



# Rättsfallssamlingen

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
GIOVANNI PITRUZZELLA  
föredraget den 14 juli 2022<sup>1</sup>

**Mål C-682/20 P**

**Les Mousquetaires,  
ITM Entreprises SAS  
mot**

**Europeiska kommissionen**

”Överklagande – Konkurrens – Konkurrensbegränsande samverkan – Administrativt förfarande – Kommissionens beslut om inspektion – Invändning om rättsstridighet som anförs mot artikel 20 i förordning nr 1/2003 – Påstådd avsaknad av effektivt rättsmedel mot villkoren för genomförande av inspektionsbeslut – Kommissionens beslut om att beslagta och kopiera uppgifter i kommunikations- och lagringsverktyg som omfattar uppgifter om användarnas privatliv – Avslag på klagandenas begäran att de berörda uppgifterna ska återlämnas – Talan om ogiltigförklaring”

1. Les Mousquetaires SAS (nedan kallat LM) och ITM Entreprises SAS (nedan kallat ITM eller Intermarché och, tillsammans med LM, klagandena) har genom sitt överklagande yrkat att domstolen delvis ska upphäva tribunalens dom av den 5 oktober 2020, Les Mousquetaires och ITM Entreprises/kommissionen (T-255/17, EU:T:2020:460) (nedan kallad den överklagade domen), genom vilken tribunalen delvis ogillade deras talan enligt artikel 263 FEUF om för det första ogiltigförklaring av i första hand två beslut som Europeiska kommissionen antog den 21 februari 2017<sup>2</sup>, genom vilka LM och alla bolag som direkt eller direkt kontrollerades av LM förpliktades att underkasta sig en inspektion enligt artikel 20.1 och 20.4 i förordning (EG) nr 1/2003<sup>3</sup> och, i andra hand, två beslut som kommissionen antog den 9 februari 2017, genom vilka ITM och alla bolag som direkt eller indirekt kontrollerades av ITM förpliktades att underkasta sig en inspektion enligt artikel 20.1 och 20.4 i förordning nr 1/2003,<sup>4</sup> och för det andra ogiltigförklaring av kommissionens beslut att dels beslagta och kopierade uppgifter i kommunikations- och lagringsverktyg som omfattade uppgifter om verktygsanvändarnas privatliv, dels avslå klagandena begäran att dessa uppgifter skulle återlämnas.

<sup>1</sup> Originalspråk: franska.

<sup>2</sup> Kommissionens beslut C(2017) 1361 final (ärende AT.40466 – Tute 1) (nedan kallat Tute 1-beslutet av den 21 februari 2017) och kommissionens beslut C(2017) 1360 final (ärende AT.40467 – Tute 2) (nedan kallat Tute 2-beslutet av den 21 februari 2017).

<sup>3</sup> Rådets förordning av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101 och 102 FEUF] (EGT L 1, 2003, s. 1).

<sup>4</sup> Kommissionens beslut C(2017) 1057 final (ärende AT.40466 – Tute 1) (nedan kallat Tute 1-beslutet av den 9 februari 2017) och kommissionens beslut C(2017) 1061 final (ärende AT.40467 – Tute 2) (nedan kallat Tute 2-beslutet av den 9 februari 2017).

## I. Bakgrund till tvisten

2. Bakgrunden till tvisten beskrivs i punkterna 2–11 i den överklagade domen och kan med avseende på detta förfarande sammanfattas på följande sätt.

3. LM är holdingbolaget i Les Mousquetaires-koncernen, vars verksamhet består av distribution av livsmedel och andra varor i Frankrike och Belgien. ITM är ett dotterbolag till LM.

4. Europeiska kommissionen antog Tute 1-beslutet den 9 februari 2017, efter att ha fått upplysningar om informationsutbyten mellan ITM och bland annat Casino, som också bedriver verksamhet inom sektorn för distribution av livsmedel och andra varor.

5. Artikeldelen i detta beslut har följande lydelse:

”Artikel 1

... Intermarché ... och samtliga bolag som direkt eller indirekt kontrolleras av detta företag är skyldiga att underkasta sig en inspektion avseende deras eventuella deltagande i samordnade förfaranden som strider mot artikel 101 [FEUF] på marknaden för inköp av dagligvaror, marknaden för försäljning av tjänster till tillverkare av märkesvaror och marknaden för försäljning av dagligvaror till konsumenterna. Dessa samordnade förfaranden utgörs av

- a) informationsutbyte sedan 2015 mellan företag och/eller företagssammanslutningar, bland annat AgeCore och/eller dess medlemmar, bland annat Intermarché, och ICDC ... och/eller dess medlemmar, bland annat Intermarché, om de rabatter som de erhållit på marknaden för inköp av dagligvaror i sektorerna för livsmedel, hygienprodukter och rengöringsprodukter samt om priserna på marknaden för försäljning av tjänster till tillverkare av märkesvaror i sektorerna för livsmedel, hygienprodukter och rengöringsprodukter i flera av Europeiska unionens medlemsstater, bland annat Frankrike, och
- b) informationsutbyte åtminstone sedan 2016 mellan Casino och Intermarché om deras framtida affärsstrategier i Frankrike, bland annat vad gäller sortiment, utveckling av butiker, e-handel och marknadsföringspolitik på marknaden för inköp av dagligvaror och marknaden för försäljning av dagligvaror till konsumenterna.

