



## Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção)

6 de setembro de 2013\*

«Concorrência — Procedimento administrativo — Decisão que ordena uma inspeção — Poderes de inspeção da Comissão — Direitos de defesa — Proporcionalidade — Dever de fundamentação»

Nos processos apensos T-289/11, T-290/11 e T-521/11,

**Deutsche Bahn AG**, com sede em Berlim (Alemanha),

**DB Mobility Logistics AG**, com sede em Berlim,

**DB Energie GmbH**, com sede em Frankfurt am Main (Alemanha),

**DB Netz AG**, com sede em Frankfurt am Main,

**DB Schenker Rail GmbH**, com sede em Mainz (Alemanha),

**DB Schenker Rail Deutschland AG**, com sede em Mainz,

**Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS)**, com sede em Bodenheim (Alemanha),

representadas por W. Deselaers, O. Mross e J. Brückner, advogados,

recorrentes,

contra

**Comissão Europeia**, representada por L. Malferrari, N. von Lingen e R. Sauer, agentes,

recorrida,

apoiada por:

**Reino de Espanha**, representado inicialmente, nos processos T-289/11 e T-290/11, por M. Muñoz Pérez, em seguida, nos processos T-289/11, T-290/11 e T-521/11, por S. Centeno Huerta, advogados del Estado,

por

**Conselho da União Europeia**, representado por M. Simm e F. Florindo Gijón, na qualidade de agentes,

\* Língua do processo: alemão.

e por

**Órgão de Fiscalização da EFTA**, representado por X. A. Lewis, M. Schneider e M. Moustakali, na qualidade de agentes,

intervenientes,

que têm por objeto pedidos de anulação das Decisões C (2011) 1774, de 14 de março de 2011, C (2011) 2365, de 30 de março de 2011, e C (2011) 5230, de 14 de julho de 2011, da Comissão, que, em conformidade com o artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, ordenam inspeções à Deutsche Bahn AG e a todas as suas filiais (processos COMP/39.678 e COMP/39.731),

O TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção),

composto por: I. Pelikánová, presidente, K. Jürimäe e M. van der Woude (relator), juízes,

secretário: K. Andová, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 9 de abril de 2013,

profere o presente

## Acórdão

### Antecedentes do litígio

- 1 A Deutsche Bahn AG, a DB Mobility Logistics AG, a DB Netz AG, a DB Energie GmbH, a Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS), a DB Schenker Rail GmbH e a DB Schenker Rail Deutschland AG, as recorrentes, assim como todas as pessoas coletivas, direta ou indiretamente controladas pela Deutsche Bahn, dão corpo a uma empresa internacional que exerce as suas atividades no setor do transporte nacional e internacional de mercadorias e passageiros, da logística e da prestação de serviços acessórios no transporte ferroviário. O capital das filiais envolvidas nos presentes processos pertence, direta ou indiretamente, a 100% à Deutsche Bahn.

### *Primeira inspeção*

Primeira decisão de inspeção

- 2 Pela Decisão C (2011) 1774, de 14 de março de 2011 (processos COMP/39.678 e COMP/39.731) (a seguir «primeira decisão de inspeção»), a Comissão Europeia ordenou à Deutsche Bahn e a todas as pessoas coletivas por si controladas direta ou indiretamente que se submetessem a uma inspeção, nos termos do artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º [CE] e 82.º [CE] (JO L 1, p.1).
- 3 O artigo 1.º da primeira decisão de inspeção tem a seguinte redação:

«A Deutsche Bahn AG, [...] assim como todas as pessoas coletivas por si controladas direta ou indiretamente, incluindo a DB Mobility Logistics AG, a DB Energie GmbH, a DB Schenker Rail GmbH e a DB Schenker Rail Deutschland AG, devem submeter-se a uma inspeção relativa aos seus comportamentos suscetíveis de infringir o artigo 102.º TFUE e o artigo 54.º do Acordo EEE no setor

do transporte ferroviário e da prestação de serviços acessórios, nos Estados-Membros nos quais as filiais em causa do grupo DB intervêm no transporte ferroviário de passageiros e de mercadorias, nomeadamente na Alemanha. Estes comportamentos referem-se a um tratamento preferencial potencialmente injustificado concedido pela DB Energie GmbH a outras filiais do grupo DB, nomeadamente sob a forma de um sistema de descontos relativo ao fornecimento de energia elétrica de tração, o que permite ao grupo DB entravar a concorrência nos mercados do transporte ferroviário situados a jusante.

A inspeção pode ter lugar em todas as instalações do grupo Deutsche Bahn AG (nomeadamente nas instalações da Deutsche Bahn AG, Potsdamer Platz 2, 10785 Berlim, Alemanha, [da] DB Mobility Logistics AG, Potsdamer Platz 2, 10785 Berlim, Alemanha, [da] DB Energie GmbH, Pfarrer-Perabo-Platz 2, 60326 Frankfurt am Main, Alemanha, da DB Schenker Rail GmbH, Rheinstrasse 2, 55116 Mainz, Alemanha, [da] DB Schenker Rail Deutschland AG, Rheinstrasse 2, 55116 Mainz, Alemanha).

A Deutsche Bahn AG, e todas as pessoas coletivas controladas direta ou indiretamente por esta, incluindo a DB Mobility Logistics AG, a DB Energie GmbH, a DB Schenker Rail GmbH e a DB Schenker Rail Deutschland AG, autorizam os funcionários e outras pessoas que os acompanhem e sejam mandatados pela Comissão para proceder a uma inspeção, bem como aos agentes da autoridade da concorrência do Estado-Membro em causa e aos agentes mandatados ou designados por esta que prestem assistência aos agentes e às pessoas referidas, a aceder a todos os locais, terrenos e meios de transporte durante as horas normais de abertura dos escritórios. A pedido dos agentes e das pessoas referidas, apresentam os livros e qualquer outro documento de natureza profissional, qualquer que seja o suporte em que se encontre, para fins de fiscalização, e permitem a fiscalização desses livros e outros documentos no local ou a realização de cópias ou a tomada de extratos, sob qualquer forma. Autorizam a aposição de selos em todas as instalações comerciais e nos livros ou documentos durante a inspeção e na medida em que tal seja necessário para efeitos desta. A pedido dos agentes ou das pessoas referidas, fornecem imediatamente e no local as explicações sobre os factos em relação com o objeto e a finalidade da inspeção, e autorizam todos os representantes ou membros do pessoal a fornecer essas explicações. Aceitam que as explicações fornecidas sejam registadas sob qualquer forma.»

- 4 No artigo 2.º da primeira decisão de inspeção, a Comissão precisa que a inspeção pode ter início em 29 de março de 2011. No artigo 3.º da referida decisão, a Comissão indica que a decisão de inspeção será notificada à Deutsche Bahn e a todas as pessoas coletivas por si controladas direta ou indiretamente, imediatamente antes da inspeção.
- 5 A primeira decisão de inspeção tem a seguinte fundamentação:

«A Comissão dispõe de indicações segundo as quais a DB Energie pode aplicar um tratamento preferencial às filiais em causa do grupo DB que estão presentes nos mercados do transporte ferroviário de passageiros e de mercadorias nos Estados-Membros nos quais essas filiais intervêm, nomeadamente na Alemanha, por meio de um sistema de descontos relativo ao fornecimento de energia elétrica de tração. Esse tratamento preferencial pode nomeadamente resultar da estrutura de descontos oferecidos pela DB Energie, e potencialmente não está justificado de maneira objetiva. A Comissão dispõe de elementos que indicam que a DB Energia pode ter aplicado sistemas de descontos semelhantes para o fornecimento de energia elétrica anteriormente, pelo menos desde 2002. Por outro lado, não é de excluir que a DB Energie tenha aplicado esses sistemas de descontos ou sistemas semelhantes já antes dessa data. Presume-se que esse método comercial permite às filiais em causa do grupo DB a obtenção de uma vantagem em relação aos seus concorrentes nos mercados do transporte ferroviário situados a jusante, nos Estados-Membros nos quais essas filiais do grupo DB exercem atividades no setor do transporte ferroviário de passageiros e de mercadorias, nomeadamente

na Alemanha, e que o grupo DB pode, assim, entravar a concorrência nesses mercados. Caso se conclua que tiveram lugar os comportamentos descritos anteriormente, estes constituem uma violação do artigo 102.º TFUE e do artigo 54.º do Acordo EEE.

É indispensável que a Comissão realize essas inspeções com base no artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003, para examinar a totalidade dos factos pertinentes relativos às práticas concertadas presumidas e ao contexto geral e determinar o grau exato de participação de todas as pessoas coletivas em causa.

As decisões relativas à fixação de preços no seio do grupo DB são provavelmente tomadas a diferentes níveis da empresa. Por outro lado, é provável que elementos de prova relevantes possam igualmente ser encontrados nas filiais do grupo DB que beneficiam provavelmente de preços vantajosos potencialmente injustificados, o que permite entravar a concorrência nos mercados do transporte ferroviário. Portanto, existem indícios de que podem ser encontrados elementos de prova em cada um dos locais enumerados no artigo 1.º da presente decisão.

Segundo as informações de que dispõe a Comissão, o sistema de preços aplicado anteriormente pela DB Energie nos mercados alemães do transporte ferroviário de passageiros e de mercadorias já foi objeto de litígios na Alemanha, nos quais eram partes as autoridades de regulação e de concorrência. Por conseguinte, as pessoas coletivas em causa sabem que as autoridades de regulação e de concorrência fiscalizam o seu sistema de tarifas. Por outro lado, a Comissão constatou, no passado, que as práticas do grupo DB em matéria de fixação de preços infringiam o artigo 102.º TFUE, facto que foi confirmado pelos órgãos jurisdicionais da União Europeia. Por conseguinte, as pessoas coletivas em causa podem tentar dissimular, subtrair ou negar elementos de prova em relação com estas práticas, para impedir que sejam descobertas eventuais práticas ilegais em matéria de fixação de preços.

Para garantir a eficácia das inspeções, é essencial que as mesmas sejam realizadas sem avisar previamente as pessoas coletivas que se presume terem participado na infração e simultaneamente em vários lugares.

Com este objetivo, é necessária uma decisão tomada em conformidade com o artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003, ordenando uma inspeção às pessoas coletivas.»

#### Desenrolar da primeira inspeção

- 6 Na manhã de 29 de março de 2011, 32 agentes da Comissão apresentaram-se nas instalações das recorrentes em Berlim (Alemanha), em Frankfurt am Main (Alemanha) e em Mainz (Alemanha), e notificaram-lhes a primeira decisão de inspeção tomada com base no artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003.
- 7 As recorrentes contactaram os seus advogados, que assistiram à inspeção desde o primeiro dia. Não levantaram objeções à inspeção nem denunciaram a falta de apresentação de um mandado judicial. Também não se opuseram à inspeção, nos termos do artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, após a notificação. Por conseguinte, a Comissão não recorreu, em nenhum momento, à assistência das autoridades do Estado-Membro nos termos do artigo 20.º, n.º 6, do referido regulamento.
- 8 Após a notificação da primeira decisão de inspeção, os representantes da empresa assinaram a ata de notificação. Entregaram aos inspetores os organigramas e as listas telefónicas da empresa, responderam a questões sobre a identidade de certos assalariados, acompanharam os inspetores aos gabinetes das pessoas com quem estes queriam falar e não levantaram objeções relativamente à

inspeção dos referidos gabinetes. Os processos presentes nesses gabinetes foram examinados, por vezes integralmente. Os inspetores revistaram também documentos eletrónicos, como mensagens de correio eletrónico, com base em certas palavras-chave.

- 9 Entre a manhã de 29 de março de 2011, e 31 de março de 2011 pelas 14 horas, os inspetores da Comissão descobriram, nas instalações da DB Schenker Rail Deutschland, em Mainz, documentos que a Comissão considera poderem indiciar a existência de outro comportamento anticoncorrencial. Este comportamento anticoncorrencial tinha por objetivo a discriminação dos concorrentes no domínio do transporte ferroviário, através da infraestrutura gerida pelas recorrentes e de certos serviços ligados à mesma. Quando um documento era inequívoco quanto a estas novas suspeitas, o referido documento era conservado à parte.
- 10 A Comissão considerou necessário realizar um inquérito a respeito da DUSS, o que deu lugar à adoção de uma segunda decisão de inspeção.
- 11 A primeira inspeção terminou na Deutsche Bahn e na DB Mobility Logistics, em Berlim, em 31 de março de 2011.

### *Segunda inspeção*

#### Segunda decisão de inspeção

- 12 Pela Decisão C (2011) 2365, de 30 de março de 2011 (processos COMP/39.678 e COMP/39.731) (a seguir «segunda decisão de inspeção»), a Comissão ordenou à Deutsche Bahn e a todas as pessoas coletivas por si controladas direta ou indiretamente que se submetessem a uma inspeção nos termos do artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003.
- 13 O artigo 1.º da segunda decisão de inspeção tem a seguinte redação:

«A Deutsche Bahn AG, [...] assim como todas as pessoas coletivas por si controladas direta ou indiretamente, incluindo a DB Mobility Logistics AG, a DB Netz AG, a Deutsche Umschlagengesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH, a DB Schenker Rail GmbH e a DB Schenker Rail Deutschland AG, devem submeter-se a uma inspeção relativa aos seus comportamentos suscetíveis de infringir o artigo 102.º TFUE e o artigo 54.º do Acordo EEE no setor do transporte ferroviário e da prestação de serviços acessórios, nos Estados-Membros nos quais as filiais em causa do grupo DB intervêm no transporte ferroviário, nomeadamente na Alemanha. Estes comportamentos referem-se a discriminações potencialmente injustificadas obra da Deutsche Umschlagengesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH em detrimento dos concorrentes do grupo DB, a fim de permitir a este último entrar no mercado do transporte ferroviário situados a jusante. A inspeção pode ter lugar em todas as instalações do grupo Deutsche Bahn AG [...]»
- 14 No artigo 2.º da segunda decisão de inspeção, a Comissão precisa que a inspeção pode ter início em 30 de março de 2011. No artigo 3.º da referida decisão, a Comissão indica que esta decisão de inspeção será notificada à Deutsche Bahn e a todas as pessoas coletivas por si controladas direta ou indiretamente, imediatamente antes da inspeção.
- 15 A segunda decisão de inspeção tem a seguinte fundamentação:

«Com base nas informações que se encontram já na sua posse, a Comissão dispõe de elementos que indicam que a DUSS pode estar a colocar em desvantagem concorrentes que operam na Alemanha, nos mercados do transporte ferroviário, dificultando o seu acesso aos terminais da DB ou discriminando-os, o que lhe permite abusar da sua posição dominante no mercado. Tal pode nomeadamente decorrer do facto de a DUSS facultar um inadequado acesso aos terminais, fornecer

serviços menos eficientes ou recusar o acesso a terminais. A Comissão dispõe de indicações segundo as quais estas práticas são aplicadas desde 2007. Presume-se que este método comercial permite às filiais em causa do grupo DB obterem uma vantagem face aos seus concorrentes nos mercados do transporte ferroviário situados a jusante, nos Estados-Membros em que essas filiais do grupo DB exercem atividades no setor do transporte ferroviário, nomeadamente na Alemanha, e que o grupo DB pode assim entravar a concorrência nesses mercados [...]

Durante as inspeções realizadas em 29 de março de 2011 nas instalações do grupo DB destinadas a investigar as eventuais práticas de preços ilegais, a Comissão foi informada de que elementos de prova relativos às práticas referidas se encontravam na posse de pessoas coletivas do grupo DB. Por conseguinte, as pessoas coletivas em causa podem tentar dissimular, subtrair ou negar esses elementos de prova e outros elementos relacionados com essas práticas, para impedir que sejam descobertas eventuais práticas ilegais.

Além disso, durante as referidas inspeções, a Comissão recebeu informações a respeito da existência de elementos de prova relativos a um comportamento potencialmente anticoncorrencial de recurso estratégico à infraestrutura gerida pelas sociedades do grupo DB e ao fornecimento de serviços ferroviários. Este comportamento presumido diz em particular respeito ao acesso às instalações de manutenção e de reparação e ao fornecimento de serviços conexos. Estes comportamentos parecem ter por objetivo impedir ou entravar as atividades exercidas pelos concorrentes do grupo DB no setor do transporte ferroviário.

