



# Zbirka odločb sodne prakse

SKLEPNI PREDLOGI GENERALNEGA PRAVOBRANILCA  
GIOVANNIJA PITRUZZELLE,  
predstavljeni 14. julija 2022<sup>1</sup>

## Zadeva C-682/20 P

**Les Mousquetaires,  
ITM Entreprises SAS  
proti**

**Evropski komisiji**

„Pritožba – Konkurenca – Omejevalni sporazumi – Upravni postopek – Sklep Komisije o odreditvi pregleda – Ugovor nezakonitosti, ki se uveljavlja v skladu s členom 20 Uredbe (ES) št. 1/2003 – Domnevni neobstoj učinkovitega pravnega sredstva zoper okoliščine izvršitve sklepov o pregledu – Sklep, s katerim je Komisija zasegla in kopirala podatke iz komunikacijskih orodij in orodij za shranjevanje, ki so vsebovali podatke o zasebnem življenju uporabnikov – Zavrnitev zahteve pritožnic za vračilo zadevnih podatkov – Ničnostna tožba“

1. Družbi Les Mousquetaires SAS (v nadaljevanju: družba LM) in ITM Entreprises SAS (v nadaljevanju: družba ITM ali družba Intermarché, skupaj z družbo LM pa pritožnici) predlagata delno razveljavitev sodbe Splošnega sodišča z dne 5. oktobra 2020, Les Mousquetaires in ITM Entreprises/Komisija (T-255/17, v nadaljevanju: izpodbijana sodba, EU:T:2020:460), s katero je to delno zavrnilo njun predlog na podlagi člena 263 PDEU za razglasitev ničnosti, prvič, primarno, dveh sklepov, ki ju je Evropska komisija sprejela 21. februarja 2017<sup>2</sup> ter s katerima je družbi LM in vsem družbam, ki jih ta neposredno ali posredno nadzira, odredila, naj se podredijo pregledu v skladu s členom 20(1) in (4) Uredbe (ES) št. 1/2003<sup>3</sup>, in, podredno, dveh sklepov, ki ju je Evropska komisija sprejela 9. februarja 2017 ter s katerima je družbi ITM in vsem družbam, ki jih ta neposredno ali posredno nadzira, odredila, naj se podredijo pregledu v skladu s členom 20(1) in (4) Uredbe (ES) št. 1/2003<sup>4</sup>, ter, drugič, sklepa, s katerim je Komisija na eni strani zasegla in kopirala podatke iz komunikacijskih orodij in orodij za shranjevanje, ki vsebujejo podatke o zasebnem življenju uporabnikov teh orodij, in na drugi strani zavrnila zahtevo pritožnic za vračilo teh podatkov.

<sup>1</sup> Jezik izvirmika: francoščina.

<sup>2</sup> Gre za Sklep Komisije C(2017) 1361 final (zadeva AT.40466 – Tute 1, v nadaljevanju: sklep Tute 1 z dne 21. februarja 2017) in Sklep Komisije C(2017) 1360 final (zadeva AT.40467 – Tute 2, v nadaljevanju: sklep Tute 2 z dne 21. februarja 2017).

<sup>3</sup> Uredba Sveta z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov [101 in 102 PDEU] (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 205, in popravek v UL 2015, L 100, str. 81).

<sup>4</sup> Gre za Sklep Komisije C(2017) 1057 final (zadeva AT.40466 – Tute 1, v nadaljevanju: sklep Tute 1 z dne 9. februarja 2017) in Sklep Komisije C(2017) 1061 final (zadeva AT.40467 – Tute 2, v nadaljevanju: sklep Tute 2 z dne 9. februarja 2017).

## I. Dejansko stanje

2. Dejansko stanje, ki je navedeno v točkah od 2 do 11 izpodbijane sodbe, je mogoče za potrebe tega postopka povzeti tako.

3. Družba LM je holdinška družba iz skupine Les Mousquetaires, ki deluje v sektorju trgovine na drobno z živili in neživilskimi izdelki v Franciji in Belgiji. Družba ITM je njena odvisna družba.

4. Potem ko je Evropska komisija prejela informacije o izmenjavah informacij med družbo ITM in zlasti družbo Casino, ki prav tako deluje v sektorju trgovine na drobno z živili in neživilskimi izdelki, je sprejela sklep Tute 1 z dne 9. februarja 2017.

5. Izrek tega sklepa se glasi:

### „Člen 1

[...] Družba Intermarché [...] in vse družbe, ki jih ta neposredno ali posredno nadzoruje, so se dolžne podrediti pregledu v zvezi z njihovim morebitnim sodelovanjem pri usklajenih ravnanjih, ki so v nasprotju s členom 101 [PDEU], na trgih nabave izdelkov široke potrošnje, trgu prodaje storitev proizvajalcem izdelkov z blagovno znamko in trgih prodaje izdelkov široke potrošnje potrošnikom. Ta usklajena ravnanja so:

- (a) izmenjave informacij od leta 2015 med podjetji in/ali podjetniškimi združenji, zlasti zavezništvom AgeCore in/ali njegovimi člani, zlasti družbo Intermarché, in zavezništvom ICDC in/ali njegovimi člani, zlasti družbo Casino, v zvezi z rabati, ki so jih dobili na trgih nabave izdelkov široke potrošnje v sektorjih živilskih izdelkov, izdelkov za osebno nego in čistilnih izdelkov, ter v zvezi s cenami na trgu prodaje storitev proizvajalcem izdelkov z blagovno znamko v sektorjih živilskih izdelkov, izdelkov za osebno nego in čistilnih izdelkov v več državah članicah Evropske unije, med drugim Franciji, in
- (b) izmenjave informacij najmanj od leta 2016 med družbama Casino in Intermarché v zvezi z njunimi prihodnjimi poslovnimi strategijami, zlasti glede asortimenta, razvoja trgovin, elektronskega trgovanja in promocijske politike na trgih nabave izdelkov široke potrošnje in trgih prodaje izdelkov široke potrošnje potrošnikom v Franciji.

Pregled je mogoče opraviti v katerem koli prostoru podjetja [...]

Družba Intermarché uradnikom in drugim osebam, ki jih je Komisija pooblastila za izvajanje pregleda, ter uradnikom in drugim osebam, ki jih je organ, pristojen za konkurenco v zadevni državi članici, pooblastil ali imenoval, da jim pomagajo, dovoli, da v običajnem delovnem času vstopijo v vse njene prostore in prevozna sredstva. Podjetje na prošnjo uradnikov in drugih pooblaščenih oseb v pregled predloži poslovne knjige in drugo poslovno dokumentacijo ne glede na njen nosilec ter zadevnim osebam omogoči, da na kraju samem preučijo in odvzamejo ali pridobijo, ne glede na obliko, kopije ali izvlečke iz poslovnih knjig ali dokumentacije. Podjetje dovoli, da se zapečatijo vsi poslovni prostori ter poslovne knjige in dokumentacija za trajanje in v obsegu, potrebnem za izvedbo pregleda. Na prošnjo zadevnih uradnikov ali oseb takoj in na kraju samem zagotovi ustna pojasnila v zvezi s predmetom in namenom pregleda ter za predložitev takih pojasnil pooblasti tudi vse predstavnike ali uslužbence podjetja. Podjetje dovoli zapis zadevnih pojasnil v kakršni koli obliki.

## Člen 2

Pregled se lahko začne 20. februarja 2017 ali v kratkem zatem.

## Člen 3

Ta sklep je naslovljen na družbo Intermarché [...] in vse družbe, ki jih ta neposredno ali posredno nadzoruje.

Podjetje, na katero je ta sklep naslovljen, je tik pred pregledom uradno obveščeno o sklepu v skladu s členom 297(2) [PDEU].“

6. Komisija je po prejemu informacij o izmenjavi informacij med družbo Intermarché in drugimi podjetji ali podjetniškimi združenji sprejela sklep Tute 2 z dne 9. februarja 2017. Člen 1 tega sklepa se je nanašal na morebitno sodelovanje družbe Intermarché pri usklajenih ravnanjih, ki so zajemala „[...] izmenjave informacij od leta 2015 med podjetji in/ali podjetniškimi združenji, zlasti zavezništvom AgeCore [...] in/ali njegovimi člani, zavezništvom Coopernic in/ali njegovimi člani ter zavezništvom Eurelec in/ali njegovimi člani, v zvezi z rabati, ki so jih dobili na trgih nabave izdelkov široke potrošnje v sektorjih živilskih izdelkov, izdelkov za osebno nego in čistilnih izdelkov, ter v zvezi s cenami na trgu prodaje storitev proizvajalcem izdelkov z blagovno znamko v sektorjih živilskih izdelkov, izdelkov za osebno nego in čistilnih izdelkov v več državah članicah Evropske unije, med drugim Franciji in Nemčiji“. Besedilo členov 2 in 3 navedenega sklepa je bilo enako besedilu členov 2 in 3 sklepa Tute 1 z dne 9. februarja 2017.

7. Potem ko je Komisija o tem pregledu obvestila Autorité de la concurrence (organ, pristojen za konkurenco, Francija), se je ta obrnil na sodnika, pristojnega za odreditev posegov v svoboščine in pripora, pri tribunal de grande instance d'Evry (okrožno sodišče v Evryju, Francija), da bi ga zaprosil za odobritev izvedbe dejanj obiska in zasega v prostorih pritožnic. Ta sodnik, pristojen za odreditev posegov v svoboščine in pripora, je s sklepom z dne 17. februarja 2017 odobril obiske in zasege, za katere je bilo zaproseno kot previdnostni ukrep. Ker nobeden od ukrepov, sprejetih med pregledom, ni zahteval uporabe „izvršilnih organov“ v smislu člena 20, od 6 do 8, Uredbe št. 1/2003, ta sklep ni bil vročen pritožnicama.

8. Pregled se je začel 20. februarja 2017, to je na datum, na katerega so preiskovalci Komisije v spremstvu predstavnika francoskega organa, pristojnega za konkurenco, prišli v prostore družbe Intermarché.

9. Komisija je zaradi dvomov o statusu zaposlenega v družbi ITM oziroma LM v zvezi z eno od oseb, na katero se je nanašal pregled, sprejela sklepa Tute 1 in Tute 2 z dne 21. februarja 2017, katerih obrazložitvev je bila enaka kot v sklepih Tute 1 in Tute 2 z dne 9. februarja 2017, spremenjena pa je bila le navedba glavnega naslovnika, na katerega se je nanašal pregled (družba ITM namesto družbe LM).<sup>5</sup>

10. V okviru pregleda je Komisija zlasti obiskala pisarne, zbrala opremo, predvsem računalniško (prenosne računalnike, mobilne telefone, tablice, naprave za shranjevanje podatkov), zaslišala več oseb in izdelala kopije vsebin zbrane opreme.

<sup>5</sup> Edina razlika med sklepoma Tute 1 z dne 9. februarja 2017 in z dne 21. februarja 2017 na eni strani ter sklepoma Tute 2 z dne 9. februarja 2017 in z dne 21. februarja 2017 na drugi strani je v navedbi glavnega naslovnika, ki je v prvem primeru družba LM, v drugem pa družba ITM.

11. Pritožnici sta na Komisijo naslovili več dopisov z dne 24. februarja 2017, v katerih sta navedli pridržke glede sklepov o pregledu in poteka pregleda na podlagi teh sklepov, pri čemer sta izpodbijali zlasti kopiranje dokumentov, ki vsebujejo podatke o zasebnem življenju članov njunega osebja. Ti pridržki so bili dopolnjeni z dopisom, poslanim Komisiji 13. aprila 2017, v katerem sta zahtevali predvsem vračilo nekaterih kopiranih dokumentov.

## II. Postopek pred Splošnim sodiščem in izpodbijana sodba

12. Pritožnici sta 28. aprila 2017 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložili tožbo, s katero sta izpodbijali sklepa Tute 1 in Tute 2 z dne 21. februarja 2017 ter po potrebi sklepa Tute 1 in Tute 2 z dne 9. februarja 2017. Pritožnici sta v utemeljitev tožbe v bistvu navedli pet tožbenih razlogov. Prvi je temeljil na ugovoru nezakonitosti člena 20(4) Uredbe št. 1/2003, pri čemer se je z njim izpodbijala nezadostnost pravnih sredstev, na voljo za izpodbijanje okoliščin poteka pregledov, drugi se je nanašal na to, da izpodbijana sklepa nista bila pravilno vročena, tretji na to, da jima je bila odvzeta pravica do obrambe zoper pregled, četrti na kršitev obveznosti obrazložitve, peti pa na kršitev pravice do nedotakljivosti zasebnih prostorov.

13. S sklepom predsednika devetega senata Splošnega sodišča z dne 22. septembra 2017 je bila Svetu Evropske unije dovoljena intervencija v postopku pred Splošnim sodiščem v podporo Komisiji.

14. Splošno sodišče je v okviru ukrepov procesnega vodstva iz člena 89 svojega poslovnika Komisijo pozvalo, naj predloži nezaupno različico indicev o domnevnih kršitvah, ki jih je imela na voljo na dan sprejetja izpodbijanih sklepov, pritožnici pa, naj se opredelita do predloženih indicev. Komisija je v odgovor na ta poziv med drugim predložila zapisnike razgovorov, ki jih je leta 2016 in leta 2017 opravila s 13 dobavitelji izdelkov široke potrošnje, na katere se je nanašal pregled, ki so redno sklepali sporazume z družbama Casino in ITM (v nadaljevanju: zapisniki razgovorov).

15. Splošno sodišče je v izpodbijani sodbi na eni strani – potem ko je ugotovilo, da Komisija ni imela dovolj resnih indicev, ki bi omogočali sum o obstoju kršitve v obliki izmenjav informacij med družbama Casino in ITM v zvezi z njunimi prihodnjimi poslovnimi strategijami – razglasilo ničnost člena 1(b) sklepa Tute 1 z dne 9. februarja 2017 in člena 1(b) sklepa Tute 1 z dne 21. februarja 2017.<sup>6</sup> Na drugi strani je Splošno sodišče razsodilo, da so bila pravna sredstva, ki so bila na voljo tako zoper zakonitost kot tudi zoper potek pregledov, učinkovita ter da je Komisija pravno zadostno obrazložila preglede v zvezi z morebitnim sodelovanjem pritožnic pri usklajenih ravnanjih, navedenih v členu 1(a) sklepov Tute 2 z dne 9. in 21. februarja 2017, in jih je lahko upravičeno odredila, zato je tožbo v preostalem zavrnilo.<sup>7</sup>

## III. Predlogi strank

16. Pritožnici s pritožbo Sodišču predlagata, naj razveljavi točko 2 izreka izpodbijane sodbe, ugotovi predlogom, ki so bili vloženi na prvi stopnji, tako da razglasi ničnost sklepov Tute 1 z dne 9. in 21. februarja 2017 (v nadaljevanju skupaj: sporna sklepa), ter Komisiji naloži plačilo stroškov celotnega postopka, vključno s postopkom pred Splošnim sodiščem.

<sup>6</sup> Glej točko 1 izreka.

<sup>7</sup> Glej točko 2 izreka.

17. Komisija Sodišču predlaga, naj zavrne pritožbo in pritožnicama naloži plačilo stroškov.

18. Svet Sodišču predlaga, naj zavrne prvi pritožbeni razlog in pritožnicama naloži plačilo stroškov.

#### **IV. Pritožba**

19. Pritožnici v utemeljitev pritožbe navajata pet pritožbenih razlogov. Prvi pritožbeni razlog se nanaša na napačno uporabo prava in neobstoj obrazložitve v okviru analize Splošnega sodišča glede učinkovitosti pravnih sredstev, ki so na voljo v zvezi z izvajanjem pregledov. Drugi pritožbeni razlog se nanaša na kršitev členov 6 in 8 Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, podpisane v Rimu 4. novembra 1950 (v nadaljevanju: EKČP), člena 296 PDEU in člena 20(4) Uredbe št. 1/2003, ker naj Splošno sodišče ne bi spoštovalo obveznosti obrazložitve in omejitve sklepov o pregledu. Tretji pritožbeni razlog se nanaša na napačno uporabo prava in kršitev Uredbe št. 1/2003, ker naj bi Splošno sodišče štelo, da se za fazo postopka „pred sprejetjem ukrepov, ki vključuje očitke o storjeni kršitvi“ Uredba ne uporablja. Četrty pritožbeni razlog se nanaša na kršitev členov 6 in 8 EKČP ter člena 19 Uredbe št. 1/2003, ker je Splošno sodišče za „dovolj resne indice“ štelo elemente, pri katerih so podane formalne in bistvene nepravilnosti. Nazadnje, peti pritožbeni razlog se nanaša na neobstoj obrazložitve, ki je posledica neobstoja presoje dokazne vrednosti teh indicev, in na napako pri opredelitvi pojma „indic“.

##### ***A. Prvi pritožbeni razlog***

20. Pritožnici v okviru prvega pritožbenega razloga v bistvu izpodbijata točke od 83 do 112 izpodbijane sodbe, v katerih je Splošno sodišče preučilo in zavrnilo njun ugovor nezakonitosti v zvezi s členom 20(4) Uredbe št. 1/2003. V okviru navedenega ugovora nezakonitosti sta izpodbijali to, da člen 20 Uredbe št. 1/2003 ne vsebuje določb, s katerimi bi bil ukrepom, ki se nanašajo na potek pregleda, podeljen status aktov, zoper katere je mogoče vložiti pravno sredstvo na podlagi Pogodbe, in s katerimi bi bilo naloženo, da se možnost vložitve tega pravnega sredstva navede v sklepu o pregledu, kakor je treba v skladu s členom 20(4) Uredbe št. 1/2003 navesti možnost, da se pri sodišču Unije vloži pravno sredstvo zoper sklep o samem pregledu.<sup>8</sup>

##### ***1. Izpodbijana sodba***

21. Splošno sodišče je, potem ko je v točkah od 58 do 75 izpodbijane sodbe zavrnilo navedbe Komisije in Sveta o neizpolnitvi procesnih predpostavk v zvezi z ugovorom nezakonitosti, ki sta ga uveljavljali pritožnici, začelo preizkus utemeljenosti tega ugovora. V točki 82 izpodbijane sodbe je najprej opozorilo na sodbe Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP), izrečene v zvezi s spoštovanjem členov 6 in 13 EKČP, glede obiskov zasebnih prostorov, ter navedlo iz njih izhajajoče štiri pogoje, ki morajo biti izpolnjeni za dopustitev obstoja pravice do učinkovitega pravnega sredstva, in sicer „pogoj učinkovitega nadzora“, „pogoj učinkovitosti“, „pogoj gotovosti“ in „pogoj razumnega roka“. Splošno sodišče je v točki 83 izpodbijane sodbe pojasnilo, da trditev, ki jo vsebujejo navedene sodbe, to je, da mora v posebnih okoliščinah obravnavane zadeve obstajati možnost vložitve učinkovitega pravnega sredstva pred sodiščem zoper potek dejanja pregleda, vključuje upoštevanje vseh pravnih sredstev, ki so na voljo podjetju,

<sup>8</sup> Glej točko 74 izpodbijane sodbe.

na katero se pregled nanaša, in torej izvedbo celovite analize teh pravnih sredstev. Preden je izvedlo tako analizo, je poudarilo, da „ni pomembno, da vsako od preučevanih pravnih sredstev posamično ne izpolnjuje vseh štirih pogojev, ki se zahtevajo s sodno prakso ESČP“.<sup>9</sup>

22. Nato je Splošno sodišče opredelilo šest pravnih sredstev, s katerimi se lahko izpodbija dejanje pregleda pred sodiščem, ki so tožba zoper sklep o pregledu, tožba zoper sklep, s katerim Komisija sankcionira oviranje pregleda na podlagi člena 23(1), od (c) do (e), Uredbe št. 1/2003, tožba zoper „kateri koli akt, ki izpolnjuje pogoje iz sodne prakse za akt, zoper katerega je mogoče vložiti tožbo, ter ki bi ga Komisija sprejela po sklepu o pregledu in v okviru poteka dejanj pregleda, kot je sklep o zavrnitvi predloga za varstvo listin na podlagi zaupnosti komunikacije med odvetniki in strankami“, ki temelji na sodbi z dne 17. septembra 2007, Akzo Nobel Chemicals in Akros Chemicals/Komisija<sup>10</sup> (v nadaljevanju: sodba Akzo), tožba zoper končni sklep, s katerim se konča postopek, začet na podlagi člena 101 PDEU, predlog za izdajo začasne odredbe in, nazadnje, tožba za ugotovitev nepogodbene odgovornosti.