Denna inspektion kan äga rum i vilken som helst av företagets lokaler ...

Intermarché ska bereda de tjänstemän och andra personer som kommissionen bemyndigat för att genomföra en inspektion, samt de tjänstemän och andra personer som konkurrensmyndigheten i den berörda medlemsstaten bemyndigat eller utsett för att bistå dem, tillträde till samtliga dess lokaler och transportmedel under normal kontorstid. Intermarché ska lägga fram sina räkenskaper och andra affärshandlingar för inspektion, oavsett i vilken form de föreligger, om tjänstemännen och andra bemyndigade personer begär det, och ska tillåta att de granskar dessa räkenskaper och affärshandlingar på plats och gör eller erhåller alla former av kopior av eller utdrag ur dem. Intermarché ska tillåta att samtliga företagslokaler, räkenskaper eller affärshandlingar förseglas så länge och i den omfattning det är nödvändigt för inspektionen. Intermarché ska omedelbart på plats lämna muntliga förklaringar avseende föremålet för och syftet med inspektionen, om dessa tjänstemän eller personer begär det, och ska tillåta att företagets företrädare eller medarbetar lämnar sådana förklaringar. Intermarché ska tillåta att dessa förklaringar protokollförs, oavsett i vilken form.

## Artikel 2

Inspektionen kan inledas den 20 februari 2017 eller kort därefter.

## Artikel 3

Detta beslut riktar sig till Intermarché och samtliga bolag som direkt eller indirekt kontrolleras av detta företag.

Detta beslut ska, strax före inspektionen, i enlighet med artikel 297.2 [FEUF] delges det företag som det riktar sig till.”

6. Sedan kommissionen också erhållit upplysningar om informationsutbyten mellan bland annat Intermarché och andra företag eller företagssammanslutningar antog kommissionen Tute 2-beslutet den 9 februari 2017. I artikel 1 i detta beslut redogjorde kommissionen för Intermarchés eventuella deltagande i samordnade förfaranden i form av ”Informationsutbyte sedan 2015 mellan företag och/eller företagssammanslutningar, bland annat AgeCore och/eller dess medlemmar, Copernic och/eller dess medlemmar och Eurelec och/eller dess medlemmar, om de rabatter som de erhållit på marknaden för inköp av dagligvaror i sektorerna för livsmedel, hygienprodukter och rengöringsprodukter samt om priserna på marknaden för försäljning av tjänster till tillverkare av märkesvaror i sektorerna för livsmedel, hygienprodukter och rengöringsprodukter i flera av Europeiska unionens medlemsstater, bland annat Frankrike och Tyskland”. Artiklarna 2 och 3 i det beslutet hade samma innehåll som artiklarna 2 och 3 i Tute 1-beslutet av den 9 februari 2017.

7. Efter att ha underrättats av kommissionen om inspektionen i fråga vände sig den franska konkurrensmyndigheten till avdelningen för frigivning och frihetsberövande vid Tribunal de grande instance d'Evry (Förstainstansdomstolen i Evry, Frankrike) för att ansöka om tillstånd för att genomföra inspektionsbesök och beslag i klagandenas lokaler. Genom beslut av den 17 februari 2017 beviljade avdelningen för frigivning och frihetsberövande de tillstånd för inspektionsbesök och beslag som hade begärts i förebyggande syfte. Ingen av de åtgärder som vidtogs under inspektionen krävde användning av tvångsåtgärder i den mening som avses i artikel 20.6–20.8 i förordning nr 1/2003. Klagandena delgavs därför inte detta beslut.

8. Inspektionen inleddes den 20 februari 2017 då kommissionens inspektörer tillsammans med företrädare för den franska konkurrensmyndigheten besökte Intermarchés lokaler.

9. Till följd av tvivel i frågan huruvida en av de personer som berördes av inspektionen var anställd hos ITM eller LM antog kommissionen Tute 1- och Tute 2-besluten av den 21 februari 2017, på samma grunder som i Tute 1- och Tute 2-besluten av den 9 februari 2017. Den enda ändringen var uppgiften om vilket bolag som var huvudföremålet för inspektionen (ITM i stället för LM).<sup>5</sup>

10. Vid inspektionen besökte kommissionen kontoren, samlade in material, särskilt datormaskinvara (bärbara datorer, mobiltelefoner, surfplattor, lagringsenheter), hörde flera personer och kopierade innehållet i det insamlade materialet.

<sup>5</sup> Den enda skillnaden mellan Tute 1-besluten av den 9 februari 2017 och av den 21 februari 2017, å ena sidan, och Tute 2-besluten av den 9 februari 2017 och av den 21 februari 2017, å andra sidan, var benämningen på huvudföremålet för inspektionen, LM i det ena fallet och ITM i det andra.

11. Klagandena inkom med flera skrivelser till kommissionen, daterade den 24 februari 2017, i vilka de framförde invändningar mot inspektionsbesluten och mot genomförandet av inspektionen med stöd av dessa beslut. De ifrågasatte bland annat kopieringen av handlingar som rörde de anställdas privatliv. Invändningarna kompletterades med en skrivelse till kommissionen den 13 april 2017, i vilken klagandena särskilt begärde att få tillbaka vissa av de kopierade handlingarna.

