



## Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (fjärde avdelningen)

den 6 september 2013\*

”Konkurrens — Administrativt förfarande — Beslut om att genomföra en inspektion —  
Kommissionens inspektionsbefogenheter — Rätten till försvar — Proportionalitet —  
Motiveringsskyldighet”

I de förenade målen T-289/11, T-290/11 och T-521/11,

**Deutsche Bahn AG**, Berlin (Tyskland),

**DB Mobility Logistics AG**, Berlin,

**DB Energie GmbH**, Frankfurt am Main (Tyskland),

**DB Netz AG**, Frankfurt am Main,

**DB Schenker Rail GmbH**, Mainz (Tyskland),

**DB Schenker Rail Deutschland AG**, Mainz,

**Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS)**, Bodenheim (Tyskland),

företrädna av advokaterna W. Deselaers, O. Mross och J. Brückner,

sökande,

mot

**Europeiska kommissionen**, företrädd av L. Malferrari, N. von Lingen och R. Sauer, samtliga i  
egenskap av ombud,

svarande,

med stöd av

**Konungariket Spanien**, inledningsvis företrädd, i målen T-289/11 och T-290/11, av M. Muñoz Pérez,  
därefter, i målen T-289/11, T-290/11 och T-521/11, av S. Centeno Huerta, abogados del Estado,

av

**Europeiska unionens råd**, företrädd av M. Simm och F. Florindo Gijón, båda i egenskap av ombud,

och av

\* Rättegångsspråk: tyska.

**Eftas övervakningsmyndighet**, företrädd av X.A. Lewis, M. Schneider och M. Moustakali, samtliga i egenskap av ombud,

intervenienter,

angående talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2011) 1774 av den 14 mars 2011, K(2011) 2365 av den 30 mars 2011 och K(2011) 5230 av den 14 juli 2011 om att genomföra inspektioner i enlighet med artikel 20.4 i rådets förordning (EG) nr 1/2003, hos Deutsche Bahn AG och alla dess dotterbolag (ärendena COMP/39.678 och COMP/39.731)

meddelar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden I. Pelikánová samt domarna K. Jürimäe och M. van der Woude (referent),

justitiesekreterare: handläggaren K. Andová,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 9 april 2013,

följande

## Dom

### Bakgrund till tvisten

- 1 Sökandena, Deutsche Bahn AG, DB Mobility Logistics AG, DB Netz AG, DB Energie GmbH, Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS), DB Schenker Rail GmbH och DB Schenker Rail Deutschland AG, liksom samtliga juridiska personer vilka direkt eller indirekt kontrolleras av Deutsche Bahn utgör ett internationellt företag som bedriver verksamhet inom sektorn för nationella och internationella transporter av gods och passagerare, logistik och järnvägstransportsanknutna tjänster. Dotterbolagen i förevarande mål ägs direkt eller indirekt till 100 procent av Deutsche Bahn.

### *Den första inspektionen*

Det första inspektionsbeslutet

- 2 Genom beslut K(2011) 1774 av den 14 mars 2011 (ärendena COMP/39.678 och COMP/39.731) (nedan kallat det första inspektionsbeslutet) beslutade Europeiska kommissionen att Deutsche Bahn och samtliga juridiska personer vilka direkt eller indirekt kontrolleras av Deutsche Bahn skulle underkasta sig en inspektion i enlighet med artikel 20.4 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EGT L 1, s. 1).
- 3 Artikel 1 i det första inspektionsbeslutet har följande lydelse:

”Deutsche Bahn AG ... och samtliga juridiska personer vilka direkt eller indirekt kontrolleras av Deutsche Bahn, inklusive DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Schenker Rail GmbH och DB Schenker Rail Deutschland AG är skyldiga att underkasta sig en inspektion gällande vissa förfaranden – som kan strida mot artikel 102 FEUF och artikel 54 i EES-avtalet – inom sektorn för järnvägstransport och därtill knutna tjänster i de medlemsstater där de berörda dotterbolagen inom

DB-koncernen bedriver järnvägstransport av passagerare och gods, bland annat i Tyskland. Dessa förfaranden består i att andra dotterbolag i DB-koncernen eventuellt omotiverat blir förmånligt behandlade av DB Energie GmbH, genom bland annat ett rabattsystem för leverans av järnvägsel som gör det möjligt för DB-koncernen att hindra konkurrensen på marknaderna för järnvägstransport i efterföljande led.

Inspektionen kan äga rum i alla lokaler som tillhör koncernen Deutsche Bahn AG (bland annat i lokalerna tillhörande Deutsche Bahn AG, Potsdamer Platz 2, 10785 Berlin, Tyskland, Mobility Logistics AG, Potsdamer Platz 2, 10785 Berlin, Tyskland, DB Energie GmbH, Pfarrer-Perabo-Platz 2, 60326 Frankfurt am Main, Tyskland, DB Schenker Rail GmbH, Rheinstrasse 2, 55116 Mainz, Tyskland, DB Schenker Rail Deutschland AG, Rheinstrasse 2, 55116 Mainz, Tyskland).

Deutsche Bahn AG och samtliga juridiska personer vilka direkt eller indirekt kontrolleras av Deutsche Bahn AG, inklusive DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Schenker Rail GmbH och DB Schenker Rail Deutschland AG ska göra det möjligt för de tjänstemän och andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat att genomföra en inspektion, och för de tjänstemän som är anställda vid eller bemyndigade eller utsedda av den berörda medlemsstatens konkurrensmyndighet som bistår ovannämnda tjänstemän och personer, att bereda sig tillträde till företagets lokaler, mark och transportmedel under normala kontorstider. På begäran av ovannämnda tjänstemän och personer ska de juridiska personerna tillhandahålla räkenskaper och andra affärshandlingar, oavsett i vilken form de föreligger, för att granskas och de ska göra det möjligt för dessa att på plats granska dessa räkenskaper och andra handlingar samt göra eller erhålla alla former av kopior av eller utdrag ur dessa. De juridiska personerna ska tillåta att samtliga företagslokaler, räkenskaper eller handlingar förseglas så länge och i den omfattning det är nödvändigt för inspektionen. På begäran av ovannämnda tjänstemän och personer ska de juridiska personerna på plats omedelbart lämna förklaringar kring omständigheter som är kopplade till föremålet för och syftet med inspektionen, och de ska tillåta att företagets företrädare eller medarbetare lämnar sådana förklaringar. De juridiska personerna ska godta att dessa förklaringar protokollförs, oavsett i vilken form.”

- 4 I artikel 2 i det första inspektionsbeslutet angav kommissionen att inspektionen kunde inledas den 29 mars 2011. I artikel 3 i beslutet angavs att Deutsche Bahn och samtliga juridiska personer vilka direkt eller indirekt kontrolleras av Deutsche Bahn skulle delges inspektionsbeslutet omedelbart före inspektionen.
- 5 I motiveringen till det första inspektionsbeslutet anges följande:

”Kommissionen har uppgifter om att DB Energie har möjlighet att förmånsbehandla de berörda dotterbolagen i DB-koncernen som bedriver verksamhet på marknaden för järnvägstransport av gods och passagerare i de medlemsstater där dotterbolagen är verksamma, bland annat Tyskland, genom ett rabattsystem som avser leverans av järnvägsel. Denna förmånliga behandling skulle bland annat kunna vara ett resultat av hur det rabattsystem som DB Energie erbjuder är utformat och kan eventuellt inte motiveras ur ett objektivi perspektiv. Kommissionen har uppgifter om att DB Energie redan kan ha tillämpat liknande rabattsystem för leverans av järnvägsel, och detta sedan åtminstone år 2002. Vidare kan det inte uteslutas att DB Energie redan före denna tidpunkt tillämpade samma eller liknande rabattsystem. Det presumeras att den beskrivna affärsmetoden gör det möjligt för de berörda dotterbolagen i DB-koncernen att i de medlemsstater där dessa dotterbolag bedriver verksamhet inom järnvägstransport av passagerare och gods, bland annat i Tyskland, erhålla en fördel gentemot sina konkurrenter på marknaderna för järnvägstransport i efterföljande led. DB-koncernen förmodas på detta sätt kunna hindra konkurrensen på nämnda marknader. De ovan beskrivna beteendena strider, om de kan fastställas, mot artikel 102 FEUF och artikel 54 i EES-avtalet.

Det är nödvändigt för kommissionen att genomföra inspektioner med stöd av artikel 20 i förordning nr 1/2003 för att kunna pröva samtliga relevanta omständigheter kring de förmodade samordnade förfarandena och det allmänna sammanhanget och för att kunna avgöra exakt i vilken omfattning som var och en av de berörda juridiska personerna har varit delaktig.

Besluten om prissättning inom DB-koncernen har troligtvis fattats på olika nivåer inom företaget. Det är dessutom troligt att det även går att hitta relevant bevisning hos de dotterbolag i DB-koncernen som troligtvis åtnjuter de fördelaktiga, eventuellt omotiverat fördelaktiga, priserna, vilka gör det möjligt att hindra konkurrensen inom marknaderna för järnvägstransport. Det finns alltså uppgifter som tyder på att bevisning kan hittas på samtliga platser som uppges i artikel 1 i förevarande beslut.

Enligt kommissionens uppgifter har det prissystem som DB Energie tidigare tillämpade på de tyska marknaderna för järnvägstransport av passagerare och gods redan varit föremål för tvister med reglerings- och konkurrensmyndigheterna i Tyskland. Följaktligen vet de berörda juridiska personerna att reglerings- och konkurrensmyndigheterna kontrollerar deras prissättningssystem. Kommissionen har dessutom tidigare konstaterat att DB-koncernens förfaranden för prissättning stred mot artikel 102 FEUF, vilket Europeiska unionens domstolar har fastställt. De berörda juridiska personerna skulle därför kunna försöka undanhålla bevisning eller förneka att bevisning har ett samband med förevarande förfaranden för att undvika att kommissionen upptäcker att eventuella otillåtna förfaranden används i fråga om prissättning.

För att säkerställa att inspektionerna är effektiva är det av största vikt att de genomförs utan att i förväg underrätta de juridiska personer som förmodas ha deltagit i överträdelsen och att inspektionerna sker på flera platser samtidigt.

Därför är det nödvändigt att fatta ett beslut om att genomföra en inspektion av de juridiska personerna i enlighet med artikel 20.4 i förordning nr 1/2003.”

#### Genomförandet av den första inspektionen

- 6 På morgonen den 29 mars 2011 infann sig 32 tjänstemän från kommissionen vid sökandenas lokaler i Berlin (Tyskland), Frankfurt am Main (Tyskland) och Mainz (Tyskland) och delgav dem det första inspektionsbeslutet, fattat med stöd av artikel 20.4 i förordning nr 1/2003.
- 7 Sökandena kontaktade sina advokater som närvarade vid inspektionen redan från den första dagen. Sökandena gjorde varken några invändningar mot inspektionen eller påtalade att det saknades tillstånd meddelat av en rättslig myndighet. Sökandena motsatte sig inte heller inspektionen enligt artikel 20.6 i förordning nr 1/2003 efter det att beslutet hade delgetts. Kommissionen begärde därför inte vid något tillfälle bistånd från medlemsstatens myndigheter enligt samma artikel.
- 8 Efter delgivningen av det första inspektionsbeslutet, undertecknade företrädare för företaget delgivningsrapporten. Företrädarna överlämnade organisationsplaner och företagets telefonkataloger till inspektörerna, de besvarade frågor angående vissa anställdas identitet, de följde med inspektörerna till dessa personers kontor och de gjorde inga invändningar mot att kontoren genomsöktes. De akter som fanns på kontoren granskades, ibland i sin helhet. Inspektörerna sökte även efter elektroniska dokument, såsom e-postmeddelanden, på grundval av vissa sökord.
- 9 Mellan den 29 mars 2011 på morgonen och den 31 mars 2011 omkring klockan 14 hittade kommissionens inspektörer, i de lokaler som tillhörde DB Schenker Rail Deutschland i Mainz, handlingar som kommissionen ansåg tydde på ett annat konkurrensbegränsande beteende. Syftet med det konkurrensbegränsande beteendet var att på området för järnvägstransport diskriminera konkurrenter via den infrastruktur som sökandena förvaltade och via vissa därtill knutna tjänster. Om det fanns ett uppenbart samband mellan en handling och dessa nya misstankar sparades den för sig.

- 10 Kommissionen ansåg att det var nödvändigt att inleda en utredning om DUSS vilket ledde till ett andra inspektionsbeslut.
- 11 Den första inspektionen hos Deutsche Bahn och DB Mobility Logistics i Berlin avslutades den 31 mars 2011.

### *Den andra inspektionen*

Det andra inspektionsbeslutet

- 12 Genom beslut K(2011) 2365 av den 30 mars 2011 (ärendena COMP/39.678 och COMP/39.731) (nedan kallat det andra inspektionsbeslutet) beslutade kommissionen att Deutsche Bahn och samtliga juridiska personer vilka direkt eller indirekt kontrolleras av Deutsche Bahn skulle underkasta sig en inspektion i enlighet med artikel 20.4 i rådets förordning (EG) nr 1/2003.
- 13 Artikel 1 i det andra inspektionsbeslutet har följande lydelse:
- ”Deutsche Bahn AG ... och samtliga juridiska personer vilka direkt eller indirekt kontrolleras av Deutsche Bahn, inklusive DB Mobility Logistics AG, DB Netz AG, Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH, DB Schenker Rail GmbH och DB Schenker Rail Deutschland AG är skyldiga att underkasta sig en inspektion gällande vissa förfaranden – som kan strida mot artikel 102 FEUF och artikel 54 i EES-avtalet – inom sektorn för järnvägstransport och därtill knutna tjänster i de medlemsstater där de berörda dotterbolagen i DB-koncernen bedriver järnvägstransport, bland annat Tyskland. Dessa förfaranden består i att Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße (DUSS) mbH eventuellt omotiverat diskriminerar konkurrenter till DB-koncernen för att hindra konkurrensen på marknaderna för järnvägstransport i efterföljande led. Inspektionen kan äga rum i alla lokaler som tillhör Deutsche Bahn AG ...”
- 14 I artikel 2 i det andra inspektionsbeslutet angav kommissionen att inspektionen kunde inledas den 30 mars 2011. I artikel 3 i nämnda beslut angav kommissionen att Deutsche Bahn och samtliga juridiska personer vilka direkt eller indirekt kontrolleras av Deutsche Bahn skulle delges inspektionsbeslutet omedelbart före inspektionen.
- 15 I motiveringen till det andra inspektionsbeslutet anges följande:

”Mot bakgrund av de uppgifter som kommissionen redan förfogar över har kommissionen uppgifter om att DUSS kan missgynna konkurrenter på marknaden för järnvägstransport i Tyskland genom att försvåra konkurrenternas tillträde till DB:s terminaler eller genom att diskriminera dem, varigenom DUSS kan missbruka sin dominerande ställning på marknaden. Detta skulle bland annat kunna vara ett resultat av att DUSS ger ett olämpligt tillträde till terminalerna, tillhandahåller tjänster som är mindre effektiva eller nekar tillträde till terminalerna. Kommissionen har uppgifter om att dessa förfaranden tillämpas sedan år 2007. Det förmodas att den beskrivna affärsmetoden gör det möjligt för de berörda dotterbolagen i DB-koncernen att i de medlemsstater där dessa dotterbolag bedriver verksamhet inom järnvägstransport, bland annat i Tyskland, erhålla en fördel gentemot sina konkurrenter på marknaden för järnvägstransporter i efterföljande led. DB-koncernen kan på detta sätt hindra konkurrensen på nämnda marknader ...

Vid de inspektioner som kommissionen genomförde den 29 mars 2011 i DB-koncernens lokaler för att leta efter bevis på eventuella otillåtna prissättningar, fick kommissionen information om att juridiska personer i DB-koncernen hade bevis rörande otillåten prissättning i sin besittning. De berörda juridiska personerna skulle därför kunna försöka dölja, undanhålla eller förstöra dessa eller andra bevis avseende nämnda förfaranden för att undvika att kommissionen upptäcker eventuella otillåtna förfaranden.

Under ovannämnda inspektioner fick kommissionen dessutom information om förekomsten av bevis rörande ett eventuellt konkurrensbegränsande beteende gällande strategisk användning av den infrastruktur som förvaltas av bolagen i DB-koncernen och tillhandahållande av järnvägstjänster. Detta förmodade beteende avser framför allt tillträde till underhålls- och reparationsanläggningar och tillhandahållande av därtill hörande tjänster. Sådana beteenden verkar syfta till att hindra eller göra det svårare för konkurrenter till DB-koncernen att bedriva verksamhet inom järnvägstransportsektorn.

