroep uitdrukkelijk betoogd dat het betrokken systeem van kortingen mededingingsbeperkend is, wat de bewering van verzoeksters dat de nationale autoriteiten het systeem van kortingen hebben goedgekeurd in twijfel trekt. De Commissie merkt tevens op dat dit arrest is gewezen in 2006 en betrekking had op gebeurtenissen die teruggingen tot 2003, terwijl haar eigen onderzoek ook de recente periode aangaat. Ten slotte wordt het arrest van het Oberlandesgericht Frankfurt tegengesproken door een onmiddellijk daarna door dezelfde rechterlijke instantie gewezen arrest, wat waarschijnlijk de buitengerechtelijke schikking in de eerste zaak verklaart.
- 205 Gelet op de punten 199 tot en met 204 supra dienen de argumenten van verzoeksters die ertoe strekken aan te tonen dat de Commissie niet bevoegd was of dat de inspecties onevenredig waren wegens het bestaan van voorafgaande nationale beslissingen, bijgevolg in hun geheel te worden verworpen.
- 206 Betreffende in de tweede plaats het argument van verzoeksters dat, gelet op het evenredigheidsbeginsel, een op artikel 18 van verordening nr. 1/2003 gebaseerd verzoek om inlichtingen in deze zaak had volstaan, zij vastgesteld dat de drie gelaste inspecties gelet op hun context niet onevenredig lijken.
- 207 Ten eerste dient immers in herinnering te worden gebracht dat volgens de in de punten 193 en 194 hierboven aangehaalde rechtspraak de door de Commissie gemaakte keuze tussen een bij besluit gelaste inspectie en een andere, minder belastende onderzoeksmaatregel afhangt van de vereisten van een doeltreffend onderzoek, zulks in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval. Anderzijds staat het aan de Commissie om te beoordelen of een inlichting noodzakelijk is om een inbreuk op de mededingingsregels te kunnen opsporen. Bovendien zij opgemerkt dat de onderzoeksmogelijkheden van de Commissie zinloos zouden zijn wanneer zij zich ertoe zou moeten beperken, de overlegging te vorderen van documenten die zij vooraf nauwkeurig heeft kunnen identificeren. Een dergelijk recht impliceert juist de mogelijkheid, allerhande informatie op te sporen die nog niet bekend of geheel geïdentificeerd is (arrest Hoechst/Commissie, punt 86 supra, punt 27, en arrest Ventouris/Commissie, punt 128 supra, punt 122). De Commissie beschikt bijgevolg noodzakelijkerwijs over een zekere beoordelingsvrijheid bij de keuze van de onderzoeksmaatregel.
- 208 Aangaande ten tweede het eerste inspectiebesluit in de onderhavige zaak, zij in navolging van de Commissie eerst opgemerkt dat, voor zover de verlangde informatie gegevens bevatte die een eventuele strategie tot uitschakeling van concurrenten door middel van een ongerechtvaardigde bevoorrechte behandeling van de ondernemingen van dezelfde groep middels een systeem van kortingen op de levering van TS aan het licht konden brengen, de Commissie deze inspectie met het oog op een doeltreffend onderzoek van de zaak mocht verrichten. Het is immers moeilijk denkbaar dat deze informatie, in voorkomend geval, op een andere manier in het bezit van de Commissie kon geraken dan middels een inspectie. Zoals de Commissie terecht benadrukt, verzekert een op artikel 18 van verordening nr. 1/2003 gebaseerd verzoek om inlichtingen niet dat de ondernemingen haar documenten, zoals e-mails, overleggen die belastend zijn voor hen.