23. Splošno sodišče je v točkah od 90 do 98 izpodbijane sodbe analiziralo, v kakšnem obsegu vsako od teh pravnih sredstev omogoča izpodbijanje okoliščin, v katerih je pregled potekal, in odpravo morebitnih nepravilnosti, ki jih je med njim storila Komisija.

24. Splošno sodišče je ob koncu te analize v točkah od 99 do 110 izpodbijane sodbe pojasnilo, zakaj meni, da sistem nadzora nad potekom dejanj pregleda, ki ga tvorijo vsa taka pravna sredstva, izpolnjuje štiri pogoje, navedene v točki 21 teh sklepnih predlogov. V tem okviru je v točki 101 te sodbe v zvezi s pogojem učinkovitega nadzora zlasti pojasnilo, da čeprav vsako od navedenih pravnih sredstev posamično gledano ne omogoča, da se opravi nadzor nad utemeljenostjo vseh ukrepov, sprejetih med pregledom, njihovo kombinirano uveljavljanje omogoča tak nadzor.

25. Zato je Splošno sodišče v točki 111 izpodbijane sodbe kot neutemeljen zavrnilo ugovor nezakonnosti člena 20 Uredbe št. 1/2003, ki se je nanašal na kršitev pravice do učinkovitega pravnega sredstva.

## 2. Povzetek trditev strank

26. Pritožnici najprej ugotavljata, da so s členom 20(4) Uredbe št. 1/2003 Komisiji podeljena široka pooblastila za preiskavo, s katerimi je resno poseženo v pravice podjetij in posameznikov iz člena 8 EKČP in člena 7 Listine Evropske unije o temeljnih pravicah (v nadaljevanju: Listina), nato pa opozarjata, da je ESČP v sodbi z dne 2. oktobra 2014, Delta Perkarny proti Češki republiki<sup>11</sup> (v nadaljevanju: sodba Delta Pekarny), razsodilo, da se za to, da je tak poseg skladen z EKČP, med drugim zahteva učinkovito pravno sredstvo, s katerim je mogoče s pravnega in dejanskega vidika izpodbijati ne le zakonitost odobritve pregleda, ki se mu podjetje mora podrediti, ampak tudi okoliščine njegovega poteka.

27. Pritožnici na prvem mestu – v nasprotju z navedbami Splošnega sodišča zlasti v točkah 83 in 87 izpodbijane sodbe – trdita, da iz sodb ESČP ne izhaja, da bi bilo treba o učinkovitosti pravnih sredstev zoper zakonitost in potek pregleda razsojati na podlagi „celovite analize“ potencialnih pravnih sredstev in še manj na podlagi analize z nadomestitvijo. Splošno

<sup>9</sup> Glej točko 87 izpodbijane sodbe.

<sup>10</sup> T-125/03 in T-253/03 (EU:T:2007:287, točke 46, 48 in 49 ter navedena sodna praksa).

<sup>11</sup> CE:ECHR:2014:1002JUD000009711.

sodišče naj bi s preučitvijo vseh mogočih tožb za izpodbijanje zakonitosti in tistih za izpodbijanje poteka pregledov ter s tem, da je pomanjkljivosti enega od pravnih sredstev domnevno nadomestilo s prednostmi drugega, v točkah 83 in od 99 do 111 izpodbijane sodbe prišlo do napačne ugotovitve.

28. Pritožnici menita, da bi Splošno sodišče ob ločeni preučitvi, pri kateri bi upoštevalo posebne okoliščine obravnavane zadeve, že uvodoma zavrnilo tri pravna sredstva, ki jih je priznalo kot učinkovita, in sicer tožbo zoper meritorni sklep, ki naj ne bi bila gotova, ne bi naj bila na voljo v razumnem roku in naj ne bi omogočala ustrezne odprave nepravilnosti, tožbo, s katero se izpodbija zakonitost sklepa o pregledu, ki naj se ne bi mogla nanašati na okoliščine poteka pregleda, kar naj bi dokazovalo dejstvo, da je Splošno sodišče kot nedopustne ali brezpredmetne zavrnilo tožbene razloge pritožnic v zvezi s tem, in tožbo za ugotovitev nepogodbene odgovornosti, saj ne omogoča plačila odškodnine.

29. Vsa preostala pravna sredstva, torej tožba v zvezi s predlogi za varstvo zaupnosti izmenjav med odvetnikom in stranko, izdajačasne odredbe, na katero je Splošno sodišče napotilo v sodbi s področja varstva zasebnih podatkov, ali tožba zoper sklep o oviranju, naj bi bila zgolj delna in z njimi naj ne bi bilo mogoče s pravnega in dejanskega vidika preveriti, da so bile vse okoliščine poteka pregleda skladne s členom 8 EKČP. Kopičenje delnih pravnih sredstev, ki ne omogočajo konkretne ugotovitve obstoja pravnega sredstva, ki izpolnjuje pogoje učinkovitega nadzora, učinkovitosti, gotovosti in razumnega roka za vse problematične vidike poteka pregleda, ki bi se lahko pojavili, nič bolj ne izpolnjuje zahtev iz člena 8 EKČP kot neobstoj pravnega sredstva.

30. Na drugem mestu pritožnici trdita, da je Splošno sodišče v zvezi s pravnimi sredstvi, naštetimi v prejšnji točki teh sklepnih predlogov, posamezniku naložilo breme ustvarjanja pogojev, pod katerimi jih je mogoče uporabiti. Tako za izdajočasne odredbe kot tudi za naknadno tožbo v zvezi z varstvom podatkov in tožbo na podlagi sodne prakse, ki izhaja iz sodbe Akzo v zvezi s korespondenco med stranko in odvetnikom, naj bi namreč moralo podjetje z odmikom od pregleda v teku doseči, da Komisija izda izrecen ali impliciten sklep o zavrnitvi. Ta pravna sredstva naj bi temeljila tudi na tem, da se Komisija strinja z vložitvijo podatkov v zapečateni ovojnici do odločitve Splošnega sodišča. Glede tožbe zaradi oviranja, podjetje mora zanj tako zelo ovirati postopek, da mu je naložena sankcija.

31. Komisija in Svet nasprotujeta vsem tem trditvam.

### 3. Analiza

32. Pred zaporednim preizkusom obeh očitkov, ki sestavljata prvi pritožbeni razlog, je treba omeniti, da pritožnici v naslovu prvega pritožbenega razloga navajata tudi neobrazložitev v analizi Splošnega sodišča glede učinkovitosti pravnih sredstev v zvezi s potekom pregledov. Vendar sta ta očitek dodatno pojasnili šele v repliki, pri čemer sta večinoma zgolj napotili na trditve, predstavljene v točkah od 27 do 29 teh sklepnih predlogov.

33. Ne da bi bilo treba načeti vprašanje dopustnosti navedenega očitka, ki jo Svet izpodbija, ali vprašanje njegove morebitne upoštevnosti po uradni dolžnosti<sup>12</sup>, zadostuje ugotovitev, da razlogi, iz katerih je Splošno sodišče menilo, da je treba trditve, s katerimi sta mu pritožnici predlagali, naj ugotovi neobstoj učinkovitega pravnega sredstva za nadzor nad okoliščinami poteka pregledov,

<sup>12</sup> Glej v zvezi s tem, da je treba neobstoj obrazložitve upoštevati po uradni dolžnosti, sodbo z dne 28. januarja 2016, Quimitécnica.com in de Mello/Komisija (C-415/14 P, neobjavljena, EU:C:2016:58, točka 57).

zavrnuti, jasno in nedvoumno izhajajo iz točk od 78 do 112 izpodbijane sodbe, zato menim, da navedena sodba s tega vidika nedvoumno izpolnjuje zahteve glede obrazložitve, kot jih je pojasnilo Sodišče<sup>13</sup>.

a) Prvi očitki

34. Pritožnici s prvim očitkom iz prvega pritožbenega razloga v bistvu izpodbijata pristop Splošnega sodišča, ki je analiziralo vsa pravna sredstva, ki so podjetjem na voljo za izpodbijanje zakonitosti dejanj poteka pregleda, da je tako preverilo, ali ta pravna sredstva, če se obravnavajo celovito, izpolnjujejo zahteve iz člena 47 Listine.

35. Na prvem mestu, pritožnici menita, da ta pristop ni v skladu s sodno prakso ESČP.

36. V zvezi s tem najprej poudarjam, da iz člena 52(3) Listine izhaja, da sta v delu, v katerem ta listina vsebuje pravice, ki ustrezajo pravicam, zagotovljenim z EKČP, vsebina in obseg teh pravic enaka vsebini in obsegu pravic, ki ju določa EKČP. V Pojasnilih k Listini<sup>14</sup> je v zvezi s tem členom navedeno, da vsebine in obsega pravic, ki jih zagotavlja EKČP, ne določata le besedilo EKČP in njenih protokolov, temveč tudi sodna praksa ESČP. Iz teh pojasnil je tudi razvidno, da člen 47 Listine ustreza členu 6(1) in členu 13 EKČP.

37. Člen 6(1) EKČP med drugim določa pravico do dostopa do sodišča. Ta pravica mora biti „konkretna in učinkovita“<sup>15</sup>, kar pomeni, da mora vsakemu posamezniku omogočiti razpolaganje z „jasno in konkretno možnostjo, da izpodbija akt, s katerim je poseženo v njegove pravice“<sup>16</sup>, ali jasno in konkretno možnostjo, da zahteva odškodnino<sup>17</sup>. S členom 13 EKČP<sup>18</sup> pa je državam pogodbenicam te konvencije naložena obveznost, da določijo učinkovito pravno sredstvo, s katerim lahko posamezniki preprečijo nastanek ali nadaljevanje zatrevane kršitve pravic, ki so jim zagotovljene z EKČP, ali dosežejo ustrezno odpravo nepravilnosti za vsako že nastalo kršitev<sup>19</sup>.

38. ESČP je glede povezave med tema določbama pojasnilo, da člen 6(1) EKČP, kadar se uporablja, „pomeni *lex specialis* v primerjavi s členom 13“ in da so „njegove zahteve, ki zajemajo celo paleto jamstev v zvezi s sodnimi postopki, strožje od zahtev člena 13, nad katerimi zato prevladajo“.<sup>20</sup>

<sup>13</sup> Glej sodbo z dne 25. marca 2021, Deutsche Telekom proti Komisiji (C-152/19 P, EU:C:2021:238, točka 98 in navedena sodna praksa).

<sup>14</sup> UL 2007, C 303, str. 17.

<sup>15</sup> Glej sodbo ESČP z dne 5. aprila 2018, Zubac proti Hrvaški (CE:ECHR:2018:0405JUD004016012, točke od 76 do 79).

<sup>16</sup> Glej v tem smislu sodbi ESČP z dne 4. decembra 1995, Bellet proti Franciji (CE:ECHR:1995:1204JUD002380594, točka 38), in z dne 20. oktobra 2020, Camelia Bogdan proti Romuniji (CE:ECHR:2020:1020JUD003688918, točke od 75 do 77).

<sup>17</sup> ESČP, 26. oktober 2011, Georgel in Georgeta Stoicescu proti Romuniji (CE:ECHR:2011:0726JUD000971803, točke od 72 do 76).

<sup>18</sup> V sodbi ESČP z dne 14. januarja 2020, X in drugi proti Rusiji (CE:ECHR:2020:0114JUD007804216, točka 50).

<sup>19</sup> Glej v tem smislu sodbe ESČP z dne 30. oktobra 1991, Vilvarajah in drugi proti Združenemu kraljestvu (CE:ECHR:1991:1030JUD001316387, točka 122); z dne 15. novembra 1996, Chahal proti Združenemu kraljestvu (CE:ECHR:1996:1115JUD002241493, točka 145); z dne 27. septembra 1999, Smith in Grady proti Združenemu kraljestvu (CE:ECHR:1999:0927JUD003398596, točka 135), in z dne 25. junija 2019, Nicolae Virgiliu Tănase proti Romuniji (CE:ECHR:2019:0625JUD004172013, točka 217).

<sup>20</sup> Glej v tem smislu sodbe ESČP z dne 20. novembra 2008, Société IFB proti Franciji (CE:ECHR:2008:1120JUD000205804, točka 22); z dne 21. februarja 2008, Ravon in drugi proti Franciji (CE:ECHR:2008:0221JUD001849703, točka 27), in z dne 21. decembra 2010, Primagaz proti Franciji (CE:ECHR:2010:1221JUD002961308, točka 23).

39. Glede obiskov zasebnih prostorov, ki jih izvedejo organi, pristojni za konkurenco, je Sodišče vprašanje obstoja učinkovitega pravnega sredstva preučilo z vidika člena 6(1) in člena 8 EKČP. Kadar je tožba temeljila tudi na členu 13 EKČP, je ESČP bodisi odločilo, da se uporablja samo člen 6(1) EKČP<sup>21</sup>, bodisi očitka ni preučilo, ker je menilo, da je tak preizkus odveč<sup>22</sup>.

40. Po tem pojasnilu ugotavljam, da pristop Splošnega sodišča med drugim v točkah 83 in 87 izpodbijane sodbe, ki zajema celovito analizo pravnih sredstev, ki so v skladu s členom 20 Uredbe št. 1/2003 na voljo podjetjem, na katera se nanašajo pregledi Komisije, za izpodbijanje pravilnosti dejanj poteka teh pregledov, ni nepovezan s sodno prakso ESČP v zvezi s členom 13 EKČP. Splošno sodišče je namreč pojasnilo, da varstvo, ponujeno s tem členom, ni tolikšno, da bi se zahtevala posebna oblika pravnega sredstva<sup>23</sup>, in da so „zahteve iz člena 13 [EKČP] [...] lahko izpolnjene s sklopom pravnih sredstev, predvidenih po nacionalnem pravu, čeprav, gledano posamično, navedenih zahtev nobeno od teh sredstev ne izpolnjuje v celoti“<sup>24</sup>.

41. Čeprav ESČP takega pristopa ni izrecno odobrilo v okviru člena 6(1) EKČP ali člena 8 EKČP, v nasprotju s trditvijo pritožnic ni nezdržljiv s sodno prakso v zvezi z obiski zasebnih prostorov, ki jo ti navajata.

42. V zvezi s tem je treba uvodoma opozoriti, da ESČP od sodbe z dne 21. februarja 2008, Ravon in drugi proti Franciji<sup>25</sup> (v nadaljevanju: sodba Ravon), meni, da morajo imeti podjetja, na katera se nanašajo obiski zasebnih prostorov, možnost doseči sodni nadzor nad dejanskimi in pravnimi okoliščinami pravilnosti sklepa, s katerim je odrejen obisk, ter po potrebi nad ukrepi, sprejetimi na njegovi podlagi<sup>26</sup>.

43. Kot pa upravičeno trdi Komisija, je ESČP v tej sodbi – kot tudi v drugih sodbah, ki sta jih navedli pritožnici – potem ko je opozorilo, da je mogoče neobstoja *a priori* nadzora nad ukrepom pregleda izravnati s sodnim nadzorom *ex post facto* nad tem ukrepom in njegovim potekom, ki je učinkovit z dejanskega in pravnega vidika, pojasnilo, da mora(jo), „kadar se je dejanje, za katero se šteje, da je nepravilno, že zgodilo, *pravno sredstvo ali pravna sredstva, ki je/so na voljo*, [...] zadevni osebi omogočiti ustrezno odpravo nepravilnosti“,<sup>27</sup> s čimer je bila torej zavržena zamisel, da je nujni pogoj za učinkovitost sodnega varstva zoper take ukrepe ta, da je na voljo eno samo pravno sredstvo.

<sup>21</sup> ESČP, 21. december 2010, Primagaz proti Franciji (EC:ECHR:2010:1221JUD002961308, točka 23).

<sup>22</sup> Glej na primer sodbi ESČP z dne 21. decembra 2010, Canal Plus in drugi proti Franciji (CE:ECHR:2010:1221JUD002940808, v nadaljevanju: sodba Canal Plus), in Delta Pekarny (točka 103). Vendar je ESČP v zvezi z obiski zasebnih prostorov na drugih področjih, ki niso konkurenčno pravo, vprašanje obstoja učinkovitega pravnega sredstva preučilo tudi z vidika člena 13 EKČP; glej na primer sodbo ESČP z dne 19. januarja 2017, Posevini proti Bolgariji (CE:ECHR:2017:0119JUD006363814, točka 84, v nadaljevanju: sodba Posevini), v kateri je skupaj preučilo očitke o kršitvi členov 8 in 13 EKČP ter menilo, da zahtevka ni treba preučiti na tretji navedeni podlagi, to je na podlagi člena 6(1) EKČP.

<sup>23</sup> ESČP, 20. marec 2008, Budayeva in drugi proti Rusiji (EC:ECHR:2008:0320JUD001533902, točka 190).

<sup>24</sup> Glej sodbe ESČP z dne 24. oktobra 1983, Silver in drugi proti Združenemu kraljestvu (CE:ECHR:1983:1024JUD000594772, točka 113), ki je bila izrečena v okviru povezane uporabe členov 8 in 13 EKČP; z dne 26. marca 1987, Leander proti Švedski (CE:ECHR:1987:0326JUD000924881, točki 77 in 84); z dne 15. novembra 1996, Chahal proti Združenemu kraljestvu (CE:ECHR:1996:1115JUD002241493, točka 145); z dne 26. oktobra 2000, Kudła proti Poljski (CE:ECHR:2000:1026JUD003021096, točka 157); z dne 13. decembra 2012, De Souza Ribeiro proti Franciji (CE:ECHR:2012:1213JUD002268907, točki 79 in 80), ter z dne 10. julija 2020, Mugemangango proti Belgiji (CE:ECHR:2020:0710JUD000031015, točka 131).

<sup>25</sup> CE:ECHR:2008:0221JUD001849703.

<sup>26</sup> Glej sodbo Ravon, točke od 28 do 35, ter sodbe ESČP z dne 18. septembra 2008, Kandler in drugi proti Franciji (CE:ECHR:2008:0918JUD001865905, točka 26); z dne 20. novembra 2008, IFB proti Franciji (CE:ECHR:2008:1120JUD000205804, točka 26), in z dne 16. oktobra 2008, Maschino proti Franciji (CE:ECHR:2008:1016JUD001044703, točka 22).

<sup>27</sup> Glej sodbo Ravon, točka 87 in navedena sodna praksa (moj poudarek).

44. Poleg tega je ESČP v isti sodbi na podlagi kazuističnega pristopa in ne da bi se zaustavilo pri tem, da v preučevanem nacionalnem pravnem sistemu zoper izpodbijani ukrep očitno ne obstaja samostojno pravno sredstvo, ki bi izpolnjevalo zahteve, določene s členom 6(1) EKČP ali členom 8 EKČP, analiziralo, ali so različna pravna sredstva, ki so bila na voljo zadevnim strankam, ob upoštevanju očitkov, ki so jih navedle, tem zagotavljala učinkovito pravno sredstvo in ustrezno odpravo nepravilnosti.<sup>28</sup>

45. Trditve pritožnic po mojem mnenju ne morejo omajati ugotovitve, do katere sem prišel v točki 41 teh sklepnih predlogov.

46. Prvič, čeprav sta pritožnici upravičeno poudarili, da je iz sodbe Canal Plus razvidno, da se pogoj učinkovitega nadzora presoja na ravni vsake od obeh vrst nadzora, ki se zahtevata s sodbo Ravon, na katero je bilo napoteno v točki 42 teh sklepnih predlogov, in da neobstoja ene od njiju ni mogoče ublažiti z jamstvom druge<sup>29</sup>, Splošno sodišče v nasprotju s tem, na kar se zdi, da napeljujeta pritožnici, v izpodbijani sodbi ni menilo, da je mogoče z obstojem tožbe zoper sklep o pregledu kot take nadomestiti domnevni neobstoj sodnega nadzora nad potekom dejanj pregleda.