...”

#### Genomförandet av den andra inspektionen

- 16 Under den första inspektionen delgav kommissionen sökandena, den 31 mars 2011 omkring klockan 14, det andra inspektionsbeslutet av den 30 mars 2011.
- 17 Sökandena, som hade sina advokater närvarande, gjorde varken några invändningar mot det andra inspektionsbeslutet eller påtalade att det saknades tillstånd meddelat av en rättslig myndighet. Sökandena motsatte sig inte heller inspektionen enligt artikel 20.6 i förordning nr 1/2003 efter det att beslutet hade delgetts. Kommissionen begärde således inte vid något tillfälle bistånd från medlemsstatens myndigheter enligt samma artikel 20.6.
- 18 Den andra inspektionen avslutades hos DB Schenker Rail Deutschland i Mainz den 1 april 2011.

#### *Den tredje inspektionen*

##### Det tredje inspektionsbeslutet

- 19 Genom beslut K(2011) 5230 av den 14 juli 2011 (ärendena COMP/39.678 och COMP/39.731) (nedan kallat det tredje inspektionsbeslutet) beslutade kommissionen att Deutsche Bahn och samtliga juridiska personer vilka direkt eller indirekt kontrolleras av Deutsche Bahn skulle underkasta sig en inspektion i enlighet med artikel 4 i förordning nr 1/2003.
- 20 Artikel 1 i det tredje inspektionsbeslutet har följande lydelse:

”Deutsche Bahn AG ... och samtliga juridiska personer vilka direkt eller indirekt kontrolleras av Deutsche Bahn, inklusive Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Strasse (DUSS) mbh, DB Netz AG, DB Schenker Rail GmbH och DB Schenker Rail Deutschland AG är skyldiga att underkasta sig en inspektion gällande vissa förfaranden – som kan strida mot artikel 102 FEUF och artikel 54 i EES-avtalet – inom området för järnvägstransport och därtill knutna tjänster i de medlemsstater där de berörda dotterbolagen inom DB-koncernen bedriver järnvägstransport, bland annat Tyskland. Dessa förfaranden består i att Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Strasse GmbH (DUSS) mbH eventuellt omotiverat diskriminerar konkurrenter till DB-koncernen varigenom DB-koncernen kan hindra konkurrensen på marknaderna för järnvägstransport i efterföljande led och således skapa en konkurrensnackdel för konkurrenterna.

Inspektionen kan äga rum i alla lokaler som tillhör koncernen Deutsche Bahn AG ...”

- 21 I artikel 2 i det tredje inspektionsbeslutet angav kommissionen att inspektionen kunde inledas den 26 juli 2011. I artikel 3 i beslutet uppgav kommissionen att Deutsche Bahn och samtliga juridiska personer vilka direkt eller indirekt kontrolleras av Deutsche Bahn skulle delges inspektionsbeslutet omedelbart före inspektionen.

22 I motiveringen till det tredje inspektionsbeslutet anges följande:

”Kommissionen har inlett en utredning gällande ett eventuellt konkurrensbegränsande system bestående i strategisk användning av den infrastruktur som förvaltas av bolagen i DB-koncernen. I detta förmodade system ingår förfaranden som avser tillträde till terminalerna samt prisbildning gällande terminalerna och därtill knutna tjänster. Syftet med dessa förfaranden kan vara att hindra, försvåra eller göra det mer kostsamt för DB-koncernens konkurrenter, vilka behöver tillträde till den aktuella infrastrukturen, att bedriva verksamhet inom sektorn för järnvägstransport. Inom ramen för undersökningarna genomförde kommissionen, den 29 mars–den 1 april 2011, inspektioner i lokaler tillhörande bolagen DB AG, DB Mobility Logistics AG, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail DE och DB Energie GmbH.

På grundval av de uppgifter som kommissionen redan förfogar över inklusive bland annat de uppgifter som erhöles under nämnda inspektioner, har kommissionen samlat in uppgifter som visar att DUSS kan missgynna konkurrenter på marknaden för järnvägstransport i Tyskland genom att hindra, försvåra och göra tillträdet till terminalerna mer kostsamt, bland annat genom att ge ett tillträde till terminalerna som är olämpligt eller dyrare, genom att erbjuda tjänster som är mindre effektiva eller dyrare, eller genom att neka tillträde till terminalerna eller till vissa därtill knutna tjänster. Sådana förfaranden är eventuellt inte objektivt motiverade. Kommissionen har uppgifter som tyder på att vissa av dessa förfaranden åtminstone har pågått sedan år 2007. Kommissionen har dessutom tagit del av en handling som visar att DUSS eventuellt gav DB Schenker Rail DE en ”dold rabatt”. Enligt handlingen tillämpades rabatten fortfarande år 2010. Kommissionen har inga indikationer på när denna rabatt började gälla.

Det förmodas att de aktuella dotterbolagen i DB-koncernen, i synnerhet DB Schenker Rail DE, tack vare dessa förfaranden får en konkurrensfördel gentemot sina konkurrenter på marknaderna i efterföljande led för järnvägstransport i de medlemsstater där dessa dotterbolag i DB-koncernen bedriver verksamhet inom järnvägstransport, bland annat Tyskland, och att DB-koncernen därigenom kan hindra konkurrensen på nämnda marknader.”

#### Genomförandet av den tredje inspektionen

23 Omkring klockan 9.30 den 26 juli 2011 infann sig tjänstemän från kommissionen i DUSS lokaler och överlämnade det tredje inspektionsbeslutet till sökandena, vilket hade fattats med stöd av artikel 20.4 i förordning nr 1/2003.

24 Sökandena, som hade sina advokater närvarande, gjorde varken några invändningar mot det tredje inspektionsbeslutet eller påtalade att det saknades tillstånd meddelat av en rättslig myndighet. Sökandena motsatte sig inte heller inspektionen enligt artikel 20.6 i förordning nr 1/2003 efter det att beslutet underrättades. Kommissionen begärde således inte vid något tillfälle bistånd från medlemsstatens myndigheter enligt samma artikel 20.6.

25 Den tredje inspektionen avslutades den 29 juli 2011.

#### Förfarandet och parternas yrkanden

26 Sökanden har, genom ansökningar som inkom till tribunalens kansli den 10 juni respektive den 5 oktober 2011, väckt talan i förevarande mål.

27 Genom beslut av den 12 januari, den 31 januari och den 12 mars 2012 tilläts Europeiska unionens råd, Eftas övervakningsmyndighet och Konungariket Spanien intervensera i målen T-289/11, T-290/11 och T-521/11 till stöd för kommissionen och Eftas övervakningsmyndighet tilläts använda engelska som språk under det skriftliga och det muntliga förfarandet.

- 28 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (fjärde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet. Som en åtgärd för processledning i enlighet med artikel 64 i tribunalens rättegångsregler ställde tribunalen skriftliga frågor till parterna och uppmanade dem vid två tillfällen att inkomma med vissa handlingar. Parterna efterkom begäran inom utsatt frist.
- 29 Ordföranden på tribunalens fjärde avdelning förenade genom beslut av den 22 januari 2013 målen T-289/11, T-290/11 och T-521/11 vad gäller det muntliga förfarandet och domen.
- 30 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens frågor vid förhandlingen den 9 april 2013.
- 31 Sökandena har yrkat att tribunalen ska
- ogiltigförklara kommissionens första, andra och tredje inspektionsbeslut,
  - i andra hand bifalla invändningen om rättsstridighet avseende artikel 20.4-20.8 i förordning nr 1/2003,
  - ogiltigförklara alla åtgärder som vidtagits till följd av de inspektioner som genomfördes på grundval av det första, det andra och det tredje inspektionsbeslutet,
  - förplikta kommissionen att återlämna samtliga kopior på dokument som tagits i samband med inspektionen, vid äventyr av att tribunalen ogiltigförklarar kommissionens kommande beslut,
  - förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.
- 32 Kommissionen har med stöd av Konungariket Spanien yrkat att tribunalen ska
- ogilla talan, och
  - förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.
- 33 Rådet har yrkat att tribunalen ska
- ogilla talan i de tre målen i den del de grundar sig på invändningen om rättsstridighet avseende artikel 20.4–20.8 i förordning nr 1/2003,
  - besluta om rättegångskostnaderna.
- 34 Eftas övervakningsmyndighet har yrkat att tribunalen ska
- ogilla talan i de tre målen.

### **Rättslig bedömning**

- 35 Sökandena har åberopat fem grunder till stöd för talan.
- 36 Den första grunden avser åsidosättande av sökandenas grundläggande rätt till respekt för hemmets okränkbarhet (artikel 7 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (EUT C 83, 2010, s. 389) och artikel 8 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, som undertecknades i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen), eftersom det inte fanns något förhandstillstånd från en rättslig myndighet. Den andra grunden avser sökandenas rätt till ett effektivt rättsmedel (artikel 47 i stadgan om de



grundläggande rättigheterna och artikel 6 i Europakonventionen), eftersom det inte fanns något förhandstillstånd från en rättslig myndighet och eftersom inspektionsbesluten inte, vare sig i faktiskt eller rättsligt hänseende, prövades av någon sådan myndighet inom skälig tid.

- 37 I samband med repliken har sökandena, som svar på en skriftlig fråga från tribunalen, i andra hand – för det fall tribunalen skulle finna att det inte enligt nämnda förordning krävs ett förhandstillstånd från en rättslig myndighet – till stöd för den första grunden anfört en invändning om rättsstridighet avseende artikel 20.4–20.8 i förordning nr 1/2003.
- 38 Såvitt avser den tredje grunden har sökandena gjort gällande att kommissionen har åsidosatt rätten till försvar, eftersom det andra och det tredje inspektionsbeslutet meddelades med stöd av uppgifter som hade erhållits rättsstridigt vid den första inspektionen. Enligt sökandena letade kommissionen medvetet efter uppgifter om DUSS vid den första inspektionen, trots att nämnda inspektion endast omfattade bevismaterial angående leverans av elektricitet för järnväg (nedan kallad leverans av järnvägsel).
- 39 Den fjärde grunden avser åsidosättande av rätten till försvar, med hänvisning till att beskrivningen av föremålet för inspektionen i artikel 1 i vart och ett av de tre inspektionsbesluten var alltför vid, särskilt vad beträffar det påstådda beteendets art, marknadens geografiska omfattning och de förmodade överträdelsernas varaktighet.
- 40 Såvitt avser den femte grunden, som delvis är densamma för de tre målen, har sökandena gjort gällande att proportionalitetsprincipen har åsidosatts. Sökandena har härvid i huvudsak hävdat att kommissionen gick utöver vad som var ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå det mål som eftersträvades.
- 41 Kommissionen anser att de fem grunder som har åberopats till stöd för det första yrkandet ska avvisas och/eller att talan under alla omständigheter inte kan bifallas såvitt avser dessa grunder. Kommissionen anser att det andra, tredje och fjärde yrkandet ska avvisas.

*Den första grunden: Åsidosättande av rätten till hemmets okränkbarhet, med hänvisning till att det inte fanns något förhandstillstånd från en rättslig myndighet*

- 42 Sökandena har som första grund gjort gällande att då de tre inspektionsbesluten fattades utan något förhandstillstånd från en rättslig myndighet, så har inte de garantier iakttagits som säkerställs genom principen om hemmets okränkbarhet såsom denna föreskrivs i artikel 7 i stadgan om de grundläggande rättigheterna och i artikel 8 i Europakonventionen.
- 43 I samband med repliken har sökandena i andra hand, för det fall tribunalen anser att det inte enligt förordning nr 1/2003 krävs ett förhandstillstånd från en rättslig myndighet och att kommissionen därmed inte kunde ansöka om ett sådant tillstånd, anfört en invändning om rättsstridighet avseende artikel 20.4–20.8 i förordning nr 1/2003.
- 44 Kommissionen anser att den första grunden och invändningen om rättsstridighet ska avvisas eller att sökandenas talan i vart fall inte kan bifallas i denna del.

Upptagande till sakprövning

- 45 Kommissionen har anfört två invändningar om rättegångshinder.
- 46 För det första anser kommissionen, med stöd av Konungariket Spanien, att den första grunden, som åberopats till stöd för det första yrkandet om ogiltigförklaring av de tre inspektionsbesluten, i huvudsak är verkningslös och att den därmed, med beaktande av fast rättspraxis (domstolens dom av

den 17 oktober 1989 i de förenade målen 97/87-99/87, Dow Chemical Ibérica m.fl. mot kommissionen, REG 1989, s. 3165, punkterna 40 och 41, och förstainstansrättens dom av den 8 mars 2007 i mål T-339/04, France Télécom mot kommissionen, REG 2007, s. II-521, punkt 54) inte kan tas upp till sakprövning. Även om det antogs att talan kunde bifallas på denna grund, påverkar den enligt kommissionen endast lagenligheten av genomförandet av inspektionen och inte lagenligheten av själva inspektionsbeslutet.

- 47 I detta avseende konstaterar tribunalen inledningsvis att kommissionen i sina skrivelser felaktigt har dragit en parallell mellan en verkningslös grund eller invändning och möjligheten att pröva grunden eller invändningen i sak. Att slå fast att en grund eller en invändning är verkningslös innebär nämligen att man anser – utan att pröva den i sak – att den inte kan påverka målets utgång. En grund eller en invändning som ska avvisas har däremot åberopats under sådana förutsättningar att det inte är möjligt för domstolen att pröva den i sak, även om den skulle kunna påverka målets utgång. I motsats till vad kommissionen har påstått kan således den omständigheten att ett argument är verkningslöst under alla förhållanden inte innebära att det ska avvisas.
- 48 Vidare grundar sig kommissionens argumentation om att sökandenas argument är verkningslösa på en felaktig tolkning av den första grunden.
- 49 I domen i de ovan i punkt 46 nämnda förenade målen Dow Chemical Ibérica m.fl. mot kommissionen (punkterna 40 och 41) och domen i det ovan i punkt 44 nämnda målet France Télécom mot kommissionen (punkt 54), som kommissionen har hänvisat till i sin argumentation, erinrade unionsdomstolen om att lagenligheten av en rättsakt enligt fast rättspraxis ska bedömas i förhållande till de faktiska och rättsliga omständigheter som rådde den dag då rättsakten antogs och om att det sätt på vilket ett inspektionsbeslut tillämpats följaktligen inte påverkar dess lagenlighet.
- 50 Genom den första grunden har sökandena dock begärt att tribunalen ska fastställa ett nytt formellt krav som påverkar lagenligheten av inspektionsbesluten. Om, enligt sökandenas formulering, ett inspektionsbeslut måste vara "knutet till" eller "förenat" med ett tillstånd ska den första grunden nämligen förstås så att kommissionen lagenligt endast kan anta inspektionsbeslut som föreskriver att ett förhandstillstånd från en rättslig myndighet ska inhämtas.
- 51 Under dessa omständigheter kan kommissionens argument inte godtas, eftersom sökandenas grund varken är verkningslös eller ska avvisas.
- 52 Vad för det andra gäller den invändning om rättsstridighet som åberopades i samband med repliken, anser kommissionen, med stöd av Eftas övervakningsmyndighet, att den enligt artikel 48.2 i rättegångsreglerna har åberopats försent.
- 53 Rådet anser att invändningen om rättsstridighet endast kan tas upp till sakprövning i den del den avser artikel 20.4 i förordning nr 1/2003, som är den rättsliga grunden för inspektionsbesluten. Då det inte finns något samband mellan artikel 20.5 i nämnda förordning och de faktiska omständigheterna och då sökandena inte formellt motsatte sig inspektionen kan invändningen om rättsstridighet avseende artikel 20.5–20.8 i förordningen följaktligen inte tas upp till sakprövning.
- 54 Sökandena har bestritt att invändningen om rättsstridighet åberopades försent, eftersom de precis hade formulerat förstahandsyrkandet.
- 55 Tribunalen konstaterar att sökandena genom det första yrkandet underförstått har ifrågasatt lagenligheten av förordning nr 1/2003, med stöd av vilken beslutet antogs. Då förordning nr 1/2003 inte uttryckligen föreskriver en skyldighet för kommissionen att inhämta tillstånd från tribunalen eller någon nationell domstol, strider nämnda förordning enligt sökandena mot bestämmelserna i stadgan om de grundläggande rättigheterna och Europakonventionen, såsom de har tolkats av Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen). Tribunalen konstaterar att

den invändning om rättsstridighet som uttryckligen har framförts i repliken således utgör, i motsats till vad kommissionen och Eftas övervakningsmyndighet har hävdad, en utvidgning, i punkt 17 i repliken, av en grund som underförstått, men tydligt, hade åberopats i ansökan (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 18 november 2004 i mål T-176/01, Ferriere Nord mot kommissionen, REG 2004, s. II-3931, punkt 136 och där angiven rättspraxis).