## II. Förfarandet vid tribunalen och den överklagade domen

12. Genom ansökan som ingavs till tribunalens kansli den 28 april 2017 angrep klagandena Tute 1- och Tute 2-besluten av den 21 februari 2017 och, i förekommande fall, Tute 1- och Tute 2-besluten av den 9 februari 2017. Klagandena åberopade fem grunder till stöd för sin talan. Den första grunden vilade på en invändning om rättsstridighet avseende artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 och var avsedd att bestrida de otillräckliga rättsmedel som stod till förfogande med avseende på inspektionernas genomförande. Den andra grunden avsåg avsaknad av lagenlig delgivning av de angripna besluten, den tredje avsåg den omständigheten att de berövats rätten till försvar mot inspektionen, den fjärde avsåg åsidosättande av motiveringsskyldigheten och den femte åsidosättande av rätten till hemmets okränkbarhet.

13. Ordföranden på tribunalens nionde avdelning beslutade den 22 september 2017 att Europeiska unionens råd fick intervensera i förfarandet till stöd för kommissionen.

14. Tribunalen beslutade, inom ramen för åtgärder för processledning enligt artikel 89 i tribunalens rättegångsregler, att anmoda kommissionen att lägga fram en icke-konfidentiell version av de indicier för de påstådda överträdelsena som den förfogade över då de angripna besluten antogs och anmodade sedan klagandena att ta ställning till de indicier som lagts fram. Som svar på denna anmodan lade kommissionen bland annat fram referat från intervjuer som genomfördes 2016 och 2017 med tretton leverantörer av dagligvaror som berördes av inspektionen och som regelbundet ingick avtal med Casino och ITM (nedan kallade referaten från intervjuerna).

15. Genom den överklagade domen fastställde tribunalen att kommissionen inte hade tillräckligt allvarliga indicier för att kunna misstänka att det förekommit en överträdelse i form av informationsutbyten mellan Casino och ITM om bolagens framtida affärsstrategier. Tribunalen ogiltigförklarade artikel 1 b i Tute 1-beslutet av den 9 februari 2017 och artikel 1 b i Tute 1-beslutet av den 21 februari 2017.<sup>6</sup> Tribunalen slog också fast att talan mot såväl lagenligheten som genomförandet av inspektionerna var effektiv och att kommissionens motivering var tillräcklig och att kommissionen hade rätt att besluta om inspektionerna i fråga med avseende på klagandenas eventuella deltagande i de samordnade förfaranden som anges i artikel 1 a i Tute 2-besluten av den 9 och den 21 februari 2017. Tribunalen ogillade därför talan i övrigt.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Punkt 1 i domslutet.

<sup>7</sup> Punkt 2 i domslutet.

### III. Parternas yrkanden

16. Genom överklagandet har klagandena yrkat att domstolen ska upphäva punkt 2 i domslutet i den överklagade domen, bifalla deras yrkanden i första instans och ogiltigförklara Tute 1-besluten av den 9 och den 21 februari 2017 (nedan tillsammans kallade de omtvistade besluten) samt förplikta kommissionen att ersätta alla rättegångskostnader för hela förfarandet, inbegripet förfarandet vid tribunalen.

17. Kommissionen har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna.

18. Rådet har yrkat att domstolen ska ogilla överklagandet och förplikta klagandena att ersätta rättegångskostnaderna.

### IV. Prövning av överklagandet

19. Klagandena har anfört fem grunder till stöd för överklagandet. Den första grunden avser felaktig rättstillämpning och bristfällig motivering i tribunalens bedömning av effektiviteten av de tillgängliga rättsmedlen i fråga om genomförandet av inspektionerna. Den andra grunden avser åsidosättande av artiklarna 6 och 8 i konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen), av artikel 296 FEUF och av artikel 20.4 i förordning nr 1/2003, i den del tribunalen åsidosatte skyldigheten att motivera och begränsa inspektionsbeslut. Den tredje grunden avser felaktig rättstillämpning och åsidosättande av förordning nr 1/2003 i den del tribunalen fastställde att ett skede av förfarandet ”innan några åtgärder vidtagits som innebar en anklagelse om en överträdelse” inte omfattades av denna förordning. Den fjärde grunden avser åsidosättande av artiklarna 6 och 8 i Europakonventionen och av artikel 19 i förordning nr 1/2003, i den del tribunalen kvalificerade uppgifter som var behäftade med form- och sakfel som ”tillräckligt allvarliga indicier”. Den femte grunden avser slutligen en bristfällig motivering till följd av avsaknad av kontroll av dessa indiciers bevisvärde och av en oriktig kvalificering som indicium.