47. Iz točk od 90 do 98 izpodbijane sodbe je namreč jasno razvidno, da je Splošno sodišče preučilo, v kakšnem obsegu različna pravna sredstva, ki so na voljo pritožnicama, vključno s tožbo zoper sklep o pregledu, omogočajo, da se pred sodiščem preizkusijo *očitki v zvezi s pravilnostjo poteka teh dejanj*, in torej v kakšnem obsegu sistem, čeprav ne obstaja eno samo pravno sredstvo, kljub vsemu omogoča učinkovit sodni nadzor nad navedenimi dejanji, ki izpolnjuje zahteve, določene s sodno prakso ESČP. V tem smislu se pristop, ki ga je uporabilo Splošno sodišče v izpodbijani sodbi, jasno razlikuje od defenzivne teze, ki jo je zagovarjala francoska vlada in jo je ESČP zavrnilo v sodbi Canal Plus.<sup>30</sup>

48. Drugič, glede točke 87 sodbe Delta Pekarny, na katero prav tako napotujeta pritožnici, iz trditve iz te točke, da je treba učinkovitost sodnega nadzora – pa naj gre za nadzor *a posteriori* nad zakonitostjo in nujnostjo ukrepa preiskave kot v sporu, v katerem je bila izrečena ta sodba, ali za nadzor nad dejanji za izvedbo takega ukrepa – presojati „v posebnih okoliščinah obravnavane zadeve“, še ni mogoče izpeljati, da take presoje ni mogoče izvesti ob upoštevanju vseh pravnih sredstev, ki so na voljo zadevnim podjetjem.

49. Namen take trditve je namreč zgolj pojasniti, da je treba učinkovitost pravnega sredstva presojati *in concreto*,<sup>31</sup> saj je ESČP že večkrat razsodilo, da njegova naloga ni abstrakten nadzor nad upoštevanje nacionalno zakonodajo ali prakso, ampak se mora omejiti na obravnavo vprašanj, ki se postavljajo v konkretni zadevi, ki mu je predložena v odločanje<sup>32</sup>, in, natančneje, upoštevati izključno pravna sredstva, ki bi lahko bila zanimiva za tožečo stranko<sup>33</sup>. Torej točka 87 sodbe Delta Pekarny prej kaže na pristop, podoben tistemu, za katerega se je odločilo Splošno sodišče,

<sup>28</sup> Glej na primer v okviru analize člena 8 EKČP sodbi Delta Pekarny (točke od 89 do 91) in Canal Plus (točke od 43 do 37). Za enak pristop, čeprav v drugačnem okviru (preiskava zasebnega prebivališča in poslovnih prostorov fizične osebe), glej sodbo Posevini (točke od 84 do 86).

<sup>29</sup> Glej sodbo Canal Plus (točka 42).

<sup>30</sup> Glej sodbo Canal Plus (točka 34).

<sup>31</sup> Glej v tem smislu sodbo Ravon (točka 29).

<sup>32</sup> Glej v zvezi s členom 13 EKČP sodbi ESČP z dne 16. februarja 2000, Amann proti Švici (CE:ECHR:2000:0216JUD002779895, točka 88), in z dne 28. januarja 2003, Peck proti Združenemu kraljestvu (CE:ECHR:2003:0128JUD004464798, točka 102).

<sup>33</sup> Glej v tem smislu na primer sodbi Delta Pekarny (točka 89) in Posevini, (točka 84).

torej upoštevanje vseh pravnih sredstev, ki so na voljo, na kar je poleg tega opozorilo tudi samo Splošno sodišče v točki 83 izpodbijane sodbe. Kot sem že navedel v točki 44 teh sklepnih predlogov, je namreč ESČP tak pristop uporabilo v vseh zadevah, ki jih navajata pritožnici.<sup>34</sup>

50. Tretjič, Splošno sodišče je v nasprotju s trditvijo pritožnic ločeno preučilo vseh šest pravnih sredstev, ki jih je opredelilo, pri čemer je pojasnilo tako očitke v zvezi s pravilnostjo dejanj pregleda, ki bi jih lahko navedla zadevna podjetja, kot tudi odpravo morebitnih nepravilnosti pri teh dejanjih, ki jo lahko poskusijo doseči z vsakim od teh pravnih sredstev.

51. Drži sicer, da se preizkus Splošnega sodišča konča s celovito presojo sistema nadzora nad potekom dejanj pregleda, sestavljenega iz vseh obravnavanih pravnih sredstev, ki ne dosega nujno enake konkretnosti, kot jo najdemo v sodbah ESČP. Vendar je treba poudariti, da se je moralo Splošno sodišče v izpodbijani sodbi izreči o ugovoru nezakonnosti člena 20 Uredbe št. 1/2003, ki se je uveljavljal na podlagi člena 277 PDEU, zato je bila potrebna celovita presoja tega sistema, ki presega „posebne okoliščine obravnavane zadeve“.

52. Na drugem mestu pritožnici v okviru prvega očitka iz prvega pritožbenega razloga trdita, da bi moralo Splošno sodišče zaradi zagotovitve skladnosti s sodno prakso ESČP iz svoje analize že uvodoma izključiti tri pravna sredstva, in sicer tožbo zoper meritorni sklep, ki vsebuje izrek o obstoju kršitve pravil o konkurenci, tožbo zoper sklep o pregledu in tožbo za ugotovitev nepogodbene odgovornosti.

53. V zvezi s tem je treba predhodno ugotoviti, da se v skladu s pristopom Splošnega sodišča – za katerega menim, da je skladen s sodno prakso ESČP – logično ne sme zavrniti nobeno pravno sredstvo, ki je na voljo podjetjem, za katera se uporablja ukrep pregleda, če jim omogoča pri sodišču Unije uveljavljati enega ali več očitkov v zvezi z nepravilnostjo poteka dejanj pregleda. Po tem pojasnilu bom v zvezi s tremi pravnimi sredstvi, katerih upoštevnost izpodbijata pritožnici, navedel naslednje.

54. Prvič, v zvezi s tožbo zoper meritorni sklep, ki vsebuje izrek o obstoju kršitve pravil o konkurenci, se je sicer treba strinjati s pritožnicama, ki poudarjata, da je ESČP v sodbi Canal Plus menilo, da je na eni strani dostopnost tega pravnega sredstva, ker se predhodno hkrati zahtevata meritorni sklep in tožba zoper ta sklep, negotova ter da na drugi strani ne zagotavlja ustrezne odprave nepravilnosti, saj ni gotovo, da bo sodni nadzor opravljen v razumnem roku.<sup>35</sup>

55. Vendar menim, da te ugotovitve ne zadostujejo za sklep, da bi moralo Splošno sodišče tako pravno sredstvo iz svoje analize izključiti.

56. Najprej je treba namreč ugotoviti, da je ESČP v zadevi, v kateri je bila izrečena sodba Canal Plus, preučilo, v kakšnem obsegu lahko tožba zoper meritorni sklep, ki ga je sprejel nacionalni organ, pristojen za konkurenco, pomeni učinkovito pravno sredstvo *ex post facto* za nadzor nad zakonitostjo sklepa o pregledu, ne pa – kot v tu obravnavani zadevi – nad pravilnostjo enega ali več ukrepov, sprejetih za izvršitev tega sklepa. Razpoložljivost takojšnjega pravnega sredstva zoper ukrep, s katerim je odločeno o pregledu, ki vključuje možnost zahtevati odložitev njegove izvršbe, je temeljnega pomena za preprečitev posledic nezakonnega posega v pravico do nedotakljivosti stanovanja, določeno s členom 8 EKČP, ali po potrebi preprečitev samega posega.

<sup>34</sup> Glej sodbe Ravon (točke od 30 do 33), Delta Perkarny (točke od 89 do 91) in Canal Plus (točke od 38 do 43).

<sup>35</sup> Glej sodbo Canal Plus (točka 40).

57. Dalje, ugotoviti je treba, da je ESČP v bolj varovanem okviru preiskav zasebnega prebivališča fizične osebe<sup>36</sup> dopustilo, da je mogoče v nekaterih okoliščinah nadzor nad ukrepom, s katerim se poseže v člen 8 EKČP, ki ga kazenska sodišča izvedejo *ex post facto* ter torej v okoliščinah negotovosti in netakojšnjosti, primerljivih z okoliščinami, značilnimi za preiskavo kršitve konkurenčnega prava, zagotoviti ustrezno odpravo nepravilnosti za zadevno osebo, če sodišče izvede učinkovit nadzor nad zakonitostjo in nujnostjo izpodbijanega ukrepa in po potrebi iz kazenskega postopka izloči zbrane dokaze<sup>37</sup>.

58. Vendar vsekakor ugotavljam, da v okviru celovite analize, ki jo je opravilo Splošno sodišče, pravno sredstvo v obliki tožbe zoper končni sklep – v okviru katere lahko zadevna podjetja, kot je bilo upravičeno navedeno v točki 90 izpodbijane sodbe, dosežejo nadzor nad tem, ali je Komisija upoštevala vse omejitve, ki jih mora upoštevati med potekom pregleda – tem podjetjem zlasti omogoča preprečitev škode, ki bi zanje nastala zaradi kršitve njihove temeljne pravice do nedotakljivosti zasebnih prostorov, če bi bilo Komisiji dovoljeno v njihovo breme uporabiti dokaze, ki so bili med pregledom pridobljeni nepravilno.

59. Taka škoda pa lahko nastane samo, če in kadar je končni sklep o ugotovitvi kršitve sprejet. Dalje, ker ta škoda ne nastane, če so nepravilno zbrani dokazi izločeni iz postopka, ni mogoče upoštevati niti dejstev, na kateri se sklicujeta pritožnici, in sicer tega, da očitki zoper potek dejanj pregleda, ki se lahko uveljavljajo v okviru tožbe zoper končni sklep, če jim je ugodeno, morda ne privedejo do razglasitve ničnosti tega sklepa, in tega, da ta tožba ne omogoča vračila nepravilno pridobljenih dokazov.

60. Drugič, v zvezi s tožbo zoper sklep o pregledu ugotavljam, da Splošno sodišče to pravno sredstvo upošteva zgolj toliko, kolikor omogoča, da se v primeru ugotovitve nezakonitosti razveljavijo vsi ukrepi, sprejeti za izvršitev tega sklepa. V okviru take tožbe sicer res ni dovoljeno navajati očitkov, s katerimi se neposredno izpodbijajo dejanja poteka pregleda, vendar nič manj ne drži, da omogoča posredno preverjanje zakonitosti teh dejanj prek nadzora nad zakonitostjo akta, na podlagi katerega so sprejeta. Iz tega sledi, da Splošno sodišče ni storilo napake, ker je v okviru celovite analize pravnih sredstev, ki so podjetjem na voljo za izpodbijanje pravilnosti poteka dejanj pregleda, upoštevalo tudi tožbo zoper sam sklep o pregledu.

61. Tretjič, pritožnici v zvezi s tožbo za ugotovitev nepogodbene odgovornosti v podporo svojim trditvam zoper upoštevanje tega pravnega sredstva napotujeta na točko 33 sodbe Ravon, v kateri je ESČP izključilo, da bi lahko „učinkovit sodni nadzor“, kakršen se zahteva z njegovo sodno prakso, pomenila tožba, „ki omogoča odškodnino v primeru škode, povzročene med obiskom zasebnih prostorov, ne pa nadzora nad zakonitostjo sklepa, s katerim je bil ta obisk odrejen, in ukrepov, sprejetih na njegovi podlagi“. V zvezi s tem zadostuje ugotovitev, da je iz te točke sicer res razvidno, da v primeru obiskov zasebnih prostorov tožba z izključno odškodninskim namenom sama zase ne more izpolniti pogojev iz člena 6(1) EKČP<sup>38</sup> ali člena 8 te konvencije, vendar to še ne pomeni, da taka tožba ne more biti eno od pravnih sredstev, ki so na voljo zadevnim podjetjem, in da tem podjetjem ne more zagotoviti ustrezne odprave nepravilnosti, zlasti če je bilo dejanje, za katero je bilo odločeno, da je nepravilno, že storjeno. Iz tega sledi, da Splošno sodišče ni napačno

<sup>36</sup> Glej sodbo ESČP z dne 14. marca 2013, Bernh Larsen Holding As in drugi proti Norveški (CE:ECHR:2013:0314JUD002411708, točka 104). Glej tudi sodbo z dne 18. junija 2015, Deutsche Bahn in drugi/Komisija (v nadaljevanju: sodba Sodišča Deutsche Bahn, C-583/13 P, EU:C:2015:404, točka 20).

<sup>37</sup> Glej sodbe ESČP z dne 10. aprila 2007, Panarisi proti Italiji (CE:ECHR:2007:0410JUD004679499, točki 76 in 77); z dne 2. decembra 2010, Uzun proti Nemčiji (CE:ECHR:2010:0902JUD003562305, točki 71 in 72), in z dne 30. maja 2017, Trabajo Rueda proti Španiji (CE:ECHR:2017:0530JUD003260012, točka 37).

<sup>38</sup> Naj opozorim, da je ESČP v sodbi Ravon očitek, ki so ga tožeče stranke navedle v zadevi, v kateri je bila izrečena ta sodba, preučilo na podlagi člena 6(1) EKČP.

uporabilo prava, ker je v okviru celovite analize upoštevalo tudi možnost, ki jo imajo podjetja, da zoper Unijo vložijo tožbo za ugotovitev nepogodbene odgovornosti, če menijo, da so jim nezakonita dejanja Komisije, storjena med pregledom, povzročila škodo, zaradi katere je nastala odgovornost Unije.

62. Na tretjem mestu, pritožnici v okviru prvega očitka trdita, da so vsa druga pravna sredstva, ki jih je navedlo Splošno sodišče, zgolj „delna“ in z njimi ni mogoče s pravnega in dejanskega vidika preveriti, ali so vse okoliščine poteka pregleda skladne s členom 8 EKČP. Poudarjata zlasti neobstoj tožbe v skladu z EKČP, s katero bi bilo mogoče izpodbijati nerazumno trajanje pregleda.

63. V zvezi s tem zadostuje ugotoviti, da je v skladu s sodno prakso ESČP, na katero je bilo opozorjeno zgoraj, za izpolnitev zahtev iz člena 6(1) EKČP pomembno, da imajo podjetja, pri katerih se opravi obisk zasebnih prostorov, na voljo možnost doseči preizkus vsebine svojih očitkov in ustrezno odpravo nepravilnosti. Nasprotno pa se ne zahteva, da se lahko vsi očitki, ki jih je mogoče uveljavljati zoper ukrepe, ki jih je sprejel javni organ na podlagi sklepa o odreditvi obiska in za katere se trdi, da posegajo v pravico, zagotovljeno s tem členom, uveljavljajo v okviru enega in istega pravnega sredstva.

64. V zvezi z zatrjevanim neobstojem učinkovitega in gotovega pravnega sredstva, ki bi omogočalo uveljavljanje očitka v zvezi z nerazumnim trajanjem pregleda in ustrezno odpravo nepravilnosti ugotavljam, da je mogoče tak očitek uveljavljati tako v okviru tožbe zoper končni sklep kot tudi v okviru tožbe za ugotovitev nepogodbene odgovornosti. V prvem primeru lahko ta očitek, če je sprejet, privede do tega, da dokazov, ki jih je Komisija zasegla po izteku roka, za katerega se šteje, da je razumen, ni mogoče uporabiti,<sup>39</sup> v drugem primeru pa je mogoče dodeliti odškodnino. Glede zadnjega vidika poudarjam, da v zvezi z očitkom, ki se nanaša na kršitev pravice vsakogar, da se o njegovi zadevi odloči v razumnem roku, v smislu člena 6(1) EKČP, iz sodne prakse ESČP izhaja, da je načeloma na voljo izbira med „preventivno ali pospeševalno“ tožbo, s katero je mogoče skrajšati trajanje postopka, da ne postane predolg, in tožbo „za odpravo škode, njeno nadomestitev, plačilo odškodnine ali denarno izplačilo“, s katero se naknadno zagotovi odškodnina za že nastale zamude ne glede na to, ali postopek še teče ali je že končan.<sup>40</sup>

65. Pritožnici v povezavi s prvim očitkom iz prvega pritožbenega razloga, s katerim izpodbijata celovito presojo, ki jo je opravilo Splošno sodišče, na četrtem mestu trdita, da obe pravni sredstvi, navedeni v točkah 94 in 96 izpodbijane sodbe, torej izdaja začasne odredbe za odložitev izvršbe med pregledom in tožba *ex post* v zvezi z varstvom zasebnih podatkov vodilnega osebja in zaposlenih v podjetju, v katerem se pregled izvaja, doslej še nista bili uporabljeni in je treba to, da sta na voljo, še dokazati. Zato naj ti pravni sredstvi ne bi izpolnjevali pogoja učinkovitosti nadzora.

66. Čeprav pritožnici v zvezi s tem upravičeno poudarjata, da zlasti iz sodbe Mac Farlane proti Irski<sup>41</sup> izhaja, da pravnega sredstva, za katero je treba še dokazati, da je na voljo, in katerega dejanski obstoj je zelo negotov, ni mogoče opredeliti kot „učinkovito“ v smislu člena 13 EKČP,

<sup>39</sup> V zvezi s trditvijo pritožnic, da lahko navedeni očitek zgolj izjemoma privede do razglasitve ničnosti končnega sklepa, napotujem na svoja pojasnila iz točke 59 teh sklepnih predlogov.

<sup>40</sup> Glej med drugim sodbo ESČP z dne 8. junija 2006, Sürmeli proti Nemčiji (CE:ECHR:2006:0608JUD007552901, točka 99 in navedena sodna praksa).

<sup>41</sup> Glej sodbo ESČP z dne 10. septembra 2010, Mac Farlane proti Irski (CE:ECHR:2010:0910JUD003133306, točke od 115 do 122).

ugotavljam, da je ESČP, nasprotno, kot učinkovito v skladu z isto določbo brez omahovanja opredelilo pravno sredstvo, preden je bilo mogoče ugotoviti prakso nacionalnih sodišč<sup>42</sup>, zato v nasprotju z dozdevno trditvijo pritožnic neobstoj ugotovljene sodne prakse lahko ni odločilen<sup>43</sup>.

67. V obravnavani zadevi je treba ugotoviti, da sodna praksa, ki izhaja iz sodbe Akzo, v kateri se priznava dopustnost tožbe zoper sklep Komisije, s katerim je izrecno ali implicitno zavržen predlog za varstvo listin na podlagi zaupnosti komunikacije med odvetniki in strankami med pregledom, pomeni zgolj uporabo ustaljene sodne prakse, na katero je bilo opozorjeno v točkah od 33 do 35 izpodbijane sodbe, v konkretnem primeru, pri čemer so v skladu s to sodno prakso akti, zoper katere je mogoče vložiti ničnostno tožbo v smislu člena 263 PDEU, ukrepi z zavezujočimi pravnimi učinki, ki lahko vplivajo na interese tožeče stranke tako, da bistveno spremenijo njen pravni položaj.<sup>44</sup>

68. Vsako dejanje, ki ga Komisija izvede med pregledom in ustreza tej opredelitvi, je načeloma akt, ki ga je mogoče izpodbijati z ničnostno tožbo v smislu člena 263 PDEU. V zvezi s tem menim, da bi bilo treba pod enakimi pogoji, kot so bili določeni v sodbi Akzo, pravico do tožbe zoper sklep, s katerim Komisija izrecno ali implicitno zavrne nasprotovanje preiskovanega podjetja zasegu nekaterih listin, priznati, ne samo kadar je to nasprotovanje obrazloženo s tem, da so zadevne listine varovane z zaupnostjo korespondence med odvetnikom in stranko, kot to velja za zadevo, v kateri je bila izrečena sodba Akzo, ali kadar gre za listine, varovane kot del zasebnega življenja članov osebja tega podjetja,<sup>45</sup> kar je predpostavka, ki jo je Splošno sodišče dopustilo v točki 37 izpodbijane sodbe, ampak tudi kadar se zatrjuje, da te listine ne spadajo v predmet pregleda ali da je pregled trajal tako dolgo, da tega trajanja ni mogoče šteti za razumno.