- 209 Verder zij vastgesteld dat de gegevens die beweerdelijk openbaar waren, met name de overeenkomst voor de levering van TS, niet volstonden om nauwkeurig het bestaan en de omvang van een vermoede inbreuk op artikel 102 VWEU vast te stellen. Zoals de Commissie beklemtoont, was het op basis van de op internet beschikbare informatie niet mogelijk te achterhalen, met name, welke ondernemingen daadwerkelijk kortingen genoten en wat de bedragen van deze kortingen waren. Deze informatie liet evenmin toe om inzicht te krijgen in de commerciële strategie van de onderneming en de gevolgen daarvan. Het is echter belangrijk om het bestaan van een actieve mededingingsbeperkende strategie van een onderneming te onderbouwen aangezien, zoals de Commissie opmerkt, het bestaan van een dergelijke strategie het enerzijds mogelijk maakt om verschillende feitelijke gegevens duidelijk te maken die dan als onrechtmatig kunnen worden aangemerkt, en anderzijds een verzwarende omstandigheid kan uitmaken. Verzoeksters bevestigen overigens deze feitelijke toestand wanneer zij in repleik uitleggen dat de gezochte informatie niet als dusdanig bestond aangezien daartoe bestaande, maar niet beschikbare, documenten moesten worden samengevoegd.
- 210 In dit verband moet ook worden verworpen het argument van verzoeksters dat de noodzaak om informatie samen te stellen aanleiding geeft tot een verzoek om inlichtingen in plaats van een inspectie. Voor zover deze informatie niet beschikbaar was, bleef er immers altijd gevaar voor vernietiging van bewijsmateriaal bestaan. Overigens beperkt het feit dat de Commissie, zoals verzoeksters betogen, in eerdere zaken anders heeft gehandeld om inzicht te krijgen in de commerciële strategie van de betrokken ondernemingen, op zich niet de mogelijkheid voor de Commissie om in de onderhavige zaken een inspectie te verrichten. In dit verband moet worden vastgesteld dat verzoeksters de eerdere zaken waarnaar zij verwijzen in ieder geval niet nader hebben genoemd, en evenmin concrete gegevens hebben overgelegd die het mogelijk maken om de omstandigheden in die zaken met die van de onderhavige zaken te vergelijken.
- 211 Bovendien moet met betrekking tot het argument van verzoeksters dat interne documenten, zoals de subjectieve beoordelingen van medewerkers, irrelevant zijn om vast te stellen of een gedraging objectief gerechtvaardigd is in het licht van artikel 102 VWEU, worden vastgesteld dat de inspectie niet a priori als hoofddoel had om getuigenissen van medewerkers te verzamelen. Het kan in ieder geval, al naar gelang de omstandigheden van het geval, noodzakelijk zijn om getuigenissen van medewerkers te verzamelen teneinde bepaalde inzichten te verwerven over feitelijke gegevens betreffende de activiteit of de strategie van de onderneming.
- 212 Aangaande, ten slotte, het argument dat een verzoek om inlichtingen op grond van artikel 18 van verordening nr. 1/2003 had volstaan aangezien de Commissie op 4 augustus 2011 een dergelijk verzoek heeft ingediend, dit wil zeggen voor zover de Commissie tijdens de procedure met andere middelen dan een inspectie inlichtingen had kunnen inwinnen bij verzoeksters, heeft de Commissie terecht beklemtoond dat het feit dat de Commissie een verzoek om inlichtingen heeft ingediend na de tweede en de derde inspectie niet relevant is om te bepalen of deze inspecties in het licht van het evenredigheidsbeginsel gerechtvaardigd waren teneinde het bestaan van een inbreuk op artikel 102 VWEU vast te stellen.
- 213 Wat, ten derde, het tweede en het derde inspectiebesluit betreft, zij vastgesteld dat verzoeksters ten opzichte van de argumenten met betrekking tot het eerste inspectiebesluit geen enkel nieuw argument aanvoeren ter ondersteuning van hun grief dat een verzoek om inlichtingen op grond van artikel 18 van verordening nr. 1/2003 had volstaan. Hoogstens stellen zij, met betrekking tot het derde inspectiebesluit, dat in geval van opeenvolgende inspecties er bijzonder ernstige redenen voorhanden moeten zijn ter rechtvaardiging daarvan.
- 214 In ieder geval moet eerst en vooral worden vastgesteld dat minstens bepaalde gegevens die in het kader van de tweede en derde inspectie zijn gezocht potentieel aanwijzingen vormden voor een oogmerk om een inbreuk te plegen en zich in de kantoren van verzoeksters konden bevinden. Uit deze besluiten blijkt dat het daarbij gaat om gegevens aangaande verschillende praktijken van DUSS die discriminerend waren ten aanzien van de concurrenten, in het bijzonder het verlenen van een

ongeschikte toegang tot de terminals, het verrichten van minder doeltreffende diensten, en het weigeren van toegang tot de terminals. Evenwel is het moeilijk voorstelbaar dat dergelijke gegevens in dit geval vrijwillig aan de Commissie zouden worden meegedeeld in het kader van een verzoek om inlichtingen op grond van artikel 18 van verordening nr. 1/2003, in het bijzonder gelet op de risico's die de onderneming loopt ingeval een inbreuk op artikel 102 VWEU wordt vastgesteld.