#### A. Den första grunden för överklagandet

20. Genom den första grunden har klagandena bestritt punkterna 83–112 i den överklagade domen, i vilka tribunalen granskade och underkände klagandenas invändning om rättsstridighet med avseende på artikel 20.4 i förordning nr 1/2003. Inom ramen för denna invändning om rättsstridighet har klagandena bestritt den omständigheten att artikel 20 i förordning nr 1/2003 inte föreskriver att åtgärder som är hänförliga till genomförandet av en inspektion ska betraktas som rättsakter mot vilka talan kan väckas enligt fördraget och att denna möjlighet att väcka talan ska anges i ett inspektionsbeslut, på samma sätt som det enligt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 ska upplysas om rätten att få själva inspektionsbeslutet prövat av unionsdomstolen.<sup>8</sup>

<sup>8</sup> Se punkt 74 i den överklagade domen.

## 1. Den överklagade domen

21. I punkterna 58–75 i den överklagade domen avvisade tribunalen kommissionens och rådets invändningar om rättegångshinder mot klagandenas invändning om rättsstridighet. Därefter inledde tribunalen prövningen av denna invändning i sak. I punkt 82 i den överklagade domen erinrade tribunalen först och främst om de domar som Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen) meddelat om iakttagandet av artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen i samband med husrannsakan. Tribunalen berörde de fyra villkor som enligt dessa domar ställts upp för att en rätt till ett effektivt rättsmedel ska anses föreligga, nämligen ”villkoret avseende effektivitet”, ”villkoret avseende ändamålsenlighet”, ”villkoret avseende säkerhet” och ”villkoret avseende en skälig frist”. I punkt 83 i den överklagade domen klargjorde tribunalen att vad som anges i nämnda domar, att genomförandet av en inspektion måste kunna bli föremål för en effektiv domstolsprövning under de särskilda omständigheterna i det aktuella ärendet, innebär att hänsyn ska tas till samtliga rättsmedel som är tillgängliga för det företag som är föremål för en inspektion och således att dessa rättsmedel ska bedömas i sin helhet. Innan tribunalen gjorde denna bedömning underströk den att ”det saknar betydelse att vart och ett av de granskade rättsmedlen i sig inte uppfyller de fyra villkoren i Europadomstolens praxis”.<sup>9</sup>

22. Tribunalen identifierade sedan *sex* rättsmedel som gjorde det möjligt att bestrida genomförandet av en inspektion vid domstol, nämligen talan mot inspektionsbeslutet, talan mot ett beslut av kommissionen om sanktionsåtgärder vid hindrande av en inspektion enligt artikel 23.1 c och e i förordning nr 1/2003, talan mot ”varje åtgärd som uppfyller villkoren i rättspraxis för en åtgärd som kan bli föremål för domstolsprövning och som kommissionen har vidtagit till följd av ett inspektionsbeslut och inom ramen för genomförandet av inspektionen, såsom ett beslut om att avslå en begäran om sekretesskydd som med hänvisning till advokatsekretessen har ingetts avseende en viss handling”, med stöd av domen av den 17 september 2007, Akzo Nobel Chemicals och Akcros Chemicals/kommissionen<sup>10</sup> (nedan kallad Akzo-domen), talan mot det slutliga beslutet om att avsluta det förfarande som inletts i enlighet med artikel 101 FEUF, interimistiskt förfarande och, slutligen, talan om utomobligatoriskt skadeståndsansvar.

23. I punkterna 90–98 i den överklagade domen gjorde tribunalen en bedömning av i vilken mån vart och ett av dessa rättsmedel gjorde det möjligt att anföra kritik mot villkoren för genomförandet av en inspektion och att få upprättelse mot eventuella rättsstridigheter som kommissionen begått i samband med inspektionen.

24. Efter denna bedömning förklarade tribunalen, i punkterna 99–110 i den överklagade domen, varför den ansåg att det kontrollsystem för genomförandet av inspektioner som utgjordes av alla dessa rättsmedel uppfyllde de fyra villkor som anges ovan i punkt 21. Tribunalen klargjorde bland annat, i punkt 101 i domen, beträffande villkoret avseende effektivitet, att även om dessa enskilda rättsmedel vart och ett för sig inte möjliggjorde en prövning av huruvida samtliga de åtgärder som har vidtagits under en inspektion var välgrundade, möjliggjorde de i kombination en sådan kontroll.

25. I punkt 111 i den överklagade domen fann tribunalen således att invändningen om rättsstridighet mot artikel 20 i förordning nr 1/2003, avseende åsidosättande av rätten till ett effektivt rättsmedel, skulle underkännas.

<sup>9</sup> Se punkt 87 i den överklagade domen.

<sup>10</sup> T-125/03 och T-253/03 (EU:T:2007:287, punkterna 46, 48 och 49 och där angiven rättspraxis).

## 2. *Sammanfattning av parternas argument*

26. Klagandena har framhållit att artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 ger kommissionen omfattande utredningsbefogenheter som allvarligt inkräktar på de rättigheter som företag och enskilda har enligt artikel 8 i Europakonventionen och artikel 7 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (nedan kallad stadgan) och har erinrat om att Europadomstolen i sin dom av den 2 oktober 2014, *Delta Perkarny mot Republiken Tjeckien*<sup>11</sup> (nedan kallad *Delta Perkarny-domen*), har slagit fast att det krävs, för att ett sådant ingrepp ska vara förenligt med Europakonventionen, bland annat ett effektivt rättsmedel som gör det rättsligt och faktiskt möjligt att bestrida inte bara tillståndets lagenlighet, utan även villkoren för genomförandet av en inspektion som ett företag är skyldigt att underkasta sig.