- 56 Som rådet har anfört kan en invändning om rättsstridighet som framställs under rättegången i enlighet med 277 FEUF, i samband med att lagenligheten av ett beslut bestrids, endast tas upp till sakprövning om det finns ett samband mellan den omtvistade rättsakten och den bestämmelse vars lagenlighet har ifrågasatts. Syftet med artikel 277 FEUF är inte att göra det möjligt för en part att ifrågasätta tillämpligheten av vilken rättsakt med allmän giltighet som helst till stöd för vilken talan som helst. Räckvidden av en invändning om rättsstridighet är därför begränsad till vad som är nödvändigt för prövningen av målet. Det framgår härav att den rättsakt med allmän giltighet vars lagenlighet ifrågasatts ska vara direkt eller indirekt tillämplig på det fall som är föremål för talan och det ska föreligga ett direkt rättsligt samband mellan det individuella beslut som ifrågasatts och den berörda rättsakten (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 26 oktober 1993 i de förenade målen T-6/92 och T-52/92, Reinartz mot kommissionen, REG 1993, s. II-1047, punkt 57 och där angiven rättspraxis).
- 57 I förevarande fall antogs det första, det andra och det tredje inspektionsbeslutet endast med stöd av artikel 20.4 i förordning nr 1/2003. Det saknas samband mellan artikel 20.5 i nämnda förordning och förevarande mål, och eftersom sökandena inte motsatte sig inspektionerna fanns det ingen anledning att använda den mekanism som föreskrivs i artikel 20.6–20.8 i förordning nr 1/2003.
- 58 Under dessa omständigheter kan invändningen om rättsstridighet endast upptas till sakprövning i den del som rör artikel 20.4 i förordning nr 1/2003.

#### Prövning i sak

- 59 För det första grundar sig sökandena, till stöd för sin åsikt att ett inspektionsbeslut som inte är knutet till eller förenat med ett förhandstillstånd från en rättslig myndighet strider mot deras rättigheter i artikel 7 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, på utvecklingen av Europadomstolens praxis, och särskilt dom av den 16 december 2002 i målet Société Colas Est m.fl. mot Frankrike (*Recueil des arrêts et décisions*, 2002-III), av den 21 december 2010 i målet Société Canal Plus m.fl. mot Frankrike (ansökan 29408/08) och av den 5 maj 2011 i målet Société Métallurgique Liotard Frères mot Frankrike (ansökan 29598/08). Enligt sökandena har Europadomstolen även funnit att inspektioner som genomförs utan förhandstillstånd från en rättslig myndighet är oproportionerliga i förhållande till det syfte som eftersträvas.
- 60 Enligt sökandena är ett förhandstillstånd från en rättslig myndighet redan nödvändigt i de flesta medlemsstater, däribland Tyskland. De har dessutom påpekat att ett sådant tillstånd redan krävs när det gäller de lokaler som avses i artikel 21.3 i förordning nr 1/2003. I nuläget bestämmer kommissionen ensam om sitt agerande vid inspektioner av ett företags lokaler.
- 61 Sökandena har för det andra gjort gällande att kravet att visa upp ett förhandstillstånd från en rättslig myndighet inte kan vara begränsat till de fall då företaget motsätter sig inspektionen, i den mening som avses i artikel 20.6 i förordning nr 1/2003. Sökandena anser nämligen att de grundläggande rättigheterna åsidosätts när kommissionens tjänstemän går in hos företaget. Företaget har varken tid eller möjlighet att kontrollera huruvida inspektionen är proportionerlig när kommissionens tjänstemän anländer. Kommissionen har dessutom befogenhet att direkt vidta tvångsåtgärder såsom försegling av utrymmen eller böter. Det förblir även en teoretisk möjlighet att motsätta sig en inspektion eller ett olämpligt beteende från kommissionens tjänstemäns sida, med beaktande av risken för att åläggas böter enligt artikel 23.1 c i förordning nr 1/2003. Detta framgår enligt sökandena dels av det

förfarande som kommissionen rättsstridigt har inlett mot Sanofi Aventis (se handling från kommissionen med beteckningen MEMO/08/357 av den 2 juni 2008) för att vidta sanktionsåtgärder mot det berörda företaget för att ha velat motsätta sig inspektionen, dels av händelserna under den första inspektionen, då kommissionens tjänstemän hotade att stänga ned sökandenas datasystem om de inte erhöll lösenorden till e-postkonton tillhörande vissa av sökandenas anställda.

- 62 I repliken har sökandena anfört att det framgår av Europadomstolens praxis att avsaknaden av förhandstillstånd från en rättslig myndighet endast kan motiveras, inom straffrättens område, av att det råder omedelbar fara samt att förordning nr 1/2003 dessutom skulle vara rättsstridig om den inte möjliggjorde inhämtande av förhandstillstånd.
- 63 Kommissionen har bestritt sökandenas samtliga argument.
- 64 Inledningsvis konstaterar tribunalen att det i syfte att pröva den första grunden är nödvändigt att fastställa huruvida det system som har inrättats genom förordning nr 1/2003 är förenligt med de grundläggande rättigheterna. Tribunalen anser följaktligen att sakprövningen av invändningen om rättsstridighet, i den del artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 avses, ska göras i samband med prövningen av den första grunden.
- 65 Utövandet av kommissionens befogenheter enligt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 att genomföra inspektioner hos ett företag utgör en uppenbar inskränkning av företagets rätt till sitt privatliv, sitt hem och sin korrespondens. Detta har inte bestritts av kommissionen eller de intervenerande parterna i förevarande mål. Frågan är således huruvida avsaknaden av förhandstillstånd från en rättslig myndighet nödvändigtvis innebär att den förvaltningsrättsliga inskränkningen är rättsstridig och, i så fall, huruvida det system som har inrättats genom förordning nr 1/2003 ger ett tillräckligt skydd när det saknas förhandstillstånd från en rättslig myndighet.
- 66 Europadomstolen har i sin nyare praxis (dom av den 15 februari 2011 i målet Harju mot Finland, ansökan 56716/09, punkterna 40 och 44, och av den 15 februari 2011 i målet Heino mot Finland, ansökan 56715/09, punkterna 40 och 44) betonat att det är än viktigare att granska garantierna när inspektionerna kan genomföras utan förhandstillstånd från en rättslig myndighet. Europadomstolen har därvid även tydligt fastställt principen att avsaknaden av ett sådant förhandstillstånd kan kompenseras med en fullständig prövning efter inspektionen.
- 67 Mot bakgrund av denna praxis kan följaktligen inte avsaknaden av ett förhandstillstånd från en rättslig myndighet i sig innebära att en inskränkning i den mening som avses i artikel 8 i Europakonventionen är rättsstridig.
- 68 Sökandenas argument i syfte att relativisera räckvidden av Europadomstolens domar i de ovan i punkt 66 nämnda målen Harju mot Finland och Heino mot Finland påverkar inte denna bedömning.
- 69 Enligt sökandena framgår det av domarna i dessa mål att avsaknaden av ett förhandstillstånd från en rättslig myndighet endast kan vara motiverad i en situation där det råder omedelbar fara, för att hindra ett pågående brott.
- 70 Tribunalen påpekar emellertid, i likhet med kommissionen, att punkt 31 i Europadomstolens dom i det ovan i punkt 66 nämnda målet Harju mot Finland, som sökandena har hänvisat till såsom stöd för att visa vikten av att det ska råda omedelbar fara, finns i den del av domen där svarandens argumentation sammanfattas och inte i den del som omfattar Europadomstolens bedömning. Vidare grundar sig Europadomstolen i sin bedömning inte alls på, i motsats till vad sökandena har hävdats, att det ska råda omedelbar fara. Förekomsten av omedelbar fara är för övrigt inte heller en omständighet av avgörande betydelse i Europadomstolens dom av den 14 januari 2012 i målet Mastepan mot Ryssland (ansökan 3708/03), eller av den 1 april 2008 i målet Varga mot Rumänien (ansökan 73957/01). Som

kommissionen har påpekat förstärker slutligen den omständigheten att Europadomstolens domar i de ovan i punkt 66 nämnda målen Harju mot Finland och Heino mot Finland avser straffrätt deras relevans för de förevarande målen.

- 71 De argument som sökandena har anfört i syfte att visa att den lösning som Europadomstolen valde i domen i det ovan i punkt 59 nämnda målet Société Colas Est mot Frankrike är tillämplig i sin helhet i de nu aktuella målen kan inte heller godtas.
- 72 Det framgår nämligen av domen i det målet, särskilt av punkt 49, att avsaknaden av ett förhandstillstånd endast är en av de omständigheter som Europadomstolen beaktar för att avgöra om artikel 8 i Europakonventionen har åsidosatts. Europadomstolen beaktade särskilt omfattningen av den behöriga myndighetens befogenheter, omständigheterna runt inskränkningen och den omständigheten att det dåvarande systemet endast föreskrev ett begränsat antal garantier. Denna situation skiljer sig från den situation som gäller enligt unionsrätten (se punkterna 74–99 nedan).
- 73 Även om avsaknaden av ett förhandstillstånd från en rättslig myndighet inte i sig skulle innebära, i motsats till vad sökandena har hävdats, att inskränkningen är rättsstridig ska det prövas om det system som har inrättats genom förordning nr 1/2003 – särskilt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 och det sätt på vilket artikeln tillämpades genom antagandet av de tre inspektionsbesluten – var förenat med lämpliga och tillräckliga garantier motsvarande en tillräckligt strikt reglering av kommissionens befogenheter. Europadomstolen har nämligen upprepade gånger angett att en godtagbar nivå på skyddet mot inskränkningar som strider mot artikel 8 i Europakonventionen förutsätter en strikt rättslig ram och strikta begränsningar (Europadomstolens domar i de ovan i punkt 66 nämnda målen Harju mot Finland, punkt 39, och Heino mot Finland, punkt 40, domen i det ovan i punkt 70 nämnda målet Varga mot Rumänien, punkt 70, och domen i det ovan i punkt 59 nämna målet Société Canal Plus m.fl. mot Frankrike, punkt 54).
- 74 Det finns fem kategorier av garantier. Den första kategorin gäller motiveringen av inspektionsbeslutet. Den andra avser de begränsningar som gäller för kommissionen under genomförandet av inspektionen. Den tredje kategorin handlar om att kommissionen inte med tvång kan genomföra en inspektion. Den fjärde kategorin avser ingripande från nationella myndigheter och den femte kategorin avser rättsmedel som kan användas i efterhand.
- 75 Vad för det första gäller motiveringen av ett inspektionsbeslut framgår det av rättspraxis att denna har till syfte att visa att det ingripande som ska genomföras i de berörda företagens lokaler är motiverat (se domen i det ovan i punkt 44 nämnda målet France Télécom mot kommissionen, punkt 57 och där angiven rättspraxis). Beslutet ska vidare överensstämja med bestämmelserna i artikel 20.4 i förordning nr 1/2003. Beslutet ska således ange föremålet för och syftet med inspektionen, fastställa när denna ska börja och ange de påföljder som föreskrivs i artiklarna 23 och 24 i nämnda förordning samt innehålla en upplysning om rätten att få beslutet prövat av EU-domstolen. Det framgår av rättspraxis att det även ska framgå av beslutets motivering vilka misstankar och presumtioner som kommissionen vill verifiera (förstainstansrättens dom av den 12 juli 2007 i mål T-266/03, CB mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkterna 36 och 37).
- 76 Kommissionen är således inte skyldig att vare sig göra en exakt rättslig kvalificering av de förmodade överträdelsena, underrätta företaget om samtliga uppgifter som de har tillgång till eller ange den tidsperiod under vilken den misstänkta överträdelsen ska ha begåtts (domen i det ovan i punkt 44 nämnda målet France Télécom mot kommissionen, punkt 58).
- 77 För att säkerställa att företaget har möjlighet att utnyttja sin rätt att motsätta sig en inspektion ska inspektionsbeslutet emellertid innehålla, utöver de formella uppgifter som anges i artikel 20.4 i förordning nr 1/2003, en beskrivning av det som är utmärkande för den misstänkta överträdelsen. Härvid ska anges vilken den relevanta marknaden antas vara, vilken typ av konkurrensbegränsningar som misstänks föreligga, vilka sektorer som omfattas av den påstådda överträdelse som berörs av

utredningen, en redogörelse för hur företaget antas vara inblandat i överträdelsen, vad som eftersöks och vad inspektionen ska omfatta (domen i det ovan i punkt 44 nämnda målet France Télécom mot kommissionen, punkt 59 och där angiven rättspraxis).

- 78 Prövningen av motiveringen av ett beslut gör det möjligt för domstolen att säkerställa att principen om skydd mot godtyckliga eller oproportionerliga ingripanden och om rätten till försvar iakttas (domen i det ovan i punkt 44 nämnda målet France Télécom mot kommissionen, punkt 57), samtidigt som nödvändigheten av att kommissionen bibehåller ett visst handlingsutrymme beaktas. I annat fall skulle bestämmelserna i förordning nr 1/2003 fråntas sin ändamålsenliga verkan (domstolens beslut av den 17 november 2005 i mål C-121/04 P, Minoan lines mot kommissionen, ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkt 36).
- 79 För det andra har det uppställts begränsningar för kommissionen när en inspektion genomförs.
- 80 Inledningsvis är handlingar som inte är affärshandlingar, det vill säga som inte rör företagets verksamhet på marknaden, uteslutna från kommissionens undersökningsområde (domstolens dom av den 18 maj 1982 i mål 155/79, AM & S mot kommissionen, REG 1982, s. 1575, punkt 16, svensk specialutgåva, volym 6, s. 405, och av den 22 oktober 2002 i mål C-94/00, Roquette Frères, REG 2002, s. I-9011, punkt 45).
- 81 Dessutom har de företag som är föremål för en inspektion som beordrats genom ett inspektionsbeslut rätt till juridiskt bistånd och rätt att upprätthålla sekretessen för korrespondensen mellan advokat och klient. Den sistnämnda garantin gäller inte om advokaten är knuten till det aktuella företaget genom ett anställningsförhållande (domstolens dom av den 14 september 2010 i mål C-550/07 P, Akzo Nobel Chemicals och Akcros Chemicals mot kommissionen, REU 2010, s. I-8301, punkterna 40–44).
- 82 Trots att de företag som ska underkasta sig en inspektion enligt förordning nr 1/2003 är skyldiga att aktivt samarbeta, kan kommissionen vidare inte tvinga det berörda företaget att tillhandahålla svar genom vilka företaget tvingas erkänna förekomsten av en överträdelse, vilken det ankommer på kommissionen att bevisa (domstolens dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem mot kommissionen, REG 1989, s. 3283, punkt 35; svensk specialutgåva, volym 10, s. 217). Denna princip har utvecklats inom ramen för tillämpningen av artikel 11 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EGT 1962, 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8) och är även tillämplig på de frågor som inspektörerna kan ställa vid en inspektion som genomförs med stöd av artikel 20.4 i förordning nr 1/2003.
- 83 Slutligen ska de förklarande anmärkningar som företagen ska delges samtidigt som inspektionsbeslutet nämnas. I dessa förklarande anmärkningar anges den metod som kommissionen har åtagit sig att följa vid inspektionen. Däri preciseras således på ett ändamålsenligt sätt innehållet i principerna om rätten till försvar och god förvaltningssed, såsom de uppfattas av kommissionen.
- 84 I de förklarande anmärkningarna förtydligas hur vissa etapper av inspektionen ska utföras. Bland annat anges skyldigheten att uppge namnen på de tjänstemän som har bemyndigats av kommissionen eller av en behörig nationell konkurrensmyndighet (punkt 1) och skyldigheten att delge inspektionsbeslutet (punkt 3), en begränsande uppräkningslista av tjänstemännens befogenheter (punkt 4), rätten att anlita en advokat (punkt 6), villkoren för att protokollföra de muntliga upplysningar som lämnas av företagets anställda (punkterna 7 och 8), formerna för att ta del av, eftersöka och kopiera vissa elektroniska dokument (punkterna 10 och 11), lösningar för att senare ta del av vissa upplysningar som har sparats på ett datalagringsmedium (punkterna 11 och 12), möjligheten att erhålla en undertecknad förteckning över kopierade uppgifter (punkt 12) och villkoren för hantering efter utredningen av sekretessbelagda uppgifter och viss information om affärshemligheter (punkterna 13 och 14). Uppgifterna i de förklarande anmärkningarna är också användbar information för företaget när företrädarna ska bedöma omfattningen av samarbetskyldigheten.