- 215 Verder gelden de in de punten 209 en 211 hierboven uiteengezette argumenten betreffende het belang om het bestaan van een actieve mededingingsbeperkende strategie van de onderneming te onderbouwen en betreffende de subjectieve beoordelingen van de medewerkers, eveneens voor het tweede en het derde inspectiebesluit. Overigens moet in herinnering worden gebracht dat, anders dan verzoeksters beweren, de Commissie bevoegd was om een inspectie te ondernemen en niet hoefde samen te werken met de nationale autoriteiten (zie punten 199-205 hierboven).
- 216 Aangaande tot slot het argument dat er bijzonder ernstige redenen dienen te bestaan ter rechtvaardiging van opeenvolgende inspecties, is het juist dat in geval van opeenvolgende inspecties, de Commissie over bepaalde informatie beschikt die zij tijdens eerdere inspecties heeft verzameld, alvorens zij tot de volgende inspecties overgaat. Anders dan verzoeksters betogen, impliceert dit echter niet dat de Commissie de door haar noodzakelijk geachte aanvullende informatie moet inwinnen met een verzoek om inlichtingen op grond van artikel 18 van verordening nr. 1/2003, of dat alleen bijzonder ernstige redenen een nieuwe inspectie kunnen rechtvaardigen. Uit de in de punten 193 en 194 hierboven aangehaalde rechtspraak blijkt dat de keuze die de Commissie moet maken tussen een door een besluit gelaste inspectie en een andere onderzoeksmaatregel niet noodzakelijkerwijs afhankelijk is van omstandigheden als de bijzondere ernst van de situatie, de extreme spoedeisendheid of de noodzaak van absolute geheimhouding, maar van de vereisten van een doeltreffend onderzoek, zulks in het licht van de bijzondere omstandigheden van elk geval. Zo kan de Commissie het zeer wel noodzakelijk achten om aanvullende verificaties te gelasten teneinde het bestaan van de vermoede inbreuk vast te stellen, ook wanneer zij reeds over bij eerdere inspecties verkregen aanwijzingen of zelfs bewijzen voor het bestaan van een inbreuk beschikt.
- 217 Gelet op de in de punten 206 tot en met 216 hierboven geformuleerde overwegingen dienen de argumenten van verzoeksters betreffende het feit dat een op artikel 18 van verordening nr. 1/2003 gebaseerd verzoek om inlichtingen in het onderhavige geval had volstaan en dat de inspectiebesluiten bijgevolg onevenredig zijn, in hun geheel te worden verworpen.
- 218 In de derde plaats kan het argument van verzoeksters dat niets erop wijst dat in geval van een op artikel 18 van verordening nr. 1/2003 gebaseerd verzoek om inlichtingen een reëel gevaar voor vernietiging of achterhouding van bewijsmateriaal zou hebben bestaan, niet slagen.
- 219 Ten eerste voert noch verordening nr. 1/2003, noch de rechtspraak een dergelijke beperking in. Ten tweede is dit, anders dan verzoeksters beweren, niet de enige reden waarom de Commissie heeft besloten inspecties uit te voeren. De voornaamste reden is de opsporing van gegevens die met name een strategie tot uitsluiting van concurrenten aan het licht kunnen brengen en die in het bezit van verzoeksters kunnen zijn. Ten derde moet, op basis van de in de punten 208 tot en met 214 supra aangehaalde redenen, het argument dat er zogenaamd geen gevaar voor vernietiging bestond, worden verworpen gelet op de omstandigheden van de onderhavige zaak. Ten vierde kan het arrest van het Oberlandesgericht Frankfurt am Main (zie punt 204 supra) niet tot de conclusie leiden dat er geen gevaar voor vernietiging van gegevens bestond.
- 220 Betreffende, ten vierde, het argument inzake een vermeende schending van het vermoeden van onschuld, zij in herinnering gebracht dat het beginsel van het vermoeden van onschuld, zoals dit met name voortvloeit uit artikel 6, lid 2, EVRM, deel uitmaakt van de grondrechten die volgens de rechtspraak van het Hof in de rechtsorde van de Unie bescherming genieten.