27. Klagandena har gjort gällande att det, i motsats till vad tribunalen anförde i punkterna 83 och 87 i den överklagade domen, inte framgår av Europadomstolens domar att det för att avgöra huruvida rättsmedlen mot en inspektions lagenlighet och genomförande är effektiva är nödvändigt att göra en ”helhetsbedömning” av de möjliga rättsmedlen, i synnerhet inte med hjälp av någon kompensation. Tribunalen granskade samtliga möjligheter att bestrida lagenligheten och genomförandet av inspektionerna och lät nackdelarna med ett rättsmedel kompenseras av fördelarna hos ett annat och drog härigenom en oriktig slutsats i punkterna 83 och 99–111 i den överklagade domen.

28. Klagandena menar att en separat granskning, med beaktande av de särskilda omständigheterna i det aktuella ärendet, skulle ha föranlett tribunalen att direkt underkänna tre rättsmedel som den medgett vara effektiva, nämligen talan mot beslutet i sak som inte är säker, inte inträffar inom en rimlig frist och inte ger möjlighet till lämplig upprättelse, talan om bestridande av lagenligheten av ett inspektionsbeslut, som inte kan avse villkoren för genomförandet av inspektionen, såsom framgår av tribunalens bedömning att klagandenas grunder i detta avseende inte kunde tas upp till sakprövning eller var verkningslösa, och talan om utomobligatoriskt ansvar, eftersom dess enda syfte är skadestånd.

29. Alla de övriga rättsmedlen, det vill säga en talan om en begäran om skydd för advokatsekretessen, ett interimistiskt förfarande som berörs i tribunalens dom i fråga om skydd för privata uppgifter eller en talan mot ett beslut om hindrande av en inspektion, är endast partiella och gör det inte möjligt att rättsligt och faktiskt kontrollera att alla villkor för genomförandet av inspektioner uppfyller artikel 8 i Europakonventionen. Att ackumulera partiella rättsmedel som inte gör det möjligt att i ett konkret fall fastställa att det föreligger ett rättsmedel som uppfyller villkoren avseende effektivitet, ändamålsenlighet, säkerhet och rimlig frist med avseende på samtliga tänkbara problem med genomförandet av inspektionen uppfyller inte kraven i artikel 8 i Europakonventionen mer än om det helt saknas rättsmedel.

30. Klagandena har vidare gjort gällande att tribunalen, vad beträffar de rättsmedel som anges ovan i föregående punkt, lade bördan på den enskilde för att skapa förutsättningar för att kunna utnyttja dem. Såväl ett interimistiskt förfarande som en begäran om uppgiftsskydd i efterhand och en talan med stöd av rättspraxis enligt Akzodomen i fråga om skydd för advokatsekretessen förutsätter nämligen att företaget, genom att hålla sig undan den pågående inspektionen, lyckas få kommissionen att meddela ett direkt eller indirekt beslut om avslag. Dessa rättsmedel bygger

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

även på att kommissionen går med på att placera uppgifterna i ett förseglat kuvert i väntan på tribunalens avgörande. En talan om hindrande av en inspektion förutsätter att företaget vidtar hindrande åtgärder i den omfattningen att kommissionen vidtar en sanktionsåtgärd mot företaget.

31. Kommissionen och rådet har invänt mot alla dessa argument.

### 3. *Bedömning*

32. Innan jag granskar var och en av två anmärkningarna i den första grunden för överklagandet vill jag nämna att klagandena i rubriken till sin första grund för överklagandet även har angett bristfällig motivering av tribunalens bedömning av effektiviteten av rättsmedlen avseende genomförandet av inspektionerna. Denna anmärkning har de emellertid endast utvecklat i sin replik och då i huvudsak endast genom att hänvisa till de argument som redovisas ovan i punkterna 27–29.

33. Utan att behöva gå in på frågan huruvida anmärkningen kan tas upp till sakprövning, vilket rådet har bestritt, eller frågan huruvida den kan tas upp till prövning *ex officio*,<sup>12</sup> räcker det att konstatera att skälen till att tribunalen fann att klagandenas resonemang för att få tribunalen att fastställa avsaknad av effektivt rättsmedel i fråga om villkoren för genomförandet av inspektionerna skulle avvisas, framgår klart och entydigt av punkterna 78–112 i den överklagade domen. Jag anser därför att det inte råder någon tvekan om att domen på denna punkt uppfyller kraven på motivering såsom de har klargjorts av domstolen.<sup>13</sup>

#### *a) Den första anmärkningen*

34. Genom den första anmärkningen i den första grunden har klagandena bestritt tribunalens förhållningssätt, att bedöma samtliga rättsmedel som företaget haft till sitt förfogande för att bestrida lagenligheten av genomförandet av en inspektion som en helhet för att kontrollera huruvida de tillsammans uppfyller kraven i artikel 47 i stadgan.