[...]»

#### Desenrolar da segunda inspeção

- 16 Durante a primeira inspeção, a Comissão notificou às recorrentes, em 31 de março de 2011, por volta das 14 horas, a segunda decisão de inspeção, datada de 30 de março de 2011.
- 17 As recorrentes, assistidas pelos seus advogados, não levantaram objeções à segunda decisão de inspeção e não denunciaram a falta de apresentação de um mandado judicial. Também não se opuseram à inspeção, nos termos do artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, após a notificação. Por conseguinte, a Comissão não recorreu, em nenhum momento, à assistência das autoridades do Estado-Membro nos termos do artigo 20.º, n.º 6, do referido regulamento.
- 18 A segunda inspeção terminou, nas instalações da DB Schenker Rail Deutschland em Mainz, em 1 de abril de 2011.

#### *Terceira inspeção*

#### Terceira decisão de inspeção

- 19 Pela Decisão C (2011) 5230, de 14 de julho de 2011 (processos COMP/39.678 e COMP/39.731) (a seguir «terceira decisão de inspeção»), a Comissão Europeia ordenou à Deutsche Bahn e a todas as pessoas coletivas por si controladas direta ou indiretamente que se submetessem a uma inspeção nos termos do artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003.
- 20 O artigo 1.º da terceira decisão de inspeção tem a seguinte redação:

«A Deutsche Bahn AG, [...] assim como todas as pessoas coletivas por si controladas direta ou indiretamente, incluindo a Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS), a DB Netz AG, a DB Schenker Rail GmbH e a DB Schenker Rail Deutschland AG, devem submeter-se a uma

inspeção relativa aos seus comportamentos suscetíveis de infringir o artigo 102.º TFUE e o artigo 54.º do Acordo EEE no setor do transporte ferroviário e da prestação de serviços acessórios, nos Estados-Membros nos quais as filiais em causa do grupo DB intervêm no transporte ferroviário, nomeadamente na Alemanha. Estes comportamentos referem-se a discriminações potencialmente injustificadas dos concorrentes do grupo DB pela Deutsche Umschlagengesellschaft Schiene-Straße GmbH (DUSS) mbH, que permitem ao grupo DB entravar a concorrência nos mercados do transporte ferroviário situados a jusante e, portanto, impor aos concorrentes uma desvantagem concorrencial.

A inspeção pode ter lugar em todas as instalações do grupo Deutsche Bahn AG [...]

21 No artigo 2.º da terceira decisão de inspeção, a Comissão precisa que a inspeção pode ter início em 26 de julho de 2011. No artigo 3.º da referida decisão, a Comissão indica que esta decisão de inspeção será notificada à Deutsche Bahn e a todas as pessoas coletivas por si controladas direta ou indiretamente, imediatamente antes da inspeção.

22 A terceira decisão de inspeção tem a seguinte fundamentação:

«— A Comissão leva a cabo um inquérito relativo a um sistema potencialmente anticoncorrencial de utilização estratégica da infraestrutura gerida pelas sociedades do grupo DB. O referido sistema presumido inclui práticas relativas ao acesso aos terminais e à formação dos preços relativos aos terminais, bem como aos serviços conexos. Estas práticas podem ter como objetivo impedir, complicar ou tornar mais onerosas as atividades dos concorrentes do grupo DB no domínio do transporte ferroviário, para os quais o acesso à infraestrutura em questão é necessário. No quadro das suas investigações, a Comissão procedeu, de 29 de março a 1 de abril de 2011, a inspeções nas instalações das sociedades DB AG, DB Mobility Logistics AG, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail DE e DB Energie GmbH.

¾ Com base nas informações já na sua posse, incluindo — embora não exclusivamente — as obtidas durante as referidas inspeções, a Comissão reuniu indícios que demonstram que a DUSS pode colocar em desvantagem os concorrentes presentes no mercado do transporte ferroviário na Alemanha, impedindo, complicando ou tornando muito oneroso o acesso aos terminais, nomeadamente só permitindo um acesso inadequado ou mais oneroso aos terminais, e oferecendo serviços conexos menos eficientes ou mais dispendiosos, ou recusando o acesso aos terminais ou aos serviços conexos. Estas práticas podem não ser objetivamente justificadas. A Comissão dispõe de indícios que levam a pensar que algumas destas práticas se verificam pelo menos desde 2007. A Comissão tem ainda conhecimento de um documento com referência a um possível ‘desconto oculto’ concedido pela DUSS à DB Schenker Rail DE. Segundo este documento, este foi mantido em 2010. A Comissão não dispõe de indicações a respeito da data do início de aplicação deste desconto.

¾ Presume-se que as filiais em questão do grupo DB, em particular a DB Schenker Rail DE, obtêm, graças a estas práticas, uma vantagem concorrencial face aos seus concorrentes nos mercados do transporte ferroviário a jusante nos Estados-Membros onde as referidas filiais do grupo DB estão presentes no mercado do transporte ferroviário, nomeadamente na Alemanha, e que isto permite ao grupo DB entravar a concorrência nos referidos mercados.»

Desenrolar da terceira inspeção

23 Em 26 de julho de 2011 por volta das 9 h 30 m, os agentes da Comissão apresentaram-se nas instalações da DUSS e entregaram às recorrentes a terceira decisão de inspeção tomada com base no artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003.

- 24 As recorrentes, assistidas pelos seus advogados, não levantaram objeções à terceira decisão de inspeção e não denunciaram a falta de apresentação de um mandado judicial. Também não se opuseram à inspeção, nos termos do artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, após a notificação. Por conseguinte, a Comissão não recorreu, em nenhum momento, à assistência das autoridades do Estado-Membro nos termos do artigo 20.º, n.º 6, do referido regulamento.
- 25 A terceira inspeção terminou em 29 de julho de 2011.

### **Tramitação processual e pedidos das partes**

- 26 Por petições que deram entrada na Secretaria do Tribunal Geral em 10 de junho e 5 de outubro de 2011, as recorrentes interpuseram os presentes recursos.
- 27 Por despachos de 12 de janeiro, 31 de janeiro e 12 de março de 2012, foram admitidas as intervenções do Conselho da União Europeia, do Órgão de Fiscalização da EFTA e do Reino de Espanha nos processos T-289/11, T-290/11 e T-521/11 em apoio dos pedidos da Comissão e o Órgão de Fiscalização da EFTA foi autorizado a utilizar a língua inglesa durante as fases escrita e oral do processo.
- 28 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal Geral (Quarta Secção) decidiu dar início à fase oral e, no âmbito das medidas de organização do processo previstas no artigo 64.º do Regulamento de Processo, colocou determinadas questões escritas às partes, solicitando-lhes por duas vezes a apresentação de determinados documentos. As partes deram cumprimento a esses pedidos nos prazos estabelecidos.
- 29 Por despacho do presidente da Quarta Secção do Tribunal Geral de 22 de janeiro de 2013, os processos T-289/11, T-290/11 e T-521/11 foram apensos para efeitos da audiência e do acórdão.
- 30 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal Geral na audiência de 9 de abril de 2013.
- 31 As recorrentes concluem pedindo que o Tribunal Geral se digne:
- anular a primeira, a segunda e a terceira decisões de inspeção da Comissão;
  - a título subsidiário, que seja considerada procedente a exceção de ilegalidade do artigo 20.º, n.ºs 4 a 8, do Regulamento n.º 1/2003;
  - anular todas as medidas tomadas com base nas inspeções que tiveram lugar com fundamento na primeira, na segunda e na terceira decisões de inspeção;
  - condenar a Comissão a, designadamente, restituir todas as cópias dos documentos feitas no quadro das inspeções, sob pena de anulação pelo Tribunal Geral de toda e qualquer decisão futura da Comissão;
  - condenar a Comissão nas despesas.
- 32 A Comissão, apoiada pelo Reino de Espanha, conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:
- negar provimento aos recursos;
  - condenar as recorrentes nas despesas.

- 33 O Conselho conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:
- negar provimento aos recursos na medida em que assentam na exceção de ilegalidade do artigo 20.º, n.ºs 4 a 8, do Regulamento n.º 1/2003;
  - decidir quanto às despesas.
- 34 O Órgão de Fiscalização da EFTA conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:
- negar provimento aos recursos.

### **Questão de direito**

- 35 Em apoio do seu recurso de anulação, as recorrentes invocam, no essencial, cinco fundamentos.
- 36 Os dois primeiros fundamentos são relativos, por um lado, à violação do direito fundamental das recorrentes à inviolabilidade do domicílio [artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (JO 2010, C 83, p. 389) e artigo 8.º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada em Roma em 4 de novembro de 1950 (a seguir «CEDH»)], devido à inexistência de um mandado judicial prévio, e por outro, à violação do direito fundamental a um recurso efetivo (artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais e artigo 6.º da CEDH), devido à inexistência de uma autorização judicial prévia e à falta de uma fiscalização judicial completa das decisões de inspeção, do ponto de vista factual e jurídico, dentro de um prazo razoável.
- 37 Na fase da réplica, as recorrentes, na sequência de uma questão escrita do Tribunal Geral, alegaram, a título subsidiário e em apoio do primeiro fundamento, uma exceção de ilegalidade do artigo 20.º, n.ºs 4 a 8, do Regulamento n.º 1/2003, para o caso de o Tribunal Geral considerar que o referido regulamento não impõe a obtenção prévia de um mandado judicial.
- 38 O terceiro fundamento é relativo à violação dos direitos de defesa, na medida em que a segunda e a terceira inspeções se basearam em informações obtidas ilegalmente durante a primeira inspeção. Segundo as recorrentes, a Comissão procurou deliberadamente conseguir informações sobre a DUSS durante a primeira inspeção, quando esta inspeção só tratava da alimentação em energia elétrica dos meios de tração (a seguir «EET»).
- 39 O quarto fundamento é relativo à violação dos direitos de defesa devido à descrição desmesuradamente ampla do objeto das inspeções no artigo 1.º de cada uma das três decisões de inspeção, em particular no que respeita à natureza dos comportamentos incriminados, à amplitude geográfica do mercado e à duração das infrações presumidas.
- 40 O quinto fundamento, parcialmente comum nos três processos, é relativo à violação do princípio da proporcionalidade. As recorrentes alegam, no essencial, que a Comissão excedeu o que era adequado e necessário para atingir o objetivo prosseguido.
- 41 A Comissão considera que os cinco fundamentos invocados em apoio do primeiro pedido são inadmissíveis e/ou, em todo o caso, improcedentes. Entende que o segundo, terceiro e quarto pedidos são inadmissíveis.

*Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação do direito à inviolabilidade do domicílio devido à inexistência de um mandado judicial prévio*

- 42 Com o seu primeiro fundamento, as recorrentes alegam que, por terem sido tomadas sem a obtenção de um mandado judicial prévio, as três decisões de inspeção não respeitam as garantias reconhecidas pelo princípio da inviolabilidade do domicílio, conforme consagrado no artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais e no artigo 8.º da CEDH.
- 43 A título subsidiário, na fase da réplica e para o caso de o Tribunal Geral considerar que o Regulamento n.º 1/2003 não impõe a obtenção de um mandado judicial prévio e que, portanto, a Comissão estava impossibilitada de requerer tal mandado, as recorrentes deduzem uma exceção de ilegalidade do artigo 20.º, n.ºs 4 a 8, do Regulamento n.º 1/2003.
- 44 A Comissão contesta tanto o mérito como a admissibilidade do primeiro fundamento e da exceção de ilegalidade.

Quanto à admissibilidade

- 45 A Comissão deduz dois fundamentos de inadmissibilidade distintos.
- 46 Em primeiro lugar, a Comissão, apoiada pelo Reino de Espanha, considera que o primeiro fundamento, invocado em apoio do primeiro pedido cujo objeto consiste na anulação das três decisões de inspeção é, no essencial, inoperante e, por essa razão, inadmissível, nos termos de jurisprudência assente (acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de outubro de 1989, Dow Chemical Ibérica e o./Comissão, 97/87 a 99/87, Colet., p. 3165, n.ºs 40 e 41, e acórdão do Tribunal Geral de 8 de março 2007, France Télécom/Comissão, T-339/04, Colet., p. II-521, n.º 54). Segundo a Comissão, supondo que o fundamento das recorrentes fosse operante, só poderia afetar a legalidade do desenrolar da inspeção e não a legalidade da própria decisão de inspeção.
- 47 A este respeito, num primeiro momento, há que constatar que a Comissão, nos seus articulados, estabelece uma errada relação entre o caráter inoperante de um fundamento ou de uma alegação e a respetiva admissibilidade. Com efeito, qualificar um fundamento ou uma alegação de inoperante consiste em considerar que, sem que haja necessidade de examinar o seu mérito, esse fundamento não é suscetível de ter influência na solução do litígio. Pelo contrário, um fundamento ou uma alegação inadmissíveis, mesmo podendo ter influência na solução do litígio, não são aduzidos em condições que permitam ao juiz apreciar o respetivo mérito. Por conseguinte, ao contrário do que afirma a Comissão, o caráter inoperante de um fundamento não é sempre e em todos os casos de natureza a implicar a sua inadmissibilidade.
- 48 Num segundo momento, a argumentação da Comissão que conclui pelo caráter inoperante dos argumentos das recorrentes assenta numa errada interpretação do primeiro fundamento.
- 49 Nos acórdãos Dow Chemical Ibérica e o./Comissão, n.º 46, *supra* (n.ºs 40 e 41), e France Télécom/Comissão, n.º 44, *supra* (n.º 54), referidos pela Comissão em apoio da sua argumentação, o juiz da União recordou que, nos termos de jurisprudência assente, a legalidade de um ato deve ser apreciada em função dos elementos de direito e de facto existentes à data em que este ato foi adotado e que, a esse respeito, a aplicação que tenha sido dada a uma decisão que ordena uma inspeção não tem incidência na legalidade da decisão que ordenou a inspeção.
- 50 Em contrapartida, com o seu primeiro fundamento, as recorrentes solicitam a identificação, pelo Tribunal Geral, de uma nova formalidade essencial suscetível de afetar a legalidade das decisões de inspeção. Com efeito, na medida em que, nos termos utilizados pelas recorrentes, uma decisão de

inspeção deve necessariamente estar «ligada» ou «associada» à obtenção de um mandado, o primeiro fundamento deve ser entendido no sentido de que só as decisões de inspeção que tenham previsto a prévia obtenção de um mandado judicial podem ser legalmente adotadas pela Comissão.