- 221 In de onderhavige zaak blijkt uit de tiende overweging van het eerste inspectiebesluit dat de Commissie daadwerkelijk verwijst naar de beschikking van het Hof van 27 april 1999, Deutsche Bahn/Commissie (C-436/97 P, Jurispr. blz. I-2387), en naar het arrest van het Gerecht van 21 oktober 1997, Deutsche Bahn/Commissie (T-229/94, Jurispr. blz. II-1689), die bevestigen dat verzoeksters artikel 102 VWEU hebben geschonden wegens hun tariefpraktijken, in samenhang met andere gegevens, om het gevaar dat de betrokken ondernemingen bewijsmateriaal trachten te verbergen of te vernietigen aannemelijk te maken. De verklaring van de Commissie volgens welke uitsluitend naar deze zaken is verwezen om te benadrukken dat verzoeksters zich noodzakelijkerwijs bewust waren van de mogelijke gevolgen van de vaststelling van een inbreuk en dat zij bijgevolg geneigd konden zijn om bewijsmateriaal te vernietigen in geval van een op artikel 18 van verordening nr. 1/2003 gebaseerd verzoek om inlichtingen, is geloofwaardig. Bovendien kan dit gegeven relevant zijn bij de keuze tussen verschillende onderzoeksmaatregelen. Ten slotte moet in herinnering worden gebracht dat het eerste, het tweede en het derde inspectiebesluit besluiten vormen waarbij een inspectie wordt gelast en dat zij bijgevolg geen sanctie bevatten en evenmin gegevens die eventuele schuld vaststellen. In deze omstandigheden moet de op schending van het vermoeden van onschuld gebaseerde grief worden verworpen.
- 222 Aangaande, ten vijfde, de bewering van verzoeksters dat zij niet begrijpen waarom de Commissie, hoewel zij sinds 2006 op de hoogte was van het systeem van kortingen, meer dan vijf jaar heeft gewacht om deze inspectie uit te voeren, kan worden volstaan, enerzijds, met de vaststelling dat zelfs indien de Commissie, zoals verzoeksters beweren, sinds 2006 over informatie beschikte die haar toeliet om inspecties uit te voeren, die vaststelling niet van invloed is op de evenredigheid van die inspecties. Anderzijds zij eraan herinnerd dat het aan de Commissie staat om te oordelen of tot een inspectie moet worden overgegaan en dat er verjaringsregels bestaan om de ondernemingen te beschermen.
- 223 Blijkens het voorgaande zijn er geen aanwijzingen dat de Commissie in de onderhavige zaak niet in verhouding tot het nagestreefde doel heeft gehandeld en daardoor het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden, daar de keuze voor inspecties op grond van artikel 20, lid 4, van verordening nr. 1/2003 passend was in het licht van de bijzondere omstandigheden van het geval.
- 224 In deze omstandigheden dient het vijfde middel gedeeltelijk niet-ontvankelijk en gedeeltelijk ongegrond te worden verklaard.