35. Klagandena menar att detta förhållningssätt inte är förenligt med Europadomstolens praxis.

36. Jag vill inledningsvis erinra om att det följer av artikel 52.3 i stadgan att i den mån som stadgan omfattar rättigheter som motsvarar sådana som garanteras av Europakonventionen ska de ha samma innebörd och räckvidd som i Europakonventionen. I förklaringarna till stadgan<sup>14</sup> anges, beträffande denna artikel, att innebörden och räckvidden av de rättigheter som garanteras genom Europakonventionen avgörs inte bara av vad som anges i Europakonventionen och i protokollen till denna konvention, utan även av Europadomstolens praxis. Det framgår också tydligt av förklaringarna att artikel 47 i stadgan motsvarar artikel 6.1 och artikel 13 i Europakonventionen.

37. I artikel 6.1 i Europakonventionen stadfästs bland annat rätten att vända sig till en domstol. Denna rätt ska vara ”konkret och effektiv”,<sup>15</sup> det vill säga göra det möjligt för var och en att ha ”en tydlig och konkret möjlighet att bestrida en rättsakt som utgör ingrepp och hans eller hennes

<sup>12</sup> Se, beträffande frågan huruvida bristfällig motivering kan tas upp *ex officio*, dom av den 28 januari 2016, *Quimitécnica.com* och de *Mello/kommissionen* (C-415/14 P, ej publicerad, EU:C:2016:58, punkt 57).

<sup>13</sup> Se dom av den 25 mars 2021, *Deutsche Telekom/kommissionen* (C-152/19 P, EU:C:2021:238, punkt 98 och där angiven rättspraxis).

<sup>14</sup> EUT C 303, 2007, s. 17.

<sup>15</sup> Se Europadomstolen, 5 april 2018, *Zubac mot Kroatien*, (CE:ECHR:2018:0405JUD004016012, §§ 76–79).



rättigheter”<sup>16</sup> eller en tydlig och konkret möjlighet att begära ersättning.<sup>17</sup> Artikel 13 i Europakonventionen<sup>18</sup> förpliktar för sin del de stater som är parter till denna konvention att föreskriva ett effektivt rättsmedel med hjälp av vilket den enskilde kan förhindra uppkomst av eller fortsättning på en påstådd kränkning av hans eller hennes rättigheter enligt Europakonventionen eller erhålla lämplig upprättelse för alla kränkningar som redan inträffat.<sup>19</sup>

38. När det gäller förhållandet mellan dessa båda bestämmelser har Europadomstolen klargjort att artikel 6.1 i Europakonventionen, när den är tillämplig, ”utgör en *lex specialis* i förhållande till artikel 13” och att ”kraven i denna bestämmelse, som innebär alla de garantier som är förknippade med domstolsförfaranden, är strängare än kraven i artikel 13, vilka absorberas av dem”.<sup>20</sup>

39. I fråga om en husrannsakan som genomförs av en konkurrensmyndighet har Europadomstolen undersökt förekomsten av ett effektivt rättsmedel mot bakgrund av artikel 6.1 och artikel 8 i Europakonventionen. När en talan även har grundats på artikel 13 i Europakonventionen har Europadomstolen antingen förklarat att det endast var artikel 6.1 i Europakonventionen som var tillämplig<sup>21</sup> eller inte prövat anmärkningen, eftersom den sett det som överflödigt.<sup>22</sup>

40. Efter detta klargörande vill jag framhålla att tribunalens förhållningssätt i bland annat punkterna 83 och 87 i den överklagade domen, att göra en helhetsbedömning av de rättsmedel som de företag som berördes av kommissionens inspektioner enligt artikel 20 i förordning nr 1/2003 förfogade över för att bestrida lagenligheten av inspektionernas genomförande, inte bestod i att inte beröra Europadomstolens praxis om artikel 13 i Europakonventionen. Europadomstolen har nämligen angett att det skydd som denna artikel ger inte sträcker sig så långt att det kräver en viss form av rättsmedel<sup>23</sup> och att ”sammantaget kan alla rättsmedel som erbjuds i inhemsk rätt uppfylla kraven i artikel 13 [i Europakonventionen], även om inget av dem i sig helt uppfyller kraven”.<sup>24</sup>

<sup>16</sup> Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolen, 4 december 1995, Bellet mot Frankrike (CE:ECHR:1995:1204JUD002380594, punkt 38) och Europadomstolen, 20 oktober 2020, Camelia Bogdan mot Rumänien (EC:ECHR:2020:1020JUD003688918, §§ 75–77).

<sup>17</sup> Europadomstolen, 26 oktober 2011, Georgel och Georgeta Stoicescu mot Rumänien (CE:ECHR:2011:0726JUD000971803, §§ 72–76).

<sup>18</sup> I Europadomstolens dom av den 14 januari 2020, X m.fl. mot Ryssland, (CE:ECHR:2020:0114JUD007804216, § 50).

<sup>19</sup> Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolen, 30 oktober 1991, Vilvarajah m.fl. mot Förenade kungariket (CE:ECHR:1991:1030JUD001316387, § 122), 15 november 1996, Chahal mot Förenade kungariket (CE:ECHR:1996:1115JUD002241493, § 145), 27 september 1999, Smith och Grady mot Förenade kungariket (CE:ECHR:1999:0927JUD003398596, § 135), och 25 juni 2019, Nicolae Virgiliu Tănase mot Rumänien (CE:ECHR:2019:0625JUD004172013, § 217).