- 51 Nestas condições, os argumentos da Comissão devem ser julgados infundados, na medida em que o fundamento das recorrentes não é inoperante nem inadmissível.
- 52 Em segundo lugar, quanto à exceção de ilegalidade deduzida na fase da réplica, a Comissão, apoiada pelo Órgão de Fiscalização da EFTA, considera-a extemporânea, na aceção do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo.
- 53 O Conselho considera que a exceção de ilegalidade só é admissível na medida em que visa o artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003, base jurídica das decisões de inspeção. Dado que o artigo 20.º, n.º 5, do referido regulamento não tem nenhuma relação com os factos e que as recorrentes não se opuseram formalmente à inspeção, a exceção de ilegalidade do artigo 20.º, n.ºs 5 a 8, deste regulamento é, por conseguinte, inadmissível.
- 54 As recorrentes contestam o carácter extemporâneo da exceção de ilegalidade, na medida em que a mesma veio unicamente precisar o pedido principal.
- 55 A este respeito, há que constatar que, com o seu primeiro fundamento, as recorrentes colocam implicitamente em causa a legalidade do Regulamento n.º 1/2003 com base no qual a decisão foi adotada. Não prevendo explicitamente a obrigação de a Comissão obter um mandado judicial, junto do Tribunal Geral ou de um órgão jurisdicional nacional, o Regulamento n.º 1/2003 não é conforme às imposições da Carta dos Direitos Fundamentais e da CEDH, como interpretadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (a seguir «TEDH»). Por conseguinte, há que considerar que a exceção de ilegalidade expressamente deduzida na réplica, contrariamente ao que alegam a Comissão e o Órgão de Fiscalização da EFTA, constitui a ampliação, no n.º 17 da réplica, de um fundamento que foi implícita mas claramente invocado no pedido (v., neste sentido, acórdão do Tribunal Geral de 18 de novembro de 2004, Ferriere Nord/Comissão, T-176/01, Colet., p. II-3931, n.º 136 e jurisprudência referida).
- 56 Todavia, como corretamente recorda o Conselho, uma exceção de ilegalidade deduzida de modo incidente, ao abrigo do artigo 277.º TFUE, por ocasião da contestação no processo principal da legalidade de uma decisão, só é admissível se existir um nexo de ligação entre o ato controvertido e a norma cuja pretensa ilegalidade é arguida. Ora, na medida em que o artigo 277.º TFUE não se destina a permitir que uma parte impugne a aplicabilidade de todo e qualquer ato de carácter geral, através de qualquer tipo de recurso, o alcance de uma exceção de ilegalidade deve ser limitado ao indispensável para a solução do litígio. Daqui resulta que o ato de carácter geral cuja ilegalidade é invocada deve ser aplicável, direta ou indiretamente, ao facto que é objeto de recurso e que deve existir um nexo jurídico direto entre a decisão individual impugnada e o ato geral em questão (v., neste sentido, acórdão do Tribunal Geral de 26 de outubro de 1993, Reinartz/Comissão, T-6/92 e T-52/92, Colet., p. II-1047, n.º 57 e jurisprudência referida).
- 57 No caso em apreço, a primeira, a segunda e a terceira decisões de inspeção foram adotadas unicamente com base no artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003. O artigo 20.º, n.º 5, do referido regulamento não tem qualquer relação com o presente litígio e a ausência de oposição por parte dos recorrentes tornou inútil o recurso ao mecanismo previsto nos n.ºs 6 a 8 do artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003.
- 58 Nestas condições, há que considerar que a exceção de ilegalidade só é admissível na medida em que respeita ao artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003.

## Quanto ao mérito

- 59 Em primeiro lugar, as recorrentes baseiam-se na evolução da jurisprudência do TEDH, em particular, nos acórdãos *Société Colas Est e o. c. França* (16 de abril de 2002, *Recueil des arrêts et décisions*, 2002-III); *Société Canal Plus e o. c. França* (21 de dezembro de 2010, pet. 29408/08); e *Société Métallurgique Liotard Frères c. França* (5 de maio de 2011, pet. 29598/08), para considerar que uma decisão de inspeção que não está ligada ou associada a um despacho judicial de autorização prévia viola os seus direitos consagrados no artigo 7.º da Carta dos Direitos Fundamentais. O TEDH assinalou também que as inspeções sem autorização judicial prévia eram desproporcionais à luz dos objetivos prosseguidos.
- 60 Segundo as recorrentes, já era necessária uma autorização judicial prévia na maioria dos Estados-Membros, inclusive na Alemanha. Salientam, por outro lado, que já é necessária esta autorização quando se trate das instalações referidas no artigo 21.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1/2003. No momento atual, a Comissão é o único juiz dos seus atos no caso de uma inspeção nas instalações das empresas.
- 61 Em segundo lugar, as recorrentes alegam que a necessidade de apresentação de uma autorização judicial prévia não se limita ao caso em que a empresa se opõe à inspeção, na aceção do artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003. Com efeito, consideram, primeiro, que a violação dos direitos fundamentais ocorre no momento em que os agentes da Comissão entram na empresa, segundo, que, no momento da chegada dos agentes da Comissão, a empresa não dispõe de tempo ou de meios para verificar o caráter proporcional da inspeção, terceiro, que a Comissão tem o poder de tomar medidas coercivas diretas, tais como a colocação sob sequestro das salas ou a aplicação de coimas, e, quarto, que a possibilidade de se opor à inspeção ou aos comportamentos inadequados dos agentes da Comissão é teórica, atento o risco de uma coima aplicada nos termos do artigo 23.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 1/2003, que se corre em tal caso, como demonstra, por um lado, o processo que a Comissão instaurou ilegalmente à Sanofi Aventis (documento da Comissão com a referência MEMO/08/357, de 2 de junho de 2008), com vista a punir a empresa em questão por ter pretendido opor-se à inspeção, e, por outro, o desenrolar da primeira inspeção, durante a qual os agentes da Comissão ameaçaram fechar o sistema informático das recorrentes se não obtivessem as palavras-passe das contas de correio eletrónico de certos empregados das recorrentes.
- 62 Na fase da réplica, as recorrentes, por um lado, consideraram que resulta da jurisprudência do TEDH que é unicamente uma situação de perigo iminente, no domínio penal, que pode justificar a ausência de mandado judicial prévio e, por outro, que o Regulamento n.º 1/2003 é ilegal caso não permita a obtenção prévia de um mandado.
- 63 A Comissão contesta a totalidade dos argumentos das recorrentes.
- 64 A título liminar, há que constatar que, para apreciar o mérito do primeiro fundamento, é necessário examinar, no essencial, a questão de saber se o sistema instituído pelo Regulamento n.º 1/2003 é conforme aos direitos fundamentais. Por conseguinte, o Tribunal Geral considera que há que apreciar o mérito da exceção de ilegalidade, na parte em que respeita ao artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003, no quadro da análise do mérito do primeiro fundamento.
- 65 A este respeito, há que constatar que o exercício dos poderes de inspeção conferidos à Comissão pelo artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 na esfera de uma empresa constitui uma ingerência evidente no direito desta última ao respeito pela sua vida privada, pelo seu domicílio e pela sua correspondência. Tal não é contestado pela Comissão ou pelos intervenientes nos presentes processos. A questão colocada no caso em apreço é, portanto, a de saber se a ausência de um mandado judicial prévio implica necessariamente a ilegalidade da ingerência administrativa e, nesse caso, se o sistema consagrado pelo Regulamento n.º 1/2003 oferece garantias suficientemente protetoras na ausência de uma autorização judicial prévia.

- 66 Na jurisprudência recente (TEDH, acórdãos Harju c. Finlândia, de 15 de fevereiro de 2011, pet. 56716/09, n.ºs 40 e 44, e Heino c. Finlândia, de 15 de fevereiro de 2011, pet. 56715/09, n.ºs 40 e 44), o TEDH salientou a importância de se proceder a um exame das garantias que seja tanto mais rigoroso quanto sejam possíveis as inspeções sem a autorização prévia de uma autoridade judicial. Seguidamente, enunciou claramente o princípio de que a ausência de autorização judicial prévia pode ser compensada por uma fiscalização completa a realizar após a inspeção.
- 67 Portanto, há que constatar, atenta a jurisprudência do TEDH, que a ausência de um mandado judicial prévio não é suscetível, por si só, de implicar a ilegalidade de uma ingerência na aceção do artigo 8.º da CEDH.
- 68 Os argumentos das recorrentes que visam relativizar o alcance dos acórdãos do TEDH, Heino c. Finlândia e Harju c. Finlândia, n.º 66, *supra*, não bastam para pôr em causa esta constatação.
- 69 Segundo as recorrentes, resulta destes acórdãos que apenas uma situação de perigo iminente, com vista a evitar a perpetuação de um crime, pode justificar a falta de autorização judicial prévia.
- 70 Ora, há que realçar, tal como a Comissão, por um lado, que o n.º 31 do acórdão Harju c. Finlândia, do TEDH, n.º 66, *supra*, no qual se baseiam as recorrentes para demonstrar a importância da existência de um perigo iminente, se encontra na parte do acórdão que resume a argumentação da recorrida e não na parte que expõe a apreciação do TEDH. Por outro lado, é forçoso constatar que a apreciação do TEDH não se baseia de modo algum na existência de um perigo iminente, contrariamente ao que sustentam as recorrentes. De resto, a existência de um perigo iminente também não constitui um elemento determinante nos acórdãos do TEDH, Mastepan c. Rússia (14 de janeiro de 2012, pet. 3708/03), e Varga c. Roménia (1 de abril de 2008, pet. 73957/01). Por último, como corretamente sublinha a Comissão, o facto de os acórdãos Harju c. Finlândia e Heino c. Finlândia do TEDH, n.º 66, *supra*, se inscreverem no domínio do direito penal reforça a sua relevância para os presentes processos.
- 71 Os argumentos das recorrentes que visam estabelecer que a solução adotada no acórdão Société Colas Est e o. c. França do TEDH, n.º 59, *supra*, é integralmente aplicável ao caso em apreço também não podem prosperar.
- 72 Com efeito, resulta desse acórdão, em particular do n.º 49, que a ausência de um mandado prévio constitui apenas um dos elementos levados em conta pelo TEDH para concluir pela existência de uma violação do artigo 8.º da CEDH. Em especial, o TEDH teve em conta a amplitude dos poderes detidos pela autoridade competente, as circunstâncias da ingerência e o facto de o sistema apenas prever à época um número limitado de garantias. Esta situação é diferente da situação que prevalece no direito da União (v. n.ºs 74 a 99, *infra*).
- 73 Mesmo não sendo a ausência de mandado judicial prévio, ao contrário do que afirmam as recorrentes, suscetível de implicar, só por si, a ilegalidade de uma ingerência, há que analisar se o sistema instituído pelo Regulamento n.º 1/2003, em especial o artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 e o modo como este foi executado através da adoção das três decisões de inspeção, apresenta garantias adequadas e bastantes que correspondam a um enquadramento suficientemente estrito dos poderes da Comissão. Com efeito, o TEDH recordou constantemente que um grau aceitável de proteção contra as ingerências que atentam contra o artigo 8.º da CEDH implicava um quadro legal e limites estritos (TEDH, acórdãos Harju c. Finlândia, n.º 66, *supra*, n.º 39; Heino c. Finlândia, n.º 66, *supra*, n.º 39; Varga c. Roménia, n.º 70, *supra*, n.º 70; e Société Canal Plus e o. c. França, n.º 59, *supra*, n.º 54).
- 74 A este respeito, há que salientar a existência de cinco categorias de garantias relativas, em primeiro lugar, à fundamentação das decisões de inspeção, em segundo, aos limites impostos à Comissão durante o desenrolar da inspeção, em terceiro, à impossibilidade de a Comissão impor a inspeção pela força, em quarto, à intervenção das instâncias nacionais, e, em quinto, à existência de vias de recurso, *a posteriori*.

- 75 Em primeiro lugar, no tocante à fundamentação de uma decisão de inspeção, resulta da jurisprudência que esta última tem por objetivo revelar o caráter justificado da intervenção pretendida no interior das empresas em causa (v. acórdão France Télécom/Comissão, n.º 46, *supra*, n.º 57 e jurisprudência referida). Seguidamente, esta decisão deve respeitar as imposições que figuram no artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003. Assim, a decisão deve indicar o objeto e a finalidade da inspeção, fixar a data em que esta tem início e indicar as sanções previstas nos artigos 23.º e 24.º do referido regulamento, bem como a possibilidade de impugnação da decisão perante o Tribunal de Justiça. Resulta da jurisprudência que a fundamentação também deve indicar as hipóteses e presunções que a Comissão pretende verificar (acórdão do Tribunal Geral de 12 de julho de 2007, CB/Comissão, T-266/03, não publicado na Coletânea, n.ºs 36 e 37).
- 76 No entanto, a Comissão não é obrigada a proceder a uma qualificação jurídica exata das infrações presumidas, nem a comunicar à empresa todas as informações de que dispõe, nem a indicar o período durante o qual a infração objeto de suspeita teria sido cometida (acórdão France Télécom/Comissão, n.º 46, *supra*, n.º 58).
- 77 Todavia, com vista a garantir à empresa a possibilidade de fazer uso do seu direito de oposição, a decisão de inspeção, além dos elementos formais enumerados no artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003, deve conter uma descrição das características essenciais da infração objeto de suspeita, mediante a indicação do mercado presumido em causa e da natureza das restrições de concorrência objeto de suspeita, bem como os setores abrangidos pela pretensa infração a que diz respeito o inquérito, explicações sobre a forma como a empresa visada pela inspeção está supostamente implicada nessa infração, da matéria investigada e dos elementos sobre os quais a verificação deve incidir (v. acórdão France Télécom/Comissão, n.º 46, *supra*, n.º 59 e jurisprudência referida).
- 78 A fiscalização da fundamentação de uma decisão permite ao juiz zelar pelo respeito do princípio da proteção contra as intervenções arbitrárias ou desproporcionadas e dos direitos de defesa (acórdão France Télécom/Comissão, n.º 46, *supra*, n.º 57), sem deixar de ter em mente a necessidade de preservar uma certa margem de manobra da Comissão, sem a qual as disposições do Regulamento n.º 1/2003 ficariam desprovidas de todo o efeito útil (despacho do Tribunal de Justiça de 17 de novembro de 2005, Minoan lines/Comissão, C-121/04 P, não publicado na Coletânea, n.º 36).
- 79 Em segundo lugar, são impostos limites à Comissão durante o desenrolar da inspeção.
- 80 Primeiro, os documentos de natureza não profissional, isto é, que não respeitem à atividade da empresa no mercado, ficam excluídos do campo de investigação aberto à Comissão (acórdãos do Tribunal de Justiça de 18 de maio de 1982, AM & S Europe/Comissão, 155/79, Recueil, p. 1575, n.º 16, e de 22 de outubro de 2002, Roquette Frères, C-94/00, Colet., p. I-9011, n.º 45).
- 81 Segundo, as empresas objeto de uma inspeção ordenada por uma decisão de inspeção gozam do direito a assistência jurídica e do direito de preservação da confidencialidade da correspondência entre advogados e clientes, estando esta última garantia excluída a respeito das informações trocadas entre um advogado vinculado à empresa por uma relação de emprego e esta última (acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de setembro de 2010, Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals/Comissão, C-550/07 P, Colet., p. I-8301, n.ºs 40 a 44).
- 82 Terceiro, ainda que o Regulamento n.º 1/2003 imponha à empresa submetida a inspeção uma obrigação de cooperação ativa, a Comissão não pode impor à empresa a obrigação de fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infração, cuja prova cabe à Comissão (acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de outubro de 1989, Orkem/Comissão, 374/87, Colet., p. 3283, n.º 35). Este princípio, desenvolvido no âmbito da aplicação do artigo 11.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962, Primeiro regulamento de execução dos artigos [81.º CE] e

[82.º CE] (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), aplica-se igualmente às questões que os inspetores são suscetíveis de fazer no quadro de uma inspeção efetuada ao abrigo do artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003.