69. Torej je Splošno sodišče v točki 94 izpodbijane sodbe upravičeno menilo, da imajo podjetja, na katera se nanaša pregled, z gotovostjo na voljo možnost vložitve tožbe zoper sklep o zavrnitvi predloga za varstvo zaradi posega v zasebno življenje članov njihovega osebja, in sicer pod enakimi pogoji, kot so bili navedeni v sodbi Akzo.

70. Prav tako ugotavljam, da lahko predsednika Sodišča in Splošnega sodišča v skladu s členoma 278 in 279 PDEU po skrajšanem postopku iz člena 39 Statuta Sodišča Evropske unije, kot je bil pojasnjen v upoštevni določbah poslovnikov Sodišča in Splošnega sodišča, tako odredita odložitev izvršbe izpodbijanega akta, če menita, da to zahtevajo okoliščine, kot tudi sprejmeta potrebne začasne odredbe v zadevah, ki jih obravnava Sodišče ali Splošno sodišče. Torej Splošno sodišče ni napačno uporabilo prava, ker je menilo, da možnost, na katero je napoleno v točki 96 izpodbijane sodbe, to je možnost, da se na podlagi člena 157(2) Poslovnika Splošnega sodišča sprejme začasna odredba, na podlagi katere se pregled odloži, povsem resnična.

71. Iz vseh navedenih razlogov menim, da prvi očitke iz prvega pritožbenega razloga ni utemeljen.

<sup>42</sup> Glej v okviru presoje dopustnosti predloga na podlagi člena 35(1) EKČP sodbi ESČP z dne 4. julija 2002, Slaviček proti Hrvaški (CE:ECHR:2002:0704DEC002086202), in z dne 5. septembra 2002, Nogolica proti Hrvaški (CE:ECHR:2002:0905DEC007778401).

<sup>43</sup> Glej sodbo EKČP z dne 1. marca 2005, Charzyński proti Poljski (CE:ECHR:2005:0301DEC001521203, točka 41). Glej tudi ESČP, vodnik o členu 13 EKČP, ki je na voljo na tem spletnem naslovu: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_13\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_13_ENG.pdf).

<sup>44</sup> Glej sodbo Akzo (točke od 45 do 53 in 56).

<sup>45</sup> V zvezi z izključitvijo dokumentov, ki niso poslovni, to je dokumentov, ki se ne nanašajo na dejavnost podjetja na trgu, iz obsega preiskave Komisije glej sodbi z dne 18. maja 1982, AM & S Europe/Komisija (155/79, EU:C:1982:157, točka 16), in z dne 22. oktobra 2002, Roquette Frères (C-94/00, v nadaljevanju: sodba Roquette Frères, EU:C:2002:603, točka 45).

b) *Drugi očitki*

72. Pritožnici z drugim očitkom Splošnemu sodišču v bistvu očitata, da je posameznikom naložilo breme ustvarjanja pogojev, pod katerimi je mogoče uporabiti različna naštetna pravna sredstva.

73. V zvezi s tem je treba opozoriti, da pravica do dostopa do sodišča iz člena 6(1) EKČP in člena 47 Listine ni absolutna in da zanjo veljajo implicitno dovoljene omejitve, zlasti v zvezi s pogoji za dopustnost tožbe. Te omejitve pa ne smejo ovirati prostega dostopa posameznika na način ali do te mere, da je kršeno bistvo njegove pravice do sodišča. Njihov cilj mora biti legitimen ter obstajati mora primerno sorazmerje med uporabljenimi sredstvi in zastavljenim ciljem.<sup>46</sup> Prav tako je treba opozoriti na ustaljeno sodno prakso, v skladu s katero namen člena 47 Listine ni sprememba sistema sodnega nadzora, določenega v Pogodbah, predvsem pravil v zvezi z dopustnostjo tožb, vloženih neposredno pri sodišču Unije.<sup>47</sup>

74. Najprej, glede možnosti izpodbijanja izrecnega ali implicitnega sklepa o zavrnitvi, ki ga Komisija sprejme med dejanji poteka pregleda, če se izpodbija pravica preiskovalcev, da zasežejo nekatere listine, ugotavljam, da je s sodbo Akzo preiskovanim podjetjem naložena zgolj dolžnost, da izrazijo nasprotovanje pridobitvi zadevnih listin, in da to obrazložijo.<sup>48</sup> Glede na to, da je tako nasprotovanje edina možnost, ki jo imajo ta podjetja za takojšnje zavarovanje svojih interesov in preprečitev škode zaradi izpodbijanega nepravilnega dostopa Komisije do dokumentov, po mojem mnenju ni mogoče uspeli s trditvijo, da je njegova uporaba za navedena podjetja preveliko breme in da je tako *de facto* onemogočena njihova pravica do učinkovitega pravnega sredstva.

75. Poleg tega je iz točke 49 sodbe Akzo jasno razvidno, da je Splošno sodišče – v nasprotju s trditvijo pritožnic – priznalo obstoj izpodbijnega akta, ne samo kadar se Komisija strinja s tem, da se izpodbijane listine vložijo v zapečateno ovojnico, pozneje pa izpodbijanje s strani preiskovanega podjetja zavrne, ampak tudi kadar se jih odloči zaseči. Torej menim, da pritožnici ne moreta utemeljeno trditi, da je za tožbe, ki temeljijo na sodni praksi, ki izhaja iz sodbe Akzo, potrebnih „nekaj predpogojev, ki so izključno v rokah Komisije“.

76. Prav tako po mojem mnenju ni mogoče sprejeti trditve pritožnic, da je pravno sredstvo v obliki izdaje začasne odredbe, navedeno v točki 96 izpodbijane sodbe, za zadevna podjetja zgolj težko dostopno, saj bi se morala zaradi njegove uporabe odmakniti od pregleda v teku. Težko si namreč zamislim, da lahko že samo to, da se pri Splošnem sodišču vloži predlog za izdajo začasne odredbe, ki omogoča takojšnje izpodbijanje pravilnosti dejanj pregleda v teku, za preiskovano podjetje pomeni preveliko breme, sploh ob upoštevanju možnosti, ki jo ponuja tako pravno sredstvo, to je zagotovitev odloga izvršitve izpodbijanih dejanj.

77. Nazadnje, strinjati se ne morem niti s trditvijo pritožnic, da tožba zaradi oviranja ne more pomeniti učinkovitega pravnega sredstva, saj naj bi moralo preiskovano podjetje za njeno vložitev tako zelo kršiti dolžnost sodelovanja s Komisijo, da bi mu bila naložena sankcija.

<sup>46</sup> V zvezi s tem glej sklep z dne 16. novembra 2010, Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert/Komisija (C-73/10 P, EU:C:2010:684, točka 53); glej tudi sodbo ESČP z dne 28. oktobra 1998, Pérez de Rada Cavanilles proti Španiji (CE:ECHR:1998:1028JUD002809095, točka 44).

<sup>47</sup> Sodba z dne 30. aprila 2020, Izba Gospodarcza Producentów i Operatorów Urządzeń Rozrywkowych/Komisija (C-560/18 P, EU:C:2020:330, točka 62).

<sup>48</sup> Glej zlasti sodbo Akzo, točki 80 in 82, ter sodbo AM & S. V točkah 44 in 45 izpodbijane sodbe je Splošno sodišče pritožnicama očitalo, da tega nista storili v skladu s pogoji, določenimi v sodbi Akzo. Te točke vsekakor niso predmet te pritožbe.

78. Pritožnici se v podporo tej trditvi sklicujeta na ustaljeno sodno prakso Sodišča, ki je bila pred nedavnim potrjena v sodbi z dne 6. oktobra 2020, *État luxembourgeois* (Pravica do vložitve pravnega sredstva v davčnih zadevah),<sup>49</sup> v skladu s katero spoštovanje bistvene vsebine pravice do učinkovitega pravnega sredstva iz člena 47 Listine, ki vključuje pravico do dostopa do sodišča, nasprotuje temu, da je oseba, ki to pravico ima, za dostop do takega sodišča primorana, da krši neko pravilo ali pravno obveznost in se izpostavi sankciji, določeni za to kršitev.

79. V zvezi s tem na prvem mestu ugotavljam, da tožba zoper sklep Komisije, sprejet na podlagi člena 23 Uredbe št. 1/2003 v primeru oviranja pregleda, ni edino pravno sredstvo, ki je na voljo preiskovanim podjetjem za izpodbijanje pravilnosti dejanj poteka pregleda. S tega vidika položaj teh podjetij ni primerljiv s položajem tožečih družb iz zadev iz postopkov v glavni stvari, v katerih je bil vložen predlog za sprejetje predhodne odločbe, na podlagi katerega je bila izrečena sodba *État luxembourgeois*, saj navedeni podjetji nista bili prikrajšani za pravico do dostopa do sodišča, razen če bi kršili neko pravilo ali pravno obveznost in se izpostavili sankciji za to kršitev. Natančneje, v teh zadevah je bilo v odločbi, s katero je bila tem družbam naložena predložitev zahtevanih informacij, pojasnjeno, da zoper njo ni mogoče vložiti pritožbe.<sup>50</sup> Nasprotno, podjetja, na katera se nanaša sklep o pregledu, lahko pred Splošnim sodiščem izpodbijajo tako zakonitost kot nujnost tega sklepa, ne da bi se morala za to izpostaviti kakršni koli sankciji. Prav tako lahko vložijo različna pravna sredstva, ki jih je naštel Splošno sodišče, in tako zahtevajo nadzor nad pravilnostjo dejanj pregleda ali predlagajo povračilo morebitne škode, nastale v povezavi s potekom teh dejanj.

80. Na drugem mestu in kot sem imel že priložnost navesti v točki 53 teh sklepnih predlogov, ob uporabi po mojem mnenju pravnega pristopa, kakršnega je uporabilo Splošno sodišče v izpodbijani sodbi – to je v okviru celovite analize vseh pravnih sredstev, ki so na voljo v sistemu, izoblikovanem v Uniji – ni mogoče *a priori* zavrniti nobenega od pravnih sredstev, pa čeprav ga je mogoče vložiti samo v posebnih položajih in v primeru določenih okoliščin. Naj k temu še dodam, da v sodbi *Delta Pekarny* niti samo ESČP – ki je, kot sem prav tako že navedel, uporabilo podoben pristop kot Splošno sodišče v izpodbijani sodbi – ni iz svoje analize *a priori* izključilo upoštevnosti tožbe zoper sklep, s katerim je organ, pristojen za konkurenco, tožeče podjetje sankcioniral zaradi oviranja med pregledom, ampak je presodilo, ali je imelo navedeno podjetje v okviru take tožbe možnost izpodbijati zakonitost in nujnost sklepa o pregledu.<sup>51</sup>

81. Na tretjem mestu je treba ugotoviti, da je sprejetje sklepa o oviranju zgolj eden od mogočih izidov uresničevanja pravice do nasprotovanja, priznane preiskovanim podjetjem na podlagi člena 20(6) Uredbe št. 1/2003.<sup>52</sup> Nanaša se na pojav nekakšne „patološke“ faze v poteku pregleda. Komisija lahko namreč mehanizem sankcioniranja iz člena 23 Uredbe št. 1/2003 uporabi izključno v primeru očitnega oviranja ali zlorabe pravice do nasprotovanja, ne pa kot grožnjo, da bi tako od podjetij zahtevala ravnanja, ki presegajo ozko določeno mejo njihove dolžnosti sodelovanja.<sup>53</sup>

<sup>49</sup> C-245/19 in C-246/19, v nadaljevanju: sodba *État luxembourgeois*, EU:C:2020:795, točka 66.

<sup>50</sup> Glej sodbo *État luxembourgeois* (točki 27 in 37).

<sup>51</sup> Pritožnici se torej ne moreta opreti na sodbo EKČP z dne 29. julija 1998, *Guérin proti Franciji* (CE:ECHR:1998:0729JUD002520194, točka 43).

<sup>52</sup> Za potrditev takšne pravice do nasprotovanja glej sodbo z dne 6. septembra 2013, *Deutsche Bahn in drugi/Komisija* (T-289/11, T-290/11 in T-521/11, v nadaljevanju: sodba Splošnega sodišča *Deutsche Bahn*, EU:T:2013:404, točka 87).

<sup>53</sup> Glej sodbo Splošnega sodišča *Deutsche Bahn/Komisija*, točka 90.

82. Onkraj teh mejnih primerov imajo zadevna podjetja v celotnem postopku pregleda za obrambo svojih interesov pravico nasprotovati dejanjem pregleda, za katera menijo, da se z njimi kršijo omejitve, naložene Komisiji.<sup>54</sup> Kot sem že navedel, lahko ta podjetja z uveljavljanjem te pravice zahtevajo in tudi dosežejo sprejetje implicitnega ali izrecnega stališča Komisije o utemeljenosti razlogov za tako nasprotovanje, ki ga bodo lahko izpodbijala pred Splošnim sodiščem pod pogoji, določenimi s členom 263 PDEU, pri čemer bodo ravnala v skladu z dolžnostjo sodelovanja.

83. Ob upoštevanju navedenih preudarkov menim, da drugi očitek iz prvega pritožbenega razloga prav tako ni utemeljen.

### *c) Predlog glede prvega pritožbenega razloga*

84. Iz vseh razlogov, ki sem jih predstavil, Sodišču predlagam, naj prvi pritožbeni razlog zavrne.

## **B. Drugi pritožbeni razlog**

85. Pritožnici z drugim pritožbenim razlogom Splošnemu sodišču očitata, da je kršilo člena 6 in 8 EKČP, člen 296 PDEU in člen 20(4) Uredbe št. 1/2003, ker ni spoštovalo obveznosti obrazložitve, ki jo ima Komisija pri sprejetju sklepa o pregledu, in dolžnost te institucije, da čim bolj omeji obseg preiskav, ki jih je treba opraviti. Ta pritožbeni razlog se nanaša zlasti na točke od 121 do 147 izpodbijane sodbe, v katerih je Splošno sodišče zavrnilo četrti tožbeni razlog, ki se je nanašal na neobstoje obrazložitve, in na točke od 158 do 165 te sodbe.

### *1. Povzetek trditev strank*

86. Pritožnici na prvem mestu trdita, da Splošno sodišče ni opravilo nobenega nadzora nad natančnostjo obrazložitve spornih sklepov, saj se je zadovoljilo že z opredelitvijo nabavnih trgov in omembo morebitne prakse izmenjave informacij med trgovci na drobno in/ali njihovimi zavezništvi, ki bi lahko zajemale vse cenovne vidike pogajanj z dobavitelji, čeprav so se po odgovoru Komisije na ukrepe procesnega vodstva, ki jih je sprejelo Splošno sodišče, navedene domneve bistveno zožile.

87. Pritožnici na drugem mestu trdita, da bi morale Splošno sodišče ugotoviti, da se je s spornima sklepoma Komisiji ponudilo neomejeno območje nadzora, saj ji je bilo z njima dovoljeno resnično „iskanje na slepo“ („fishing expedition“), ki ji je omogočilo zaseg vsakega dokumenta v zvezi z njihovo nabavo v Evropi in njihovo prodajo v Franciji.

88. Pritožnici na tretjem mestu menita, da Splošno sodišče ni opravilo učinkovitega nadzora nad ustreznostjo področja uporabe, opredeljenega v členu 1(a) spornih sklepov, glede na zadevne indice.

89. Nazadnje, pritožnici Splošnemu sodišču še očitata, da je napačno uporabilo pravo, ker je v točki 161 izpodbijane sodbe menilo, da v sklepu o pregledu ni bilo treba določiti konca pregleda, pa naj bo to na podlagi obveznosti obrazložitve ali načela sorazmernosti.

<sup>54</sup> Taka pravica do nasprotovanja je posebej pomembna v okviru sistema jamstev, ki omogoča, da izvajanje pooblastil Komisije za pregled ostane v mejah, združljivih s spoštovanjem temeljnih pravic, priznanih s členom 7 Listine in členom 8 EKČP.

90. Komisija izpodbija vse očitke, ki sta jih pritožnici navedli v drugem pritožbenem razlogu.

## 2. Analiza

91. Opozoriti je treba, da člen 20(4) Uredbe št. 1/2003 Komisiji nalaga, da sklep o odreditvi pregleda obrazloži, tako da navede predmet in namen pregleda.

92. Kot je pojasnilo Sodišče, je ta obveznost obrazložitve temeljna zahteva, katere namen ni samo izkazati utemeljenost nameravane intervencije znotraj zadevnih podjetij, temveč jim tudi omogočiti, da razumejo obseg svoje dolžnosti sodelovanja in hkrati obdržijo pravico do obrambe.<sup>55</sup> Iz tega izhaja, da obseg obveznosti obrazložitve sklepov o pregledih ne more biti omejen na podlagi preudarkov glede učinkovitosti preiskave.<sup>56</sup> Poleg tega, ker se smejo iskati le dokumenti, ki so zajeti v predmetu pregleda, obrazložitev sklepa o pregledu prav tako omejuje pooblastila, podeljena uslužbencem Komisije<sup>57</sup>.

93. Za izpolnitev te obveznosti obrazložitve mora Komisija jasno navesti domneve, ki jih namerava preveriti<sup>58</sup>, in sicer kaj se išče in na kaj se mora nanašati pregled<sup>59</sup>.

94. Nasprotno Komisiji naslovnika sklepa o pregledu ni treba obvestiti o vseh informacijah, ki jih ima v zvezi z domnevnimi kršitvami, niti ji ni treba podati stroge pravne opredelitve teh kršitev.<sup>60</sup> Prav tako ni nujno, da se v sklepu o pregledu natančno razmeji zadevni trg niti da se navede natančna pravna opredelitev domnevnih kršitev ali obdobje, v katerem naj bi bile te kršitve storjene, pod pogojem, da ta sklep o pregledu vsebuje bistvene elemente, ki so navedeni v točki 93 teh sklepnih predlogov.<sup>61</sup>

95. Ob upoštevanju tega, da se pregledi opravijo na začetku preiskave, Komisija namreč še nima natančnih informacij za podajo posebnega pravnega mnenja ter mora najprej preveriti utemeljenost suma in obseg dejanskega stanja, saj je namen pregleda prav zbiranje dokazov v zvezi z domnevno kršitvijo.<sup>62</sup>

96. V obravnavani zadevi glede prvega očitka, ki sta ga pritožnici navedli v okviru drugega pritožbenega razloga v zvezi z nezadostnim nadzorom nad obrazložitvijo spornih sklepov, ugotavljam, da je člen 1(a) teh sklepov vseboval tako jasno navedbo domnevne kršitve, na katero se je nanašal pregled, to je „izmenjava informacij“ v zvezi s „cenami“ in „rabati“, kot tudi razmejitev trgov, na katerih naj bi do te kršitve prišlo. Kar na eni strani zadeva trge izdelkov, je bil v tej določbi v zvezi z rabati naveden trg „nabave izdelkov široke potrošnje v sektorjih živilskih izdelkov, izdelkov za osebno nego in čistilnih izdelkov“, v zvezi s cenami pa trg „prodaje storitev proizvajalcem izdelkov z blagovno znamko v sektorjih živilskih izdelkov, izdelkov za osebno nego in čistilnih izdelkov“. Na drugi strani, glede opredelitve geografskega trga je bilo navedeno, da zajema ozemlje „več držav članic, med drugim [ozemlje] Francije“. Nazadnje je ta določba vsebovala pojasnila glede drugih podjetij, ki so sodelovala pri domnevni kršitvi.

<sup>55</sup> Glej sodbo Sodišča Deutsche Bahn (točka 56 in navedena sodna praksa).

<sup>56</sup> Glej sodbo z dne 17. oktobra 1989, Dow Benelux/Komisija (85/87, EU:C:1989:379, točka 8 in navedena sodna praksa).

<sup>57</sup> Glej sodbo Sodišča Deutsche Bahn (točka 60).

<sup>58</sup> Glej sodbo z dne 17. oktobra 1989, Dow Benelux/Komisija (85/87, EU:C:1989:379, točka 9).