- 85 För det tredje förfogar inte kommissionen över några orimliga tvångsåtgärder som gör att möjligheten att motsätta sig en inspektion i enlighet med artikel 20.6 i förordning nr 1/2003 i praktiken bortfaller, i motsats till vad sökandena har hävdad.
- 86 Det framgår nämligen av rättspraxis att kommissionens tjänstemän vid en inspektion bland annat har befogenhet att begära att få se de dokument de efterfrågar, att få tillträde till de verksamhetslokaler som de begär samt att begära tillgång till det som förvaras i anvisade möbler. De får däremot inte tilltvinga sig tillträde till lokaler eller förvaringsplatser eller förmå företagets anställda att bereda dem sådant tillträde eller genomföra husrannsakan utan företagsledningens tillstånd (domstolens dom av den 21 september 1989 i de förenade målen 46/87 och 227/88, Hoechst mot kommissionen, REG 1989, s. 2859, punkt 31; svensk specialutgåva, volym 10, s. 133).
- 87 Bestämmelserna om motiveringen av ett inspektionsbeslut (se punkterna 75–78 ovan) och om genomförandet av inspektionerna (se punkterna 79–84 ovan) gör det vidare möjligt för företagen att i praktiken göra gällande sin rätt enligt artikel 20.6 i förordning nr 1/2003 att motsätta sig en inspektion när tjänstemännen anländer, när de delges inspektionsbeslutet eller vid något annat tillfälle under inspektionen.
- 88 Företrädare för de företag som berörs av en inspektion har möjlighet att protokollföra samtliga oegentligheter som förmodas ha ägt rum under inspektionen samt alla invändningar företrädarna kan tänkas ha, utan att för den sakens skull formellt motsätta sig inspektionen i den mening som avses i artikel 20.6 i förordning nr 1/2003. De har dessutom möjlighet att använda alla tänkbara medel som de förfogar över för att spara konkret bevisning på nämnda oegentligheter.
- 89 Tribunalen erinrar om att företaget vid kommissionens ankomst till lokalerna dessutom ska få en skälig, men kort, tidsfrist för att med hjälp av sina advokater granska inspektionsbeslutet. Vad i övrigt gäller sökandenas argument att de grundläggande rättigheterna åsidosätts i samma ögonblick som kommissionens tjänstemän går in hos företaget, anser tribunalen i likhet med kommissionen att inspektionen inte under några omständigheter får påbörjas innan beslutet har delgetts och att det inte utgör ett åsidosättande av en grundläggande rättighet att gå in hos företaget enbart i syfte att delge beslutet. Vidare ska kommissionen också under inspektionen ge företaget en kort tidsfrist för att rådgöra med sina advokater innan kommissionen tar kopior, förseglar eller begär muntliga förklaringar.
- 90 I detta sammanhang ska det slutligen erinras om att det endast är när företaget uppenbart hindrar kommissionen eller missbrukar rätten att motsätta sig en inspektion som kommissionen får använda sanktionsmekanismen i artikel 23 i förordning nr 1/2003. Kommissionen kan således inte använda sanktionsmekanismen som ett hot för att erhålla ett medgivande från företagen som går utöver de strikta gränserna för deras samarbetskyldighet. Det ska härvid erinras om att alla beslut som fattas med stöd av artikel 23 i förordning nr 1/2003 kan bli föremål för unionsdomstolens prövning.
- 91 Vad för det fjärde gäller de garantier som ges genom förfarandet för att motsätta sig en inspektion enligt artikel 20.6 i förordning nr 1/2003, är kommissionen skyldig att begära bistånd från de nationella myndigheterna i den medlemsstat där inspektionen ska utföras. Med detta förfarande aktualiseras de mekanismer för kontroll, i förekommande fall av rättslig karaktär, som gäller i den berörda medlemsstaten.
- 92 Då bistånd från den behöriga nationella myndigheten begärs, är den berörda medlemsstaten skyldig att tillse att kommissionens undersökning blir effektiv och att de allmänna principerna i unionsrätten respekteras, i synnerhet att fysiska och juridiska personer skyddas mot den offentliga maktens godtyckliga eller oproportionerliga ingripanden i den privata sfären (domen i de ovan i punkt 86 nämnda förenade målen Hoechst mot kommissionen, punkt 33, och domen i det ovan i punkt 80 nämnda målet Roquette Frères, punkt 35).

- 93 Den behöriga nationella myndigheten ska – oavsett om det är fråga om en rättslig myndighet eller ej – pröva om de planerade tvångsåtgärderna är godtyckliga eller oproportionerliga i förhållande till undersökningens syfte. Kommissionen ska tillse att den behöriga nationella myndigheten har allt den behöver för att utöva sina kontrollbefogenheter och för att säkerställa att den nationella rättens bestämmelser följs när tvångsåtgärderna vidtas (domen i de ovan i punkt 86 nämnda förenade målen Hoechst mot kommissionen, punkterna 34 och 35, och domen i det ovan i punkt 80 nämnda målet Roquette Frères, punkterna 36 och 37).
- 94 Som kommissionen har anfört kan den nationella domstol som är behörig att ge tillstånd till tvångsåtgärder framställa en begäran om förhandsavgörande till domstolen. Enligt artiklarna 95 och 105 i domstolens rättegångsregler är det dessutom möjligt för den nationella domstolen att framställa en begäran om att förhandsavgörandet handläggs skyndsamt och under sekretess. Den nationella domstolen kan slutligen i avvaktan på att domstolen besvarar tolkningsfrågan, under vissa förutsättningar, besluta att vilandeförklara förfarandet om att bevilja tillstånd (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 9 november 1995 i mål C-465/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl., REG 1995, s. I-3761, punkt 23).
- 95 För det femte grundar sig även regleringen av den inskränkning som en inspektion utgör på att unionsdomstolen i efterhand kan pröva inspektionsbeslutets lagenlighet.
- 96 I artikel 20.8 sista meningen i förordning nr 1/2003 föreskrivs följande:
- ”Lagenligheten hos kommissionens beslut kan endast prövas av EG-domstolen.”
- 97 Såsom framgår av punkt 66 ovan är det särskilt viktigt att det finns möjlighet till en fullständig domstolsprövning i efterhand, eftersom det kan kompensera avsaknaden av ett förhandstillstånd från en rättslig myndighet. I förevarande fall gör unionsdomstolen i faktiskt och rättsligt avseende en fullständig prövning av inspektionsbesluten (se även punkt 112 nedan).
- 98 Såsom kommissionen korrekt har påpekat kan sökandena dessutom erhålla uppskov med verkställigheten av inspektionsbeslutet genom att ansöka om interimistiska åtgärder i enlighet med artikel 278 FEUF – eventuellt förenat med en ansökan enligt artikel 105.2 i rättegångsreglerna – samtidigt som de väcker talan om ogiltigförklaring.
- 99 Slutligen ger artikel 340 andra stycket FEUF en möjlighet att väcka talan om unionens utomobligatoriska ansvar.
- 100 Tribunalen anser att samtliga fem ovannämnda kategorier var säkerställda i förevarande fall. I de tre inspektionsbesluten angavs de uppgifter som föreskrivs i artikel 20.4 i förordning nr 1/2003. Kommissionen specificerade omsorgsfullt mottagarnas namn, skälen till att kommissionen misstänkte att det förelåg ett rättsstridigt förfarande, vilka slags misstänkta förfaranden det rörde sig om i den mån de visade sig vara konkurrensbegränsande, den relevanta varu- och tjänstemarknaden, den geografiska marknad där de påstådda förfarandena förmodades pågå, kopplingen mellan dessa förmodade förfaranden och beteendet hos det företag som är mottagare av besluten, de tjänstemän som var behöriga att göra inspektionen, de medel som tjänstemännen hade till sitt förfogande och de skyldigheter som ålåg företagets behöriga personal, tidpunkten och platsen för inspektionen, de påföljder som riskerades om företaget försökte hindra inspektionen samt möjligheterna och villkoren för att väcka talan. Såsom framgår av prövningen av den fjärde grunden angavs dessa uppgifter på ett korrekt sätt i de tre inspektionsbesluten (se punkt 184 nedan).
- 101 Vad gäller den första inspektionen och sökandenas argument att en tjänsteman från kommissionen hotade att stänga ned deras datasystem om sökandena inte uppgav lösenorden till vissa medarbetares e-postkonton, ska det konstateras – förutom att kommissionen har motsatt sig detta påstående – att sökandenas advokater inte formellt protokollförde den påstådda händelsen, vilket innebär att det inte



finns någon bevisning som kan styrka att den ägde rum. Sökandena har inte heller bestritt kommissionens version i svaromålet att sökandena, trots kommissionen ålägganden, under synnerligen lång tid blockerade tillträdet till datorer och e-postkonton, nämligen ända till den andra inspektionsdagen, utan att kommissionen tog hjälp av de nationella myndigheterna för att vidta tvångsåtgärder. Vad dessutom gäller målet Sanofi Aventis framgår det av handlingarna i målet, i synnerhet av kommissionens handling med beteckningen MEMO/08/357 av den 2 juni 2008, att kommissionen inte hade planerat att vidta sanktionsåtgärder mot att företaget generellt motsatte sig en inspektion, utan mot att företaget i detta enskilda fall motsatte sig att kommissionen tog kopior av vissa handlingar. Förfarandet har dessutom avskrivits.

- 102 Av vad som anförts i punkterna 65–101 ovan följer att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den första grunden och invändningen om rättsstridighet avseende artikel 20.4 i förordning nr 1/2003.

*Den andra grunden: Åsidosättande av rätten till ett effektivt rättsmedel*

- 103 Sökandena har i huvudsak grundat sig på Europadomstolens dom i de ovan i punkt 59 nämnda målen Société Métallurgique Liotard Frères mot Frankrike och Société Canal Plus m.fl. mot Frankrike för att göra gällande att sökandena borde ha fått rätt till rättslig prövning i faktiskt och rättsligt avseende, i den mening som avses i artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna och i artikel 6.1 i Europakonventionen, innan den inskränkning som inspektionen utgjorde ägde rum.
- 104 Sökandena har särskilt anført att varken förfarandet i artikel 20.8 i förordning nr 1/2003 – som ger den nationella rättsliga myndigheten behörighet att kontrollera att de tvångsåtgärder som krävs för att verkställa kommissionens inspektionsbeslut om företaget motsätter sig en inspektion inte är godtyckliga och att de är proportionerliga – eller unionsdomstolens prövning uppfyller de krav som framgår av Europadomstolens praxis.
- 105 Som svar på en skriftlig fråga från tribunalen har sökandena preciserat att de anser att kommissionen enligt artikel 6.1 i Europakonventionen var skyldig att inhämta förhandstillstånd från en rättslig myndighet, varvid en nationell domstol borde ha prövat om inspektionen i faktiskt och rättsligt avseende var nödvändig och proportionerlig. Enligt artikel 6.1 i Europakonventionen krävs det dessutom att inspektionsbeslutet genomgår en fullständig domstolsprövning inom skälig tid efter det att inspektionen påbörjats.
- 106 Kommissionen anser att sökandenas grund är verkningslös och att den således inte kan tas upp till sakprövning. Dessutom har kommissionen bestritt sökandenas tolkning av Europadomstolens dom i det ovan i punkt 59 nämnda målet Société Métallurgique Liotard Frères mot Frankrike. Kommissionen anser att det är tillräckligt med en effektiv domstolsprövning i efterhand och att tribunalen kan göra en sådan prövning.
- 107 Inledningsvis har tribunalen när det gäller frågan huruvida talan kan upptas till sakprövning, i punkt 47 ovan, redan erinrat om att den omständigheten att ett argument är verkningslöst under alla förhållanden inte innebär att det ska avvisas.
- 108 När det gäller huruvida det är nödvändigt att inhämta förhandstillstånd från en rättslig myndighet har sökandena genom förevarande grund, liksom genom den första grunden (se punkterna 49–51 ovan) begärt att tribunalen ska fastställa ett nytt formellt krav som påverkar lagenligheten av inspektionsbesluten. Förevarande grund ska förstås så, att ett inspektionsbeslut ska villkoras med att kommissionen inhämtar förhandstillstånd från en rättslig myndighet, vilket utfärdas efter det att en fullständig prövning – i såväl faktiskt som rättsligt avseende – har utförts i den mening som avses i artikel 6.1 i Europakonventionen. I den del den andra grunden avser nödvändigheten av att inhämta förhandstillstånd från en rättslig myndighet, är den således inte verkningslös.

- 109 Vad gäller sökandenas argument i detta avseende är, för det första, deras tolkning av Europadomstolens domar i de ovan i punkt 59 nämnda målen Société Métallurgique Liotard Frères mot Frankrike och Société Canal Plus m.fl. mot Frankrike felaktig.
- 110 Såsom kommissionen har konstaterat framgår det nämligen av dessa domar att det som avses är hur grundlig prövningen är och inte när den utförs. Prövningen ska omfatta samtliga faktiska och rättsliga omständigheter och möjliggöra upprättelse om en åtgärd som anses vara rättsstridig redan har vidtagits (Europadomstolens dom i det ovan i punkt 59 nämnda målet Société Canal Plus m.fl. mot Frankrike, punkt 36).
- 111 För det andra kan ett inspektionsbeslut bli föremål för en talan enligt artikel 263 FEUF. Följaktligen saknar det under alla omständigheter betydelse, i motsats till vad sökandena har hävdad, att en fullständig prövning inte utförs på förhand av en nationell myndighet som utfärdar ett tillstånd. I artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 föreskrivs att unionsdomstolen ska göra en sådan prövning och att detta ska uppges i beslutet om att företaget ska underkasta sig en inspektion i sina lokaler. I förevarande fall iakttog kommissionen denna formalitet när det första, det andra och det tredje inspektionsbeslutet antogs och sökandena visste att de kunde väcka talan för att bestrida att en inspektion var nödvändig, såsom de förevarande målen visar.
- 112 För det tredje kan det inte seriöst bestridas att tribunalen kan pröva de faktiska omständigheterna och att den inte endast fungerar som en kassationsdomstol, såsom sökandena har hävdad. När unionsdomstolen prövar en talan om ogiltigförklaring av ett inspektionsbeslut som har väckts med stöd av artikel 263 FEUF utför den nämligen en prövning i såväl rättsligt som faktiskt avseende och har behörighet att pröva bevisningen och ogiltigförklara det angripna beslutet. Det framgår av rättspraxis att unionsdomstolen, inom ramen för sin prövning av inspektionsbeslut, kan behöva fastställa att det finns tillräckligt starka indicier för att det ska finnas anledning att misstänka att de berörda företagen har överträtt konkurrensreglerna (se domen i det ovan i punkt 80 nämnda målet Roquette Frères, punkterna 54 och 55 och där angiven rättspraxis). Av vad som anförts följer dessutom att sökandenas andra argument (se punkt 105 ovan), att avsaknaden av en fullständig domstolsprövning av inspektionsbesluten efter det att inspektionerna har påbörjats strider mot artikel 6.1 i Europakonventionen, inte kan godtas.
- 113 För det fjärde finns det skäl att påpeka, i likhet med vad kommissionen har anført, att om inspektionsbeslutet ogiltigförklaras eller om det konstateras oegentligheter i samband med de åtgärder som de behöriga tjänstemännen har vidtagit, så är det omöjligt för institutionen att använda de uppgifter som har samlats in under de omtvistade inspektionerna inom ramen för ett överträdelseförfarande (domen i det ovan punkt 80 nämnda målet Roquette Frères, punkt 49).
- 114 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser någon del av den andra grunden.

*Den tredje grunden: Åsidosättande av sökandenas rätt till försvar med hänvisning till oegentligheter under den första inspektionen*

- 115 Sökandena har i huvudsak hävdad att det andra och det tredje inspektionsbeslutet fattades med stöd av uppgifter som hade erhållits rättsstridigt under den första inspektionen. Kommissionen letade således medvetet efter uppgifter om DUSS vid den första inspektionen trots att nämnda inspektion endast omfattade leverans av järnvägsfel, vilket enligt sökandena innebar att kommissionen åsidosatte deras rätt till försvar.
- 116 Sökandena har för det första gjort gällande att kommissionen systematiskt genomsökte kontoret tillhörande M., ansvarig ”juridisk rådgivare” för DB Schenker Rail Deutschland i Mainz. Detta innefattade således en systematisk granskning av handlingar som uppenbart inte hade någon koppling till leverans av järnvägsfel. Det var på förevarande kontor som kommissionen bland annat hittade vissa

e-postmeddelanden gällande DUSS vilka uppenbart saknade koppling till föremålet för den första inspektionen och vilka granskades och uppmärksammades av tjänstemännen V.G. och T.B., trots advokaten M.:s protester. Tjänstemannen V.G. fortsatte sedan att på samma kontor granska ett visst antal andra handlingar gällande DUSS.