- 83 Quarto, importa mencionar a existência de notas explicativas que são notificadas às empresas simultaneamente com as decisões de inspeção. Estas notas explicativas determinam a metodologia que a Comissão se obrigou a respeitar na realização de uma inspeção. Portanto, precisam utilmente o conteúdo do princípio do respeito pelos direitos de defesa e do princípio da boa administração, como os entende a Comissão.
- 84 Estas notas explicativas precisam o modo como certas fases da inspeção devem ser conduzidas. A obrigação de citar os nomes dos agentes habilitados pela Comissão ou pela adequada autoridade nacional da concorrência (ponto 1), a obrigação de notificar a decisão que autoriza a inspeção (ponto 3), a exposição limitativa das prerrogativas dos agentes (ponto 4), o direito de recorrer aos serviços de um advogado (ponto 6), as condições do registo das explicações orais fornecidas pelos funcionários da empresa (pontos 7 e 8), as modalidades de consulta, de busca e de cópia de certos documentos informáticos (pontos 10 e 11), as soluções de gestão de uma consulta diferida de determinadas informações fixadas em suporte informático (pontos 11 e 12), a possibilidade de obter um inventário assinado dos elementos copiados (ponto 12) e as condições da gestão confidencial de certas informações ou de certos segredos comerciais na sequência do inquérito (pontos 13 e 14) constituem outros elementos pormenorizados nas notas explicativas já referidas. Estes elementos constituem igualmente informações úteis para a empresa quando os representantes desta última sejam chamados a apreciar a amplitude do seu dever de cooperação.
- 85 Em terceiro lugar, contrariamente ao que afirmam as recorrentes, a Comissão não dispõe de meios excessivos de coerção que na prática impossibilitem qualquer oposição ao ato de inspeção nos termos do artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003.
- 86 Com efeito, em primeiro lugar, resulta da jurisprudência que, quando de uma inspeção, os agentes da Comissão dispõem, designadamente, da faculdade de exigir a apresentação dos documentos que solicitem, de entrar nos locais que refiram e de que lhes seja mostrado o conteúdo dos móveis que indiquem. Pelo contrário, não podem forçar o acesso a locais ou móveis ou obrigar o pessoal da empresa a garantir-lhes esse acesso, nem empreender buscas sem autorização dos responsáveis da empresa (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de setembro de 1989, Hoechst/Comissão, 46/87 e 227/88, Colet., p. 2859, n.º 31).
- 87 Em segundo lugar, todas as regras que enquadram, por um lado, a fundamentação das decisões de inspeção (v. n.ºs 75 a 78, *supra*) e, por outro, o desenrolar das inspeções (v. n.ºs 79 a 84, *supra*) permitem que as empresas utilizem efetivamente o seu direito de oposição ao abrigo do artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003 quando da chegada dos inspetores, no momento da notificação da decisão de inspeção ou em qualquer outro momento, durante a inspeção.
- 88 A este respeito, há que salientar a possibilidade de os representantes das empresas que são objeto de inspeções fazerem registar numa ata todas as presumidas irregularidades ocorridas durante a inspeção ou todas as dolências que possam ter, sem, porém, se oporem formalmente à inspeção na aceção do artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, bem como a utilização de todos os meios à sua disposição para conservarem provas tangíveis das referidas irregularidades.
- 89 Em terceiro lugar, há que recordar que a Comissão, quando da sua chegada às instalações da empresa, deve conceder a esta um prazo razoável, mas breve, para examinar a decisão de inspeção com a ajuda dos seus advogados. Aliás, no que respeita ao argumento das recorrentes de que a violação dos seus direitos fundamentais se verifica no momento em que os agentes da Comissão penetram na empresa, o Tribunal Geral considera, tal como a Comissão, que a inspeção não começa, em caso algum, antes da notificação da decisão e que o simples facto de se penetrar na empresa com o objetivo de proceder

à notificação não constitui a violação de um direito fundamental. Em seguida, durante a inspeção, a Comissão deve também conceder um breve prazo à empresa para consultar os seus advogados antes de efetuar cópias, apor selos ou pedir explicações orais.

- 90 Em quarto lugar, há que recordar neste contexto que só em caso de obstrução evidente ou de utilização abusiva do direito de oposição é que a Comissão pode utilizar o mecanismo de sanção previsto no artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003. Portanto, a Comissão não pode utilizar este mecanismo de sanção como ameaça com vista a obter concessões por parte das empresas que excedam os limites estritos do respetivo dever de colaboração. A este respeito, há que recordar que todas as decisões tomadas com base no artigo 23.º do Regulamento n.º 1/2003 podem ser objeto de fiscalização pelo juiz da União.
- 91 Em quarto lugar, no tocante às garantias proporcionadas pelo processo de oposição previsto no artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, há que constatar que a Comissão se encontra na obrigação de recorrer à assistência das autoridades nacionais do Estado em cujo território a inspeção deve ser efetuada. Este processo desencadeia a execução dos mecanismos de fiscalização, eventualmente judicial, próprios ao Estado-Membro em causa.
- 92 Quando é solicitada a intervenção da autoridade nacional competente, o Estado-Membro em causa tem a obrigação de garantir a eficácia da ação da Comissão, simultaneamente respeitando diversos princípios gerais do direito da União, em particular a proteção das pessoas singulares e coletivas contra as intervenções arbitrárias e desproporcionadas do poder público na esfera privada (acórdãos Hoechst/Comissão, n.º 86, *supra*, n.º 33, e Roquette Frères, n.º 80, n.º 35).
- 93 Cabe à instância nacional competente, seja judicial ou não, examinar se as medidas compulsórias em causa não são arbitrárias ou excessivas relativamente ao objeto da verificação. A Comissão deve zelar para que a referida instância nacional disponha de todos os elementos necessários que lhe permitam exercer esse controlo e zelar pelo respeito das normas do direito nacional durante a aplicação das medidas compulsórias (acórdão Hoechst/Comissão, n.º 86, *supra*, n.ºs 34 e 35, e Roquette Frères, n.º 80, *supra*, n.ºs 36 e 37).
- 94 Há que acrescentar que, como corretamente observa a Comissão, o juiz nacional competente para autorizar as medidas compulsórias pode submeter uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça. Por outro lado, os artigos 95.º e 105.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça permitem que o juiz nacional submeta uma questão prejudicial de tramitação acelerada e anónima. Por fim, o juiz nacional pode, sob certas condições, decidir suspender o processo de emissão do mandado enquanto aguarda pela resposta do Tribunal de Justiça à questão prejudicial (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de novembro de 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e o., C-465/93, Colet., p. I-3761, n.º 23).
- 95 Em quinto lugar, o enquadramento da ingerência que constitui uma inspeção assenta igualmente na fiscalização *a posteriori*, pelo juiz da União, da legalidade da decisão que ordenou a inspeção.
- 96 A este respeito, o artigo 20.º, n.º 8, último período, do Regulamento n.º 1/2003, dispõe:
- «O controlo da legalidade da decisão da Comissão encontra-se reservado exclusivamente ao Tribunal de Justiça.»
- 97 Como resulta do n.º 66, *supra*, a existência de uma fiscalização jurisdicional completa, *a posteriori*, é particularmente importante, porque é suscetível de compensar a falta de um mandado judicial prévio. No caso em apreço, o juiz da União leva a cabo uma fiscalização completa, de facto e de direito, das decisões de inspeção (v., também, a este respeito, n.º 112, *infra*).

- 98 Por outro lado, como corretamente sublinha a Comissão, as recorrentes podem obter a suspensão da aplicação de uma decisão de inspeção apresentando um pedido de medidas provisórias ao abrigo do artigo 278.º TFUE simultaneamente com o seu recurso de anulação, eventualmente acompanhado de um pedido na aceção do artigo 105.º, n.º 2, do Regulamento de Processo.
- 99 Por último, o artigo 340.º, segundo parágrafo, TFUE pode servir de base a uma ação destinada ao reconhecimento da responsabilidade extracontratual da União.
- 100 O Tribunal Geral considera que, no caso em apreço, todas as cinco categorias de garantias antes mencionadas estavam asseguradas. Em particular, as três decisões de inspeção incluem os elementos previstos no artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003. A Comissão teve o cuidado de especificar o nome dos destinatários, as razões que a levaram a suspeitar da existência da prática de uma infração, o tipo de práticas objeto de suspeita por se poderem vir a revelar anticoncorrenciais, o mercado de produtos e de serviços em questão, o mercado geográfico no qual se suspeitava que as alegadas práticas tinham tido lugar, a relação entre essas supostas práticas e o comportamento da empresa destinatária das decisões, os agentes habilitados a levar a cabo a inspeção, os meios à sua disposição e as suas obrigações face ao pessoal competente da empresa, a data e as instalações a inspecionar, as sanções incorridas em caso de obstrução, a possibilidade e as condições de um recurso. Como resulta do exame do quarto fundamento, há que constatar que estes elementos foram corretamente incluídos nas três decisões de inspeção (v. n.º 184, *infra*).
- 101 Quanto ao desenrolar da primeira inspeção e, por um lado, ao argumento das recorrentes segundo o qual um agente terá ameaçado fechar o seu sistema informático se as recorrentes não lhe fornecessem as palavras-passe das contas de correio eletrónico de certos colaboradores, há que constatar, para além do facto de a Comissão ter contestado esta afirmação, que os advogados das recorrentes não fizeram registar formalmente esse pretense incidente, pelo que não está disponível nenhuma prova que permita confirmar a sua ocorrência. Por outro lado, as recorrentes não contestaram a versão apresentada pela Comissão na réplica, segundo a qual, apesar das suas injunções, as recorrentes terão bloqueado o acesso a computadores e contas de correio eletrónico durante um período de tempo particularmente longo, até ao segundo dia da inspeção, sem que a Comissão tenha feito apelo às autoridades nacionais para executar medidas coercivas. Por outro lado, quanto ao processo Sanofi Aventis, resulta dos elementos do processo, em particular do documento da Comissão com a referência MEMO/08/357, de 2 de junho de 2008, que a Comissão projetou sancionar, não o próprio facto da oposição a uma inspeção, mas o facto da oposição a que, nesse caso particular, a Comissão fizesse cópias de certos documentos. Em todo o caso, esse processo foi arquivado.
- 102 Tendo em conta as considerações formuladas nos n.ºs 65 a 101, *supra*, há que julgar improcedentes o primeiro fundamento e a exceção de ilegalidade, na medida em que esta respeita ao artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003.

*Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação do direito a um recurso jurisdicional efetivo*

- 103 As recorrentes baseiam-se principalmente nos acórdãos Société Métallurgique Liotard Frères c. França e Société Canal Plus e o. c. França do TEDH, n.º 59, *supra*, para alegar que, antes da intrusão constituída pela inspeção, deveriam ter beneficiado de possibilidades de recurso de facto e de direito, na aceção do artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais e do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH.
- 104 As recorrentes alegam, em particular, que nem o procedimento previsto no artigo 20.º, n.º 8, do Regulamento n.º 1/2003, que atribui poder à autoridade judicial nacional para apreciar o carácter não arbitrário e proporcional das medidas coercivas necessárias para executar a decisão de inspeção da Comissão em caso de oposição, nem o controlo do juiz da União preenchem os requisitos impostos pela jurisprudência do TEDH.

- 105 Em resposta a uma questão escrita do Tribunal Geral, as recorrentes esclareceram que consideram, por um lado, que o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH impõe que a Comissão requeira um mandado judicial prévio, no quadro de cujo requerimento o juiz nacional fiscaliza a necessidade e a proporcionalidade, de facto e de direito, da inspeção. Por outro lado, o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH exige um controlo jurisdicional completo da decisão de inspeção num prazo razoável após o início da inspeção.
- 106 A Comissão, por um lado, considera o fundamento das recorrentes inoperante e, portanto, inadmissível, e, por outro, contesta a interpretação que é feita pelas recorrentes do acórdão *Société Métallurgique Liotard Frères c. França*, do TEDH, n.º 59, *supra*. Considera que uma fiscalização judicial efetiva, *a posteriori*, é suficiente e que o Tribunal Geral pode exercer essa fiscalização.
- 107 A título preliminar, no tocante à admissibilidade, já foi recordado no n.º 47, *supra*, que o caráter inoperante de um fundamento não é, em qualquer caso, de natureza a implicar a sua inadmissibilidade.
- 108 Quanto à necessidade de obter um mandado judicial prévio, as recorrentes, com o presente fundamento, tal como com o primeiro fundamento (v., a este respeito, n.ºs 49 a 51, *supra*), solicitam a identificação pelo Tribunal Geral de uma nova formalidade essencial suscetível de afetar a legalidade das decisões de inspeção. O presente fundamento deve ser compreendido no sentido de que a adoção de uma decisão de inspeção deve estar subordinada à obtenção, pela Comissão, de um mandado judicial prévio emitido na sequência de uma fiscalização completa, tanto de facto como de direito, na aceção do artigo 6.º, n.º 1, da CEDH. Na medida em que diz respeito à necessidade de obter um mandado judicial prévio, o segundo fundamento não pode, pois, ser considerado inoperante.
- 109 Quanto aos argumentos das recorrentes a este respeito, em primeiro lugar há que constatar que é errada a interpretação que as recorrentes fazem dos acórdãos *Société Métallurgique Liotard Frères c. França* e *Société Canal Plus e o. c. França*, do TEDH, n.º 59, *supra*.
- 110 Com efeito, há que constatar, como faz a Comissão, que resulta destes acórdãos que o que é visado é realmente a intensidade da fiscalização e não o momento em que esta é exercida. A fiscalização deve ser exercida sobre a totalidade dos elementos de facto e de direito e permitir que a situação seja adequadamente sanada na hipótese de já ter ocorrido uma operação considerada irregular (TEDH, acórdão *Société Canal Plus e o. c. França*, n.º 59, *supra*, n.º 36).
- 111 Em segundo lugar, é possível interpor recurso da decisão de inspeção ao abrigo do artigo 263.º TFUE. Por conseguinte, a falta de uma fiscalização completa exercida *ex ante* por uma autoridade nacional, a qual emitiria um mandado, em todo o caso, não releva, ao contrário do que alegam as requerentes. O artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 prevê tal fiscalização pelo juiz da União e impõe que tal seja mencionado na decisão que ordena a sujeição a uma inspeção nas instalações da empresa. No caso em apreço, a Comissão respeitou esta formalidade quando da adoção da primeira, segunda e terceira decisões de inspeção e as recorrentes sabiam que podiam interpor um recurso que lhes permitia contestar a necessidade da inspeção, como atestam os presentes processos.
- 112 Em terceiro lugar, não se pode seriamente contestar o facto de o Tribunal Geral poder exercer uma fiscalização dos factos e não funcionar, como alegam as recorrentes, unicamente como um «tribunal de cassação». Com efeito, o juiz da União, pronunciando-se sobre um recurso de anulação de uma decisão de inspeção interposto ao abrigo do artigo 263.º TFUE, exerce uma fiscalização tanto de direito como de facto e tem o poder de apreciar as provas e de anular a decisão impugnada. Resulta da jurisprudência que, no quadro da sua fiscalização das decisões de inspeção, o juiz da União pode ser levado a certificar-se da existência de indícios suficientemente sérios que permitam suspeitar de uma infração às regras da concorrência por parte das empresas em causa. (v. acórdão *Roquette Frère*, n.º 80, *supra*, n.ºs 54 e 55 e jurisprudência referida). Por outro lado, resulta destas considerações que o

segundo argumento das recorrentes (v. n.º 105, *supra*), segundo o qual a alegada ausência de fiscalização judicial completa das decisões de inspeção após o início das referidas inspeções viola o artigo 6.º, n.º 1, da CEDH, deve ser julgado improcedente.

- 113 Em quarto lugar, há que salientar que, como a Comissão corretamente recorda, a eventual anulação da decisão de inspeção ou ainda a constatação da existência de uma irregularidade no desenrolar das medidas executadas pelos agentes mandatados implicam a impossibilidade de a instituição utilizar as informações colhidas durante as operações controvertidas num processo de infração (acórdão Roquette Frères, n.º 80, *supra*, n.º 49).
- 114 Por conseguinte, há que julgar integralmente improcedente o segundo fundamento.

*Quanto ao terceiro fundamento, relativo à violação dos direitos de defesa das recorrentes atentas as irregularidades que viciaram o desenrolar da primeira inspeção*

- 115 As recorrentes alegam, no essencial, que a segunda e terceira decisões de inspeção se baseiam em informações obtidas ilegalmente durante a primeira inspeção. A Comissão procurou deliberadamente obter informações relativas à DUSS durante a primeira inspeção, apesar de esta inspeção ter apenas como objeto a alimentação em EET. A Comissão violou, assim, os direitos de defesa das recorrentes.
- 116 Em particular, as recorrentes alegam, em primeiro lugar, que a Comissão procedeu a uma busca sistemática do gabinete de M., responsável da «Assistência jurídica» da DB Schenker Rail Deutschland em Mainz, o que incluiu, pois, o exame sistemático de documentos que manifestamente não tinham qualquer relação com a EET. Foi nesse gabinete que a Comissão encontrou, designadamente, certas mensagens de correio eletrónico relativas à DUSS, que manifestamente não tinham nenhuma ligação com o objeto da primeira inspeção, as quais foram examinadas e assinaladas pelos agentes V. G. e T. B., apesar dos protestos do advogado M. Ainda nesse gabinete, o agente V. G. examinou depois um certo número de outros documentos relativos à DUSS.
- 117 Em segundo lugar, na sua busca eletrónica, os agentes da Comissão terão utilizado certas palavras-chave relativas exclusivamente à DUSS, nomeadamente, «NBS», «[S.]», «[T.]» e «[G.]». Quanto à palavra-chave «[T.]», as recorrentes sublinham que a única cliente da DB Energie para a EET e, portanto, a única concorrente do grupo DB é a empresa TXL, uma filial da empresa T., que foi objeto de investigação separada. Quanto à palavra-chave «NBS», as recorrentes contestam que os agentes da Comissão ignorassem o seu significado, sobretudo tendo em conta a presença de N., um agente da Bundesnetzagentur (a seguir «BNetzA»), especialista na matéria, que conhecia necessariamente esta abreviatura amplamente utilizada no setor. Por outro lado, era improvável que os agentes da Comissão tivessem efetuado uma investigação aprofundada sem previamente terem inquirido do significado desta palavra-chave.
- 118 Em terceiro lugar, um agente da Comissão inspecionou os arquivos da DB Schenker Rail Deutschland em Mainz e fotocopiou um documento intitulado «Estratégia europeia dos terminais Stinnes Intermodal de 17 de janeiro de 2006», o qual, manifestamente, não tinha qualquer relação com o objeto da inspeção.
- 119 Em quarto lugar, os próprios agentes da Comissão terão reconhecido durante a inspeção a existência de um problema ligado ao facto de a primeira decisão de inspeção não mencionar os comportamentos da DUSS.
- 120 Em quinto lugar, as recorrentes afirmam que, segundo os elementos do processo, a Comissão pediu à empresa T., alguns dias antes do início da primeira inspeção, que confirmasse se a sua denúncia de 16 de março de 2011 permanecia atual, o que tende demonstrar a intenção da Comissão de procurar informações relativas à DUSS durante a primeira inspeção. Além disso, os 32 agentes da Comissão

foram informados da existência da denúncia relativa à DUSS imediatamente antes da inspeção. Por outro lado, o facto de na referência da sua carta de 16 de março de 2011 relativa ao processo da DUSS a empresa T ter explicitamente mencionado o número de referência utilizado pela Comissão na decisão de inspeção sobre a EET de 14 de março de 2011 («COMP 39.678»), também tende a demonstrar essa intenção.