<sup>20</sup> Se, för ett liknande resonemang, Europadomstolen, 20 november 2008, bolaget IFB mot Frankrike (CE:ECHR:2008:1120JUD000205804, § 22), 21 februari 2008, Ravon m.fl. mot Frankrike (CE:ECHR:2008:0221JUD001849703, § 27), och 21 december 2010, Primagaz mot Frankrike (CE:ECHR:2010:1221JUD002961308, § 23).

<sup>21</sup> Europadomstolen, 21 december 2010, Primagaz mot Frankrike (CE:ECHR:2010:1221JUD002961308, § 23).

<sup>22</sup> Se, exempelvis, Europadomstolen, 21 december 2010, Canal Plus m.fl. mot Frankrike (CE:ECHR:2010:1221JUD002940808) (nedan kallad Canal Plus-domen) och Delta Pekarny-domen, § 103). När det gäller husrannsakan på andra området än konkurrensrätt har Europadomstolen emellertid undersökt förekomst av ett effektivt rättsmedel även mot bakgrund av artikel 13 i Europakonventionen. Se, exempelvis, Europadomstolens dom av den 19 januari 2017, Posevini mot Bulgarien (CE:ECHR:2017:0119JUD006363814, § 84) (nedan kallad Posevini-domen), i vilken Europadomstolen tillsammans granskade en anmärkning om åsidosättande av artiklarna 8 och 13 i Europakonventionen och fann att det inte var nödvändigt att pröva talan på den tredje återopade grunden, artikel 6.1 i Europakonventionen.

<sup>23</sup> Europadomstolen, 20 mars 2008, Budayeva m.fl. mot Ryssland (CE:ECHR:2008:0320JUD001533902, § 190).

<sup>24</sup> Se Europadomstolen, 24 oktober 1983, Silver m.fl. mot Förenade kungariket (CE:ECHR:1983:1024JUD000594772, § 113), meddelad vid en kombinerad tillämpning av artiklarna 8 och 13 i Europakonventionen, 26 mars 1987, Leander mot Sverige (CE:ECHR:1987:0326JUD000924881, §§ 77 och 84), 15 november 1996, Chahal mot Förenade kungariket (CE:ECHR:1996:1115JUD002241493, § 145), 26 oktober 2000, Kudła mot Polen (CE:ECHR:2000:1026JUD003021096, § 157), 13 december 2012, De Souza Ribeiro mot Frankrike (CE:ECHR:2012:1213JUD002268907, §§ 79 och 80), och 10 juli 2020, Mugemangango mot Belgien (CE:ECHR:2020:0710JUD0000031015, § 131).

41. Ett sådant förhållningssätt, som visserligen inte uttryckligen har garanterats av Europadomstolen inom ramen för artikel 6.1 i eller artikel 8 i Europadomstolen, framstår ändå i motsats till vad klagandena har gjort gällande inte som oförenligt med den rättspraxis i fråga om husrannsakan som klagandena har angett.

42. Jag vill inledningsvis erinra om att Europadomstolen från och med domen av den 21 februari 2008, Ravon m.fl. mot Frankrike<sup>25</sup> (nedan kallad Ravon-domen), har slagit fast att företag som berörs av en husrannsakan måste ha en faktisk och rättslig möjlighet att få lagenligheten av beslutet om husrannsakan prövad i domstol, likaväl som lagenligheten av åtgärder som i förekommande fall vidtas med stöd av detta beslut.<sup>26</sup>

43. Såsom kommissionen mycket riktigt har gjort gällande angav Europadomstolen i denna dom, precis som i de andra domarna som klagandena har nämnt, efter att ha erinrat om att avsaknaden av förhandskontroll av en inspektionsåtgärd kan uppvägas av en domstolskontroll i efterhand av denna åtgärd och av dess genomförande, vilken ska vara effektiv i faktiskt och rättsligt hänseende, angav att *”det eller de tillgängliga rättsmedlen* måste i det fallet att en rättsstridighet konstateras göra det möjligt att, för det fall att en rättsstridig inspektion redan har ägt rum, ge den berörde upprättelse”.<sup>27</sup> Europadomstolen avvisade alltså tanken på att det krävs ett enhetligt rättsmedel för att domstolsskyddet mot sådana åtgärder ska vara effektivt.

44. I samma dom gjorde Europadomstolen vidare, genom att förhålla sig till omständigheterna i det aktuella fallet och se längre än till den uppenbara avsaknaden, i det granskade nationella rättssystemet, av ett självständigt rättsmedel mot den ifrågasatta åtgärden som uppfyllde kraven i artikel 6.1 Europakonventionen eller artikel 8 i Europakonventionen, en bedömning av huruvida de olika rättsmedel som de berörda förfogade över, med hänsyn till de anmärkningar som de anfört, i slutändan gav dem rätt till ett effektivt rättsmedel och en lämplig upprättelse.<sup>28</sup>

45. Jag menar att min slutsats ovan i punkt 41 inte påverkas av klagandenas resonemang.

46. För det första är det visserligen riktigt, som klagandena har understrukit, att det framgår av Canal Plus-domen att villkoret avseende effektivitet ska bedömas med avseende på var och en av de två typer av kontroll som krävs enligt Ravon-domen och som berörs ovan i punkt 42 och att avsaknaden av den ena typen inte kan avhjälpas av garantin om den andra.<sup>29</sup> I den överklagade domen ansåg tribunalen emellertid inte, i motsats till vad klagandena tycks påstå, att den omständigheten att det förelåg ett rättsmedel mot inspektionsbeslutet i sig kunde kompensera för den påstådda avsaknaden av domstolskontroll av genomförandet av inspektionerna.