- 117 Kommissionen använde för det andra vissa sökord vid den elektroniska sökningen som endast var hänförliga till DUSS, nämligen "NBS", "S.", "T." och "G.". Vad beträffar sökordet "T.", har sökandena påpekat att DB Energies enda kund för köp av järnvägsel, och således DB-koncernens enda konkurrent, är företaget TXL, som är dotterbolag till företaget T., som var föremål för en separat sökning. Avseende sökordet "NBS" har sökandena bestritt att kommissionen inte kände till dess betydelse, framför allt mot bakgrund av att N. var närvarande, som är tjänsteman på Bundesnetzagentur (nedan kallad BNetzA) och specialist inom området. Han måste ha känt till denna förkortning som i stor utsträckning används inom sektorn. Det är dessutom osannolikt att kommissionens tjänstemän skulle genomföra en detaljerad sökning utan att i förväg ta reda på vad sökordet betydde.
- 118 För det tredje gick en tjänsteman från kommissionen igenom arkiven tillhörande DB Schenker Rail Deutschland i Mainz och kopierade en handling som var rubricerad "Europeisk strategi för terminalerna Stinnes Intermodal av den 17 januari 2006" och som uppenbart inte heller hade något samband med föremålet för inspektionen.
- 119 För det fjärde medgav kommissionens tjänstemän själva vid inspektionen att det var ett problem att inte DUSS beteende nämndes i det första inspektionsbeslutet.
- 120 För det femte har sökandena påstått att kommissionen enligt handlingarna i målet några dagar innan den första inspektionen påbörjades hade frågat företaget T. om anmälan av den 16 mars 2011 fortfarande var aktuell, vilket visar att kommissionen hade för avsikt att söka efter uppgifter om DUSS vid den första inspektionen. Kommissionens 32 tjänstemän informerades för övrigt om anmälan mot DUSS strax före inspektionen. Påståendet styrks även av att företaget T. i ämnesrubriken i skrivelsen av den 16 mars 2011 om DUSS ärende använde det beteckningsnummer som kommissionen hade använt i beslutet av den 14 mars 2011 (COMP 39.678) om inspektion avseende leverans av järnvägsel.
- 121 För det sjätte har sökandena begärt att advokaterna M. och P. ska höras, i enlighet med artikel 68.1 i rättegångsreglerna.
- 122 Kommissionen har hävdats att sökandenas argument är verkningslösa och därmed inte kan tas upp till sakprövning, eftersom kommissionen före den första inspektionen hade tillräckligt med uppgifter för att motivera den andra och den tredje inspektionen. Vad särskilt beträffar det tredje inspektionsbeslutet har kommissionen påpekat att det endast grundade sig på uppgifter som kommissionen hade tillgång till före den första inspektionen och på uppgifter som inhämtades vid den andra inspektionen. Kommissionen anser inte heller att sökandena kan vinna framgång med något av sina argument i sak.
- 123 Vad först gäller kommissionens argument om möjligheten att ta upp grunden till sakprövning, erinrar tribunalen om att den omständigheten att ett argument är verkningslöst inte innebär att det ska avvisas (se punkt 47 ovan).
- 124 Såsom domstolen redan har slagit fast får vidare de upplysningar som samlats in under undersökningar inte användas för andra ändamål än de som anges i inspektionsbeslutet. Detta krav syftar nämligen till att skydda såväl sekretessen som företagets rätt till försvar. Dessa rättigheter skulle allvarligt kränkas om kommissionen kunde åberopa bevis mot företagen som inhämtats under en undersökning trots att de inte har något samband med föremålet för och syftet med denna (se, angående förordning nr 17, domstolens dom av den 17 oktober 1989 i mål 85/87, Dow Benelux mot kommissionen, REG 1989, s. 3137, punkt 18).

- 125 Det är emellertid inte möjligt att av de ovan anförda omständigheterna dra slutsatsen att det är förbjudet för kommissionen att inleda en undersökning i syfte att kontrollera eller komplettera uppgifter som den händelsevis fått kännedom om under en tidigare undersökning, om det av dessa uppgifter framgår att det förekommit beteenden som strider mot konkurrensreglerna i fördraget (se, angående förordning nr 17, domen i det ovan i punkt 124 nämnda målet Dow Benelux mot kommissionen, punkt 19).
- 126 När kommissionen har införskaffat dessa handlingar på nytt med stöd av tillstånd eller beslut och har använt handlingarna för det i tillstånden eller besluten angivna ändamålet, har den iakttagit företagets rätt till försvar såsom denna rätt framgår av artikel 20 i förordning nr 1/2003 (förstainstansrättens dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-931, punkt 476).
- 127 *Den omständigheten att kommissionen har erhållit handlingar för första gången i ett bestämt ärende medför inte en absolut garanti för att dessa handlingar inte lagenligt kan inbegäras i ett annat ärende och användas som bevis. Företagen skulle annars under en undersökning i ett visst ärende kunna inge samtliga handlingar som styrker en annan överträdelse och på det sättet skydda sig mot vidare åtgärder i det avseendet. En sådan lösning skulle gå längre än vad som är nödvändigt för att skydda företagshemligheter och rätten till försvar och skulle således på ett obefogat sätt hindra kommissionen från att fullgöra sin uppgift att övervaka att konkurrensreglerna iakttas på den gemensamma marknaden (domen i de ovan i punkt 126 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij mot kommissionen, punkt 477).*
- 128 Kommissionens utredningsbefogenheter skulle dessutom vara innehållslösa om kommissionen endast kunde begära handlingar som den exakt kunde definiera i förväg. Kommissionens rättigheter i detta avseende innebär tvärtom en befogenhet att efterforska upplysningar som ännu inte är kända eller fullt identifierade (domen i de ovan i punkt 86 nämnda förenade målen Hoechst mot kommissionen, punkt 27, och förstainstansrättens dom av den 11 december 2003 i mål T-59/99, Ventouris mot kommissionen, REG 2003, s. II-5257, punkt 122).
- 129 Det är mot bakgrund av dessa principer som tribunalen ska pröva de argument som sökandena har anfört.
- 130 Före denna prövning ska två inledande anmärkningar göras. Den första anmärkningen avser kommissionens argument att den tredje grunden är verkningslös, eftersom kommissionen före den första inspektionen hade tillräckligt med uppgifter för att motivera den andra och den tredje inspektionen. Det framgår av handlingarna i målet att kommissionen även grundade sig på uppgifter som hade inhämtats under den första inspektionen.
- 131 Det tredje inspektionsbeslutet är visserligen tydligt i detta avseende (sjunde skälet), men i det andra inspektionsbeslutet specificeras det inte tydligt varifrån de uppgifter kommer som beslutet grundades på (sjätte skälet).
- 132 I svaromålet har kommissionen gjort gällande att kommissionen före den första inspektionen hade misstankar om att DUSS möjligen deltog i ett konkurrensbegränsande förfarande. Som en processledande åtgärd, anmodade tribunalen kommissionen att visa att det fanns stöd för misstankarna. Kommissionen ingav då en anmälan från företaget T. till tribunalen. Det framgår av denna anmälan att DUSS nekade företaget T. tillträde till terminalen München-Riem under tillfredsställande villkor.
- 133 Före den första inspektionen hade kommissionen således tillgång till uppgifter som kunde vara ett stöd för starka misstankar om att DUSS deltog i ett konkurrensbegränsande förfarande.

- 134 I motsats till vad kommissionen har hävdad kan detta emellertid inte innebära att sökandenas grund är verkningslös. Den omständigheten att det andra inspektionsbeslutet antogs under tiden för den första inspektionen visar nämligen hur betydelsefulla de uppgifter som inhämtades vid detta tillfälle var för beslutet om den andra inspektionen. Då den tredje inspektionen otvetydigt till viss del genomfördes till följd av de uppgifter som hade inhämtats vid de två första inspektionerna, såsom framgår av sjunde skälet i beslutet gällande nämnda inspektion, finner tribunalen att de omständigheter under vilka uppgifterna om DUSS inhämtades vid den första inspektionen kan påverka lagenligheten av det första och det andra inspektionsbeslutet. Tribunalen godtar följaktligen inte kommissionens argument att sökandenas tredje grund är verkningslös.
- 135 Den andra inledande anmärkningen avser bevisvärdet av sökandenas minnesanteckningar. Som kommissionen har understrukt upprättades minnesanteckningarna åtminstone en månad efter det att den första inspektionen hade avslutats, förutom den minnesanteckning som upprättades av advokaten U.P. den 4 april 2011. Den minnesanteckning som det oftast har hänvisats till upprättades av advokaten M. två månader efter det att händelserna hade ägt rum. Sökandenas företrädares påståenden är dessutom till stor del antaganden om utredarnas avsikter, som inte har något stöd i de faktiska omständigheterna.
- 136 Dessa faktiska omständigheter är också den enda bevisning som sökandena har lagt fram. Sökandenas företrädare motsatte sig varken formellt inspektionen i den mening som avses i artikel 20.6 i förordning nr 1/2003, eller noterade något som helst missnöje i något protokoll som kan kontrolleras i förevarande förfarande. Det ankom på sökandenas företrädare att formellt protokollföra samtliga invändningar när de påstådda otillbörligheterna skedde och att använda alla tänkbara medel som de förfogade över för att spara konkret bevisning (se punkt 88 ovan). Sökandenas påståenden att vissa tjänstemän vid den första inspektionen muntligen bekräftade att genomsökningarna efter dokument gällande DUSS var rättsstridiga – vilket kommissionen har bestritt – har således inte stöd i något protokoll som upprättades vid inspektionen eller i någon annan handling som sökandena kunde ha upprättat när de omtvistade omständigheterna ägde rum. Då sådan formell bevisning saknas är det nödvändigtvis svårare att bevisa att det var fråga om en genomsökning som avsåg något annat än föremålet för det första inspektionsbeslutet. Advokaterna M. och P. upprättade dessutom vissa av de aktuella minnesanteckningarna, vilket innebär att deras redogörelse av omständigheterna kring den första inspektionen redan finns bland tribunalens handlingar. Under dessa omständigheter förefaller det inte nödvändigt att höra dem, såsom sökandena har begärt.
- 137 Tribunalen ska i tur och ordning först pröva sökandenas argument gällande den grundliga genomsökningen av M.:s kontor, sedan argumenten om vissa omtvistade handlingar och sökord och slutligen argumenten om kommissionens agerande före den första inspektionen.

#### Den grundliga genomsökningen av M.:s kontor

- 138 Sökandena har gjort gällande att kommissionen systematiskt sökte igenom M.:s kontor, vilket innefattade en systematisk granskning av handlingar som uppenbart inte hade någon koppling till leveranser av järnvägsel. Det var på det kontoret som kommissionen bland annat hittade två e-postmeddelanden gällande DUSS vilka uppenbart saknade koppling till föremålet för inspektionen, och vilka granskades och uppmärksammades av tjänstemännen V.G. och T.B., trots advokaten M.:s protester. Tjänstemannen V.G. fortsatte sedan att på samma kontor granska ett visst antal andra handlingar gällande DUSS.
- 139 Tribunalen understryker inledningsvis om att kommissionen får göra en grundlig genomsökning av vissa kontor och pärmar även om det saknas tydliga indikationer på att det finns uppgifter som omfattas av utredningens föremål där, om det finns omständigheter som tyder på det. Som kommissionen har understrukt riskerar nämligen kommissionen att inte hitta viss viktig bevisning om

den begränsar sig till att gå in i lokaler eller att granska pärmar som har en tydlig koppling till föremålet för utredningen. Sådan bevisning kan exempelvis vara undangömd eller försedd med felaktiga hänvisningar.

- 140 Föremålet för utredningen är dessutom inte nödvändigtvis lätt att fastställa från början och det kan vara så att det endast är möjligt att fastställa föremålet efter en noggrann granskning. Såsom kommissionen har understrukit är det inte alltid möjligt för kommissionens tjänstemän att genast avgöra om en handling är relevant, eftersom de inte alltid har fullständig teknisk kunskap om samtliga sektorer som berörs av utredningen, vilket innebär att de måste göra en relativt omfattande genomsökning.
- 141 När det gäller M.:s kontor fanns det giltiga skäl för en detaljerad genomsökning. Det framgår nämligen av handlingarna i målet att M. var chef för förvaltning, reglering och inköp på DB Schenker Rail Deutschland och behörig att köpa in tjänster. Han förhandlade i denna egenskap fram avtal för leverans av järnvägsel med DB Energie. DB Schenker Rail Deutschland tillhör DB Schenker Rail som, i egenskap av dotterbolag inom varutransporter i DB-koncernen, är en av DB Energies största kunder. Dessa uppgifter, som inte har bestritts av sökandena, motiverade således en detaljerad genomsökning av M.:s kontor.
- 142 Den första inspektionen ägde rum på tre platser, och de händelser som sökandena hänvisar till i punkterna 116–118 ovan ägde endast rum på en av de tre platserna (Mainz). För övrigt omfattar de aktuella händelserna i princip endast ett kontor och tre tjänstemän av de sammanlagt 32 tjänstemän som kommissionen hade bemyndigat. Antalet omtvistade handlingar, nämligen elva, är vidare ringa med beaktande av det sammanlagda antalet berörda handlingar, det vill säga cirka tusen kopierade handlingar och ett mycket större antal granskade handlingar. Slutligen tog kommissionen endast med sig kopior av fyra handlingar avseende DUSS.
- 143 Under dessa omständigheter kan inte sökandenas argument om den systematiska genomsökningen av M.:s kontor godtas.

#### De omtvistade handlingarna och sökorden

- 144 Sökandena har gjort gällande att kommissionen, vid den första inspektionen, granskade och i viss mån kopierade handlingar som uppenbart saknade samband med föremålet för inspektionen. Sökandena har dessutom gjort gällande att kommissionens tjänstemän vid sina elektroniska sökningar även använde vissa sökord som endast var hänförliga till DUSS, och inte till leveransen av järnvägsel.
- 145 Det ska återigen påpekas att även om det framgår av minnesanteckningarna att sökandenas företrädare visserligen uppmärksammade att vissa handlingar som kommissionen granskade, enligt dem, inte hade någon koppling till föremålet för den första inspektionen, så motsatte de sig aldrig inspektionen eller protokollförde någon invändning formellt.
- 146 Vad avser de elva omtvistade handlingarna utgörs de inledningsvis av de två första e-postmeddelanden som påträffades på M.:s kontor på eftermiddagen den 29 mars 2011. Efter det att tjänstemännen V.G. och T.B. hade granskat dessa e-postmeddelanden i detalj, markerade de dem med en "flagga". På morgonen den 30 mars 2011 hittades sju andra handlingar på M.:s kontor, varav fem e-postmeddelanden. På morgonen den 31 mars 2011 hittade en tjänsteman från kommissionen en handling som var rubricerad "Europeisk strategi för terminalerna Stinnes Intermodal av den 17 januari 2006" i DB Schenker Rail Deutschlands arkiv i Mainz. Slutligen har sökandena i samband med repliken nämnt ett annat e-postmeddelande, daterat den 2 november 2006, från M. som gällde "pilotprojekt för järnvägsstationen för lossning i München-Reim".