- 121 Em sexto lugar, as recorrentes pedem a audição dos advogados M. e P., em conformidade com o disposto no artigo 68.º, n.º 1, do Regulamento de Processo.
- 122 A Comissão sustenta, por um lado, que os argumentos das recorrentes são inoperantes e, por isso, inadmissíveis, pois detinha suficientes elementos antes da primeira inspeção que justificavam a segunda e terceira inspeções. Especificamente quanto à terceira inspeção, sublinha que a mesma se baseava unicamente em informações na sua posse antes da primeira inspeção e em informações colhidas durante a segunda inspeção. Por outro lado, a Comissão considera improcedentes a totalidade dos argumentos das recorrentes.
- 123 Em primeiro lugar, no que concerne aos argumentos da Comissão relativos à admissibilidade, basta recordar que o caráter inoperante de um fundamento não é suscetível de implicar a sua inadmissibilidade (v. n.º 47, *supra*).
- 124 Seguidamente, há que recordar que já foi decidido pelo Tribunal de Justiça que as informações colhidas no decurso das verificações não devem ser utilizadas para finalidades diversas das indicadas na decisão de inspeção. Com efeito, esta exigência visa preservar, para além do segredo profissional, os direitos de defesa das empresas. Estes direitos ficariam gravemente comprometidos se a Comissão pudesse invocar contra as empresas provas que, obtidas no decurso de uma verificação, fossem estranhas ao objeto ou à finalidade da mesma (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de outubro de 1989, Dow Benelux/Comissão, 85/87, Colet., p. 3137, n.º 18).
- 125 Contudo, não se pode daí concluir que esteja vedado à Comissão abrir um processo de inquérito a fim de verificar a exatidão ou de completar as informações de que tenha casualmente tomado conhecimento no decurso de uma fiscalização anterior, caso essas informações sugiram a existência de comportamentos contrários às normas de concorrência estabelecidas no Tratado (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdão Dow Benelux/Comissão, n.º 124, *supra*, n.º 19).
- 126 Uma vez que a Comissão obteve de novo esses documentos com fundamento em mandatos ou decisões e os utilizou com a finalidade que estava indicada nesses mandatos ou decisões, respeitou os direitos de defesa das empresas, tais como decorrem do artigo 20.º do Regulamento n.º 1/2003 (acórdão do Tribunal Geral de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Colet., p. II-931, n.º 476).
- 127 O facto de a Comissão ter obtido, pela primeira vez, documentos num dado processo não confere uma proteção de tal modo absoluta que esses documentos já não possam ser legalmente pedidos noutro processo e utilizados como prova. Se assim fosse as empresas seriam incitadas, numa inspeção num primeiro processo, a dar todos os documentos que permitissem estabelecer uma outra infração, impedindo, deste modo, qualquer ação quanto a isso. Esta solução ultrapassaria o que é necessário para preservar o segredo profissional e os direitos de defesa, e constituiria assim um entrave injustificado ao cumprimento, pela Comissão, da sua missão de velar pelo respeito das regras de concorrência no mercado comum (acórdão de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão, n.º 126, *supra*, n.º 477).
- 128 Por outro lado, há que recordar que as faculdades de inquérito da Comissão ficariam desprovidas de utilidade se os agentes da Comissão tivessem de se limitar a solicitar a apresentação de documentos ou processos que pudessem anteriormente identificar de forma precisa. Tal direito implica, pelo

contrário, a faculdade de procurar diversos elementos de informação ainda não conhecidos ou não totalmente identificados (acórdão Hoechst/Comissão, n.º 86, *supra*, n.º 27, e acórdão do Tribunal Geral de 11 de dezembro de 2003, Ventouris/Comissão, T-59/99, Colet., p. II-5257, n.º 122).

- 129 É à luz destes princípios que devem ser examinados os diferentes argumentos invocados pelas recorrentes.
- 130 Antes de iniciar este exame, importa fazer duas observações preliminares. A primeira destas observações diz respeito ao argumento da Comissão nos termos do qual o terceiro fundamento das recorrentes é inoperante, porque, antes da primeira inspeção, a Comissão já tinha na sua posse suficientes elementos para justificar a segunda e a terceira inspeções. A este respeito, há que salientar que resulta dos elementos do processo que a Comissão também se baseou nas informações colhidas quando da primeira inspeção.
- 131 Com efeito, embora a terceira decisão de inspeção seja clara a este respeito (sétimo considerando), a segunda decisão de inspeção não especifica claramente de onde provêm as informações com base nas quais a decisão foi tomada (sexto considerando).
- 132 Na sua contestação, a Comissão alegou que tinha, antes da primeira inspeção, suspeitas relativamente a possíveis ações anticoncorrenciais por parte da DUSS. No âmbito das medidas de organização do processo, o Tribunal Geral pediu à Comissão para comprovar a existência dessas suspeitas. A Comissão comunicou então ao Tribunal Geral uma denúncia da empresa T. Resulta da denúncia da empresa T. que a DUSS lhe recusou acesso ao terminal Munique-Riem em condições satisfatórias.
- 133 Portanto, antes da primeira inspeção, a Comissão dispunha de informações suscetíveis de alimentar a existência de suspeitas sérias relativas a possíveis comportamentos anticoncorrenciais da DUSS.
- 134 Contudo, ao contrário do que sustenta a Comissão, tal não é de natureza a tornar inoperante o fundamento das recorrentes. Como efeito, o facto de a segunda decisão de inspeção ter sido adotada durante o desenrolar da primeira inspeção demonstra a importância das informações colhidas nessa ocasião para o desencadear da segunda inspeção. Estando inequivocamente a terceira inspeção baseada parcialmente nas informações recolhidas nas duas primeiras inspeções, como resulta do sétimo considerando da decisão respeitante à referida inspeção, há que concluir que as condições nas quais as informações relativas à DUSS foram colhidas quando da primeira inspeção são de natureza a afetar a legalidade da segunda e terceira decisões de inspeção. Por conseguinte, o argumento da Comissão relativo ao carácter inoperante do terceiro fundamento das recorrentes deve ser rejeitado.
- 135 A segunda observação preliminar diz respeito ao valor probatório das notas das recorrentes. A este respeito, há que constatar que, como corretamente realça a Comissão, estas notas foram escritas pelo menos um mês após ter terminado a primeira inspeção, com exceção da nota de U. P., de 4 de abril de 2011. A nota mais frequentemente referida, de M., foi escrita dois meses após os factos. Por outro lado, as afirmações dos representantes das recorrentes baseiam-se amplamente em especulações relativas às intenções dos investigadores, não suportadas por elementos de facto.
- 136 Importa também salientar que estes elementos de facto constituem os únicos elementos de prova apresentados pelas recorrentes. Em momento algum os representantes das recorrentes se opuseram formalmente na aceção do artigo 20.º, n.º 6, do Regulamento n.º 1/2003, ou pediram o registo em ata de uma qualquer dolência passível de verificação no quadro do presente processo. Competia aos representantes das recorrentes fazerem registar de modo formal a totalidade das suas dolências no próprio momento em que os abusos tivessem sido cometidos e utilizarem todos os meios à sua disposição para conservar elementos tangíveis (v. n.º 88, *supra*). A alegação das recorrentes de que os agentes confirmaram oralmente durante a primeira inspeção o carácter ilegal das buscas relativas à DUSS, alegação contestada pela Comissão, não está alicerçada em nenhuma ata redigida no próprio momento ou em qualquer outro documento que as recorrentes poderiam ter redigido quando

ocorreram os factos controvertidos. Na falta de tais provas formais, provar a existência de uma investigação enviesada realizada fora do objeto da primeira decisão de inspeção é necessariamente mais difícil. Por outro lado, importa observar que os advogados M. e P. são autores de algumas das notas em questão, o que implica que os autos no Tribunal Geral já contêm a sua exposição das circunstâncias nas quais se desenrolou a primeira inspeção. Nestas condições, não é útil ouvi-los, como requereram as recorrentes.

- 137 A título principal, importa examinar sucessivamente os argumentos das recorrentes relativos, em primeiro lugar, à busca exaustiva do gabinete de M., em segundo lugar, a certos documentos e palavras-chave controvertidos e, em terceiro lugar, ao comportamento da Comissão antes do início da primeira inspeção.

Quanto à busca exaustiva do gabinete de M.

- 138 As recorrentes alegam que a Comissão fez uma busca sistemática do gabinete de M., incluindo, pois, o exame sistemático de documentos que não tinham manifestamente qualquer relação com a EET. Foi nesse gabinete que a Comissão encontrou, designadamente, duas mensagens de correio eletrónico relativas à DUSS, que não tinham manifestamente qualquer relação com o objeto da primeira inspeção, as quais foram examinadas e assinaladas pelos agentes V. G. e T. B., apesar dos protestos do advogado M. Ainda nesse gabinete, o agente V. G. examinou depois um certo número de outros documentos relativos à DUSS.
- 139 A este respeito, há que sublinhar desde logo que a Comissão pode proceder a buscas exaustivas do conteúdo de certos gabinetes ou arquivos, mesmo quando não tenha qualquer indicação clara de que ali se encontram informações relativas ao objeto da sua fiscalização, quando os elementos o sugerirem. Com efeito, como a Comissão corretamente realça, caso se limitasse a entrar nas instalações e a examinar os arquivos que têm claramente uma ligação com o objeto do inquérito, arriscar-se-ia a não encontrar certos elementos de prova importantes. Estes elementos de prova podem, por exemplo, estar dissimulados ou referenciados de maneira incorreta.
- 140 Por outro lado, a ligação com o objeto do inquérito não é necessariamente identificável facilmente de imediato e pode acontecer que só um exame minucioso permita identificar essa ligação. Como salienta a Comissão, os seus agentes não têm sempre um perfeito conhecimento técnico da totalidade dos setores implicados pelo inquérito e nem sempre lhes é possível determinar a pertinência de um documento, pelo que efetuam necessariamente uma busca relativamente ampla.
- 141 No caso em apreço, quanto ao gabinete de M., existiam razões válidas para justificar uma busca aprofundada. Com efeito, resulta dos elementos dos autos que M. era diretor da gestão, da regulação e das compras da DB Schenker Rail Deutschland e era competente para a contratação de serviços. A este título, negociava os contratos de fornecimento em EET com a DB Energie. A DB Schenker Rail Deutschland pertence à DB Schenker Rail, a qual, enquanto filial de transporte de mercadorias do DB Group, um dos maiores clientes da DB Energie. Estas informações, que não foram contestadas pelas recorrentes, justificavam uma busca aprofundada do gabinete de M.
- 142 A este respeito, há que precisar que a primeira inspeção teve lugar em três instalações e que os incidentes relatados pelas recorrentes nos n.ºs 116 a 118, *supra*, só tiveram lugar numa das instalações (Mainz). No essencial, estes incidentes apenas respeitam a um gabinete e a três agentes num total de 32 agentes mandatados pela Comissão. Além disso, há que constatar que o número de documentos controvertidos, concretamente onze, é pouco importante atento o número total de documentos em causa, ou seja, cerca de 1 000 documentos copiados e um número ainda mais importante de documentos examinados. Por último, a Comissão só levou consigo cópias de quatro documentos relativos à DUSS.

143 Nestas condições, há que considerar improcedentes os argumentos relativos à busca sistemática do gabinete de M.

Quanto aos documentos e palavras-chave controvertidos

144 Por um lado, as recorrentes alegam que, quando da primeira inspeção, a Comissão examinou e parcialmente fotocopiou documentos que manifestamente não tinham qualquer relação com o objeto da inspeção. Por outro lado, na sua busca eletrónica, os agentes da Comissão utilizaram certas palavras-chave relativas exclusivamente à DUSS e não à EET.

145 A este respeito, importa salientar de novo que, embora resulte das notas tomadas que os representantes das recorrentes assinalaram o facto de certos documentos examinados pela Comissão não terem, em seu entender, ligação com o objeto da primeira inspeção, em nenhum momento manifestaram a sua oposição ou fizeram registar formalmente uma dolência.

146 Em primeiro lugar, quanto aos onze documentos controvertidos, estes incluem desde logo as duas primeiras mensagens de correio eletrónico descobertas no gabinete de M. na tarde de 29 de março de 2011. Estas mensagens, após terem sido pormenorizadamente examinadas, foram assinaladas com uma «bandeira» pelos agentes V. G. e T. B. Na manhã de 30 de março de 2011, sete outros documentos foram descobertos no gabinete de M., de entre os quais cinco mensagens de correio eletrónico. Na manhã de 31 de março de 2011, um agente da Comissão encontrou um documento intitulado «Estratégia europeia dos terminais Stinnes Intermodal de 17 de janeiro de 2006» nos arquivos da DB Schenker Rail Deutschland em Mainz. Por fim, na fase da réplica, as recorrentes mencionaram outra mensagem de correio eletrónico de M., datada de 2 de novembro de 2006, que tem por objeto um «projeto-piloto relativo à gare de descarga de Munique-Riem».

147 Como resulta dos articulados das partes, a Comissão levou consigo uma cópia de quatro destes onze documentos, a saber, de uma mensagem de correio eletrónico de L. a F., datada de 6 de novembro de 2006, que tinha por objeto as «prestações de triagem no terminal Munique-Riem», de uma mensagem de S. a M., datada de 15 de setembro de 2006, que tinha por objeto «deslocações na gare de carga de Munique-Riem», da mensagem de correio eletrónico de M. datada de 2 de novembro de 2006, que tinha por objeto o «projeto-piloto relativo à gare de descarga de Munique-Riem», e do documento «Estratégia europeia dos terminais Stinnes Intermodal de 17 de janeiro de 2006».

148 Portanto, há que diferenciar os quatro documentos copiados e os sete documentos não copiados.

149 Quanto ao documento «Estratégia europeia dos terminais Stinnes Intermodal de 17 de janeiro de 2006», descoberto nos arquivos de Mainz, o agente da Comissão afirma ter encontrado o referido documento cerca das 12 h 30 m de 31 de março de 2011. Retirou o original do arquivo para discutir o seu conteúdo com colegas. Depois de ter feito uma cópia do mesmo, repôs o original no arquivo no qual o tinha encontrado. Tal não foi posto em causa pelas recorrentes. Resulta da nota do advogado D. que «[M.] se dirigiu à sala de arquivo [...]; ficou manifestamente assoberbado pelo número de documentos aí arquivados em diversas caixas de cartão e em armários, pelo que simplesmente escolheu diversas caixas de cartão e armários ao acaso». Segundo o representante das recorrentes, a sua escolha recaiu de maneira «aleatória» sobre certos documentos, o que não é coerente com a alegação de uma busca enviesada ilegal. Várias outras declarações das notas, conforme elencadas pela Comissão na sua contestação, tendem igualmente a confirmar o carácter aleatório da busca dos agentes.