Derde en vierde vordering

- 225 Met hun derde en vierde vordering verzoeken verzoeksters het Gerecht in wezen om elke maatregel die is genomen op grond van de inspecties die in de onderhavige zaak aan de orde zijn nietig te verklaren en de Commissie te gelasten, alle in het kader van deze inspecties gemaakte afschriften van documenten terug te geven.
- 226 Wat betreft de derde vordering zij vastgesteld dat het in dit stadium onmogelijk is om het voorwerp van verzoeksters' verzoek met voldoende nauwkeurigheid te bepalen. In het bijzonder kan niet worden bepaald of dit verzoek al dan niet betrekking heeft op aanvechtbare handelingen in de zin van artikel 263 VWEU. De derde vordering is dus niet-ontvankelijk voor zover zij niet als voldoende nauwkeurig in de zin van artikel 21 van het Statuut van het Hof en artikel 44, lid 1, sub c, van het Reglement voor de procesvoering kan worden beschouwd.
- 227 Betreffende de vierde vordering zij opgemerkt dat, zoals de Commissie betoogt, door het Gerecht te verzoeken om te oordelen over de gevolgen van de nietigverklaring van de inspectiebesluiten, verzoeksters beogen om van het Gerecht een verklaring te krijgen over de gevolgen van een eventueel arrest houdende nietigverklaring, die tevens een bevel aan de Commissie zou inhouden betreffende de tenuitvoerlegging van dat arrest. Aangezien het Gerecht in het kader van het toezicht op de rechtmatigheid op grond van artikel 263 VWEU echter niet bevoegd is declaratoire arresten te wijzen

(zie in die zin beschikking Hof van 9 december 2003, Italië/Commissie, C-224/03, Jurispr. blz. I-14751, punten 20-22) of bevelen te geven, zelfs indien deze betrekking hebben op de wijze waarop aan zijn arresten uitvoering moet worden gegeven (beschikking van de president van het Hof van 26 oktober 1995, Pevasa en Inpesca/Commissie, C-199/94 P en C-200/94 P, Jurispr. blz. I-3709, punt 24), moet verzoeksters' vierde vordering niet-ontvankelijk worden verklaard (arrest Gerecht van 4 februari 2009, Omya/Commissie, T-145/06, Jurispr. blz. II-145, punt 23).

228 Gelet op al het voorgaande moeten de onderhavige beroepen in hun geheel worden verworpen.

Kosten

229 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dat is gevorderd. Aangezien verzoeksters in de zaken T-289/11, T-290/11 en T-521/11 in het ongelijk zijn gesteld, dienen zij overeenkomstig de vordering van de Commissie in elk van die zaken te worden verwezen in de kosten.

230 De Raad, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en het Koninkrijk Spanje dragen hun eigen kosten overeenkomstig het bepaalde in artikel 87, lid 4, eerste en tweede alinea, van het Reglement voor de procesvoering.

HET GERECHT (Vierde kamer)

rechtdoende, verklaart:

- 1) **De beroepen worden verworpen.**
- 2) **Deutsche Bahn AG, DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Netz AG, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail Deutschland AG en Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS) worden in de kosten van de Europese Commissie alsmede in hun eigen kosten verwezen.**
- 3) **De Raad van de Europese Unie, de Toezichthoudende Autoriteit van de EVA en het Koninkrijk Spanje dragen hun eigen kosten.**

Pelikánová

Jürimäe

Van der Woude

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 6 september 2013.

ondertekeningen

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding	2
Eerste inspectie	2
Eerste inspectiebesluit	2
Verloop van de eerste inspectie	4

Tweede inspectie	5
Tweede inspectiebesluit	5
Verloop van de tweede inspectie	6
Derde inspectie	6
Derde inspectiebesluit	6
Verloop van de derde inspectie	7
Procesverloop en conclusies van partijen	8
In rechte	9
Eerste middel: schending van het recht op onschendbaarheid van de woning wegens het ontbreken van een voorafgaande rechterlijke machtiging	10
Ontvankelijkheid	10
Ten gronde	12
Tweede middel: schending van het recht op een doeltreffende voorziening in rechte	18
Derde middel: schending van het recht van verweer van verzoeksters gelet op de onregelmatigheden die het verloop van de eerste inspectie aantasten	19
De uitvoerige doorzoeking van het kantoor van M.	22
Litigieuze documenten en sleutelwoorden	23
Het gedrag van de Commissie voor het begin van de eerste inspectie	25
Vierde middel: beschrijving van het voorwerp van de inspecties in het eerste, het tweede en het derde inspectiebesluit	26
Eerste inspectiebesluit	27
Tweede en derde inspectiebesluit	28
Vijfde middel: schending van het evenredigheidsbeginsel	29
Derde en vierde vordering	35
Kosten	36