<sup>59</sup> Glej sodbo z dne 25. junija 2014, Nexans in Nexans France/Komisija (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, točka 36 in navedena sodna praksa).

<sup>60</sup> Glej sodbo z dne 25. junija 2014, Nexans in Nexans France/Komisija (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, točka 35 in navedena sodna praksa).

<sup>61</sup> Glej sodbo z dne 25. junija 2014, Nexans in Nexans France/Komisija (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, točka 36 in navedena sodna praksa).

<sup>62</sup> Glej sodbo z dne 25. junija 2014, Nexans in Nexans France/Komisija (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, točka 37 in navedena sodna praksa).

97. Glede na elemente iz člena 1(a) spornih sklepov, navedenih v prejšnji točki teh sklepnih predlogov, in ob upoštevanju zgoraj navedene sodne prakse menim, da Splošno sodišče ni napačno uporabilo prava, ker je v točki 130 izpodbijane sodbe ugotovilo, da je Komisija izpolnila obveznost, da mora natančno navesti domneve, ki jih namerava preveriti.

98. V zvezi s trditvami, ki jih pritožnici navajata glede pojasnil, ki naj bi jih Komisija predložila o naravi zadevnih omejitev, s čimer je odgovorila na ukrepe procesnega vodstva, ki jih je odredilo Splošno sodišče<sup>63</sup>, je treba pojasniti, da so informacije, na katere napotujeta pritožnici, zajete v odlomkih nezaupne različice indicev, ki so Komisiji omogočili sum o tajnih ravnanjih v zvezi z rabati in cenami, katerih predložitev je zahtevalo Splošno sodišče, da je preverilo, ali so ti indici dovolj resni za utemeljitev sprejetja spornih sklepov glede zgoraj navedenih ravnanj<sup>64</sup>.

99. Vendar je treba opozoriti, da v skladu s sodno prakso, navedeno v točki 94 teh sklepnih predlogov, Komisiji za to, da izpolni obveznost obrazložitve, naslovnika sklepa o pregledu ni treba obvestiti o vseh informacijah, ki jih ima v zvezi z domnevnimi kršitvami, niti ji ni treba podati stroge pravne opredelitve teh kršitev.

100. Iz tega sledi, da pritožnici iz tega, da so domnevne kršitve v zvezi z rabati in cenami podrobneje opisane v odlomkih nezaupne različice indicev, ki jih je imela Komisija, kakršna je bila predložena Splošnemu sodišču, ne moreta izpeljati, da ni to sodišče „opravilo nobenega nadzora nad natančnostjo obrazložitve sklepov o pregledu“.<sup>65</sup>

101. Glede trditve pritožnic, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo in izkrivilo pomen zgoraj navedenih sodb, ker je v točkah 250 in 254 izpodbijane sodbe razsodilo, da je mogoče geografski obseg ravnanj in vlogo pritožnic pri domnevni kršitvi uspešno izpeljati že zgolj iz tega, da je v obrazložitvi sklepov o pregledu omenjeno zaveznitvo, katerega članica je bila družba Intermarché, zadostuje ugotovitev, da sta ti točki vključeni v del obrazložitve izpodbijane sodbe, v kateri Splošno sodišče preučuje zadostno resnost indicev, ki jih je imela Komisija.

102. Kot je torej pravilno pripomnila ta institucija v pisnih stališčih, se s to trditvijo meša med nadzorom nad spoštovanjem bistvene postopkovne zahteve, ki jo pomeni obveznost obrazložitve izpodbijanega akta, in nadzorom nad utemeljenostjo te obrazložitve, ki vključuje preizkus vsebinske zakonitosti tega akta.<sup>66</sup>

103. Enako mešanje vsebujeta tretji očitek – ki ga pritožnici poleg tega samo navajata, ne da bi ga izrecneje pojasnili – ki se nanaša na neobstoj učinkovitega nadzora nad ustreznostjo področja, opredeljenega v členu 1(a) spornih sklepov glede na indice, ki jih je imela Komisija, in drugi očitek iz istega pritožbenega razloga, ki se nanaša na to, da Splošno sodišče ni priznalo, da je bilo področje sklepov o pregledu neomejeno, s čimer naj bi bilo dejansko dovoljeno „iskanje na slepo“.

<sup>63</sup> Gre za ukrepe procesnega vodstva, ki jih je Splošno sodišče sprejelo 3. decembra 2018 ter 13. maja in 25. septembra 2019, navedene v točki 176 izpodbijane sodbe.

<sup>64</sup> Glej točko 176 izpodbijane sodbe. Nasprotno pa je iz točke 130 izpodbijane sodbe razvidno, da je Splošno sodišče menilo, da ni treba odrediti ukrepov procesnega vodstva, ki sta jih predlagali pritožnici, da bi Komisija pojasnila domneve, na katerih temeljita sporna sklepa, saj je menilo, da so bile te domneve dovolj natančno pojasnjene, da je bila izpolnjena obveznost obrazložitve, naložena Komisiji.

<sup>65</sup> Ob tem še ugotavljam, da je iz pojasnil, ki jih je Komisija podala v odgovoru na ukrepe procesnega vodstva z dne 5. junija 2019, razvidno, da je ta institucija v fazi sprejetja spornih sklepov omahovala glede pravilne opredelitve predmeta domnevnih izmenjav informacij kot „rabate na nabavnih trgih“ ali „prodajne cene storitev za proizvajalce“, s čimer bi bilo mogoče utemeljiti, da je bila v teh sklepih v domnevah, ki jih je bilo treba preveriti, sprejeta širša formulacija.

<sup>66</sup> Glej med drugim sodbo z dne 2. septembra 2021, EPSU/Komisija (C-928/19 P, EU:C:2021:656, točka 108).

104. Glede, natančneje, zadnjenavedenega očitka na eni strani ugotavljam, da je Splošno sodišče v točki 124 izpodbijane sodbe že upravičeno ugotovilo, da je odgovor na vprašanje pritožnic, ali je Komisija opravila tako „iskanje na slepo“ – ki z Uredbo št. 1/2003 ne more biti dovoljeno<sup>67</sup> – odvisen od zadostnosti indicev, ki jih je imela ta institucija na voljo ob sprejetju spornih sklepov, zato je treba to vprašanje preučiti v okviru pritožbenega razloga, ki se nanaša na kršitev pravice do nedotakljivosti zasebnih prostorov preiskovanih podjetij, ne pa v okviru pritožbenega razloga, ki se nanaša na nezadostnost obrazložitve teh sklepov.

105. Na drugi strani ugotavljam, da se pritožnici v podporo istemu očitku sklicujeta na področje uporabe spornih sklepov, kot izhaja ne samo iz njunega člena 1(a), ampak tudi iz njunega člena 1(b), ki je vseboval domnevo kršitve, katere predmet so bile izmenjave v zvezi s „prihodnjimi poslovnimi strategijami“, zlasti glede asortimenta, razvoja trgovin, elektronskega trgovanja in promocijske politike „na trgih nabave izdelkov široke potrošnje in trgih prodaje izdelkov široke potrošnje potrošnikom v Franciji“. Ker pa je Splošno sodišče člen 1(b) teh sklepov v točki 1 izreka izpodbijane sodbe dokončno razglasilo za ničn, vsekakor ni več dopustno, da bi pritožnici z njegovo vsebino utemeljili trditve v zvezi s preširokim področjem uporabe predmeta pregleda.

106. Če naj Sodišče trditev, navedeno v točki 102 teh sklepnih predlogov, in očitke, navedene v njihovi točki 103, razlaga tako, da se z njimi izpodbija presoja Splošnega sodišča glede indicev, ki jih je imela na voljo Komisija, bi bilo treba na eni strani ugotoviti, da ta trditev in ti očitki niso nikakor podprti, na drugi strani pa še, da ni napoteno na nikakršno izkrivljanje teh indicev, zato Sodišče vsekakor ni pristojno za njihov preizkus v okviru pritožbe.<sup>68</sup>

107. Nazadnje, v zvezi s četrtem očitkom, ki ga pritožnici navajata v okviru drugega pritožbenega razloga, ugotavljam, da se s tem očitkom izpodbijajo točke od 158 do 165 izpodbijane sodbe, ki so vključene v preizkus pritožbenega razloga v zvezi s kršitvijo pravice do nedotakljivosti zasebnih prostorov in zlasti v del te analize, ki se nanaša na nadzor nad spoštovanjem načela sorazmernosti. V teh točkah je Splošno sodišče na podlagi svoje predhodne sodne prakse menilo, da to, da Komisija ni določila datuma konca izvedbe dejanj pregleda, ne pomeni nesorazmernega posega na področje zasebne dejavnosti pritožnic.

108. V zvezi s tem je treba poudariti, da je bil v členu 2 spornih sklepov določen datum, od katerega je pregled lahko potekal, ni pa bil naveden datum, na katerega bi se moral končati. Taka navedba je bila skladna s členom 20(4) Uredbe št. 1/2003, ki Komisiji nalaga določitev datuma začetka pregleda, ne vsebuje pa ničesar v zvezi z morebitno obveznostjo določitve njenega konca.

109. Kot je Splošno sodišče pravilno poudarilo v točki 161 izpodbijane sodbe, nenavedba datuma konca pregleda ne pomeni, da lahko ta traja neomejeno, saj mora Komisija v zvezi s tem v skladu s členom 41(1) Listine spoštovati razumen rok.<sup>69</sup>

110. Iz tega izhaja, da sicer res niso bili vnaprej opredeljeni vsi elementi časovnega obsega sklepa o pregledu, vendar je bil ta kljub vsemu omejen s tem, da dejanja poteka pregleda ne trajajo nerazumno dolgo, o čemer se presodi glede na vse upoštevne okoliščine in elemente obravnavane zadeve.

<sup>67</sup> V zvezi s tem se strinjam s sklepnimi predlogi generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Nexans France in Nexans/Komisija (C-606/18 P, EU:C:2020:207, točka 55).

<sup>68</sup> Glej nazadnje sklep z dne 2. junija 2022, Arnautu/Parlament (C-573/21 P, neobjavljen, EU:C:2022:448, točka 93 in navedena sodna praksa).

<sup>69</sup> Glej v tem smislu sodbo z dne 12. julija 2018, Nexans France in Nexans/Komisija (T-449/14, EU:T:2018:456, točka 69).

111. Na eni strani ta časovna omejitev pomeni – vsaj kadar se pregled izvede, ne da bi Komisija uporabila nacionalne prisilne ukrepe v skladu s členom 20, od (6) do (8), Uredbe št. 1/2003 – ustrezno in zadostno jamstvo zoper samovoljo, zlasti kadar se pri presoji razumnosti trajanja dejanj pregleda upošteva zahteva po tem, da se poseg v pravice iz člena 7 Listine in člena 8 EKČP glede na predmet pregleda časovno omeji na *nujno potrebno* za to, da se opravijo zahtevana preverjanja.

112. Na drugi strani taka časovna omejitev zagotavlja – kot je navedlo Splošno sodišče v točkah 163 in 164 izpodbijane sodbe – učinkovitost pooblastil Komisije za preiskavo, za zagotovitev katere se zahteva, da je trajanje pregleda prilagojeno ne samo vnaprej znanim elementom, ampak tudi elementom, ki se razkrijejo šele po sprejetju sklepa o pregledu – kot so količina informacij, najdenih na kraju samem, uporabljene preiskovalne tehnologije<sup>70</sup> in ravnanje preiskovanih podjetij – ob čemer pa se hkrati prepereči, da bi Komisija zaradi vnaprejšnjega upoštevanja teh ključnih elementov v sklepu o odreditvi pregleda določila trajanje pregleda, daljše od nujno potrebnega.

113. Glede na vse navedeno menim, da je drugi pritožbeni razlog v celoti neutemeljen.

### **C. Tretji pritožbeni razlog**

114. Pritožniki s tretjim pritožbenim razlogom Splošnemu sodišču očitata, da je napačno uporabilo pravo in kršilo Uredbo št. 1/2003, ker je štelo, da se za eno od faz postopka, to je fazo, preden je Komisija sprejela ukrepe, ki vključujejo očitke o storjeni kršitvi, ta uredba ne uporablja. S tem pritožbenim razlogom se izpodbijajo točke od 189 do 196 izpodbijane sodbe, ki so vključene v del te sodbe, v katerem je Splošno sodišče preučilo zadostno resnost indicev, ki jih je imela Komisija.

#### **1. Izpodbijana sodba**

115. Splošno sodišče je v točki 189 izpodbijane sodbe najprej poudarilo, da je treba zadostno resnost indicev, ki jih je imela na voljo Komisija, presoditi ob upoštevanju okoliščine, da se sklep o pregledu „umešča v okvir predhodne preiskovalne faze, katere namen je Komisiji omogočiti, da zbere vse upoštevne informacije, ki potrjujejo obstoj kršitve pravil o konkurenci ali pa ga zavračajo, ter sprejme prvo stališče o usmeritvi in tudi nadaljevanju postopka“. V točki 190 je zato pojasnilo, da „v tej fazi“ od Komisije ni mogoče zahtevati, da ima pred sprejetjem sklepa o pregledu na voljo elemente, ki dokazujejo obstoj kršitve, ter da je treba razlikovati med, „na eni strani, dokazi o kršitvi in, na drugi strani, indici, ki lahko povzročijo utemeljen sum za nastop domnev o kršitvi“.

116. Splošno sodišče je v točkah 192 in 193 izpodbijane sodbe navedlo, da ima to razlikovanje „posledice [med drugim] za zahteve v zvezi z obliko [...] indicev, ki utemeljujejo sklepe o pregledih“ in da „za te indice ne more veljati enaka stopnja formaliziranosti, kot je tista, ki je povezana med drugim s spoštovanjem pravil, naloženih z Uredbo št. 1/2003 in sodno prakso, oblikovano na podlagi te uredbe, glede pooblastil Komisije za preiskavo“. Splošno sodišče je namreč menilo, da „[č]e bi se za zbiranje indicev pred pregledom in za zbiranje dokazov o kršitvi zahtevala enaka formaliziranost, bi to [...] pomenilo, da mora Komisija spoštovati pravila, ki

<sup>70</sup> Glej sklepne predloge generalne pravobranilke J. Kokott v zadevi Nexans France in Nexans/Komisija (C-606/18 P, EU:C:2020:207, točka 65) ter sodbo z dne 16. julija 2020, Nexans France in Nexans/Komisija (C-606/18 P, EU:C:2020:571, točki 88 in 89).

urejajo njena pooblastila za preiskavo, ko formalno ni bila začeta še nobena preiskava v smislu poglavja V Uredbe št. 1/2003 in Komisija še ni uporabila pooblastil za preiskavo, ki so ji podeljena predvsem s členi 18, 19 in 20 Uredbe št. 1/2003, to je, ni sprejela ukrepov, ki vključujejo očitke o storjeni kršitvi, zlasti sklepa o pregledu“ (točka 193 izpodbijane sodbe). Po mnenju Splošnega sodišča „[t]a opredelitev začetka preiskave in predhodne preiskovalne faze izhaja iz ustaljene sodne prakse“ (glej točko 194 izpodbijane sodbe).

117. Splošno sodišče je v točki 196 izpodbijane sodbe navedlo, da so med določbami, ki jih Komisiji ni treba upoštevati, zahteve, naložene s členom 19 Uredbe št. 1/2003, in členom 3 Uredbe (ES) št. 773/2004<sup>71</sup>, kot so bile razložene v sodbi z dne 6. septembra 2017, Intel/Komisija<sup>72</sup>.

118. Splošno sodišče je v točki 206 izpodbijane sodbe torej ugotovilo, da Komisiji ni bilo treba zabeležiti zapisnikov razgovorov, ki jih je leta 2016 in leta 2017 opravila s 13 dobavitelji izdelkov široke potrošnje, na katere se je nanašal pregled, ki so redno sklepali sporazume z družbama Casino in ITM (v nadaljevanju: razgovori z dobavitelji), ter da indici, ki izhajajo iz teh razgovorov, ne morejo biti zavrženi zato, ker vsebujejo formalno nepravilnost zaradi neizpolnitve obveznosti zapisa, določene s členom 19 Uredbe št. 1/2003 in členom 3 Uredbe št. 773/2004.

## 2. Povzetek trditev strank

119. Pritožnici na prvem mestu trdita, da je bila v izpodbijani sodbi v opredelitvi začetka preiskave in predhodne preiskovalne faze izkrivljena sodna praksa Sodišča. Edino razlikovanje z vidika pravic, ki se uporabljajo v vseh sodbah, navedenih v točki 194 te sodbe – ki se poleg tega nanašajo zgolj na presojo začetka obdobja, ki ga je treba upoštevati za presojo razumnega trajanja postopka – naj bi bilo namreč „razlikovanje med obema fazama upravnega postopka, to je fazo preiskave pred obvestilom o ugotovitvah o možnih kršitvah in fazo, ki ustreza preostanku upravnega postopka“, kar naj bi izhajalo tudi iz same Uredbe št. 773/2004.

120. Na drugem mestu, pritožnici Splošnemu sodišču očitata napačno uporabo prava, ker naj bi *contra legem* razsodilo, da se Uredba št. 1/2003 ne uporablja pred sprejetjem prvega sklepa o pregledu, čeprav po njunem mnenju tako iz uvodne izjave 25 te uredbe kot tudi iz člena 2(3) Uredbe št. 773/2004 izhaja, da „se v celoti uporablja za vse akte Komisije, sprejete za uporabo člena 101 PDEU in naslednjih, vse od faze odkritja ravnanj“. To razlago naj bi potrjevalo dejstvo, da se določbe Uredbe št. 1/2003 uporabljajo tako za sektorske preiskave iz člena 17 te uredbe kot za izjave zaradi prizanesljivosti,<sup>73</sup> ki ne zajemajo sprejetja ukrepov, ki vključujejo očitke o storjeni kršitvi.

121. Na tretjem mestu, pritožnici izpodbijata posledice, ki jih je Splošno sodišče izpeljalo iz razlikovanja med dokazi o kršitvi in indici, na katerih temelji sklep o pregledu, še zlasti trditev iz točke 193 izpodbijane sodbe, v skladu s katero naj za zadnjenavedene ne bi veljala enaka stopnja formaliziranosti. Pri tem trdita, da morajo vsi dokazi, ki jih Komisija zbere in uporabi v postopkih, začelih na podlagi Uredbe št. 1/2003, kar lahko stori na podlagi indicev ali dokazov, izpolnjevati enake zahteve in morajo zanje veljati enaka formaliziranost in enaka postopkovna

<sup>71</sup> Uredba Komisije z dne 7. aprila 2004 v zvezi z vodenjem postopkov Komisije v skladu s členoma [101 in 102 PDEU] (UL, posebna izdaja v slovenščini, poglavje 8, zvezek 2, str. 81).

<sup>72</sup> C-413/14 P, v nadaljevanju: sodba Intel, EU:C:2017:632.

<sup>73</sup> V skladu z Obvestilom Komisije o imuniteti pred globami in znižanju glob v kartelnih zadevah, 2006/C 298/11, z dne 8. decembra 2006 (UL 2006, C 298, str. 17).

pravila za zagotavljanje pristnosti, lojalnosti in verodostojnosti dokaza. Upoštevanje teh pravil namreč zagotavlja pristnost tako dokaza kot indica, ki naj bi bil nujen pogoj za oceno verodostojnosti.

122. Komisija trdi, da je dokazna vrednost, ki se zahteva za to, da je materialni element lahko indic, ki omogoča sprejetje sklepa o pregledu, nujno manjša od dokazne vrednosti, ki se zahteva za to, da materialni element pomeni dokazno sredstvo za namene dokazovanja kršitve, in da iz tega razlikovanja izhaja, da za indice nujno velja nižja stopnja formaliziranosti kot za dokaze.

123. Natančneje, ne bi naj se zahtevalo, da se ti indici zabeležijo v skladu s členom 19 Uredbe št. 1/2003 in členom 3 Uredbe št. 773/2004, razen če se šteje, da se formaliziranost, določena s tema določbama, uporablja še pred začetkom preiskave.