150 Quanto aos três outros documentos, todos encontrados no gabinete de M., dizem respeito ao terminal Munique-Riem e à DUSS, tratando-se efetivamente de assuntos evocados na denúncia da empresa T.

- 151 A este respeito, em primeiro lugar, já ficou claro que a Comissão tinha razões válidas para proceder a uma busca aprofundada nesse gabinete (v. n.º 141, *supra*). Em seguida, como a Comissão corretamente salientou, há que considerar que o intitulado e o conteúdo de um documento não são necessariamente decisivos para determinar se o documento foi efetivamente encontrado por acaso. Por último, nenhum elemento das notas é de natureza a provar que, no quadro desta busca aprofundada, os agentes da Comissão procederam a uma investigação enviesada relativamente a esses três documentos.
- 152 Quanto aos outros sete documentos, há que constatar que, diversamente dos quatro documentos fotocopiados, não contêm nenhuma referência à DUSS e ao Terminal Munique-Riem. No essencial, trata-se de documentos relativos à formação de comboios em condições não discriminatórias.
- 153 Nestas condições, na sequência da análise dos onze documentos controvertidos, há que concluir pela ausência de elementos que provem a existência de uma busca enviesada ilegal.
- 154 Em segundo lugar, no tocante às palavras-chave utilizadas pelos agentes da Comissão desde a tarde de 29 de março de 2011 até à notificação da segunda decisão de inspeção em 31 de março de 2011 pelas 14 horas, as recorrentes dão quatro exemplos destas palavras-chave: «NBS», «[S.]», «[T.]» e «[G.]».
- 155 Resulta das notas que os agentes da Comissão, durante os três dias e nas três instalações, utilizaram um muito grande número de palavras-chave. A pedido do Tribunal Geral, a Comissão transmitiu a lista das palavras-chave comunicada aos inspetores no início da primeira inspeção. Esta lista contém cerca de 90 palavras-chave. Portanto, as palavras-chave controvertidas representam unicamente uma pequena percentagem da totalidade das palavras-chave utilizadas. Por outro lado, também há que sublinhar que a lista das palavras-chave utilizadas numa inspeção pode evoluir em função dos conhecimentos adquiridos durante essa inspeção.
- 156 Quanto à palavra-chave «NBS», é certo que a mesma só foi utilizada no final da primeira inspeção, em 31 de março, pelas 11 h 30 m. De acordo com a Comissão, os agentes não conheciam o significado da sigla e só a utilizaram, no quadro de uma busca rápida, para estabelecer a existência de uma relação com a EET. A este respeito, cabe salientar que «NBS» significa «Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen», ou seja, «condições de utilização das infraestruturas de serviço». Sendo o fornecimento de EET uma condição *sine qua non* para aceder à rede eletrificada, a existência de uma relação com as condições de utilização das infraestruturas de serviço não pode, desde logo, ser descartada. Além disso, resulta da nota do advogado D. que este considerou que esta palavra-chave não lhe permitia concluir pela ausência de uma relação com os preços de EET. Portanto, não colocou qualquer objeção à busca. Por último, em qualquer caso e contrariamente ao que afirmam as recorrentes, não é incoerente utilizar uma palavra-chave desconhecida para verificar, a partir do contexto dos resultados obtidos, se a mesma está ou não relacionada com uma determinada problemática.
- 157 Quanto à palavra-chave «[S.]», não é contestado que a mesma remete para S., dirigente da DUSS. Este trabalhou até final de maio de 2009 na DB Schenker Rail, ou seja, numa das filiais do grupo DB que foi potencialmente beneficiada pelo comportamento da DB Energie. Portanto, é possível que, como alega a Comissão, a busca dos investigadores só tivesse por objeto o período anterior da sua atividade.
- 158 Quanto à palavra-chave «[T.]», a explicação da Comissão é convincente. Segundo a Comissão, sendo a empresa T. um concorrente da Deutsche Bahn e, portanto, um consumidor potencialmente discriminado pela DB Energie, procurar informações a seu respeito constituía um objetivo legítimo no quadro da primeira inspeção. A afirmação das recorrentes de que a única cliente da DB Energie a respeito de EET, e portanto a única concorrente do grupo DB, era a empresa TXL, ou seja, uma filial da empresa T. que foi objeto de uma investigação separada, não põe em causa esta conclusão. Com efeito, segundo a Comissão, a empresa T. também tinha apresentado uma denúncia a respeito da EET.

Por outro lado, é perfeitamente possível que os assalariados do grupo DB se refiram, ocasionalmente, à sociedade-mãe em vez da filial para designar esta última, o que torna legítima a utilização da palavra-chave «[T.]» pelos investigadores da Comissão.

- 159 Quanto à palavra-chave «[G.]», a mesma remete para G. S., responsável pela infraestrutura das vias e das instalações da DB Schenker Rail Deutschland. Os investigadores encontraram uma mensagem de correio eletrónico, proveniente da sua caixa de entrada no gabinete de M. na tarde de 29 de março de 2011. De acordo com a nota de M., esta mensagem respeitava a medidas em matéria de preços para as instalações de formação de comboios. Segundo a nota do advogado S., os agentes da Comissão utilizaram esta palavra-chave na tarde de 30 de março de 2011 porque já não encontravam a mensagem que tinham identificado no dia anterior, o que é confirmado pela Comissão. No dizer da Comissão, os agentes, que não tinham tido a possibilidade de estudar esta mensagem em pormenor em 29 de março de 2011, queriam determinar se essa mensagem, que respeitava a um sistema de preços, tinha alguma relação com os sistemas de preços para a EET e saber mais sobre o domínio de atividade de G. S. Portanto, justificava-se a escolha dessa palavra-chave.
- 160 Nestas condições, os argumentos das recorrentes relativos aos documentos e às palavras-chave controvertidos devem ser julgados improcedentes.

Quanto ao comportamento da Comissão antes do início da primeira inspeção

- 161 As recorrentes salientaram que, de acordo com os elementos dos autos, a Comissão pediu à empresa T., alguns dias antes da primeira inspeção, que confirmasse se a sua denúncia de 16 de março de 2011 continuava a ser atual, o que tende a demonstrar a intenção de a Comissão procurar informações a respeito da DUSS durante a primeira inspeção. Aliás, os 32 agentes da Comissão foram informados da existência da denúncia relativa à DUSS imediatamente antes da inspeção. Por outro lado, o facto de, na referência da sua carta de 16 de março de 2011 relativa ao processo da DUSS, a empresa T. ter explicitamente mencionado o número de referência utilizado pela Comissão na decisão de inspeção a respeito da EET de 14 de março de 2011 («COMP 39.678»), também tende a demonstrar esta intenção.
- 162 Em primeiro lugar, no referente às interrogações das recorrentes a respeito do facto de a Comissão ter mencionado aos seus agentes as suas suspeitas a propósito da DUSS antes da primeira decisão de inspeção, há que considerar que era legítimo informar os agentes do contexto geral do processo.
- 163 Seguidamente, quanto às relações entre a empresa T. e a Comissão nos meses que precederam a inspeção, esta última clarificou, em resposta a uma questão escrita do Tribunal Geral, que a empresa T. tinha, na sua carta de 26 de janeiro de 2011 e, portanto, por sua própria iniciativa, solicitado uma reunião para se informar sobre o estado do processo na sequência da sua queixa de maio de 2009. Durante a reunião de 23 de fevereiro de 2011, a Comissão especificou que se estava a debruçar prioritariamente sobre a denúncia a respeito da EET. O representante da empresa T. comunicou então à Comissão que, se o pretendesse, lhe transmitiria informações sobre a DUSS, o que fez por carta complementar de 16 de março de 2011. Nestas condições, há que concluir que os contactos estabelecidos entre a empresa T. e a Comissão no mês que precedeu a primeira inspeção não são de natureza a provar a existência de uma busca enviesada ilegal.
- 164 Portanto, os argumentos das recorrentes a respeito do comportamento da Comissão antes do início da primeira inspeção devem ser julgados improcedentes.
- 165 Tendo em conta as considerações formuladas nos n.ºs 123 a 164, *supra*, há que considerar improcedente o terceiro fundamento.

*Quanto ao quarto fundamento, relativo à descrição do objeto das inspeções na primeira, segunda e terceira decisões de inspeção*

- 166 As recorrentes consideram, no essencial, que a primeira, segunda e terceira decisões de inspeção violam os seus direitos de defesa, por assentarem numa descrição desmesuradamente ampla do objeto das inspeções, atentos os elementos que a Comissão alegava possuir no que respeita, em primeiro lugar, à natureza dos comportamentos em causa, que incluíam a quase totalidade dos comportamentos possíveis da DB Energie e da DUSS, em segundo lugar, à amplitude geográfica do mercado, o qual incluía a totalidade dos Estados-Membros nos quais operam as filiais do grupo DB, e, em terceiro lugar, à duração da infração presumida, na medida em que a primeira, segunda e terceira decisões de inspeção não especificavam nenhum limite a este respeito.
- 167 A Comissão contesta a integralidade dos argumentos das recorrentes, considerando-os infundados.
- 168 A este respeito, importa recordar que o artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 define os elementos essenciais que devem constar de uma decisão que ordena uma inspeção, impondo à Comissão que indique o objeto e a finalidade da inspeção ordenada, a data em que esta tem início, as sanções previstas nos artigos 23.º e 24.º do referido regulamento, bem como a possibilidade de impugnação da decisão perante o órgão jurisdicional da União.
- 169 A fundamentação das decisões que ordenam uma inspeção tem assim por objeto revelar o caráter justificado da intervenção pretendida no interior das empresas em causa e também colocá-las em condições de tomarem consciência do alcance do respetivo dever de colaboração, preservando ao mesmo tempo os respetivos direitos de defesa (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdãos Hoechst/Comissão, n.º 86, *supra*, n.º 29, e Roquette Frères, n.º 80, *supra*, n.º 47).
- 170 Com efeito, a exigência de que a Comissão indique o objeto e a finalidade da inspeção constitui uma garantia fundamental dos direitos de defesa das empresas em causa e, conseqüentemente, o alcance do dever de fundamentação não pode ser restringido em função de considerações relativas à eficácia da investigação. A este respeito, embora a Comissão não seja obrigada a comunicar ao destinatário desta decisão todas as informações de que dispõe a propósito das presumidas infrações, a delimitar precisamente o mercado em causa, a proceder a uma qualificação jurídica exata destas infrações, nem a indicar o período durante o qual essas infrações teriam sido cometidas, deve, pelo contrário, indicar, com tanta precisão quanto possível, as presunções que pretenda submeter à inspeção (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdãos Dow Benelux/Comissão, n.º 124, *supra*, n.º 10; Hoechst/Comissão, n.º 86, *supra*, n.º 41; e Roquette Frères, n.º 80, *supra*, n.º 48).
- 171 Para este fim, a Comissão deve também revelar, na decisão que ordena a inspeção, uma descrição das características essenciais da infração objeto de suspeita, mediante a indicação do mercado presumido em causa e da natureza das restrições de concorrência objeto de suspeita, de explicações sobre a forma como a empresa visada pela inspeção está supostamente implicada nessa infração, da matéria investigada e dos elementos sobre os quais a instrução deve incidir, bem como a indicação dos poderes conferidos aos agentes comunitários (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdãos do Tribunal de Justiça de 26 de junho de 1980, National Panasonic/Comissão, 136/79, Recueil, p. 2033, n.º 26, e Roquette Frères, n.º 80, *supra*, n.ºs 81, 83 e 99).
- 172 Para provar o caráter justificado da inspeção, a Comissão é obrigada a revelar de forma circunstanciada na decisão que ordena uma inspeção que dispõe de elementos e de indícios materiais sérios que a levam a suspeitar de uma tal infração por parte da empresa em causa na inspeção (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdão Roquette Frères, n.º 80 *supra*, n.ºs 55, 61 e 99).

## Primeira decisão de inspeção

- 173 Segundo as recorrentes, o objeto da primeira decisão de inspeção, descrito no artigo 1.º da referida decisão, deve ser considerado desmesuradamente amplo, na medida em que os comportamentos se referem «a um tratamento preferencial potencialmente injustificado concedido pela DB Energie a outras filiais do grupo DB, nomeadamente sob a forma de um sistema de descontos» relativo ao fornecimento de EET posto em prática na Alemanha.
- 174 O artigo 1.º da primeira decisão de inspeção define o objeto da inspeção como relativo a comportamentos discriminatórios, sem excluir que estes possam assumir forma diversa de um sistema de descontos. Ora, resulta da jurisprudência referida no n.º 171, *supra*, que só é exigida da Comissão uma descrição das características essenciais da infração objeto de suspeita, em particular da natureza das restrições de concorrência objeto de suspeita. Há que considerar que a Comissão, tendo especificado que a restrição da concorrência objeto da suspeita é um comportamento discriminatório que assume principalmente a forma de uma prática de preços discriminatórios, satisfaz esta exigência.
- 175 Por outro lado, o dispositivo de uma decisão deve necessariamente ser lido à luz dos seus fundamentos. Ora, verifica-se que, embora os comportamentos em causa não se limitem exclusivamente ao sistema de descontos criado após 2002, o sistema de preços relativo à EET (16,7 Hz) constitui realmente o objeto quase exclusivo da inspeção. Resulta também do sexto considerando da primeira decisão de inspeção que as indicações de que dispõe a Comissão só têm por objeto práticas tarifárias.
- 176 Por conseguinte, embora não se possa excluir que um número importante de comportamentos da DB Energie possam ser visados pela inspeção, é também certo, por um lado, que não são «potencialmente quase todos» os comportamentos possíveis da DB Energie a poderem estar em causa, ao contrário do que alegam as recorrentes, e, por outro, que as presunções que a Comissão pretende verificar estão claramente especificadas, nos termos da jurisprudência referida nos n.ºs 170 e 171, *supra*. Por outro lado e em todo o caso, não se poder rejeitar *a priori* a possibilidade de uma inspeção ter como objeto a totalidade dos comportamentos de uma empresa, em particular quando esta exerce um número limitado de atividades. Os argumentos das recorrentes relativos aos comportamentos em questão na primeira decisão de inspeção devem, pois, ser julgados improcedentes.
- 177 Em segundo lugar, no que diz respeito ao aspeto geográfico, importa recordar, desde logo, que, segundo a jurisprudência, a Comissão não é obrigada a delimitar precisamente o mercado em causa (v. n.º 170, *supra*). Seguidamente, há que constatar que um sistema de descontos discriminatório, mesmo limitado à Alemanha, pode ser suscetível de conferir uma vantagem concorrencial indevida às outras filiais do grupo DB na totalidade dos mercados a jusante em que operam. Ora, como sublinha a Comissão sem ser contestada pelas recorrentes, por um lado, certas filiais do grupo DB têm a sua sede fora da Alemanha e, por outro, o mercado de transporte ferroviário de mercadorias é uma atividade de caráter internacional no âmbito da qual o grupo DB está em concorrência com operadores estrangeiros. Portanto, a Comissão não tinha a obrigação de limitar à Alemanha o objeto da primeira inspeção.
- 178 Em terceiro lugar, no que respeita ao aspeto temporal, há que salientar, por um lado que, segundo a jurisprudência, a Comissão não é obrigada a indicar o período durante o qual as infrações teriam sido cometidas (v. n.º 170, *supra*) e, por outro, que resulta do sexto considerando da primeira decisão de inspeção que, como salienta a Comissão, os comportamentos em causa podiam remontar a período anterior a 2002. Ao contrário do que alegam as recorrentes, não havia, pois, que limitar o objeto da inspeção ao período posterior a 2002.
- 179 Portanto, os argumentos das recorrentes relativos ao objeto da primeira decisão de inspeção, que, alegadamente era desmesuradamente amplo, devem ser julgados improcedentes.