- 147 Såsom framgår av parternas skrivelser tog kommissionen med sig kopior av fyra av dessa elva handlingar, nämligen ett e-postmeddelande från L. till F., daterat den 6 november 2006, som gällde "sorteringstjänster vid terminalen München-Reim", ett e-postmeddelande från S. till M., daterat den 15 september 2006, som gällde "förflyttningar på järnvägsstationen för lastning i München-Reim", e-postmeddelandet från M. daterat den 2 november 2006 som avsåg "pilotprojekt för järnvägsstationen för lossning i München-Reim" och handlingen "Europeisk strategi för terminalerna Stinnes Intermodal av den 17 januari 2006".
- 148 De fyra kopierade handlingarna ska således åtskiljas från de sju handlingar som inte kopierades.
- 149 Vad gäller handlingen "Europeisk strategi för terminalerna Stinnes Intermodal av den 17 januari 2006" som hittades i arkiven i Mainz, har kommissionens tjänsteman uppgett att nämnda handling hittades omkring klockan 12.30 den 31 mars 2011. Han tog ut originalet ur pärm för att diskutera innehållet med kolleger. Efter det att han hade kopierat handlingen satte han tillbaka originalet i den pärm där den hade hittats. Detta har inte ifrågasatts av sökandena. Det framgår av advokaten D:s minnesanteckningar att "[M.] gick in i arkivet [...]; d]et var uppenbart att han var överhopad med antalet handlingar i olika kartonger och skåp så han valde helt enkelt slumpmässigt ut några kartonger". Enligt sökandenas ombud valdes alltså vissa handlingar ut slumpmässigt, vilket inte stämmer överens med påståendet om att kommissionen gjorde en rättsstridig riktad genomsökning. Flera andra uppgifter i minnesanteckningarna, såsom de har angetts av kommissionen, talar också för att tjänstemännens genomsökning var slumpmässig.
- 150 De tre andra handlingarna, som alla hittades på M:s kontor, avser terminalen München-Reim och DUSS och rör mycket riktigt sådana omständigheter som togs upp i företaget T:s anmälan.
- 151 Inledningsvis har det fastställts att kommissionen hade giltiga skäl att genomföra en detaljerad genomsökning av kontoret (se punkt 141 ovan). Som kommissionen har påpekat är vidare en handlings rubrik eller innehåll inte nödvändigtvis avgörande för att fastställa om handlingen har hittats slumpmässigt. Inga uppgifter i minnesanteckningarna kan slutligen styrka att kommissionens tjänstemän vid den detaljerade genomsökningen sökte särskilt efter dessa tre handlingar.
- 152 När det gäller de sju andra handlingarna innehöll de – till skillnad från de fyra kopierade handlingarna – ingen hänvisning till DUSS eller terminalen München-Reim. Det rör sig i huvudsak om handlingar om tågbildning på villkor som inte är diskriminerande.
- 153 Under dessa omständigheter konstaterar tribunalen, efter att ha analyserat de elva omtvistade handlingarna, att det saknas bevis för att kommissionen gjorde en rättsstridig riktad genomsökning.
- 154 Vad gäller de sökord som kommissionens tjänstemän använde från och med eftermiddagen den 29 mars 2011 till och med att det andra inspektionsbeslutet delgavs den 31 mars omkring klockan 14, har sökandena gett följande fyra exempel på sådana sökord: "NBS", "S.", "T." och "G."
- 155 Det framgår av minnesanteckningarna att kommissionens tjänstemän under de tre dagarna och på de tre platserna använde ett mycket stort antal sökord. Till följd av en begäran från tribunalen har kommissionen ingett den förteckning över sökord som överlämnades till inspektörerna i början av den första inspektionen. Förteckningen innehåller cirka 90 sökord. De omtvistade sökorden utgör således endast en liten andel av samtliga använda sökord. En förteckning med sökord kan dessutom utvecklas under inspektionen utifrån den kunskap som inhämtas.
- 156 Beträffande sökordet "NBS" är det riktigt att det inte användes förrän i slutet av den första inspektionen, den 31 mars 2011 omkring klockan 11.30. Enligt kommissionen kände inte tjänstemännen till betydelsen av denna förkortning och använde den endast i samband med en snabb sökning för att fastställa om det fanns ett samband med leveransen av järnvägsel. Det ska först påpekas att "NBS" betyder "Nutzungsbedingungen für Serviceeinrichtungen", det vill säga "Villkor för

att använda serviceinfrastrukturen”. Då leverans av järnvägsel är ett nödvändigt villkor (*sine qua non*) för tillträde till det elektrifierade nätet, kan det inte genast avfärdas att det finns ett samband med villkoren för att använda serviceinfrastrukturen. Det framgår av advokaten D.:s minnesanteckningar att denne inte ansåg att detta sökord gjorde det möjligt att fastställa att det saknades ett samband med priset på järnvägsel. D. motsatte sig därför inte sökningen. Det framgår i vart fall inte att det, i motsats till vad sökandena har angett, är inkonsekvent att använda ett okänt sökord för att utifrån det sammanhang resultatet erhålls kontrollera om sökordet har ett samband med ett givet problem.

- 157 Avseende sökordet "[S.]" har det inte bestritts att det hänvisar till S., en chef på DUSS, som till slutet av maj 2009 arbetade på DB Schenker Rail, det vill säga hos ett av de dotterbolag i DB-koncernen som kan ha gynnats av DB Energies beteende. Det är således möjligt att utredarnas sökning endast avsåg perioden före S.:s verksamhet, såsom kommissionen har hävdad.
- 158 Vad avser sökordet "[T.]" är kommissionens förklaring övertygande. Enligt kommissionen var företaget T. en konkurrent till Deutsche Bahn och således en kund som kunde ha diskriminerats av DB Energie och därför var det legitimt att leta efter uppgifter om T. under den första inspektionen. Sökandenas påstående att DB Energies enda kund för köp av järnvägsel – och således DB-koncernens enda konkurrent – var företaget TXL, det vill säga ett dotterbolag till företaget T., som för övrigt har varit föremål för en separat sökning, föranleder ingen annan bedömning. Enligt kommissionen hade nämligen även företaget T. lämnat in en anmälan angående järnvägsel. Det är fullt möjligt att DB-koncernens anställda snarare hänvisar till moderbolaget än till dotterbolaget för att beteckna företaget TXL, vilket innebär att det var legitimt för kommissionens utredare att använda sökordet "[T.]".
- 159 Vad gäller sökordet "[G.]" syftar det på G.S., som är ansvarig för spår- och anläggningsinfrastrukturen på DB Schenker Rail Deutschland. Under eftermiddagen den 29 mars 2011 hittade utredarna ett e-postmeddelande från G.S.:s inkorg på M.:s kontor. Enligt advokaten M.:s minnesanteckningar handlade e-postmeddelandet om åtgärder i fråga om prissättning med avseende på anläggningar för tågbildning. Enligt advokaten S.:s minnesanteckningar använde kommissionens tjänstemän detta sökord under eftermiddagen den 30 mars 2011, eftersom tjänstemännen inte längre kunde hitta det e-postmeddelande som de hade funnit dagen innan, vilket kommissionen har bekräftat. Kommissionen har hävdad att de tjänstemän som den 29 mars 2011 inte hade haft möjlighet att i detalj undersöka e-postmeddelandet, som rörde ett prissystem, ville bedöma om det hade en koppling till prissystemen med avseende på järnvägsel och ta reda på mer om G.S.:s verksamhetsområde. Valet av detta sökord var således motiverat.
- 160 Under dessa omständigheter kan inte sökandenas argument om de omtvistade handlingarna och sökorden godtas.

Kommissionens agerande före den första inspektionen

- 161 Sökandena har påpekat att det framgår av handlingarna i målet att kommissionen några dagar innan den första inspektionen påbörjades frågade företaget T. om anmälan av den 16 mars 2011 fortfarande var aktuell, vilket visar att kommissionen hade för avsikt att vid den första inspektionen söka efter uppgifter om DUSS. Kommissionens 32 tjänstemän informerades för övrigt om anmälan gällande DUSS strax före inspektionen. Sökandena anser att detta argument även styrks av att företaget T. i ämnesrubriken i sin skrivelse av den 16 mars 2011 om DUSS ärende använde det beteckningsnummer som kommissionen hade använt i beslutet av den 14 mars 2011 (COMP/39.678) om inspektion avseende leverans av järnvägsel.
- 162 Vad inledningsvis gäller sökandenas frågor om att kommissionen före det första inspektionsbeslutet uppgav för sina tjänstemän att det fanns misstankar mot DUSS, anser tribunalen att det var legitimt att informera tjänstemännen om ärendets allmänna bakgrund.



- 163 När det vidare gäller förhållandena mellan företaget T. och kommissionen under månaderna före inspektionen, har kommissionen – som svar på en skriftlig fråga från tribunalen – klargjort att företaget T. genom skrivelsen av den 26 januari 2011, och alltså på eget initiativ, hade bett om ett möte för att få upplysningar om hur förfarandet fortskred med anledning av anmälan i maj 2009. Vid mötet den 23 februari 2011 preciserade kommissionen att anmälan som avsåg järnvägsfel skulle prioriteras. Företrädaren för företaget T. meddelade då kommissionen att företaget i så fall skulle överlämna uppgifter till kommissionen gällande DUSS, vilket det gjorde i en kompletterande skrivelse av den 16 mars 2011. Den kontakt som under månaderna före inspektionen upprättades mellan företaget T. och kommissionen kan under dessa omständigheter inte styrka att det har gjorts en rättsstridig riktad genomsökning.
- 164 Sökandenas argument gällande kommissionens agerande före den första inspektionen kan således inte godtas.
- 165 Mot bakgrund av vad tribunalen har anfört i punkterna 123–164 ovan kan talan inte vinna bifall såvitt avser den tredje grunden.

*Den fjärde grunden: Beskrivningen av föremålet för inspektionerna i det första, det andra och det tredje inspektionsbeslutet*

- 166 Sökandena anser i huvudsak att det första, det andra och det tredje inspektionsbeslutet stred mot deras rätt till försvar, då beskrivningen av föremålet för inspektionerna var alltför vid och ospecificerad med beaktande av de uppgifter som kommissionen påstod sig förfoga över. Vad gäller de berörda beteendena omfattades nästan alla DB Energies och DUSS möjliga beteenden. Vad vidare avser marknadens geografiska omfattning, omfattades samtliga medlemsstater där DB-koncernens dotterbolag är verksamma. Vad gäller de påstådda överträdelsernas varaktighet har sökandena kritiserat att det inte i något av de tre inspektionsbesluten specificerades någon begränsning i detta avseende.
- 167 Kommissionen har bestritt sökandenas argument som den anser saknar grund.
- 168 I artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 anges de väsentliga uppgifter som ska finnas med i ett beslut om att genomföra en inspektion. I denna bestämmelse åläggs kommissionen att ange föremålet för och syftet med den beslutade inspektionen, när den ska börja och de påföljder som föreskrivs i artiklarna 23 och 24 i nämnda förordning, samt att upplysa om rätten att få beslutet prövat av unionsdomstolen.
- 169 Motiveringen av beslut om att genomföra en inspektion har således till syfte att visa att det ingripande som ska genomföras i de berörda företagens lokaler är motiverat, men också att göra det möjligt för dessa företag att bedöma i vilken utsträckning de är skyldiga att samarbeta, samtidigt som deras rätt till försvar tillvaratas (se, angående förordning nr 17, domen i de ovan i punkt 86 nämnda förenade målen Hoechst mot kommissionen, punkt 29, och i det ovan i punkt 80 nämnda målet Roquette Frères, punkt 47).
- 170 Kommissionens skyldighet att ange föremålet för och syftet med en inspektion utgör nämligen en grundläggande skyddsregel för de berörda företagens rätt till försvar, och således kan inte omfattningen av skyldigheten att motivera ett inspektionsbeslut inskränkas utifrån överväganden som rör utredningens effektivitet. Även om det är riktigt att kommissionen varken är skyldig att underrätta den som ett sådant beslut är riktat till om alla de uppgifter som den har tillgång till angående de förmodade överträdelserna, att exakt avgränsa den relevanta marknaden, att göra en exakt rättslig kvalificering av dessa överträdelser eller att ange den tidsperiod under vilken dessa överträdelser ska ha begåtts, ska kommissionen däremot på ett så exakt sätt som möjligt ange de antaganden som den avser att kontrollera, det vill säga vad som eftersöks och vad inspektionen ska omfatta (se, angående

förordning nr 17, domen i det ovan i punkt 124 nämnda målet Dow Benelux mot kommissionen, punkt 10, i de ovan i punkt 86 nämnda förenade målen Hoechst mot kommissionen, punkt 41, och i det ovan i punkt 80 nämnda målet Roquette Frères, punkt 48).

- 171 Kommissionen är i detta syfte likaledes skyldig att se till att ett beslut om att genomföra en inspektion innehåller en beskrivning av det som är utmärkande för den misstänkta överträdelsen, genom att ange vilken den relevanta marknaden antas vara och vilken typ av konkurrensbegränsningar som misstänks föreligga. Beslutet ska vidare innehålla en redogörelse för hur det företag som inspektionen avser antas vara inblandat i överträdelsen samt en redogörelse för vilka befogenheter unionens utredare har (se, angående förordning nr 17, domstolens dom av den 26 juni 1980 i mål 136/79, National Panasonic mot kommissionen, REG 1980, s. 2033, punkt 26, svensk specialutgåva, volym 5, s. 253, och domen i det ovan i punkt 80 nämnda målet Roquette Frères, punkterna 81, 83 och 99).
- 172 För att visa att inspektionen är motiverad är kommissionen skyldig att i beslutet om att genomföra en inspektion lämna utförliga uppgifter som visar att kommissionen förfogar över allvarliga konkreta uppgifter och indicier som ger den anledning att misstänka att det företag som inspektionen avser har gjort sig skyldigt till den aktuella överträdelsen (se, angående förordning nr 17, domen i det ovan i punkt 80 nämnda målet Roquette Frères, punkterna 55, 61 och 99).

#### Det första inspektionsbeslutet

- 173 Enligt sökandena ska föremålet för det första inspektionsbeslutet som beskrivs i artikel 1 i nämnda beslut anses vara alltför vitt, eftersom de nämnda beteendena generellt syftar på att ”andra dotterbolag i DB-koncernen eventuellt omotiverat blir förmånligt behandlade av DB Energie GmbH, genom bland annat ett rabattsystem” för leverans av järnvägsel som har införts i Tyskland.
- 174 I artikel 1 i det första inspektionsbeslutet fastställs att föremålet för inspektionen är diskriminerande beteenden, utan att det utesluts att dessa beteenden kan ha en annan form än ett rabattsystem. Det framgår av den rättspraxis som angetts i punkt 171 ovan att kommissionen endast är skyldig att beskriva det som är utmärkande för den misstänkta överträdelsen, särskilt vilken typ av konkurrensbegränsningar som misstänks föreligga. I och med att kommissionen preciserade att de konkurrensbegränsningar som misstänks föreligga är ett diskriminerande beteende som huvudsakligen sker genom diskriminerande prissättning anser tribunalen att kommissionen har uppfyllt detta krav.
- 175 Artikeldelen i ett beslut måste dessutom med nödvändighet läsas mot bakgrund av dess motivering. Det framgår att även om de berörda beteendena inte är begränsade till enbart det rabattsystem som infördes efter år 2002, är föremålet för inspektionen nästan uteslutande prissystemet gällande järnvägsel (16,7 Hz). Det framgår även av sjätte skälet i det första inspektionsbeslutet att de uppgifter som kommissionen hade tillgång till endast omfattade prissättningen.
- 176 Även om det följaktligen inte kan uteslutas att en stor del av DB Energies beteenden kan omfattas av inspektionen, kan inspektionen dock inte ”potentiellt avse nästan alla” DB-koncernens möjliga beteenden, i motsats till vad sökandena har hävdad. De antaganden som kommissionen hade för avsikt att kontrollera specificerades dessutom tydligt i enlighet med den rättspraxis som angetts i punkterna 170 och 171. Vidare bör i vart fall inte möjligheten att inspektera ett företags samtliga beteenden omedelbart avfärdas, i synnerhet inte om företaget har ett begränsat antal verksamheter. Sökandenas argument om de beteenden som berördes av det första inspektionsbeslutet underkänns således.
- 177 Vad vidare gäller den geografiska omfattningen ska det inledningsvis erinras om att kommissionen enligt rättspraxis inte är skyldig att exakt avgränsa den relevanta marknaden (se punkt 170 ovan). Ett diskriminerande rabattsystem, till och med ett som är begränsat till Tyskland, kan dessutom ge en otillbörlig konkurrensfördel till andra dotterbolag inom DB-koncernen på samtliga marknader i

efterföljande led där de är verksamma. Såsom kommissionen har påpekat – utan att det har bestritts av sökandena – har vissa av DB-koncernens dotterbolag sitt säte utanför Tyskland, och dessutom är marknaden för järnvägstransport av gods en internationell marknad på vilken DB-koncernen konkurrerar med utländska aktörer. Kommissionen var därmed inte skyldig att i det första inspektionsbeslutet begränsa sig till Tyskland.

- 178 Vad därefter gäller tidsaspekten är kommissionen enligt rättspraxis inte skyldig att ange den tidsperiod under vilken överträdelsena ska ha begåtts (se punkt 170 ovan) och det framgår dessutom av sjätte skälet i det första inspektionsbeslutet – såsom kommissionen har påpekat – att de berörda beteendena kan ha pågått före år 2002. I motsats till vad sökandena har hävdats ska föremålet för inspektionen således inte begränsas till perioden efter år 2002.
- 179 Tribunalen godtar därmed inte sökandenas argument att föremålet för det första inspektionsbeslutet var alltför vitt.