124. V zvezi s tem Komisija pojasnjuje, da začetek preiskave – ki se ujema z datumom, na katerega Komisija prvič uporabi svoja pooblastila za preiskavo ter sprejme ukrepe, ki vključujejo očitke o storjeni kršitvi in imajo pomembne posledice za položaj osumljenih subjektov – nastopi v drugem trenutku in ima drugačne pravne posledice kot odprtje spisa in začetek postopka v smislu člena 2 Uredbe št. 773/2004. Medtem ko naj bi bilo odprtje spisa interni akt, ki ga sprejme tajništvo generalnega direktorata za konkurenco, kadar zadevi dodeli številko, katere edini namen je temu generalnemu direktoratu omogočiti shranjevanje dokumentov, naj bi začetek postopka ustrezal datumu, na katerega Komisija sprejme sklep v skladu s členom 2 Uredbe št. 773/2004 z namenom sprejetja sklepa v skladu s poglavjem III Uredbe št. 1/2003.

125. Komisija navaja, da je iz besedila člena 19 Uredbe št. 1/2003 razvidno, da mora biti „razgovor“ v smislu tega člena opravljan zaradi „zbiranja informacij v zvezi s predmetom preiskave“, ki mora biti po definiciji pred tem začeta. Poleg tega izpodbija upoštevnost sklicev pritožnic na uvodno izjavo 25 Uredbe št. 1/2003 ter na sektorske preiskave in izjavo zaradi prizanesljivosti.

126. V obravnavani zadevi naj bi sestanki in telefonske konference z zadevnimi trinajstimi dobavitelji potekali pred začetkom preiskave v skladu z Uredbo št. 1/2003 in torej pred kakršnim koli „postopkom“. Komisiji naj torej ne bi bilo treba upoštevati formaliziranosti, ki se zahteva s to določbo.

127. V nasprotnem primeru naj bi to z več vidikov škodovalo izvajanju konkurenčnega prava s strani Komisije. Na prvem mestu, s tem naj bi Komisiji preprečili zbiranje in uporabo indicev, kadar so ti lahko samo v ustni obliki, na primer razkritja, ki ga predstavnik Komisije sliši na sestanku, med neformalnim obiskom prostorov ali na javnem mestu. Na drugem mestu, to naj bi bilo enako predpostavki, da indici nikoli ne morejo biti v ustni obliki, s čimer naj bi bila ogrožena učinkovitost preiskav Komisije, saj bi se pregled začel na poznejši datum.

128. Komisija poleg tega meni, da se z določitvijo nižje stopnje formaliziranosti za indice kot za dokaze zagotovita nujna hitrost, ki je vodilo pri sprejetju sklepov o pregledu, in učinkovitost preiskav Komisije.

129. Nazadnje, Komisija še dodaja, da trditve pritožnic o pristnosti dokazov vsekakor temeljijo na napačni razlagi sodne prakse. Pristnost dokaza naj namreč ne bi bila „nujen pogoj“ za njegovo verodostojnost. Načelo, ki prevladuje v pravu Unije, naj bi bilo načelo proste presoje dokazov, iz katerega izhaja, da je edino upoštevno merilo za presojo dokazne vrednosti pravilno predloženih dokazov njihova verodostojnost in da je treba o dokazni vrednosti dokaza presojati na splošno,

zato zgolj navedba nepodprtih dvomov glede pristnosti dokaza ne zadostuje za ogrožitev njegove verodostojnosti. Ta načela naj bi se še toliko bolj uporabljala za indice, saj je dokazna vrednost, ki se zahteva za to, da je lahko materialni element indic, že po definiciji manjša.

### 3. Analiza

130. Opozoriti je treba, da lahko Komisija v skladu s členom 19(1) Uredbe št. 1/2003 zaradi zbiranja informacij v zvezi s predmetom preiskave opravi razgovor z vsemi fizičnimi ali pravnimi osebami, ki v razgovor privolijo. Za razgovore, ki temeljijo na tej določbi, veljajo formalnosti iz člena 3 Uredbe št. 773/2004. Tako Komisija v skladu z odstavkom 1 tega člena na začetku razgovora navede pravno podlago in namen razgovora, opozori na njegov prostovoljni značaj ter osebi, s katero opravlja razgovor, sporoči svoj namen vodenja zapisnika o razgovoru. V skladu z odstavkom 3 navedenega člena lahko Komisija na kakršen koli način zabeleži izjave, ki so jih podale osebe, s katerimi vodi razgovor. Kopija kakršnega koli zapisa se posreduje v potrditev osebi, s katero je bil opravljen razgovor. Če je potrebno, Komisija določi rok, v katerem ji oseba, s katero vodi razgovor, lahko sporoči kakršne koli popravke k izjavi.

131. Sodišče je v sodbi Intel v zvezi z obsegom formalnih zahtev, ki veljajo za razgovore v skladu s členom 19 Uredbe št. 1/2003, pojasnilo, da mora Komisija, če se odloči opraviti razgovor na podlagi te določbe – ob privolitvi osebe, s katero ta razgovor opravlja – pripraviti zapisnik o tem razgovoru kot celoti, ne glede na izbiro, ki je prepuščena Komisiji glede oblike tega zapisnika<sup>74</sup>.

132. Na podlagi tega je mogoče ugotoviti, da ima Komisija obveznost, da v obliki, ki jo sama izbere, pripravi zapisnik vsakega razgovora, ki ga opravi na podlagi člena 19 Uredbe št. 1/2003 za namene zbiranja informacij o predmetu preiskave, ki jo vodi.<sup>75</sup>

133. Splošno sodišče je v izpodbijani sodbi v bistvu ugotovilo, da se ta obveznost ne uporablja za razgovore z dobavitelji, saj so bili na eni strani ti razgovori opravljeni pred začetkom preiskave v skladu z Uredbo št. 1/2003, torej preden je Komisija sprejela ukrep, ki vključuje očitke o storjeni kršitvi, na drugi strani pa mora imeti Komisija za sprejetje sklepa o pregledu, ki se umešča v okvir predhodne preiskovalne faze, preden je poslano obvestilo o ugotovitvah o možnih kršitvah, na voljo samo resne materialne indice, ki lahko povzročijo sum o kršitvi in za katere ne more veljati enaka stopnja formaliziranosti, kot se zahteva za zbiranje dokazov o kršitvi. Pritožnici z različnimi trditvami izpodbijata to ugotovitev, medtem ko Komisija meni, da ne vsebuje nikakršne napačne uporabe prava.

134. Torej bo moralo Sodišče, da bi razsodilo o tretjem pritožbenem razlogu, pojasniti, ali mora Komisija v skladu s členom 19 Uredbe št. 1/2003 in členom 3 Uredbe št. 773/2004 zabeležiti razgovore, iz katerih izhajajo informacije, ki jih uporabi kot indice, s katerimi je utemeljeno sprejetje sklepa o pregledu v smislu člena 20(4) Uredbe št. 1/2003.

135. Iz razlogov, ki jih bom pojasnil v nadaljevanju, menim, da je treba na to vprašanje odgovoriti pritrdilno.

136. Na podlagi očitkov, ki jih navajata pritožnici, bo moralo Sodišče na eni strani preučiti vprašanje, od katerega trenutka pregleda, ki ga v določeni zadevi opravi Komisija, je treba razgovore, ki jih opravi, obravnavati kot izvedene „zaradi zbiranja informacij v zvezi

<sup>74</sup> Glej sodbo Intel (točka 90).

<sup>75</sup> Glej sodbo Intel (točka 91).

s predmetom preiskave“, na drugi strani pa še vprašanje, ali manjša dokazna vrednost, ki se zahteva za indice, na katerih temelji sklep o pregledu, v primerjavi z dokazi o kršitvi, utemeljuje to, da za indice velja manjša formaliziranost, ki za razgovore, opravljene v skladu s členom 19 Uredbe št. 1/2003, zlasti ne zajema izpolnjevanja zahtev obličnosti iz člena 3 Uredbe št. 773/2004.

137. Začel bom z analizo drugega od teh vprašanj.

138. V zvezi s tem menim, da v nasprotju s trditvami iz točk od 189 do 192 izpodbijane sodbe po mojem mnenju niti manjša dokazna vrednost, ki se zahteva za indice, na katerih temelji sklep o pregledu, niti okoliščina, da se tak sklep umešča v okvir predhodne preiskovalne faze, ki se izvede pred pošiljanjem obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah, ne vplivata na zahteve glede obličnosti, ki jih mora Komisija izpolniti na podlagi upoštevne zakonodaje, kadar zbira dokazne elemente za uporabo v svojih preiskavah.

139. Navedeno seveda ne pomeni, da oblika materialnega elementa ne vpliva na njegovo dokazno vrednost. Dokazna vrednost notarske listine je na primer na splošno večja od dokazne vrednosti zasebne listine. Vendar to razmerje med obličnostjo in dokazno vrednostjo še ne pomeni nujno, da je treba v zvezi s temi elementi stopnjevati formaliziranost, ki velja za nekatere kategorije dokaznih elementov, glede na dokazno vrednost, ki se zahteva za njihovo uporabo.

140. Zlasti v zvezi z informacijami, ki jih Komisija pridobi iz razgovorov, ki jih opravi s fizičnimi ali pravnimi osebami, je mogoče po mojem mnenju neobstoje kakršne koli povezave med dokazno vrednostjo in izpolnjevanjem zahtev obličnosti, določenih s členom 19(1) Uredbe št. 1/2003 in členom 3 Uredbe št. 773/2004, izpeljati iz sodbe Intel.

141. Iz te sodbe – zlasti iz njene točke 87, v kateri je Sodišče pojasnilo, da na podlagi nobenega elementa, ki izhaja iz besedila člena 19(1) Uredbe št. 1/2003, ali cilja, ki se z njo uresničuje, ni mogoče sklepati, da je nameraval zakonodajalec uvesti razlikovanje med različnimi kategorijami razgovorov na podlagi te določbe niti da je želel nekatere od teh razgovorov izključiti s področja uporabe navedene določbe – je namreč jasno razvidno, da se obveznost zapisa, ki iz tega izhaja, nanaša na vsak razgovor, ki ga opravi Komisija, če je „povezan s predmetom preiskave“. Obstoj take obveznosti torej ne more biti odvisen niti od dokazne vrednosti, ki bi se lahko priznavala izjavam, zbranim med temi razgovori – o kateri je poleg tega mogoče presojati šele po tem, ko so razgovori opravljeni – niti od tega, kako namerava Komisija te informacije uporabiti v različnih fazah postopka. V zvezi s tem se mi ne zdi, da bi bilo mogoče to ugotovitev omajati zgolj s sklicem Komisije na pripravljalne dokumente za Uredbo št. 1/2003.<sup>76</sup>

142. Poleg tega ugotavljam, da trditvi o obstoju povezave med dokazno vrednostjo indicev, na katerih temelji sklep o pregledu, in izpolnjevanjem zahtev obličnosti, kot je navedena v točkah od 189 do 192 izpodbijane sodbe, glede indicev, ki izhajajo iz razgovorov, ki jih opravi Komisija, nasprotuje razlaga, ki jo je Splošno sodišče v točkah 195, od 200 do 203 in 205 iste sodbe podalo v zvezi s členom 19 Uredbe št. 1/2003 in sodbo Intel. Iz teh točk je namreč razvidno, da je Splošno sodišče menilo, da mora Komisija, potem ko je bila začeta preiskava v smislu, pojasnjenem v točki 194 izpodbijane sodbe, načeloma spoštovati obveznost zapisa razgovorov v zvezi s predmetom te preiskave ter da taka obveznost obstaja ne glede na dokazno vrednost

<sup>76</sup> Glej predlog uredbe Sveta o izvajanju pravil konkurence iz členov [101] in [102] PDEU] ter o spremembi uredb (EGS) št. 1017/68, (EGS) št. 2988/74, (EGS) št. 4056/86 in (EGS) št. 3975/87 (COM(2000) 582 final, UL 2000, C 365E, str. 284). V komentarju k členu 19 tega predloga, ki je določal pooblastilo Komisije za to, da opravi razgovor s fizičnimi ali pravnimi osebami, ki so ali niso predmet postopka, in zabeleži njihove odgovore, Komisija pojasnjuje, da „[t]a določba zapolnjuje vrzel na ravni pooblastil Komisije, saj ji je dovoljen zapis ustnih odgovorov in njihova predložitev kot dokaznega sredstva v postopku“. Vendar menim, da je treba izraz „dokazno sredstvo“ razlagati široko, in sicer kot „dokazni element“, ne glede na njegovo dokazno vrednost z vidika dejstva, ki se dokazuje.

informacij, ki bi jih Komisija lahko pridobila iz teh razgovorov, in neodvisno od uporabe teh informacij, to je kot indicev v okviru predhodne preiskovalne faze, tudi za namene sprejetja sklepa o pregledu,<sup>77</sup> ali kot dokazov v fazi pošiljanja obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah.

143. Splošneje, razlika med indici in dokazi je v tem, da prvi omogočajo zgolj domnevo o obstoju dejstva, ki ga je treba dokazati, drugi pa ga dokazujejo. Če je za predložitev dokaznega elementa potrebna določena formaliziranost, ki se pogosto uporablja za zagotovitev njegove pristnosti in verodostojnosti, neupoštevanje te formaliziranosti pomeni, da ta element ne glede na svojo vrednost ne more izpolnjevati svoje dokazne funkcije.

144. Prvo od vprašanj, navedenih v točki 136 teh sklepnih predlogov, se v bistvu nanaša na razlago pojma „razgovor“ zaradi „zbiranja informacij v zvezi s predmetom preiskave“ v smislu člena 19(1) Uredbe št. 1/2003.

145. Naj opozorim, da je Splošno sodišče v izpodbijani sodbi menilo, da iz samega besedila te določbe izhaja, da so razgovori, na katere se ta nanaša, razgovori zaradi „zbiranja informacij v zvezi s predmetom preiskave“, ki *mora biti po definiciji pred tem začeta* in katere predmet je moral biti določen, preden so bili ti razgovori opravljeni. Iz tega je izpeljalo, da se obveznost zapisa navedenih razgovorov v skladu s členom 3 Uredbe št. 773/2004 ne uporablja „v zvezi z razgovori, opravljenimi pred začetkom preiskave Komisije [...]“.<sup>78</sup> Splošno sodišče je v točki 193 izpodbijane sodbe v bistvu menilo, da je preiskava formalno začeta šele, ko Komisija uporabi svoja pooblastila za preiskavo, ki so ji podeljena zlasti s členi 18, 19 in 20 Uredbe št. 1/2003, tako da sprejme ukrep, ki vključuje očitke o storjeni kršitvi, med drugim sklep o pregledu, v točki 194 te sodbe pa je pojasnilo, da ta opredelitev začetka preiskave izhaja iz ustaljene sodne prakse.

146. Iz te sodne prakse – ki izhaja iz sodbe z dne 15. oktobra 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij in drugi/Komisija<sup>79</sup> – je razvidno, da je mogoče v upravnem postopku, ki ga vodi Komisija, preizkusiti dve zaporedni obdobji, pri čemer ima vsako od njiju svojo notranjo logiko. Prvo obdobje, ki traja do prejetja obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah, se začne, ko Komisija na podlagi pooblastil zakonodajalca Unije sprejme ukrepe, ki se navezujejo na očitke o storjeni kršitvi, in ji mora omogočiti, da sprejme stališče o nadaljnjem poteku postopka. Drugo obdobje traja od obvestila o ugotovitvah o možnih kršitvah do sprejetja dokončne odločitve. Komisiji mora omogočiti, da se dokončno opredeli do očitane kršitve.

<sup>77</sup> Ni mogoče izključiti, da lahko Komisija po uporabi enega od pooblastil za preiskavo, določenih v poglavju V Uredbe št. 1/2003, na primer po naslovitvi zahteve za informacije na neko podjetje ali po izvedbi pregledov v njegovih prostorih, med razgovorom s fizično ali pravno osebo v zvezi s predmetom preiskave, začete s sprejetjem teh aktov, prejme informacije, na podlagi katerih lahko domneva, da je podjetje, ki dotle še ni bilo osumljeno, vpleteno v domnevne kršitve, zaradi katerih je bila začeta preiskava. Po logiki iz točk 195, od 200 do 203 in 205 izpodbijane sodbe bi morala Komisija v takem primeru uporabiti člen 19(1) Uredbe št. 1/2003 in narediti zapis v skladu s členom 3 Uredbe št. 773/2004, tudi če namerava prejete informacije uporabiti zgolj kot indice, na katerih temelji sklep o pregledu v zvezi s tem podjetjem.

<sup>78</sup> Glej izpodbijano sodbo, točki 200 in 201.

<sup>79</sup> C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, od C-250/99 P do C-252/99 P in C-254/99 P, v nadaljevanju: sodba LMV, EU:C:2002:582, točka 182.

147. V zvezi s tem je treba opozoriti – kot sta to storili pritožnici – da so bila načela, navedena v prejšnji točki teh sklepnih predlogov, izoblikovana zaradi uporabe načela razumnega roka. Sodišče je želelo v sodbi LMV po zgledu sodne prakse ESČP<sup>80</sup> opredeliti trenutek, v katerem se dejavnost preiskovanja in odkrivanja kršitev konkurenčnega prava, ki jo opravlja Komisija, udejanji v aktu, ki vključuje – če še ne formalne obtožbe – vsaj očitke, ki „ima pomembne posledice za položaj osumljenih podjetij“<sup>81</sup>.

148. Vendar podobno kot pritožnici nisem prepričan, da je mogoče logiko, na kateri temelji določitev začetka teka obdobja, ki ga je treba upoštevati pri presoji razumnega trajanja upravnega postopka, za kar je treba opredeliti trenutek, ko se zadevno podjetje seznanilo z očitkom, ki se nanaša nanj, in ko začnejo ukrepi, ki jih je sprejela Komisija, vplivati na njegov položaj, upoštevati pri razlagi besedila člena 19 Uredbe št. 1/2003.

149. V zvezi s tem opozarjam, da je ta člen vključen v poglavje V te uredbe, naslovljeno „Pooblastilo za preiskavo“. Kadar Komisija opravi razgovor v smislu te določbe, torej izvaja „pooblastilo za preiskavo“, prav tako pa tako pooblastilo izvaja tudi, kadar pošlje zahteve za informacije na podlagi člena 18 navedene uredbe ali kadar sprejme sklep o pregledu v smislu člena 20 iste uredbe. Čeprav ni sporno, da sprejetje akta v skladu s členoma 18 in 20 Uredbe št. 1/2003 pomeni začetek „preiskave“, po drugi strani v skladu z razlago člena 19 Uredbe št. 1/2003, ki jo je podalo Splošno sodišče in jo zagovarja Komisija, uporaba pooblastila iz tega člena sama zase ne pomeni začetka take preiskave, ampak mora biti za to, da ga je mogoče izvesti, preiskava že začeta.

150. Menim, da gre pri tem za neskladje, ki ga ni mogoče odpraviti s tem, da je Splošno sodišče implicitno priznalo možnost, da izvedba razgovora v smislu člena 19 Uredbe št. 1/2003 – podobno kot zahteva za informacije ali pregled – pomeni začetek preiskave, če bi tak razgovor za eno od podjetij, s katerimi se opravi, ali za eno od podjetij, na katero se nanašajo izjave, podane Komisiji, vključeval očitke o storjeni kršitvi.<sup>82</sup> S takim priznanjem je namreč na eni strani omajana trditev Splošnega sodišča, da je iz besedila člena 19 Uredbe št. 1/2003 razvidno, da mora biti preiskava že začeta in njen predmet določen, *preden* so bili razgovori v skladu s tem členom opravljeni. Na drugi strani le delno ustreza logiki, na kateri temelji sodna praksa, navedena v točki 194 izpodbijane sodbe, saj to, da tretje podjetje med razgovorom postane predmet preiskave, še ne pomeni, da se je to podjetje seznanilo z morebitnimi očitki, ki se nanašajo nanj.