## Segunda e terceira decisões de inspeção

- 180 Quanto à segunda e terceira decisões de inspeção, em primeiro lugar, há que constatar que os dispositivos e os fundamentos, no que respeita aos comportamentos em causa e aos aspetos geográficos e temporais, são, no essencial, idênticos nas duas decisões. Portanto, os argumentos das recorrentes relativos a um objeto desmesuradamente amplo destas duas decisões podem ser examinados conjuntamente.
- 181 Em segundo lugar, quanto aos comportamentos em causa, há que considerar que estão descritos na segunda e na terceira decisões de inspeção de maneira suficientemente precisa, tendo em conta as exigências da jurisprudência referida nos n.ºs 170 e 171, *supra*. Desde logo, resulta, por um lado, do artigo 1.º e do sexto considerando da segunda decisão de inspeção e, por outro, do artigo 1.º e do sexto a oitavo considerandos da terceira decisão de inspeção que os comportamentos em causa dizem respeito a diferentes práticas da DUSS que assumem um caráter discriminatório em detrimento dos concorrentes, em particular a concessão de um acesso inadequado aos terminais, o fornecimento de serviços menos eficientes e a recusa de acesso aos terminais. É também precisado que o mercado a jusante em causa é o mercado do transporte ferroviário. Por último, há que salientar, como faz a Comissão, que resulta do quinto fundamento, respetivamente no processo T-290/11 e no processo T-521/11, que as recorrentes compreenderam quais eram os comportamentos sobre os quais a inspeção versava. Portanto, era suficiente a descrição das características essenciais da inspeção objeto de suspeita na segunda e terceira decisões de inspeção.
- 182 Em terceiro lugar, no que respeita ao aspeto geográfico, a Comissão não tinha a obrigação de limitar à Alemanha o objeto da segunda e terceira inspeções, podendo alargá-la à totalidade dos Estados-Membros. Com efeito, a infração objeto das inspeções é igualmente suscetível de produzir efeitos a jusante no mercado internacional dos serviços de transporte ferroviário de passageiros e de mercadorias. Como salienta a Comissão, ainda que fosse unicamente tomada em consideração a utilização de equipamentos de infraestrutura na Alemanha pela DUSS, os seus efeitos podem estender-se a outros Estados-Membros. Com efeito, resulta em particular da denúncia de empresa T., comunicada ao Tribunal Geral no âmbito das medidas de organização do processo, que a utilização dos terminais na Alemanha pode ter efeitos nos concorrentes que pretendam fornecer serviços de transporte para ou provenientes de outros Estados-Membros. Por outro lado, importa salientar, como faz a Comissão, que as decisões de inspeção são dirigidas à totalidade do grupo DB, e não apenas à DUSS, ou seja, a certas organizações cuja sede se encontra fora da Alemanha e que têm atividades internacionais.
- 183 Em quarto lugar, quanto ao aspeto temporal, importa recordar de novo que a Comissão não é obrigada, ao abrigo da jurisprudência, a definir o período durante o qual as infrações terão sido cometidas (v. n.º 170, *supra*). Além disso, por um lado, a Comissão salienta corretamente que o facto de dispor de informações que indicavam que os comportamentos em causa tinham tido lugar pelo menos desde 2007 não exclui que também tenham ocorrido anteriormente. Por outro lado, a Comissão afirma ter disposto de indícios a respeito de um desconto oculto concedido pela DUSS à DB Schenker Rail Deutschland, sem que a data da sua entrada em vigor seja conhecida. Portanto, a Comissão não tinha que limitar o aspeto temporal da segunda e terceira decisões de inspeção.
- 184 Vistas as precedentes considerações, o quarto fundamento deve ser julgado improcedente.

### *Quanto ao quinto fundamento, relativo à violação do princípio da proporcionalidade*

- 185 As recorrentes alegam, no essencial, que a primeira, segunda e terceira decisões de inspeção são desproporcionais. A Comissão terá excedido o que era adequado e necessário para atingir o objetivo prosseguido.

- 186 Quanto à primeira decisão de inspeção, as recorrentes alegam, em primeiro lugar, que o sistema de descontos em causa era praticado de maneira transparente desde 2003. O contrato de fornecimento de EET celebrado por cada cliente, do qual consta o sistema tarifário e a estrutura do sistema de descontos, está disponível na Internet. Portanto, não há nenhuma razão para suspeitar da existência de modalidades ocultas que justifiquem uma inspeção. Em segundo lugar, o sistema de descontos foi controlado em vários momentos pelas autoridades e órgãos jurisdicionais nacionais e julgado conforme ao «direito dos cartéis». A Comissão, que estava informada destes processos, podia ter procurado todas as informações relevantes no âmbito da sua cooperação com o Bundeskartellamt (a seguir «BKartA»), prevista no artigo 12.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1/2003. Em terceiro lugar, invocar na primeira decisão de inspeção uma decisão que data de há quinze anos (v. n.º 221, *infra*), no quadro da qual, de resto, as recorrentes não tinham dissimulado elementos de prova, para justificar a necessidade da inspeção, não era pertinente e implica uma «presunção de má-fé» incompatível com a presunção de inocência garantida pelo artigo 6.º, n.º 2, da CEDH. Em quarto lugar, tendo em conta a natureza das informações pretendidas, proceder a uma inspeção era inadequado. Em quinto lugar, a primeira decisão de inspeção não especificava a razão pela qual a Comissão, que tinha conhecimento da existência do sistema de descontos desde 2006, aguardou mais de cinco anos para proceder a esta inspeção. Em sexto lugar, documentos internos como as apreciações subjetivas de colaboradores, não assumem relevância para o estabelecimento do caráter objetivamente justificado de um comportamento punido nos termos do artigo 102.º TFUE.
- 187 Tendo em conta a totalidade destas circunstâncias, por um lado, não há nenhuma razão para pensar que as recorrentes, no caso em apreço, seriam tentadas a dissimular elementos de prova e, por outro, um pedido de informações, nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003, como o de 4 de agosto de 2011, teria sido suficiente à luz do princípio da proporcionalidade.
- 188 Na fase da réplica, as recorrentes sustentam que não é possível uma fiscalização da necessidade e da proporcionalidade da decisão de inspeção sem que se verifique a natureza dos indícios de que dispunha a Comissão. Portanto, propõem que o Tribunal Geral ordene à Comissão a apresentação dos referidos indícios.
- 189 Na audiência, as recorrentes alegaram que os documentos relativos à segunda inspeção, apreendidos a título provisório durante a primeira inspeção, não podiam ser deixados de lado e guardados num gabinete selado à espera de uma posterior cópia.
- 190 Quanto à segunda e terceira decisões de inspeção, as recorrentes, em primeiro lugar, alegam a incompetência da Comissão, na medida em que o acesso às infraestruturas ferroviárias é regulado exclusivamente pelas regras setoriais nacionais. Em todo o caso, não se pode considerar necessária uma inspeção pela Comissão, atentos os amplos poderes do regulador setorial alemão, a BNetzA. Em segundo lugar, a Comissão podia ter-se posto de acordo com a BNetzA para obter informações e evitar processos paralelos. Em terceiro lugar, a Comissão podia ter obtido as informações necessárias mediante um pedido de informações nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003, em particular no que diz respeito à terceira decisão de inspeção. Como efeito, em caso de inspeções sucessivas, devem existir razões particularmente graves que as justifiquem.
- 191 A Comissão alega que a totalidade dos argumentos das recorrentes deve ser julgada improcedente.
- 192 A este respeito, há que recordar que o princípio da proporcionalidade, que faz parte dos princípios gerais do direito da União, exige que os atos das instituições da União não ultrapassem os limites do adequado e do necessário à realização do objetivo prosseguido, entendendo-se que, quando exista uma escolha entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos penalizante, e que os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objetivos pretendidos (v., neste sentido, acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de novembro de 1990, Fedesa e o., C-331/88, Colet., p. I-4023, n.º 13, e de 14 de julho de 2005, Países Baixos/Comissão, C-180/00, Colet., p. I-6603, n.º 103).

- 193 No que respeita a uma decisão que ordena uma inspeção, o respeito do princípio da proporcionalidade pressupõe que as medidas previstas não criem inconvenientes desproporcionados e intoleráveis relativamente aos objetivos prosseguidos pela inspeção em causa (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdão Roquette Frères, n.º 80, *supra*, n.º 76). No entanto, a escolha por parte da Comissão entre uma inspeção efetuada por simples mandato e uma inspeção ordenada por decisão não depende de circunstâncias como a gravidade especial da situação, a extrema urgência ou a necessidade de descrição absoluta, mas sim da necessidade de uma instrução adequada relativamente às particularidades do caso concreto. Por conseguinte, quando uma decisão de inspeção se destina apenas a permitir à Comissão reunir os elementos necessários para apreciar a eventual existência de uma violação do Tratado, essa decisão não viola o princípio da proporcionalidade (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdãos National Panasonic/Comissão, no n.º 171, *supra*, n.ºs 28 a 30, e Roquette Frères, n.º 80, *supra*, n.º 77).
- 194 É à Comissão que compete, em princípio, apreciar se uma informação é necessária para poder detetar uma infração às regras de concorrência e, mesmo que já disponha de indícios e até de elementos de prova relativos à existência de uma infração, a Comissão pode legitimamente considerar necessário ordenar diligências de instrução suplementares que lhe permitam delimitar melhor a infração ou a sua duração (v., a propósito do Regulamento n.º 17, acórdãos Orkem/Comissão, n.º 82, *supra*, n.º 15, e Roquette Frères, n.º 80, *supra*, n.º 78).
- 195 É à luz destes princípios que há que apreciar os argumentos aduzidos pelas recorrentes.
- 196 A título liminar, nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, há que julgar extemporâneas as alegações das recorrentes aduzidas na fase de réplica, relativas, por um lado, ao facto de não ser possível uma fiscalização da necessidade e da proporcionalidade da decisão de inspeção sem ser verificada a natureza dos indícios de que dispunha a Comissão e, por outro, ao facto de os documentos relativos à segunda inspeção, deixados de lado durante a primeira inspeção, não poderem ser guardados num gabinete selado.
- 197 Com efeito, há que recordar que, nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, é proibida a dedução de novos fundamentos no decurso da instância, salvo quando tenham origem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo. No caso em apreço, como corretamente salienta a Comissão, as alegações aduzidas pelas recorrentes não podem ser consideradas uma ampliação de fundamentos invocados anteriormente, direta ou indiretamente, na petição inicial e que apresentem um vínculo estreito com as mesmas. Por conseguinte, essas alegações devem ser julgadas inadmissíveis.
- 198 Por conseguinte, não há, em particular, que deferir o pedido das recorrentes relativo à apresentação dos indícios que se encontravam na posse da Comissão antes da primeira inspeção.
- 199 Quanto às restantes alegações aduzidas pelas recorrentes, em primeiro lugar, há que constatar que as recorrentes apresentam um certo número de argumentos destinados a estabelecer, por um lado, que a Comissão não tinha competência para levar a cabo uma inspeção nas suas instalações, dada a existência de regras setoriais que regulam o mercado dos transportes a nível nacional. Por outro lado, as inspeções não eram proporcionais, posto que a Comissão podia ter conseguido a integralidade das informações necessárias através das autoridades nacionais, as quais já tinham tomado um certo número de decisões e proferido sentenças a respeito das mesmas práticas.
- 200 A este propósito, há que recordar, em primeiro lugar, que resulta de jurisprudência assente que, para desempenhar a missão que lhe é atribuída pelo Tratado, a Comissão não pode ficar vinculada a uma decisão proferida por um órgão jurisdicional nacional em aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE e do artigo 102.º TFUE. Por conseguinte, a Comissão tem, a todo o tempo, o direito de tomar decisões individuais para a aplicação dos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE, mesmo quando um acordo ou uma prática já tenham sido objeto de uma decisão de um órgão jurisdicional nacional e a decisão que a

Comissão tencione adotar esteja em contradição com a referida decisão judicial (v. acórdãos do Tribunal Geral, France Télécom/Comissão, n.º 46, *supra*, n.º 79, e de 10 de abril de 2008, Deutsche Telekom/Comissão, T-271/03, Colet., p. II-1747, n.º 120 e jurisprudência referida).

- 201 No n.º 263 do seu acórdão Deutsche Telekom/Comissão, n.º 200, *supra*, o Tribunal Geral também confirmou que a existência de regras setoriais não relevava para a apreciação da proporcionalidade de uma decisão da Comissão em matéria de concorrência. Este princípio é válido tanto a respeito de uma decisão final como de uma decisão de inspeção.
- 202 Por último, nos seus acórdãos France Télécom/Comissão, n.º 46, *supra*, n.ºs 79, 80 e 86, e CB/Comissão, n.º 75, *supra*, n.º 48, o Tribunal Geral recordou que a anterior realização de reuniões entre a Comissão e as partes recorrentes ou o facto de uma autoridade nacional ter aberto um processo não eram suscetíveis de afetar os poderes de investigação de que estava investida a Comissão ao abrigo do Regulamento n.º 1/2003.
- 203 Em segundo lugar, há que salientar, como faz a Comissão, que não há nenhuma razão para presumir que as autoridades nacionais examinaram a totalidade das questões pertinentes e recolheram a totalidade dos elementos de facto durante os procedimentos administrativos e os processos judiciais referidos pelas recorrentes. Aliás, resulta dos elementos do processo, sem que seja contestado pelas recorrentes, que entre as recorrentes e as autoridades nacionais só se realizaram conversações sobre o assunto do sistema de alimentação em EET. Por conseguinte, o BKartA e a BNetzA nunca abriram um processo formal de inquérito a este respeito.
- 204 Em terceiro lugar, há que constatar que a Comissão carreu para o processo um certo número de elementos de facto que as recorrentes não contestaram. Segundo a Comissão, o acórdão do Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Tribunal Regional Superior de Frankfurt am Main, Alemanha) que rejeita a acusação de infração às regras de concorrência nacionais no referente ao sistema de descontos, que as recorrentes invocam, diz unicamente respeito ao direito nacional da concorrência e não ao direito da União. Seguidamente, a razão pela qual este acórdão transitou em julgado foi porque, no quadro do recurso interposto, foi celebrada uma transação extrajudicial entre os denunciante no referido processo e as recorrentes. Por outro lado, no âmbito do referido recurso, o BKartA alegou explicitamente o carácter anticoncorrencial do sistema de descontos em causa, o que recoloca em causa a afirmação das recorrentes segundo as quais as autoridades nacionais validaram o sistema de descontos. A Comissão salienta também que este acórdão foi proferido em 2006 e dizia respeito a acontecimentos que remontam a 2003, ao passo que a sua investigação também se debruça sobre o período recente. Por fim, o acórdão do Oberlandesgericht Frankfurt foi contradito por um acórdão imediatamente posterior do mesmo órgão jurisdicional, o que explica, provavelmente, a transação extrajudicial verificada no primeiro processo.
- 205 Portanto, atentos os n.ºs 199 a 204, *supra*, os argumentos que procuram demonstrar a incompetência da Comissão, ou o carácter desproporcional das inspeções devido à existência de decisões nacionais anteriores, devem ser julgados integralmente improcedentes.
- 206 Em segundo lugar, quanto ao argumento das recorrentes segundo o qual, no caso em apreço e tendo em conta o princípio da proporcionalidade, um pedido de informações nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003 teria sido suficiente, há que constatar que, tendo em conta os respetivos contextos, as três inspeções ordenadas não se revelam desproporcionais.
- 207 Com efeito, primeiramente há que recordar que, nos termos da jurisprudência referida nos n.ºs 193 e 194, *supra*, por um lado, a escolha por parte da Comissão entre uma inspeção efetuada por decisão e outra medida de investigação menos coerciva depende da necessidade de uma instrução adequada relativamente às particularidades do caso concreto. Por outro lado, é à Comissão que compete apreciar se uma informação é necessária para poder detetar uma infração às regras de concorrência. Há, ainda, que salientar que os poderes de investigação da Comissão ficariam desprovidos de utilidade

se esta tivesse de se limitar a solicitar a apresentação de documentos que pudesse anteriormente identificar de forma precisa. Tal direito implica, pelo contrário, a faculdade de procurar diversos elementos de informação ainda não conhecidos ou não totalmente identificados (acórdãos Hoechst/Comissão, n.º 86, *supra*, n.º 27, e Ventouris/Comissão, n.º 128, *supra*, n.º 122). Por conseguinte, a Comissão dispõe necessariamente de uma certa margem de apreciação relativamente à escolha da medida de investigação.