Det andra och det tredje inspektionsbeslutet

- 180 Artikeldelen och motiveringen är, i det andra och det tredje inspektionsbeslutet, i huvudsak identiska vad gäller de berörda beteendena och den geografiska och tidsmässiga aspekten. Sökandenas argument om att föremålet var alltför vitt i de två besluten kan således prövas samtidigt.
- 181 Vad gäller beskrivningen av de berörda beteendena var denna i det andra och det tredje inspektionsbeslutet tillräckligt tydlig, med beaktande av kraven i den rättspraxis som angetts i punkterna 170 och 171 ovan. Inledningsvis framgår det dels av artikel 1 och sjätte skälet i det andra inspektionsbeslutet, dels av artikel 1 och sjätte–åttonde skälen i det tredje inspektionsbeslutet, att de berörda beteendena avser DUSS olika förfaranden som är diskriminerande gentemot konkurrenterna, särskilt i fråga om att ge ett olämpligt tillträde till terminalerna, tillhandahålla tjänster som är mindre effektiva och att neka tillträde till terminalerna. Det preciserades även att den berörda marknaden i efterföljande led är järnvägstransportmarknaden. I likhet med vad kommissionen har påpekat framgår det slutligen av den femte grunden i målen T-290/11 och T-521/11 att sökandena har förstått vilka beteenden som omfattades av inspektionen. Beskrivningen av det som är utmärkande för den misstänkta överträdelsen i det andra och det tredje inspektionsbeslutet var således tillfredsställande.
- 182 När det gäller den geografiska aspekten var inte kommissionen skyldig att begränsa föremålet för det andra och det tredje inspektionsbeslutet till Tyskland, utan kommissionen kunde utvidga föremålet till samtliga medlemsstater. Den överträdelse som är föremål för dessa inspektioner kan nämligen också få följder i efterföljande led på den internationella marknaden för järnvägstransporttjänster för passagerare och gods. Även om det endast är DUSS användning av infrastrukturen i Tyskland som beaktas kan följderna sträcka sig till andra medlemsstater, såsom kommissionen har påpekat. Det framgår nämligen särskilt av anmälan från företaget T., som lämnades in till tribunalen inom ramen för vissa åtgärder för processledning, att användningen av terminalerna i Tyskland kan få följder för de konkurrenter som vill tillhandahålla tjänster bestående i transport till eller från andra medlemsstater. Såsom kommissionen har påpekat är inspektionsbesluten dessutom riktade inte endast till DUSS utan till hela DB-koncernen, och alltså även till vissa organisationer som har sitt säte utanför Tyskland och som bedriver internationell verksamhet.
- 183 När det gäller tidsaspekten var inte kommissionen, enligt rättspraxis, skyldig att fastställa den tidsperiod under vilken överträdelsena ska ha begåtts (se punkt 170 ovan). Som kommissionen har påpekat kan inte heller den omständigheten att kommissionen hade uppgifter om att de berörda förfarandena hade pågått sedan åtminstone år 2007 utesluta att de pågick dessförinnan. Kommissionen har dessutom påstått att den hade uppgifter som tydde på att DUSS gav en dold rabatt

till DB Schenker Rail Deutschland, men att den inte visste när rabatten började gälla. Det fanns således ingen anledning för kommissionen att tidsmässigt begränsa det andra och det tredje inspektionsbeslutet.

184 Mot bakgrund av det ovanstående kan talan inte bifallas såvitt avser den fjärde grunden.

*Den femte grunden: Åsidosättande av proportionalitetsprincipen*

185 Sökandena har hävdade att det första, det andra och det tredje inspektionsbeslutet är oproportionerligt. Kommissionen har således gått längre än vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet.

186 När det gäller det första inspektionsbeslutet har sökandena inledningsvis påpekat att det aktuella rabattsystemet sedan år 2003 har använts på ett transparent sätt. Avtalet för leverans av järnvägsel, som varje kund har ingått och där avgiftssystemet och rabattsystemets struktur framgår, är tillgängligt på internet. Det fanns därmed ingen anledning att misstänka att det förekom hemliga metoder som motiverade en inspektion. Rabattsystemet kontrollerades dessutom vid flera tillfällen av nationella myndigheter och domstolar, och det ansågs vara förenligt med bestämmelserna om konkurrensbegränsande samverkan. Kommissionen, som var informerad om dessa förfaranden, kunde ha skaffat alla relevanta uppgifter inom ramen för sitt samarbete, som föreskrivs i artikel 12.1 i förordning nr 1/2003, med Bundeskartellamt (nedan kallad BKartA). Att i det första inspektionsbeslutet vidare åberopa ett beslut som är femton år gammalt (se punkt 221 nedan) – enligt vilket sökandena för övrigt inte hade gömt bevisning – för att motivera att inspektionen var nödvändig, är inte relevant och innebär en ”presumtion för ond tro” som strider mot oskuldspresumtionen som garanteras i artikel 6.2 i Europakonventionen. Det var också olämpligt att genomföra en inspektion med beaktande av vilka slags uppgifter kommissionen letade efter. I det första inspektionsbeslutet preciserades inte heller varför kommissionen, som hade kännedom om det aktuella rabattsystemet sedan år 2006, väntade mer än fem år med att genomföra inspektionen. Interna handlingar, såsom medarbetares subjektiva bedömningar, saknar slutligen relevans för att avgöra om ett beteende mot vilket det vidtas sanktionsåtgärder enligt artikel 102 FEUF, kan motiveras objektivt.

187 Med hänsyn till samtliga dessa omständigheter finns det ingen anledning att tro att sökandena i förevarande fall skulle vara benägna att undanhålla bevisning. Dessutom hade det, med beaktande av proportionalitetsprincipen, räckt med en begäran om upplysningar enligt artikel 18 i förordning nr 1/2003, såsom begäran av den 4 augusti 2011.

188 I samband med repliken har sökandena hävdade att en prövning av huruvida inspektionsbeslutet var nödvändigt och proportionerligt inte kan göras utan en föregående undersökning av vilka slags uppgifter kommissionen förfogade över. Sökandena anser således att tribunalen ska anmoda kommissionen att inkomma med dessa uppgifter.

189 Vid förhandlingen har sökandena gjort gällande att handlingarna avseende den andra inspektionen, vilka tillfälligt togs i beslag vid den första inspektionen, inte kunde läggas åt sidan och förvaras på ett förseglat kontor i avvaktan på att den senare skulle kopieras.

190 Avseende det andra och det tredje inspektionsbeslutet har sökandena för det första gjort gällande att kommissionen saknade behörighet, eftersom tillträdet till järnvägsinfrastrukturen enbart regleras av nationella sektoriella bestämmelser. Det kan i vart fall inte anses nödvändigt att kommissionen genomför en inspektion med beaktande av att den tyska tillsynsmyndigheten, BNetzA, har omfattande befogenheter. Kommissionen borde för det andra ha kommit överens med BNetzA för att erhålla upplysningar och undvika parallella förfaranden. För det tredje hade kommissionen kunnat erhålla de

nödvändiga uppgifterna genom en begäran om upplysningar enligt artikel 18 i förordning nr 1/2003, i synnerhet när det gäller det tredje inspektionsbeslutet. När det är fråga om flera inspektioner som följer på varandra måste det nämligen finnas särskilt allvarliga skäl som motiverar dem.

- 191 Kommissionen anser att samtliga sökandenas argument är ogrundade.
- 192 Tribunalen erinrar om att proportionalitetsprincipen, vilken ingår bland de allmänna principerna i unionsrätten, innebär att unionsinstitutionerna i sitt handlande inte får gå utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå det mål som eftersträvas. När det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan ska den åtgärd väljas som är minst ingripande och de vållade olägenheterna får inte vara orimliga i förhållande till de eftersträlvade målen (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 13 november 1990 i mål C-331/88, Fedesa m.fl., REG 1990, s. I-4023, punkt 13, och av den 14 juli 2005 i mål C-180/00, Nederländerna mot kommissionen, REG 2005, s. I-6603, punkt 103).
- 193 Vad gäller ett beslut om att genomföra en inspektion krävs för att iaktta proportionalitetsprincipen att de planerade åtgärderna inte medför olägenheter som är orimliga och oacceptabla i förhållande till de mål som eftersträvas med inspektionen (se, angående förordning nr 17, domen i det ovan i punkt 80 nämnda målet Roquette Frères, punkt 76). Kommissionens val mellan en inspektion som utförs med stöd av endast ett tillstånd och en inspektion som beordrats genom ett beslut beror emellertid inte på sådana omständigheter som att situationen är särskilt allvarlig, att saken är ytterst brådskande eller att absolut diskretion krävs, utan på behovet av en lämplig utredning, med hänsyn till särdragen i det enskilda fallet. Ett inspektionsbeslut strider därför inte mot proportionalitetsprincipen när det endast har till syfte att göra det möjligt för kommissionen att samla in de uppgifter som är nödvändiga för att kunna bedöma om det föreligger en överträdelse av fördraget (se, angående förordning nr 17, domen i det ovan i punkt 171 nämnda målet National Panasonic mot kommissionen, punkterna 28–30, och i det ovan i punkt 80 nämnda målet Roquette Frères, punkt 77).
- 194 Det ankommer i princip på kommissionen att bedöma om en upplysning är nödvändig för att påvisa en överträdelse av konkurrensreglerna. Även om kommissionen redan förfogar över indicier, eller till och med bevis, för att det föreligger en överträdelse, är den i sin fulla rätt att anse att det är nödvändigt att besluta om kompletterande undersökningar för att den bättre ska kunna skapa sig en bild av överträdelsen eller dess varaktighet (se, angående förordning nr 17, domen i det ovan i punkt 81 nämnda målet Orkem mot kommissionen, punkt 15, och i det ovan i punkt 80 nämnda målet Roquette Frères, punkt 78).
- 195 Det är mot bakgrund av dessa principer som tribunalen ska pröva de argument som sökandena har anfört.
- 196 Inledningsvis finner tribunalen att de invändningar som sökandena har anfört i samband med repliken och vid förhandlingen – dels att en prövning av huruvida det första inspektionsbeslutet var nödvändigt och proportionerligt inte kan göras utan en undersökning av vilka slags uppgifter kommissionen förfogade över, dels att handlingarna avseende den andra inspektionen, som lades åt sidan vid den första inspektionen, inte kunde förvaras på ett förseglat kontor – ska avvisas i enlighet med artikel 48.2 i rättegångsreglerna eftersom de har anförts försent.
- 197 I detta avseende ska det nämligen påpekas att det av artikel 48.2 i rättegångsreglerna framgår att nya grunder inte får åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet. Som kommissionen har anfört kan inte sökandenas invändningar vara en utvidgning av en grund som tidigare, direkt eller underförstått, har åberopats i ansökan genom vilken talan väckts och har ett nära samband med denna. Dessa invändningar kan följaktligen inte tas upp till sakprövning.

- 198 Sökandenas begäran om att tribunalen ska anmoda kommissionen att lämna in upplysningar angående vilka uppgifter som den hade tillgång till före den första inspektionen ska följaktligen avslås.
- 199 Beträffande sökandenas andra invändningar konstaterar tribunalen att sökandena har framfört ett antal argument i syfte att visa att kommissionen inte var behörig att utföra en inspektion i deras lokaler med anledning av att det finns sektoriella bestämmelser som reglerar sektorn för transporter på nationell nivå. Enligt sökandena var inspektionerna inte heller proportionerliga, eftersom kommissionen hade kunnat skaffa alla nödvändiga uppgifter via de nationella myndigheterna, vilka tidigare hade meddelat ett antal beslut och avgöranden avseende samma förfaranden.
- 200 Det framgår för det första av fast rättspraxis att kommissionen vid utförandet av de uppgifter som den har anförtrotts enligt fördraget inte är bunden av ett beslut som har fattats av en nationell domstol med stöd av artiklarna 101.1 FEUF och 102 FEUF. Kommissionen har således rätt att när som helst fatta individuella beslut med tillämpning av artiklarna 101 FEUF och 102 FEUF, även när en nationell domstol redan har träffat ett avgörande om ett avtal eller ett förfarande och det beslut kommissionen har för avsikt att fatta strider mot den nationella domstolens avgörande (se förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 44 nämnda målet *France Télécom mot kommissionen*, punkt 79, och av den 10 april 2008 i mål T-271/03, *Deutsche Telekom mot kommissionen*, REG 2008, s. II-1747, punkt 120 och där angiven rättspraxis).
- 201 I punkt 263 i förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 200 nämnda målet *Deutsche Telekom mot kommissionen* slog förstainstansrätten även fast att det saknas betydelse om det finns sektoriella bestämmelser eller inte vid bedömningen av huruvida ett konkurrensbeslut från kommissionen är proportionerligt. Denna princip gäller såväl för ett slutgiltigt beslut som för ett inspektionsbeslut.
- 202 I förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 44 nämnda målet *France Télécom mot kommissionen* (punkterna 79, 80 och 85) och i det ovan i punkt 75 nämnda målet *CB mot kommissionen* (punkt 48) erinrade förstainstansrätten slutligen om att kommissionens befogenheter att genomföra utredningar enligt förordning nr 1/2003 inte kan påverkas av att det tidigare har hållits möten mellan kommissionen och sökandena eller av att en nationell myndighet redan handlägger ett ärende.
- 203 För det andra finns det, som kommissionen har påpekat, ingen anledning att anta att de nationella myndigheterna har prövat samtliga relevanta frågor eller att de i samband med de administrativa förfaranden och domstolsförfaranden som sökandena har hänvisat till har inhämtat samtliga faktiska omständigheter. Det framgår för övrigt av handlingarna i målet – utan att det har bestritts av sökanden – att det endast har hållits möten mellan sökandena och de nationella myndigheterna avseende systemet för leverans av järnvägsel. *BKartA* och *BNetzA* har följaktligen aldrig formellt inlett någon utredning i detta avseende.
- 204 För det tredje har kommissionen angett ett antal sakomständigheter som inte sökandena har bestritt. Den dom som meddelades av *Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main* (regional appellationsdomstol i Frankfurt am Main, Tyskland), som sökandena har åberopat, i vilken påståendet att de nationella konkurrensbestämmelserna hade åsidosatts vad gällde ett rabattsystem inte godtogs, avser enligt kommissionen endast den nationella konkurrensrätten och inte unionsrätten. Anledningen till att nämnda dom vann laga kraft berodde vidare på att klagandena i målet och sökandena i samband med överklagandet nådde en förlikning utanför domstol. I samband med överklagandet gjorde dessutom *BKartA* uttryckligen gällande att det berörda rabattsystemet var konkurrensbegränsande, vilket strider mot sökandenas påstående om att de nationella myndigheterna godkände deras rabattsystem. Kommissionen har också påpekat att domen meddelades år 2006 och omfattade händelser som inträffade år 2003 medan kommissionens egen undersökning också avser perioden efter det. Domen som meddelades av *Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main* motsägs slutligen av en dom som meddelades omedelbart därpå av samma domstol, vilket troligtvis förklarar förlikningen i det första målet.