<sup>80</sup> ESČP meni, da je namen pravice vsakogar, da se v primeru kazenske obtožbe o njegovi zadevi odloča v razumnem roku, iz člena 6(1) EKČP ta, da obtoženci niso predolgo obtoženi in da se odloči o utemeljenosti obtožbe. Glej sodbi ESČP z dne 27. junija 1968, Wemhoff proti Nemčiji (CE:ECHR:1968:0627JUD000212264, točka 18), in z dne 3. decembra 2009, Kart proti Turčiji (CE:ECHR:2008:0708JUD000891705, točka 68). V skladu s tem namenom začne obdobje, ki ga je treba upoštevati pri presoji razumnega trajanja postopka, po mnenju ESČP teči na datum, na katerega je oseba obtožena (glej sodbo ESČP z dne 27. junija 1968, Neumeister proti Avstriji (CE:ECHR:1968:0627JUD000193663, točka 18)), ali datum pred tem, na primer ob začetku predhodnega postopka (glej sodbo ESČP z dne 16. julija 1971, Ringeisen proti Avstriji (CE:ECHR:1971:0716JUD000261465, točka 110, po kateri se je zgledovalo Sodišče v sodbi LMV), pri čemer je trenutek, ki ga je treba upoštevati, trenutek, ko se tožeča stranka seznanila z obtožbo, ali trenutek, od katerega je bil zaradi ukrepov, sprejetih v okviru preiskave ali kazenskega postopka, bistveno prizadet njen položaj (glej sodbi ESČP z dne 27. julija 2006, Mamič proti Sloveniji (št. 2), CE:ECHR:2006:0727JUD0007577801, točki 23 in 24, ter z dne 28. maja 2019, Liblik in drugi proti Estoniji, CE:ECHR:2019:0528JUD000017315, točka 94).

<sup>81</sup> Glej sodbo LMV, točka 182.

<sup>82</sup> Glej točko 205 izpodbijane sodbe.

151. Neskladje, navedeno v prejšnji točki teh sklepnih predlogov, je še toliko očitnejše, če se šteje – kot sta upravičeno navedli pritožnici – da lahko Komisija sektorsko preiskavo na podlagi pooblastila, ki ga ima v skladu s členom 17 Uredbe št. 1/2003, začne, ne da bi bil na zadevno podjetje naslovljen očitok o storjeni kršitvi.<sup>83</sup>

152. Menim, da besedilo člena 19 Uredbe št. 1/2003 – zlasti besedna zveza „zaradi zbiranja informacij v zvezi s predmetom preiskave“ – zahteva drugačno razlago, v okviru katere razgovorov ni treba nujno umestiti v točno določeno fazo upravnega postopka niti določiti, od katerega formalnega akta Komisije mora ta upoštevati formaliziranost iz člena 3 Uredbe št. 773/2004.

153. Menim namreč, da sta opredelitev obsega te obveznosti in torej določitev primerov, v katerih se izvaja pooblastilo iz člena 19 Uredbe št. 1/2003, večinoma odvisni od predmeta in vsebine razgovorov, ki jih opravi Komisija.

154. V obravnavani zadevi je iz izpodbijane sodbe in spisa postopka pred Splošnim sodiščem zlasti razvidno, da so bili zadevni razgovori opravljeni z dobavitelji izdelkov široke potrošnje, na katere se je nanašala domneva o kršitvi, navedena v členu 1(a) spornih sklepov, da so ti dobavitelji redno sklepali sporazume z družbo Intermarché ter da je Komisija za pripravo teh razgovorov dobaviteljem, s katerimi so bili opravljeni, poslala vprašalnike zlasti v zvezi z ravnanji zavezništev trgovcev na drobno med pogajanja z dobavitelji, časovnim razvojem njihove pogajalske moči in učinki te moči na konkurenčne razmere na trgu trgovine na drobno. Komisija je v njih prav tako odkrito vprašala, ali je dobavitelj seznanjen z izmenjavami občutljivih poslovnih informacij med prodajalci na drobno znotraj zavezništva, in ga pozvala, naj po potrebi pojasni, katere so te informacije. Poleg tega je iz izpodbijane sodbe razvidno, da so bili zadevni razgovori opravljeni kmalu po tem, ko je 16. septembra 2016 na sedežu družbe Intermarché potekal kongres ob navzočnosti predstavnika zavezništev, k sodelovanju na katerem so bili povabljeni dobavitelji maloprodajne verige, trajali pa so do dneva pred sprejetjem spornih sklepov.

155. Kadar Komisija opravi razgovore s tako vsebino, katerih predmet je opredeljen vnaprej in katerih odkrit namen je pridobitev informacij o delovanju danega trga in o ravnanju akterjev na tem trgu zaradi odkrivanja morebitnih kršitev ali potrditve sumov glede obstoja takih kršitev, po mojem mnenju izvaja pooblastilo, ki ga ima v skladu s členom 19 Uredbe št. 1/2003, in sicer ne glede na fazo postopka, v kateri razgovor poteka.

156. V takih okoliščinah po mojem mnenju odprtje spisa v tajništvu Komisije zadostuje za ugotovitev, da so bili taki razgovori opravljeni zaradi „zbiranja informacij v zvezi s predmetom preiskave“ v smislu te določbe.<sup>84</sup> Povedano drugače, kot je navedel generalni pravobranilec

<sup>83</sup> Menim, da sklicevanje Komisije na sodbo z dne 25. marca 2021, Xellia Pharmaceuticals in Alpharma/Komisija (C-611/16 P, EU:C:2021:245), ne more omajati ugotovitve, da ob začetku sektorske preiskave ni bilo očitkov v smislu sodne prakse, navedene v točki 194 izpodbijane sodbe. Sodišče je namreč v točkah 153 in 154 sodbe z dne 25. marca 2021, Xellia Pharmaceuticals in Alpharma/Komisija (C-611/16 P, EU:C:2021:245), na kateri se sklicuje Komisija, zgolj pojasnilo, da „so preiskave panoge instrument za potrditev domnev omejevanja konkurence v panogi, na katero se te preiskave nanašajo“ in da „[k]o Komisija uvede take preiskave, morajo [...] podjetja, ki spadajo v zadevni sektor, zlasti tista, ki so sklenila sporazume, na katere se sklep o uvedbi zadevne preiskave izrecno nanaša, [...] pričakovati, da se lahko v zvezi z njimi v prihodnosti začnejo posamični postopki“. V točki 139 te sodbe je Sodišče tudi pojasnilo, da sta bila prva ukrepa, ki sta vključevala očitok Komisije, naslovljen na tožeči stranki v zadevi, v kateri je bila izdana ta sodba, sprejeta na datuma po začetku zadevne sektorske preiskave (gre za datum obvestila Komisije o obstoju sektorske preiskave).

<sup>84</sup> Naj k temu še dodam, da se zdi, da se priročnik Komisije z dne 12. marca 2012 o internem postopku pri uporabi členov 101 in 102 PDEU ([https://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust\\_manproc\\_11\\_2019\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_11_2019_en.pdf), poglavje 8, točka 2.5; v nadaljevanju: priročnik Komisije) nagiba v to smer z navedbo, da „je treba, kar zadeva gotovost glede predmeta preiskave v času razgovora, vsaj enega od primerov zabeležiti s posebno številko primera“. Ob tem poudarjam, da je mogoče z odprtjem spisa pred potekom razgovora zagotoviti oporne točke, potrebne za uporabo člena 28(1) Uredbe št. 1/2003.

N. Wahl v sklepnih predlogih v zadevi Intel Corporation/Komisija<sup>85</sup>, „mora vsak sestanek s tretjo osebo, ki je posebej organiziran za to, da bi se zbrale bistvene informacije, ki bodo uporabljene pri presoji zadeve, spadati na področje uporabe člena 19 Uredbe št. 1/2003“<sup>86</sup>.

157. Drugačna razlaga bi po mojem mnenju privedla do nedopustnega izida, to je, da bi razgovori z zgoraj opisano vsebino potekali zunaj zakonskega okvira, ki ga pomeni Uredba št. 1/2003. Kadar Komisija *de facto* izvaja svoja pooblastila za preiskavo, se v nasprotju s tem, za kar se zdi, da izhaja iz točke 193 izpodbijane sodbe, nujno uporablja tak zakonski okvir, tudi če preiskava ni bila „formalno začeta“.<sup>87</sup>

158. To še toliko bolj drži, kadar se podatki, pridobljeni med takimi razgovori, kot v obravnavani zadevi uporabijo kot resni indici, na katerih temelji sklep o pregledu, torej ukrep, ki vključuje poseg na področje zasebne dejavnosti podjetja ter omejitev temeljnih pravic, ki jih ima na podlagi člena 7 Listine in člena 8 EKČP.

159. Naj nazadnje še pojasnim, da razlaga člena 19 Uredbe št. 1/2003, ki jo predlagam, v nasprotju s trditvijo Komisije ne pomeni, da ta ne bi mogla več zbirati in uporabljati indicev, kadar so ti lahko samo v ustni obliki.

160. V zvezi s tem je treba na eni strani ugotoviti, da je scenarij, opisan v točki 154 teh sklepnih predlogov, zelo daleč od scenarija, ki ga v pisnih stališčih navaja Komisija (predstavniki Komisije, ki sliši razkritje na sestanku, med neformalnim obiskom prostorov ali na javnem mestu). Na drugi strani je treba pojasniti, da Komisija ne opravlja razgovora v skladu s členom 19 Uredbe št. 1/2003 in ji torej ni naložena nobena obveznost zapisa izmenjav s tretjimi osebami, kadar se te ne nanašajo na predmet dane preiskave.<sup>88</sup>

161. Ob upoštevanju zgornjih preudarkov menim, da je Splošno sodišče napačno razložilo člen 19(1) Uredbe št. 1/2003 in je napačno uporabilo pravo, ker je menilo, da indicev, ki izhajajo iz razgovorov z dobavitelji, ni mogoče zavriniti, ker vsebujejo formalno nepravilnost zaradi nespoštovanja obveznosti zapisa, določene s členom 3 Uredbe št. 773/2004.

162. Če bi se Sodišče odločilo potrditi razlago člena 19(1) Uredbe št. 1/2003, ki jo je podalo Splošno sodišče, in bi menilo, da je obveznost zapisa razgovorov, ki se opravijo v skladu s to določbo, naložena samo, če se ti razgovori opravijo po začetku preiskave v smislu, pojasnjenem v točkah 193 in 194 izpodbijane sodbe, vseeno menim, da je Splošno sodišče napačno menilo, da Komisiji v obravnavani zadevi ni bila naložena ta obveznost.

163. Menim namreč, da mora Komisija, kadar razmišlja o možnosti, da bi informacije, pridobljene z izmenjavami s tretjimi osebami, uporabila za sprejetje sklepa o pregledu – kar je v obravnavani zadevi ob upoštevanju predmeta, vsebine in kronologije razgovorov, ki jih je opravila z dobavitelji, očitno – navedene izmenjave vsekakor dolžna zabeležiti v skladu s členom 3 Uredbe št. 773/2004. Menim, da gre v tem primeru za nujno jamstvo glede na poseg v temeljne pravice preiskovanega podjetja, ki ga pomeni pregled, zlasti zato, da se sodiščem Unije omogoči preverjanje resnosti indicev, ki jih je Komisija imela na voljo za utemeljitev takega posega.

<sup>85</sup> C-413/14 P, EU:C:2016:788, točka 232.

<sup>86</sup> Poleg tega ugotavljam, da niti generalni pravobranilec N. Wahl v točki 233 svojih sklepnih predlogov ne izključuje možnosti, da lahko razgovor v smislu člena 19 Uredbe št. 1/2003 poteka, preden je preiskava „tekoča“.

<sup>87</sup> Sicer menim, da je treba člen 2(3) Uredbe št. 773/2004 razlagati tako. Komisija lahko svoja pooblastila za preiskavo na podlagi poglavja V Uredbe št. 1/2003 – vključno s tistimi iz njenega člena 19 – izvaja tudi „pred začetkom postopka“.

<sup>88</sup> Glej sklepane predloge generalnega pravobranilca N. Wahla v zadevi Intel Corporation/Komisija (C-413/14 P, EU:C:2016:788, točka 233). Glej tudi priložnik Komisije, poglavje 8, točka 2.4.

164. Glede na vse navedeno tako Sodišču predlagam, naj tretji pritožbeni razlog sprejme.

#### ***D. Četrti pritožbeni razlog***

165. Četrti pritožbeni razlog je razdeljen na štiri dele. Prvi trije deli, ki se nanašajo na izkrivljanje dejstev, napačno uporabo prava oziroma očitno napako pri presoji, ki naj bi jih bilo mogoče očitati Splošnemu sodišču, ker je razsodilo, prvič, da preiskava ni bila začeta pred sprejetjem prvega sklepa o pregledu (sklep Tute 1 z dne 9. februarja 2017), drugič, da je bilo zapisnike razgovorov mogoče uporabiti kot indice, ne da bi izpolnjevali zahteve iz člena 19 Uredbe št. 1/2003 in člena 3 Uredbe št. 773/2004, ter, tretjič, da bi upoštevanje formaliziranosti iz teh določb negativno vplivalo na odkrivanje protikonkurenčnih ravnanj, se v bistvu mešajo s trditvami, ki sta jih pritožnici navedli v tretjem pritožbenem razlogu. Zato napotujem na preudarke, navedene v okviru preučitve tega pritožbenega razloga.

166. Tako je treba analizirati še četrti del četrtega pritožbenega razloga.

#### *Četrti del četrtega pritožbenega razloga*

167. Pritožnici s četrtem pritožbenim razlogom Splošnemu sodišču očitata, da je napačno uporabilo pravo, ker je v točki 219 izpodbijane sodbe ugotovilo, da je imela Komisija na dan sprejetja izpodbijanih sklepov na voljo dovolj resne indice, ne da bi bilo treba natančno ugotoviti datum priprave in dokončanja zapisnikov razgovorov.

168. Na eni strani trdita, da je iz sodne prakse razvidno, da morajo biti indici, na katerih temelji sklep o pregledu, v spis Komisije vloženi na datum pred sprejetjem tega sklepa, zlasti da se različnim subjektom, ki sodelujejo v postopku njegove priprave, omogočita preverjanje zadostne resnosti takih indicev in pravilna razmejitev področja pregleda. Splošno sodišče naj bi zato v točki 208 izpodbijane sodbe napačno ugotovilo, da je treba „kot upoštevni datum za ugotavljanje, ali je [Komisija] na dan sprejetja [spornih] sklepov imela indice, upoštevati datum razgovorov z dobavitelji, ki so bili predmet zapisnikov“.

169. Na drugi strani, pritožnici trdita, da je Splošno sodišče v točki 215 izpodbijane sodbe nanju preneslo breme dokazovanja, da je Komisija vse zapisnike sestavila po datumu sprejetja prvega spornega sklepa (sklep Tute 1 z dne 9. februarja 2017).

170. Komisija trdi, da upoštevni datum za presojo, ali je imela na voljo indice v obliki ustnih izjav, ustreza datumu teh izjav, ne pa datumu, ko jih je formalizirala v pisni obliki. V zvezi s tem se sklicuje na sodbo z dne 9. junija 2016, Repsol Lubricantes y Especialidades in drugi/Komisija,<sup>89</sup> ki je bila sprejeta v okviru postopkov zaradi prizanesljivosti in je navedena v točki 209 izpodbijane sodbe, iz katere je razvidno, da je to, da ima Komisija na voljo materialni element, enakovredno seznanjenosti z njegovo vsebino. V obravnavani zadevi so vsi razgovori z dobavitelji potekali pred datumom sprejetja prvega spornega sklepa (sklep Tute 1 z dne 9. februarja 2017). Ker je poleg tega Splošno sodišče priznalo, da je imela Komisija na datum sprejetja spornih sklepov že na voljo indice, ki so izhajali iz zaporednih sestankov in/ali telefonskih konferenc s trinajstimi dobavitelji, naj ne bi bila tej instituciji z izpodbijano sodbo priznana nikakršna možnost naknadne odprave nepravilnosti.

<sup>89</sup> C-617/13 P, EU:C:2016:416, točke od 66 do 74.

171. Uvodoma ugotavljam, da je iz točk 207 in 210 izpodbijane sodbe jasno razvidno, da obrazložitev te sodbe, ki jo pritožnici izpodbijata v četrtem delu četrtega pritožbenega razloga, temelji na domnevi, da Komisiji v obravnavani zadevi ni bila naložena obveznost zapisa v skladu s členom 3 Uredbe št. 773/2004 ter da ji zato ni bilo treba dokazati, na kateri datum so bili zapisniki razgovorov pripravljene, saj naj bi bilo treba o predhodnosti indicev, ki izhajajo iz teh razgovorov, presojati glede na datum, na katerega so bile izjave podane, torej datum, na katerega so razgovori potekali. Splošno sodišče je namreč menilo, da so lahko ob neobstoju take obveznosti zapisa indici, na katerih temelji sklep o pregledu in ki izhajajo iz razgovorov, ki jih je Komisija opravila s tretjimi osebami, samo v ustni obliki ter da so v obravnavani zadevi razgovori z dobavitelji pomenili seznanjenost z informacijami, pridobljenimi med temi razgovori, in imetništvo zadevnih informacij na datum navedenih razgovorov.

172. Iz tega sledi, da bi bile točke obrazložitve izpodbijane sodbe, na katere se nanaša obravnavani del tega pritožbenega razloga, če bi se Sodišče odločilo ugoditi tretjemu pritožbenemu razlogu, kot mu predlagam – ne glede na posledice take odločitve za razveljavitev ali ohranitev veljavnosti izpodbijane sodbe, o čemer bom razpravljal v nadaljevanju – prav tako nujno razglašene za nične. Zato so preudarki v nadaljevanju navedeni za primer, da se Sodišče z mojim predlogom ne bi strinjalo.

173. Še vedno ugotavljam, da je mogočih nekaj pridržkov glede predmetnosti navedenega dela tega pritožbenega razloga, saj se z njim izpodbija samo eden od obeh razlogov, s katerima je Splošno sodišče utemeljilo zavrnitev očitka v zvezi z nepredhodnostjo indicev, na katerih temeljita sporna sklepa, ker Komisija ni dokazala datuma, na katerega so bili zapisniki razgovorov sestavljeni.

174. Splošno sodišče je namreč to trditev na eni strani in primarno zavrnilo, ker je menilo – kot sem navedel v točki 171 teh sklepni predlogov – da je datum, ki ga je treba upoštevati pri opredelitvi, ali je imela Komisija indice, ki so izhajali iz razgovorov z dobavitelji, na voljo pred sprejetjem spornih sklepov, datum, na katerega so ti razgovori potekali. Na drugi strani in podredno je v točki 215 izpodbijane sodbe menilo, da je mogoče, tudi če bi bilo treba upoštevati datum priprave zapisnikov in čeprav Komisija ni predložila dokaza o tem datumu, na podlagi elementov, ki jih je predložila ta institucija, in ob upoštevanju tega, da je navedla, da je zapisnike pripravila, da bi izpolnila to, za kar je menila, da je obveznost zapisa na podlagi člena 3 Uredbe št. 773/2004, razumno ugotoviti, da so bili navedeni zapisniki sestavljeni sproti z izmenjavami, torej že od začetka teh izmenjav, ki so večinoma potekale konec leta 2016.<sup>90</sup>

175. Drži sicer, da sta pritožnici navedli tudi očitek zoper navedeno točko 215 izpodbijane sodbe, vendar se ta očitek nanaša zgolj na domnevno prealitev dokaznega bremena, ki nikakor ne izhaja iz razlogovanja Splošnega sodišča, saj je to, nasprotno, menilo, da je Komisija z elementi, ki jih je predložila, zadostno dokazala, da je bila večina zapisnikov razgovorov pripravljenih pred datumom sprejetja prvega spornega sklepa (sklep Tute 1 z dne 9. februarja 2017). Pritožnici pa nista izpodbijali dokaznega standarda, ki ga je uporabilo Splošno sodišče, niti se nista sklicevali na to, da bi navedeno sodišče izkrivilo dokaze, kar je edini očitek, v okviru katerega bi se lahko sklicevali na napako pri presoji teh elementov.

176. Če bi se Sodišče odločilo ta del pritožbenega razloga vsebinsko obravnavati, menim, da je utemeljen.