- 208 Seguidamente, quanto à primeira decisão de inspeção, há desde logo que considerar, como faz a Comissão, que no caso em apreço, na medida em que as informações objeto de busca incluíam elementos passíveis de revelar uma eventual intenção de eliminar os concorrentes por meio de um tratamento preferencial injustificado concedido às sociedades do mesmo grupo através de um sistema de descontos para o fornecimento de EET, a Comissão podia proceder a esta inspeção para uma instrução adequada do processo. Efetivamente, é difícil conceber como estas informações poderiam, eventualmente, chegar à posse da Comissão por meio diverso de uma inspeção. Como corretamente realça a Comissão, um pedido de informações ao abrigo do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003 não garante que as empresas lhe venham a transmitir documentos, nomeadamente mensagens de correio eletrónico, que as incriminem.
- 209 Depois, há que constatar que os elementos que alegadamente estavam publicamente disponíveis, a saber, o contrato de fornecimento de EET, não bastavam para estabelecer com precisão a existência e os contornos de uma infração presumida ao artigo 102.º TFUE. Com efeito, como sublinha a Comissão, as informações disponíveis na Internet não permitiam saber, nomeadamente, quais eram as empresas que beneficiavam efetivamente dos descontos e quais eram os respetivos valores. Também não permitiam compreender a estratégia comercial da empresa e as suas repercussões. Ora, comprovar a existência de uma estratégia anticoncorrencial ativa por parte da empresa é importante, pois a existência de tal estratégia, por um lado, permite clarificar diferentes elementos de facto, que podem depois ser qualificados de abusivos, e, por outro, pode constituir uma circunstância agravante, como salienta a Comissão. Aliás, as recorrentes confirmam esta situação de facto quando explicam, na réplica, que as informações objeto de busca não existiam enquanto tais, pois requeriam a síntese de documentos existentes, mas não disponíveis.
- 210 A este respeito, há também que julgar improcedente o argumento das recorrentes segundo o qual a necessidade de reagrupar informações implica um pedido de informações em vez de uma inspeção. Com efeito, na medida em que estas informações não estavam disponíveis, existia sempre um risco de destruição das provas. Por outro lado, o facto de a Comissão, como alegam as recorrentes, ter procedido de forma diferente em processos anteriores para apreender a estratégia comercial das empresas em causa, não é, por si só, suscetível de, nos presentes processos, limitar a faculdade de a Comissão realizar uma inspeção. A este respeito, há que constatar que, em todo o caso, as recorrentes não especificaram os processos anteriores a que se referiam, nem apresentaram qualquer elemento concreto que permitisse comparar as circunstâncias dos referidos processos com as circunstâncias dos processos vertentes.
- 211 Além disso, quanto ao argumento de que documentos internos, como as apreciações subjetivas dos colaboradores, são desprovidos de relevância para estabelecer o caráter objetivamente justificado de um comportamento à luz do artigo 102.º TFUE, há que constatar que a inspeção não tinha, *a priori*, como objetivo principal recolher testemunhos de colaboradores. Em qualquer caso, segundo as circunstâncias do caso concreto, pode ser indispensável recolher os testemunhos de colaboradores com vista a obter certas apreciações relativamente a elementos de facto relativos à atividade ou à estratégia da empresa.
- 212 Por último, quanto ao argumento de que um pedido de informações nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003 teria sido suficiente, na medida em que a Comissão apresentou em 4 de agosto de 2011 tal pedido, isto é, na medida em que a Comissão obteve durante a tramitação do processo informações por intermédio de outros meios diversos da inspeção, há que considerar que,

como a Comissão corretamente salientou, o facto de a Comissão ter apresentado um pedido de informações após a segunda e terceira inspeções não é relevante para se definir se as referidas inspeções estavam justificadas, à luz do princípio da proporcionalidade, com vista ao estabelecimento da existência de uma infração ao artigo 102.º TFUE.

- 213 Em terceiro lugar, no tocante à segunda e terceira decisões de inspeção, há que constatar que, relativamente aos argumentos alegados a respeito da primeira inspeção, as recorrentes não aduzem qualquer novo argumento que alicerce a sua alegação de que um pedido de informações nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003 teria sido suficiente. Quanto muito, alegam, no tocante à terceira decisão de inspeção, que, no caso de inspeções sucessivas, devem existir razões particularmente graves que as justifiquem.
- 214 Em qualquer caso, há que constatar desde logo que pelo menos certos elementos objeto de busca no quadro da segunda e da terceira decisões de inspeção eram potencialmente reveladores de uma intenção de cometer uma infração e que podiam ser encontrados nas instalações das recorrentes. Resulta destas decisões que se trata de elementos respeitantes a diferentes práticas da DUSS que assumem carácter discriminatório face aos concorrentes, em particular, a concessão de um acesso inadequado aos terminais, o fornecimento de serviços menos eficientes e a recusa de acesso aos terminais. Ora, é difícil conceber que estes elementos fossem, no caso em apreço, voluntariamente comunicados à Comissão no quadro de um pedido de informações nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003, em especial tendo em vista os riscos incorridos pela empresa no caso da constatação de uma infração ao artigo 102.º TFUE.
- 215 Seguidamente, os fundamentos desenvolvidos nos n.ºs 209 e 211, *supra*, a respeito da importância de comprovar a existência de uma estratégia anticoncorrencial ativa da empresa e das apreciações subjetivas dos seus colaboradores são igualmente válidas no que respeita à segunda e terceira decisões de inspeção. Há ainda que recordar que, contrariamente ao que afirmam as recorrentes, a Comissão era competente para realizar uma inspeção e não tinha que se coordenar com as autoridades nacionais (v. n.ºs 199 a 205, *supra*).
- 216 Por último, no que concerne ao argumento de que devem existir razões particularmente graves para justificar inspeções sucessivas, é verdade que, em caso de inspeções sucessivas, a Comissão possui certas informações obtidas durante inspeções passadas, antes de proceder às referidas inspeções. Contudo e ao contrário do que afirmam as recorrentes, tal não implica que a Comissão deva obter as informações adicionais que considere necessárias por meio de um pedido de informações nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003, ou que só razões particularmente graves possam justificar uma nova inspeção. Com efeito, resulta da jurisprudência referida nos n.ºs 193 e 194, *supra*, que a escolha, por parte da Comissão, entre uma inspeção ordenada por decisão e outra medida de investigação não depende necessariamente de circunstâncias como a gravidade especial da situação, a extrema urgência ou a necessidade de descrição absoluta, mas sim da necessidade de uma instrução adequada relativamente às particularidades do caso concreto. Assim, a Comissão pode legitimamente considerar necessário ordenar verificações suplementares, com vista a estabelecer a existência da infração objeto de suspeita, mesmo dispondo já de indícios, e até de elementos de prova, relativos à existência de uma infração, obtidos em inspeções anteriores.
- 217 Vistas as considerações formuladas nos n.ºs 206 a 216, *supra*, há que julgar improcedentes os argumentos das recorrentes relativos ao facto de um pedido de informações nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003 poder ter sido suficiente no caso em apreço e de, portanto, as decisões de inspeção terem sido desproporcionais.
- 218 Em terceiro lugar, não pode prosperar o argumento das recorrentes relativo à ausência de elementos que atestem a existência de um risco real de destruição ou de dissimulação de provas no caso de um pedido de informações nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003.

- 219 Em primeiro lugar, nem o Regulamento n.º 1/2003 nem a jurisprudência preveem tal restrição. Em segundo lugar e contrariamente ao que afirmam as recorrentes, não se trata da única razão que serviu de base à decisão da Comissão de levar a cabo as inspeções, sendo a sua razão essencial a busca de elementos que pudessem, nomeadamente, revelar uma estratégia de eliminação dos concorrentes e que poderiam estar na posse das recorrentes. Em terceiro lugar, pelas razões invocadas nos n.ºs 208 a 214, *supra*, e vistas as circunstâncias do caso em apreço, o argumento da alegada falta de elementos que provem a existência de um risco de destruição deve ser julgado improcedente. Em quarto lugar, a existência da decisão do Oberlandesgericht Frankfurt am Main (v. n.º 204, *supra*) não permite concluir, como fazem as recorrentes, que não havia um risco de destruição dos dados.
- 220 Em quarto lugar, no tocante ao argumento relativo à alegada violação da presunção de inocência, há que recordar que o princípio da presunção de inocência, como resulta, nomeadamente do artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, faz parte dos direitos fundamentais que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, são protegidos na ordem jurídica da União.
- 221 No caso em apreço, resulta do décimo considerando da primeira decisão de inspeção que a Comissão faz efetivamente referência ao despacho do Tribunal de Justiça de 27 de abril de 1999, Deutsche Bahn/Comissão (C-436/97 P, Colet., p. I-2387), e ao acórdão do Tribunal Geral de 21 de outubro de 1997, Deutsche Bahn/Comissão (T-229/94, Colet., p. II-1689), nos quais foi confirmada uma violação do artigo 102.º TFUE pelas recorrentes, em razão das suas práticas tarifárias, conjugadas com outros elementos, para justificar o risco de as empresas em causa tentarem dissimular ou destruir os elementos de prova. A explicação da Comissão, de que foi feita referência a estes processos unicamente com o objetivo de salientar que as recorrentes estavam necessariamente conscientes das consequências possíveis da constatação de uma infração e que, portanto, podiam ser levadas a destruir elementos de prova no caso de um pedido de informações nos termos do artigo 18.º do Regulamento n.º 1/2003, é plausível. Por outro lado, este elemento pode ser relevante para a escolha a fazer entre diferentes medidas de investigação. Por fim, há que recordar que a primeira, segunda e terceira decisões de inspeção constituem decisões que ordenam uma inspeção e que, por conseguinte, não aplicam uma pena nem incluem qualquer elemento que conclua pela existência de culpabilidade. Nestas condições, há que considerar que a alegação da violação da presunção de inocência deve ser julgada improcedente.
- 222 Em quinto lugar, quanto à afirmação das recorrentes de que não compreendem por que razão, uma vez que a Comissão tinha conhecimento da existência dos sistema de descontos desde 2006, esperou cinco anos para proceder à inspeção, por um lado, basta constatar que, mesmo que a Comissão tivesse disposto de informações que a autorizavam a proceder a inspeções desde 2006, como alegam as recorrentes, essa constatação não tem influência no carácter proporcional das referidas inspeções. Por outro lado, há que recordar que pertence à Comissão apreciar a oportunidade de dar início a uma investigação e que as regras relativas à prescrição existem para proteger as empresas.
- 223 Vista a totalidade destes elementos, não se conclui que a Comissão tenha, no presente processo, atuado de maneira desproporcional em relação ao objetivo prosseguido e tenha, por isso, violado o princípio da proporcionalidade, uma vez que o recurso a inspeções ordenadas nos termos do artigo 20.º, n.º 4, do Regulamento n.º 1/2003 é adequado face às particularidades do caso em apreço.
- 224 Nestas condições, há que julgar o quinto fundamento parcialmente inadmissível e parcialmente improcedente.

*Quanto ao terceiro e quarto pedidos*

- 225 Com o seu terceiro e quarto pedidos, as recorrentes requerem que o Tribunal Geral, por um lado, anule qualquer medida tomada com base nas inspeções em causa no presente processo e, por outro, condene a Comissão a restituir todas as cópias dos documentos feitas no quadro das referidas inspeções.
- 226 Quanto ao terceiro pedido, há que constatar que não é possível, nesta fase, determinar com suficiente precisão qual é o objeto do pedido das recorrentes. Em particular, não é possível determinar se este visa atos impugnáveis na aceção do artigo 263.º TFUE. Portanto, o terceiro pedido deve ser julgado inadmissível, na medida em que não pode ser considerado suficientemente preciso, nos termos do artigo 21.º do Estatuto do Tribunal de Justiça e do artigo 44.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento de Processo.
- 227 Quanto ao quarto pedido, deve observar-se que, como a Comissão alega, tendo pedido que o Tribunal Geral se pronuncie sobre as consequências da anulação das decisões de inspeção, as recorrentes visam obter uma declaração que verse sobre os efeitos de um eventual acórdão de anulação, o que constituiria igualmente uma injunção feita à Comissão a respeito da sua execução. Ora, não sendo o Tribunal competente, no âmbito da fiscalização da legalidade com base no artigo 263.º TFUE, para proferir acórdãos declaratórios (v., neste sentido, despacho do Tribunal de Justiça de 9 de dezembro de 2003, Itália/Comissão, C-224/03, Colet., p. I-14751, n.ºs 20 a 22) ou injunções, mesmo que estas se prendam com as modalidades de execução dos seus acórdãos (despacho do Tribunal de Justiça de 26 de outubro de 1995, Pevasa e Inpesca/Comissão, C-199/94 P e C-200/94 P, Colet., p. I-3709, n.º 24), o quarto pedido das recorrentes deve ser julgado manifestamente inadmissível (acórdão do Tribunal Geral de 4 de fevereiro de 2009, Omya/Comissão, T-145/06, Colet., p. II-145, n.º 23).
- 228 Resulta do conjunto das precedentes considerações que há que negar integralmente provimento aos presentes recursos.

**Quanto às despesas**

- 229 Nos termos do artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo as recorrentes nos processos T-289/11, T-290/11 e T-521/11 sido vencidas, há que condená-las nas despesas de cada um dos referidos processos, em conformidade com o pedido da Comissão.
- 230 O Conselho, o Órgão de Fiscalização da EFTA e o Reino de Espanha suportarão as suas próprias despesas, por força do disposto no artigo 87.º, n.º 4, primeiro e segundo períodos, do Regulamento de Processo.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção)

decide:

- 1) **É negado provimento aos recursos.**
- 2) **A Deutsche Bahn AG, a DB Mobility Logistics AG, a DB Energie GmbH, a DB Netz AG, a DB Schenker Rail GmbH, a DB Schenker Rail Deutschland AG e a Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS) suportarão as despesas efetuadas pela Comissão Europeia, bem como as suas próprias despesas.**

**3) O Conselho da União Europeia, o Órgão de Fiscalização da EFTA e o Reino de Espanha suportarão as suas próprias despesas.**

Pelikánová

Jürimäe

Van der Woude

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 6 de setembro de 2013.

Assinaturas

Índice

|   |    |
|---|----|
| Antecedentes do litígio .....   | 2  |
| Primeira inspeção .....   | 2  |
| Primeira decisão de inspeção .....  | 2  |
| Desenrolar da primeira inspeção .....   | 4  |
| Segunda inspeção .....  | 5  |
| Segunda decisão de inspeção .....   | 5  |
| Desenrolar da segunda inspeção .....  | 6  |
| Terceira inspeção .....   | 6  |
| Terceira decisão de inspeção .....  | 6  |
| Desenrolar da terceira inspeção .....   | 7  |
| Tramitação processual e pedidos das partes .....  | 8  |
| Questão de direito .....  | 9  |
| Quanto ao primeiro fundamento, relativo à violação do direito à inviolabilidade do domicílio devido à inexistência de um mandado judicial prévio .....                    | 10 |
| Quanto à admissibilidade .....  | 10 |
| Quanto ao mérito .....  | 12 |
| Quanto ao segundo fundamento, relativo à violação do direito a um recurso jurisdicional efetivo .....   | 17 |
| Quanto ao terceiro fundamento, relativo à violação dos direitos de defesa das recorrentes atentas as irregularidades que viciaram o desenrolar da primeira inspeção ..... | 19 |
| Quanto à busca exaustiva do gabinete de M. ....   | 22 |
| Quanto aos documentos e palavras-chave controvertidos .....   | 23 |
| Quanto ao comportamento da Comissão antes do início da primeira inspeção .....  | 25 |

|  |    |
|--|----|
| Quanto ao quarto fundamento, relativo à descrição do objeto das inspeções na primeira, segunda e terceira decisões de inspeção ..... | 26 |
| Primeira decisão de inspeção .....   | 27 |
| Segunda e terceira decisões de inspeção .....  | 28 |
| Quanto ao quinto fundamento, relativo à violação do princípio da proporcionalidade.....  | 28 |
| Quanto ao terceiro e quarto pedidos .....  | 35 |
| Quanto às despesas .....   | 35 |