- 205 Mot bakgrund av punkterna 199–204 ovan ska därmed samtliga argument underkännas som syftar till att visa att kommissionen inte var behörig eller att inspektionerna var oproportionerliga med anledning av de tidigare nationella besluten.
- 206 Såvitt avser sökandenas argument att en begäran om upplysningar enligt artikel 18 i förordning nr 1/2003 mot bakgrund av proportionalitetsprincipen hade varit tillräcklig i förevarande fall ska det konstateras att de tre inspektionerna inte är oproportionerliga med hänsyn till sitt sammanhang.
- 207 För det första beror, enligt den rättspraxis som angetts i punkterna 193 och 194, kommissionens val mellan, å ena sidan, en inspektion som beordrats genom ett beslut och, å andra sidan, en annan mindre ingripande undersökningsåtgärd, på behovet av en lämplig utredning utifrån särdragen i det enskilda fallet. Det ankommer vidare på kommissionen att bedöma om en upplysning är nödvändig för att påvisa en överträdelse av konkurrensreglerna. Kommissionens utredningsbefogenhet skulle dessutom vara innehållslös om kommissionen endast kunde begära handlingar som den exakt kunde definiera i förväg. Kommissionens rättigheter i detta avseende innebär tvärtom befogenhet att efterforska upplysningar som ännu inte är kända eller fullt identifierade (domen i de ovan i punkt 86 nämnda förenade målen Hoechst mot kommissionen, punkt 27, och i det ovan i punkt 128 nämnda målet Ventouris mot kommissionen, punkt 122). Följaktligen har kommissionen nödvändigtvis ett visst utrymme för skönsässig bedömning gällande valet av undersökningsåtgärd.
- 208 För det andra anser tribunalen i likhet med kommissionen, vad gäller det första inspektionsbeslutet, att i den mån de eftersökta uppgifterna innefattade sådana uppgifter som kunde avslöja ett eventuellt försök att slå ut konkurrenter genom att omotiverat behandla företag i samma koncern förmånligt via ett rabattsystem avseende leverans av järnvägsrelaterade tjänster, så hade kommissionen rätt att genomföra inspektionen för att genomföra en lämplig utredning av ärendet. Det är nämligen svårt att i förevarande fall föreställa sig att dessa uppgifter hade kunnat komma i kommissionens besittning på något annat sätt än genom en inspektion. Som kommissionen har påpekat garanterar inte en begäran om upplysningar enligt artikel 18 i förordning nr 1/2003 att företaget skickar in handlingar, såsom e-postmeddelanden, av vilka överträdelsen framgår.
- 209 De uppgifter som påstås vara allmänt tillgängliga, det vill säga avtalet för leverans av järnvägsrelaterade tjänster, räckte vidare inte för att exakt fastställa förekomsten och omfattningen av en förmodad överträdelse av artikel 102 FEUF. Såsom kommissionen har understrukit var det nämligen inte möjligt att utifrån de uppgifter som var tillgängliga på internet ta reda på bland annat vilka företag som faktiskt gynnades av rabatterna samt rabattens storlek. Det var inte heller möjligt att med dessa uppgifter förstå företagets affärsstrategi och dess återverkningar. Det är viktigt att kunna påvisa att företaget har en aktiv konkurrensbegränsande strategi, eftersom förekomsten av en sådan strategi dels gör det möjligt att klargöra olika sakomständigheter som då kan anses utgöra missbruk, dels kan utgöra en försvårande omständighet, såsom kommissionen har påpekat. Sökandena har för övrigt bekräftat detta i repliken, då de förklarade att de aktuella uppgifterna i sig inte fanns, eftersom det skulle förutsätta en sammanställning av handlingar som fanns men inte var tillgängliga.
- 210 Sökandenas argument att behovet av att samla in uppgifter snarare föranleder en begäran om upplysningar än en inspektion kan inte godtas. Även om dessa uppgifter inte var tillgängliga fanns det nämligen fortfarande en risk för att bevisningen skulle förstöras. Den omständigheten att kommissionen i tidigare ärenden har haft ett annat tillvägagångssätt för att förstå de berörda företagens affärsstrategier, såsom sökandena har hävdats, kan i sig inte begränsa kommissionens behörighet att genomföra en inspektion i förevarande ärenden. Sökandena har under alla omständigheter varken specificerat vilka tidigare ärenden de avser eller anfört någon konkret omständighet som gör det möjligt att jämföra omständigheterna i de nämnda ärendena med omständigheterna i förevarande mål.
- 211 Vad därefter gäller argumentet att vissa interna handlingar, såsom medarbetares subjektiva bedömningar, saknar relevans för att avgöra om ett beteende är objektivt motiverat enligt 102 FEUF, var inte det huvudsakliga syftet med inspektionen att samla in medarbetares vittnesmål. Beroende på

omständigheterna i det enskilda fallet kan det hur som helst vara nödvändigt att inhämta medarbetares vittnesmål för att få tillgång till vissa bedömningar av sakomständigheter som rör företagets verksamhet eller strategi.

- 212 När det slutligen gäller argumentet att en begäran om upplysningar enligt artikel 18 i förordning nr 1/2003 hade varit tillräcklig, eftersom kommissionen den 4 augusti 2011 framställde en sådan begäran – det vill säga eftersom kommissionen under förfarandet hade kunnat erhålla uppgifter från sökandena på ett annat sätt än genom en inspektion – anser tribunalen, i likhet med kommissionen, att den omständigheten att kommissionen efter den andra och den tredje inspektionen framställde en begäran om upplysningar inte är relevant för att fastställa om inspektionerna mot bakgrund av proportionalitetsprincipen var motiverade i syfte att fastställa huruvida det har skett en överträdelse av artikel 102 FEUF.
- 213 När det, för det tredje, gäller det andra och det tredje inspektionsbeslutet har inte sökandena anfört något nytt argument jämfört med de argument som anfördes beträffande det första inspektionsbeslutet till stöd för invändningen att en begäran enligt artikel 18 i förordning nr 1/2003 hade varit tillräcklig. Sökandena har som mest, beträffande det tredje inspektionsbeslutet, i fråga om flera inspektioner som följer på varandra, gjort gällande att det måste finnas särskilt allvarliga skäl.
- 214 Tribunalen konstaterar under alla omständigheter att åtminstone vissa av de uppgifter som kommissionen letade efter i samband med den andra och den tredje inspektionen potentiellt visade att det fanns en avsikt att begå en överträdelse och att det var möjligt att dessa uppgifter fanns i sökandenas lokaler. Det framgår av besluten om dessa inspektioner att det rörde sig om uppgifter om olika förfaranden från DUSS sida som var diskriminerande gentemot konkurrenter, särskilt i fråga om att ge ett olämpligt tillträde till terminalerna, att tillhandahålla tjänster som var mindre effektiva och att neka tillträde till terminalerna. Det är svårt att föreställa sig att sådana uppgifter i förevarande fall frivilligt skulle ha överlämnats till kommissionen inom ramen för en begäran om upplysningar enligt artikel 18 i förordning nr 1/2003, i synnerhet med beaktande av vad företaget riskerar om en överträdelse av artikel 102 FEUF konstateras.
- 215 De skäl som utvecklats i punkterna 209–211 ovan om vikten av att kunna påvisa att företaget har en aktiv konkurrensbegränsande strategi och om medarbetares subjektiva bedömningar, gäller även för det andra och det tredje inspektionsbeslutet. I motsats till vad sökandena har påstått var kommissionen dessutom behörig att genomföra en inspektion och var inte skyldig att samordna sitt agerande med de nationella myndigheterna (se punkterna 199–205 ovan).
- 216 Vad slutligen gäller argumentet att det måste finnas särskilt allvarliga skäl för att motivera flera inspektioner som följer på varandra, är det gällande sådana inspektioner riktigt att kommissionen har tillgång till vissa uppgifter som erhållits vid de tidigare inspektionerna redan innan de påföljande inspektionerna genomförs. Detta innebär emellertid inte, i motsats till vad sökandena har påstått, att kommissionen enbart har rätt att införskaffa de kompletterande uppgifter som anses nödvändiga genom en begäran om upplysningar enligt artikel 18 i förordning nr 1/2003 eller att endast särskilt allvarliga skäl kan motivera en ny inspektion. Det framgår nämligen av den rättspraxis som har angetts i punkterna 193 och 194 ovan att kommissionens val mellan en inspektion som beordrats genom ett beslut och en annan undersökningsåtgärd inte nödvändigtvis beror på sådana omständigheter som att situationen är särskilt allvarlig, att saken är ytterst brådskande eller att absolut diskretion krävs, utan på behovet av en lämplig utredning, med hänsyn till särdragen i det enskilda fallet. Kommissionen kan därmed rätteligen anse att det är nödvändigt att besluta om ytterligare inspektioner för att fastställa förekomsten av den misstänkta överträdelsen, även om kommissionen redan vid tidigare inspektioner har erhållit indicier, eller rent av bevis, som styrker en sådan överträdelse.



- 217 Mot bakgrund av vad som har anförts i punkterna 206–216 ovan underkänner tribunalen samtliga sökandenas argument om att en begäran om upplysningar enligt artikel 18 i förordning nr 1/2003 i förevarande fall hade varit tillräcklig och att inspektionsbesluten därmed var oproportionerliga.
- 218 Vidare kan inte tribunalen godta sökandenas argument om att det inte fanns några uppgifter som visade att det fanns en verklig risk för att bevis skulle förstöras eller undanhållas om en begäran om upplysningar hade framställts i enlighet med artikel 18 i förordning nr 1/2003.
- 219 För det första inför varken förordning nr 1/2003 eller rättspraxis en sådan begränsning. För det andra var detta inte det enda skälet till att kommissionen beslutade att genomföra inspektionerna, i motsats till vad sökandena har anført. Det huvudsakliga skälet var att leta efter uppgifter som kunde avslöja en strategi för att slå ut konkurrenter och som sökandena kunde ha i sin besittning. Av de skäl som har anförts i punkterna 208–214 ovan underkänner tribunalen för det tredje, mot bakgrund av omständigheterna i fallet, argumentet att det saknades bevis för att det fanns en risk för förstörelse. För det fjärde är det inte möjligt att av den dom som meddelades av Oberlandesgericht Frankfurt-am-Main (se punkt 204 ovan) dra slutsatsen, såsom sökandena har gjort, att det inte fanns någon risk för förstörelse av uppgifter.
- 220 När det därefter gäller argumentet att oskuldspresumtionen har åsidosatts, erinrar tribunalen om att principen om oskuldspresumtion som bland annat följer av artikel 6.2 i Europakonventionen, är en del av de grundläggande rättigheter som enligt domstolens praxis skyddas genom unionens rättsordning.
- 221 Det framgår av tionde skälet i det första inspektionsbeslutet att kommissionen hänvisade till domstolens beslut av den 27 april 1999 i mål C-436/97 P, Deutsche Bahn mot kommissionen (REG 1999, s. I-2387) och till förstainstansrättens dom av den 21 oktober 1997 i mål T-229/94, Deutsche Bahn mot kommissionen (REG 1997, s. II-1689), i vilka det fastställdes att sökandena hade åsidosatt artikel 102 FEUF med anledning av deras pristillämpning i kombination med andra omständigheter, i syfte att motivera att det fanns en risk att de berörda företagen försökte undanhålla eller förstöra bevisning. Kommissionen har förklarat att den hänvisade till dessa mål enbart i syfte att framhålla att sökandena måste ha varit medvetna om de eventuella följderna av att en överträdelse konstaterades och att sökandena därför kunde vara benägna att förstöra bevisning om en begäran om upplysningar framställdes i enlighet med artikel 18 i förordning nr 1/2003. Tribunalen finner denna förklaring trovärdig. Dessutom kan förevarande omständighet vara relevant för valet mellan olika utredningsåtgärder. Det ska slutligen erinras om att det första, det andra och det tredje inspektionsbeslutet är beslut om att genomföra en inspektion och innehåller följaktligen varken några påföljder eller uppgifter som fastställer någon skuld. Under dessa omständigheter anser tribunalen att invändningen om att oskuldspresumtionen åsidosattes inte kan godkännas.
- 222 När det därefter gäller sökandenas påstående att de inte förstår varför kommissionen väntade mer än fem år med att genomföra en inspektion trots att den hade kännedom om rabattsystemet sedan år 2006, räcker det med att konstatera att även om kommissionen förfogade över uppgifter som gav dem tillåtelse att genomföra inspektioner sedan år 2006, såsom sökandena har gjort gällande, saknar en sådan slutsats betydelse för frågan om inspektionerna var proportionerliga. Det ska dessutom erinras om att det ankommer på kommissionen att bedöma när en utredning ska påbörjas och att bestämmelserna om preskription finns för att skydda företagen.
- 223 Av det ovan anförda framgår det inte att kommissionen i det aktuella ärendet har agerat på ett sätt som inte står i proportion till det eftersträvade målet och därför har åsidosatt proportionalitetsprincipen, eftersom de inspektioner som beslutats i enlighet med artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 var lämpliga med hänsyn till särdragen i det aktuella fallet.
- 224 Under dessa omständigheter kan det konstateras att den femte grunden ska avvisas i vissa delar och att talan i målen inte heller kan bifallas såvitt avser grunden i övrigt.

*Det tredje och det fjärde yrkandet*

- 225 Sökandena har genom det tredje och det fjärde yrkandet begärt att tribunalen ska ogiltigförklara alla åtgärder som vidtagits till följd av de berörda inspektionerna, respektive förplikta kommissionen att återlämna samtliga kopior på dokument som tagits i samband med inspektionerna.
- 226 Beträffande det tredje yrkandet konstaterar tribunalen att det i detta skede inte är möjligt att tillräckligt precist avgöra föremålet för sökandenas yrkande. Det är i synnerhet inte möjligt att avgöra om yrkandet avser rättsakter mot vilka talan kan väckas i den mening som avses i artikel 263 FEUF. Det tredje yrkandet avvisas således, eftersom det inte kan anses vara tillräckligt precist, i enlighet med artikel 21 i domstolens stadga och artikel 44.1 c i rättegångsreglerna.
- 227 Vad gäller det fjärde yrkandet noteras, i likhet med vad kommissionen har gjort gällande, att sökandena, genom att yrka att tribunalen ska uttala sig om följderna av att inspektionsbesluten ogiltigförklaras, avser att få en fastställelse av följderna av en eventuell dom om ogiltigförklaring vilken även skulle utgöra ett föreläggande för kommissionen att följa domen. Tribunalen är emellertid inte behörig att inom ramen för en prövning av en rättsakts lagenlighet med stöd av artikel 236 FEUF meddela fastställelsesdomar (se, för ett liknande resonemang, domstolens beslut av den 9 december 2003 i mål C-224/03, Italien mot kommissionen, REG 2003, s. I-14751, punkterna 20–22) eller utfärda förelägganden, även om dessa avser det sätt på vilket parterna ska följa dess domar (beslut av domstolens ordförande av den 26 oktober 1995 i de förenade målen C-199/94 P och C-200/94 P, Pevasa och Inpesca mot kommissionen, REG 1995, s. I-3709, punkt 24). Sökandenas fjärde yrkande kan således inte tas upp till sakprövning (förstainstansrättens dom av den 4 februari 2009 i mål T-145/06, Omya mot kommissionen, REG 2009, s. II-145, punkt 23).
- 228 Av det ovanstående följer att talan i målen inte kan bifallas på någon av de anförda grunderna.

**Rättegångskostnader**

- 229 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökandena ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna i målen T-289/11, T-290/11 och T-521/11. Eftersom sökandena har tappat dessa mål, ska kommissionens yrkande bifallas.
- 230 Rådet, Eftas övervakningsmyndighet och Konungariket Spanien ska bära sina egna rättegångskostnader, i enlighet med artikel 87.4 första och andra styckena i rättegångsreglerna.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen)

följande:

- 1) **Talan ogillas i samtliga mål.**
- 2) **Deutsche Bahn AG, DB Mobility Logistics AG, DB Energie GmbH, DB Netz AG, DB Schenker Rail GmbH, DB Schenker Rail Deutschland AG och Deutsche Umschlaggesellschaft Schiene-Straße mbH (DUSS) ska ersätta Europeiska kommissionens rättegångskostnader och bära sina rättegångskostnader.**
- 3) **Europeiska unionens råd, Eftas övervakningsmyndighet och Konungariket Spanien ska bära sina rättegångskostnader.**

Pelikánová

Jürimäe

Van der Woude

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 6 september 2013.

## Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten .....	2
Den första inspektionen .....	2
Det första inspektionsbeslutet .....	2
Genomförandet av den första inspektionen .....	4
Den andra inspektionen .....	5
Det andra inspektionsbeslutet .....	5
Genomförandet av den andra inspektionen .....	6
Den tredje inspektionen .....	6
Det tredje inspektionsbeslutet .....	6
Genomförandet av den tredje inspektionen .....	7
Förfarandet och parternas yrkanden .....	7
Rättslig bedömning .....	8
Den första grunden: Åsidosättande av rätten till hemmets okränkbarhet, med hänvisning till att det inte fanns något förhandstillstånd från en rättslig myndighet .....	9
Upptagande till sakprövning .....	9
Prövning i sak .....	11
Den andra grunden: Åsidosättande av rätten till ett effektivt rättsmedel .....	17
Den tredje grunden: Åsidosättande av sökandenas rätt till försvar med hänvisning till oegentligheter under den första inspektionen .....	18
Den grundliga genomsökningen av M.:s kontor .....	21
De omtvistade handlingarna och sökorden .....	22
Kommissionens agerande före den första inspektionen .....	24
Den fjärde grunden: Beskrivningen av föremålet för inspektionerna i det första, det andra och det tredje inspektionsbeslutet .....	25
ECLI:EU:T:2013:404	35

Det första inspektionsbeslutet .....	26
Det andra och det tredje inspektionsbeslutet .....	27
Den femte grunden: Åsidosättande av proportionalitetsprincipen .....	28
Det tredje och det fjärde yrkandet .....	34
Rättegångskostnader .....	34