<sup>90</sup> Čeprav ta ugotovitev jasneje izhaja iz točke 216 izpodbijane sodbe, ki temelji na dokaznem sredstvu, ki ga je Komisija predložila prepozno in ga je Splošno sodišče zato razglasilo za nedopustno, je po mojem mnenju dovolj razvidna že iz točke 215 te sodbe.

177. V zvezi s tem je treba opozoriti, da je namen pregledov, ki jih opravi Komisija, zbrati dokumente, ki so potrebni za to, da se preverita obstoj in obseg določenega dejanskega in pravnega položaja, v zvezi s katerim Komisija že ima določene podatke.<sup>91</sup> Iz tega sledi, da mora imeti Komisija pred sprejetjem sklepa o pregledu na voljo elemente in zanesljive materialne indice, zaradi katerih sumi na kršitev v podjetju, v katerem naj bi se opravil pregled.<sup>92</sup> Poleg tega mora biti v sklepu o odreditvi pregleda podrobno navedeno to, da so na voljo taki elementi in indici.<sup>93</sup>

178. Iz navedenega je razvidno, da mora Komisija, da bi dokazala predhodnost indicev, na katerih temelji sklep o pregledu, glede na datum sprejetja tega sklepa, dokazati, ne samo da je bila na ta datum materialno imetnica vira informacij, na katere se opira pri utemeljitvi pregleda, ampak tudi da je lahko konkretno presodila, na eni strani ali in v kakšnem obsegu so te informacije omogočile domnevo o obstoju kršitve in opredelitev njenih bistvenih elementov, da se tako omeji področje pregleda in elementov, ki se iščejo med preverjanji, na drugi strani pa še, ali so ti indici resni.

179. Drugače povedano, predhodnost indicev, na katerih temelji sklep o pregledu, glede na datum sprejetja tega sklepa ne pomeni zgolj tega, da Komisija „ima“ informacijo. Iz tega razloga menim, da domneve, ki izhajajo iz sodne prakse v zvezi s sklepi o prizanesljivosti, navedene v točki 209 izpodbijane sodbe, v skladu s katero je že zgolj to, da Komisija ima informacijo, enakovredno seznanjenosti z njo, ni mogoče uporabiti za sklepe o pregledih, zato v nasprotju z ugotovitvijo Splošnega sodišča te sodne prakse ni mogoče prenesti na to področje.

180. Poleg tega mora Komisija, da se omogoči sodni nadzor nad nesamovoljnostjo posega na področje zasebne dejavnosti zadevnega podjetja, ki ga pomeni pregled, dokazati, da sklep o njegovi odreditvi temelji na dovolj resnih indicih, ki jih je lahko konkretno presodila, in da je področje preverjanj, opredeljeno s tem sklepom, omejeno na kršitev, o storitvi katere lahko Komisija sumi na podlagi teh indicev.

181. Tak dokaz pa je po mojem mnenju v zvezi z informacijami, ki izhajajo iz ustnih izjav tretjih oseb, ki niso bile zabeležene v skladu s členom 3 Uredbe št. 773/2004, mogoče zagotoviti samo, če se predloži prepis ali podroben zapisnik njihove vsebine. Torej se nagibam k mnenju, da je datum, ki ga je treba upoštevati pri opredelitvi predhodnosti indicev, na katerih temelji sklep o pregledu, glede na datum sprejetja tega sklepa, v zvezi z indici, ki izhajajo iz takih izjav, datum, na katerega se pripravi prepis ali zapisnik izmenjav med Komisijo in zadevno osebo ali zadevnimi osebami, med katerimi so bile navedene izjave zbrane.

182. Naj k temu še dodam, da po mojem mnenju zahteva, da se sklepi o pregledu sprejmejo hitro po predložitvi informacij o morebitnih kršitvah, da se čim bolj zmanjšajo tveganja uhajanj in prikrivanja dokazov, na kar je Splošno sodišče opozorilo v točki 210 izpodbijane sodbe, ne more privedi do izoblikovanja splošnega pravila, ki bi se uporabljalo v vseh primerih in v skladu s katerim je za opredelitev predhodnosti indicev, na katerih temelji sklep o pregledu, upošteven samo datum, na katerega je Komisija pridobila ustne izjave, iz katerih izhajajo navedeni indici. Čeprav se mi zdi taka zahteva seveda pomembna, menim, da z njo ni mogoče utemeljiti neobstoja vsakršne pisne sledi o razgovorih, ki jih je Komisija opravila s tretjimi osebami, ker niso

<sup>91</sup> Glej sodbo z dne 26. junija 1980, *National Panasonic/Komisija* (136/79, EU:C:1980:169, točki 13 in 21).

<sup>92</sup> Glej sodbo *Roquette Frères* (točka 99) ter sodbi Splošnega sodišča *Deutsche Bahn* (točka 172) in z dne 27. novembra 2014, *Alstom Grid/Komisija* (T-521/09, EU:T:2014:1000, točka 53).

<sup>93</sup> Glej med drugim sodbo z dne 20. junija 2018, *České dráhy/Komisija* (T-621/16, neobjavljena, EU:T:2018:367, točka 85 in navedena sodna praksa).

bili sprejeti ukrepi za formalni zapis teh razgovorov, kar še zlasti velja v primerih, kakršen je obravnavani, ko so zadevni razgovori potekali več tednov ali celo mesecev, kar pomeni, da je imela Komisija dovolj časa za pripravo zapisnikov sproti z zbiranjem izjav dobaviteljev.

183. Toda čeprav je treba po mojem mnenju, kolikor je to mogoče, vsaj en zapisnik o razgovorih, s katerimi Komisija utemelji sklep o pregledu, v spis vložiti pred sprejetjem tega sklepa,<sup>94</sup> menim, da je mogoče z zahtevo po hitrosti utemeljiti to, da Komisija tega pravila v konkretnem primeru ne upošteva.

184. Glede na vse navedeno bi moralo Sodišče, če bi menilo, da je treba o četrtem delu četrtega pritožbenega razloga vsebinsko odločiti, po mojem mnenju razsoditi, da je ta utemeljen.

### ***E. Peti pritožbeni razlog***

185. Pritožnici s petim pritožbenim razlogom, ki se nanaša na neobstoje obrazložitve, ki je posledica neobstoja presoje dokazne vrednosti indicev, in na napako pri opredelitvi pojma „indic“, izpodbijata točke od 220 do 232, 253 in 254 izpodbijane sodbe.

186. Na prvem mestu, Splošnemu sodišču očitata, da ni v skladu z njunim predlogom – in kot naj bi se zahtevalo v skladu s členoma 6 in 8 EKČP – opravilo nadzora *in concreto* nad ukrepom, v okviru katerega naj bi elementi, ki jih je predložila Komisija, vsebovali številne nepravilnosti, ki sta jih navedli, to pa naj bi vplivalo na dokazno vrednost teh elementov.

187. V zvezi s tem je treba ugotoviti, da je Splošno sodišče v točkah od 224 do 232 izpodbijane sodbe opravilo tak nadzor z zaporedno presojo verodostojnosti in dokazne vrednosti izjav dobaviteljev, povzetih v poročilih razgovorov (točka 225), elektronskega sporočila z dne 22. novembra 2016, ki ga je poslal generalni direktor združenja dobaviteljev ter v katerem so predstavljeni premiki in razmerja med velikimi trgovskimi maloprodajnimi verigami zlasti znotraj združenj velikih trgovcev na drobno (v nadaljevanju: sporočilo direktorja združenja N, točka 226), ter zapisnikov razgovorov, ki jih je sestavila Komisija (točka 229). Poleg tega je Splošno sodišče v istih točkah izpodbijane sodbe preučilo in zavrnilo vse trditve, s katerimi sta pritožnici izpodbijali verodostojnost ali dokazno vrednost teh različnih elementov in njihovo opredelitev za „indice“.

188. V teh okoliščinah menim, da navedenega prvega očitka iz petega pritožbenega razloga ni mogoče sprejeti.

189. Na drugem mestu, pritožnici Splošnemu sodišču očitata, da je v točkah 253 in 254 izpodbijane sodbe kot „resne materialne indice“ opredelilo „nejasne in špekulativne“ izjave, iz katerih naj bi izpeljalo zgolj obstoj vzporednosti in to, da „nobeden od dobaviteljev ne navaja, da po njegovem mnenju ni verjeten“ obstoj izmenjave informacij. Vendar naj izjave, ki zanikajo verjetnost omejevalnega sporazuma, ne bi mogle pomeniti resnega materialnega indica o njegovem obstoju.

<sup>94</sup> Čeprav drži, da se v sodbi Roquette Frères ni obravnavalo vprašanje, kdaj je mogoče šteti, da so indici, na katerih temelji sklep o pregledu, ki jih zbere Komisija, tej na voljo, je iz točke 61 te sodbe kljub vsemu razvidno, da morajo biti taki indici vloženi v njen spis že pred sprejetjem tega sklepa.

190. Podobno kot Komisija menim, da želita pritožnici s temi trditvami – s katerimi poleg tega nasprotujeta zgolj izoliranim odlomkom izpodbijane sodbe, izvzetim iz konteksta – dejansko izpodbijati presojo, ki jo je Splošno sodišče podalo v zvezi z dokazi, ki so mu bili predložni, ne da bi dokazali – niti zatrjevali – izkrivljanje teh dokazov.

191. Zato menim, da je treba navedeni drugi očitok zavreči kot nedopusten. Pritožnici v repliki navajata, da želita z navedenim očitkom izpodbijati pravno opredelitev dejstev, ki jih je upoštevalo Splošno sodišče, ne pa njegove presoje.

192. Naj v zvezi s tem zgolj pripomnim, da je Splošno sodišče v točkah 253 in 254 izpodbijane sodbe izoblikovalo podredno razlogovanje, kar potrjuje uporaba besedne zveze „poleg tega“ na začetku točke 252 te sodbe.

193. Splošno sodišče je namreč v točkah od 248 do 251 te sodbe, potem ko je analiziralo informacije, ki izhajajo iz razgovorov z dobavitelji, kot jih je Komisija navedla v zapisnikih, ki jih je sestavila, menilo, da te informacije pomenijo dovolj resne indice o obstoju vzporednosti ravnanj med mednarodnima zavezništvo prodajalcev na drobno, to je zavezništvo ICDC in AgeCore (katerega članica je bila družba Intermarché), na katero kažeta sočasnost in ujemanje njunih zahtev za rabate, ki sta jih naslovili na dobavitelje.

194. Splošno sodišče je v točki 252 izpodbijane sodbe navedlo, da Komisija „ni zgolj predložila indicev v zvezi s tem prvim konstitutivnim elementom usklajenega ravnanja, ki je vzporednost ravnanj na trgu, ki lahko poleg tega pod nekaterimi pogoji omogoča domnevo o izpolnjenosti drugega konstitutivnega elementa usklajenega ravnanja, ki je usklajevanje“, ampak je predložila tudi „indice v zvezi z obstojem takega usklajevanja, to so v tem primeru izmenjave informacij, ki se lahko, če se obravnavajo skupaj, prav tako štejejo za dovolj resne“. Prav na presojo zadostne resnosti takih indicev pa se, *ad abundantiam*, nanašata točki 253 in 254 izpodbijane sodbe, ki ju izpodbijata pritožnici.

195. Poleg tega je Splošno sodišče v točkah od 256 do 258 te sodbe še navedlo, da so izjave dobaviteljev v zvezi z izmenjavami o rabatih podprte z „informacijami, v katerih se omenjajo kanali, po katerih lahko te izmenjave informacij potekajo“, ki izhajajo iz izjav več dobaviteljev in sporočila direktorja združenja N.

196. Iz tega sledi, da bi bilo treba drugi očitok iz petega pritožbenega razloga pritožnic, čeprav z njim Splošnemu sodišču očitata napačno pravno opredelitev, zavrniti kot brezpredmeten.

197. Glede na vse navedeno menim, da je peti pritožbeni razlog delno neutemeljen in delno nedopusten oziroma brezpredmeten.

#### ***F. Posledice napake, ki jo je storilo Splošno sodišče***

198. Iz analize tretjega pritožbenega razloga je razvidno, da je Splošno sodišče napačno uporabilo pravo, ker je ugotovilo, da indicev, ki izhajajo iz razgovorov z dobavitelji, ni treba zavrniti, ker vsebujejo formalno nepravilnost zaradi neizpolnitve obveznosti zapisa v skladu s členom 19 Uredbe št. 1/2003 in členom 3 Uredbe št. 773/2004.

199. Glede posledic, ki jih je treba izpeljati iz take napake, je treba opozoriti, da v skladu z ustaljeno sodno prakso Sodišča, če se izkaže, da je bilo v obrazložitvi odločbe Splošnega sodišča kršeno pravo Unije, izrek te odločbe pa je utemeljen z drugimi pravnimi razlogi, taka kršitev ne

more povzročiti razveljavitve te odločbe in je treba obrazložitev nadomestiti.<sup>95</sup>

200. Kot pa je razvidno iz točke 206 izpodbijane sodbe, ugotavljam, da je Splošno sodišče, ker je zavrnilo trditve pritožnic v zvezi z neizpolnitvijo obveznosti zapisa razgovorov z dobavitelji, menilo, da se mu ni treba izreči o trditvi Komisije, da zapisniki teh razgovorov pomenijo zapise v skladu s členom 19 Uredbe št. 1/2003 in členom 3 Uredbe št. 773/2004.

201. Zato je treba preučiti to trditev. Če bi se namreč izkazala za utemeljeno, bi bilo mogoče izpodbijani del izreka sodbe Splošnega sodišča ohraniti na podlagi drugih razlogov, ki ne vsebujejo napak.<sup>96</sup>

202. Komisija je pred Splošnim sodiščem trdila, da je izpolnila obveznost zapisa izjav trinajstih dobaviteljev, s katerimi je bil opravljen razgovor, saj je pripravila in v spis vložila dolge in podrobne zapisnike, ki zvesto izražajo vsebino teh izjav. Po njenem mnenju je podroben zapisnik, vložen v spis – enako kot avdio ali avdiovizualni posnetek ali dobesedni prepis – ena od „oblik“ zapisa, prepuščenih na izbiro Komisiji v skladu s členom 3(3) Uredbe št. 773/2004. Hkrati je še trdila, da bi izjave trinajstih izprašanih dobaviteljev, s katerimi je bil opravljen razgovor, tudi če ne bi izpolnila obveznosti zapisa, vsekakor pomenile indice.

203. V zvezi s tem menim, da sicer ni mogoče izključiti, da lahko podroben zapisnik, ki ga sestavi Komisija po razgovoru, opravljenem v skladu s členom 19 Uredbe št. 1/2003, in je vložen v spis, izpolnjuje zahteve obličnosti iz člena 3 Uredbe št. 773/2004, vendar to vsekakor ne more veljati, če oseba, ki je izjave podala, ni prejela kopije zapisnika in torej ni mogla potrditi njegove vsebine ali po potrebi popraviti svojih izjav. Drugačna razlaga bi bila v nasprotju s samim besedilom člena 3(3) Uredbe št. 773/2004, ki določa, da se „[k]opija kakršnega koli zapisa [...] posreduje v potrditev osebi, s katero je bil opravljen razgovor“, in da Komisija, če je potrebno, določi „rok, v katerem ji oseba, s katero vodi razgovor, lahko sporoči kakršne koli popravke k izjavi“.

204. Menim, da drugačne razlage ni mogoče posredno izpeljati iz točke 92 sodbe Intel, v kateri je Sodišče preučevalo, ali je mogoče šteti, da je bil s tem, da je bil obdolženemu podjetju predložen interni zapisnik Komisije, v katerem je bila na kratko povzeta vsebina tem, obravnavanih med spornim razgovorom, popravljena pomanjkljivost, povezana z neobstojem formalnega zapisa o takih izmenjavah. Sodišče namreč na eni strani v tej točki ni obravnavalo vprašanja, ali je ta zapisnik lahko pomenil formalni zapis v skladu s členom 3(3) Uredbe št. 773/2004, ampak samo vprašanje, ali je mogoče z njim odpraviti kršitev povezanih določb tega člena in člena 19 Uredbe št. 1/2003. Na drugi strani je zgolj navedlo, da ni bilo v zadevnem zapisku navedeno nič glede vsebine razprav med tem razgovorom in glede narave informacij, ki jih je predložila oseba, s katero je bil opravljen razgovor, zato zadevno podjetje neodvisno od kakršnega koli drugega dejavnika z njim ni moglo dobiti elementov, potrebnih za uresničevanje svoje pravice do obrambe. Poleg tega je iz točk 95 in 96 sodbe Intel razvidno, da se Komisija pri dokazovanju kršitve ni oprla na zadevni zapisnik in da se je postavljalo zgolj vprašanje, ali so izjave iz spornega razgovora vsebovale razbremenilne elemente.

205. Nazadnje, v skladu z že navedenim v točki 143 teh sklepnih predlogov menim, da informacij, ki jih je Komisija pridobila med neustrezno zabeleženimi razgovori, opravljenimi za namene sprejetja sklepa o pregledu, ker so bile kršene določbe v zvezi z zapisom, ni mogoče uporabiti.

<sup>95</sup> Glej sodbo Intel (točka 94).

<sup>96</sup> Menim, da lahko Sodišče v okoliščinah obravnavane zadeve po potrebi celo nadomesti obrazložitev, tudi če to pomeni preučitev trditve, o kateri se Splošno sodišče ni izreklo.

### **G. Sklepna ugotovitev o pritožbi**

206. Glede na vse navedeno Sodišču predlagam, naj pritožbi ugodi in razveljavi točko 2 izreka izpodbijane sodbe.

### **V. Tožba**

207. Iz razlogov, navedenih zlasti v točkah od 144 do 163 in od 202 do 205 teh sklepnih predlogov, menim, da je očitek, ki sta ga pred Splošnim sodiščem navedli pritožnici in se nanaša na to, da Komisija ni izpolnila obveznosti zapisa, določene s členom 19 Uredbe št. 1/2003 in členom 3 Uredbe št. 773/2004, utemeljen ter da je treba indice, ki izhajajo iz razgovorov z dobavitelji, iz tega razloga zavrniti, ker vsebujejo formalno nepravilnost.

208. Iz spisa je razvidno, da so informacije, ki izhajajo iz teh razgovorov, bistveni indici, na katerih temeljita sporna sklepa, saj sporočilo direktorja združenja N – katerega dokazna vrednost je poleg tega omejena, saj vsebuje zgolj posredovane navedbe, ki ne izražajo osebnega in neposrednega poznavanja zadevnih poslovnih razmerij – in njegove priloge te informacije samo dopolnjujejo.

209. V teh okoliščinah je treba po mojem mnenju ugotoviti, da Komisija na datum sprejetja spornih sklepov ni imela dovolj resnih indicev za utemeljitev domnev, navedenih v členu 1(a) spornih sklepov, zato je treba sklepa v celoti razglasiti za nična.

### **VI. Predlog**

210. Glede na vse navedeno Sodišču predlagam, naj:

- razveljavi točko 2 izreka izpodbijane sodbe;
- razglasi za ničnen Sklep Komisije C(2017) 1057 final z dne 9. februarja 2017, s katerim je bilo družbi Intermarché in vsem družbam, ki jih ta družba neposredno ali posredno nadzoruje, odrejeno, da se podredijo pregledu v smislu člena 20(1) in (4) Uredbe Sveta (ES) št. 1/2003 z dne 16. decembra 2002 o izvajanju pravil konkurence iz členov [101 in 102 PDEU] (zadeva AT.40466 – Tute 1), in Sklep Komisije C(2017) 1361 final z dne 21. februarja 2017, s katerim je bilo družbi Mousquetaires in vsem družbam, ki jih ta družba neposredno ali posredno nadzoruje, odrejeno, da se podredijo pregledu v smislu člena 20(1) in (4) Uredbe št. 1/2003 (zadeva AT.40466 – Tute 1);
- Evropski komisiji naloži plačilo stroškov, vključno s stroški postopka pred Splošnim sodiščem, in
- odloči, da Svet Evropske unije nosi svoje stroške.