47. Det framgår nämligen klart och tydligt av punkterna 90–98 i den överklagade domen att tribunalen undersökte i vilken mån de olika rättsmedel som stod till klagandenas förfogande, däribland en talan mot inspektionsbeslutet, gjorde det möjligt att vid domstol anföra *anmärkningar om lagenligheten av genomförandet av dessa inspektionsåtgärder* och således i vilken mån systemet, trots avsaknaden av ett enhetligt rättsmedel, åtminstone möjliggjorde en

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

<sup>26</sup> Se Ravon-domen, §§ 28–35, och Europadomstolen, 18 september 2008, Kandler m.fl. mot Frankrike (CE:ECHR:2008:0918JUD001865905 § 26), 20 november 2008, bolaget IFB mot Frankrike (CE:ECHR:2008:1120JUD000205804, § 26), och 16 oktober 2008, Maschino mot Frankrike (CE:ECHR:2008:1016JUD001044703, § 22).

<sup>27</sup> Se Ravon-domen, § 87 och där angiven rättspraxis (min kursivering).

<sup>28</sup> Se, till exempel, i samband med en bedömning av artikel 8 i Europakonventionen, domen Delta Pekarny §§ 89–91 och domen Canal Plus, §§ 37–43. Se, för samma förhållningssätt, om än i ett annat sammanhang (husrannsakan i en fysisk persons bostad och arbetsplats), Posevini-domen, §§ 84–86.

<sup>29</sup> Se Canal Plus-domen, § 42.

effektiv domstolskontroll av nämnda åtgärder som uppfyllde kraven i Europadomstolens praxis. I den meningen skiljer sig tribunalens förhållningssätt i den överklagade domen påtagligt från vad den franska regeringen anförde till sitt försvar, vilket underkändes av Europadomstolen i Canal Plus-domen.<sup>30</sup>

48. För det andra, vad gäller punkt 87 i Delta Pekarny-domen som klagandena också har hänvisat till, kan påståendet i denna punkt, att effektiviteten av en domstolskontroll – oavsett om det rör sig om en efterhandskontroll av lagenligheten och nödvändigheten av en husrannsakan, som i det mål som avgjordes med den domen, eller om en kontroll av genomförandet av en sådan åtgärd – ska bedömas ”under de särskilda omständigheterna i det aktuella målet”, inte tolkas så, att denna bedömning inte kan göras med beaktande av samtliga rättsmedel som finns att tillgå för de berörda företagen.

49. Syftet med ett sådant påstående är nämligen endast att klargöra att effektiviteten av ett rättsmedel ska bedömas i det konkret fallet,<sup>31</sup> i och med att Europadomstolen upprepade gånger har slagit fast att dess uppgift inte är att göra en abstrakt kontroll av relevant nationell lagstiftning eller praxis, utan att den endast ska behandla frågor som uppkommer i det konkreta fall som den ska pröva<sup>32</sup> och, närmare bestämt, enbart ta hänsyn till de rättsmedel som kan vara intressanta för klaganden.<sup>33</sup> Punkt 87 i Delta Pekarny-domen talar således snarare för ett liknande förhållningssätt som tribunalen intog, i syfte att beakta alla tillgängliga rättsmedel, såsom tribunalen för övrigt själv framhöll i punkt 83 i den överklagade domen. Europadomstolen har nämligen tillämpat ett sådant förhållningssätt i flera av de mål som klagandena har nämnt,<sup>34</sup> såsom också framhålls ovan i punkt 44.

50. För det tredje gjorde tribunalen, tvärtemot vad klagandena har gjort gällande, en separat granskning av de sex rättsmedel som den identifierade. Tribunalen klargjorde både vilka anmärkningar om lagenligheten av inspektionsåtgärderna som kunde anföras av de berörda företagen och vilken upprättelse för eventuella rättsstridigheter i dessa åtgärder som de kunde försöka få genom att använda sig av vart och ett av dessa rättsmedel.

51. Tribunalens granskning avslutades visserligen med en helhetsbedömning av kontrollsystemet för genomförandet av inspektionerna vilket utgjordes av samtliga rättsmedel som hade beaktats, som inte nödvändigtvis blir lika konkret som bedömningen i Europadomstolens domar. Det finns emellertid skäl att understryka att tribunalen i den överklagade domen skulle uttala sig om en invändning om rättsstridighet som anförts mot artikel 20 i förordning nr 1/2003 med stöd av artikel 277 FEUF, vilket skulle kräva en helhetsbedömning av detta system, utöver de ”särskilda omständigheterna i det aktuella målet”.

52. I den första anmärkningen i den första grunden för överklagandet har klagandena också anført att tribunalen, för att rätta sig efter Europadomstolens praxis, inte borde ha tagit med i sin bedömning de tre rättsmedlen talan mot beslutet i sak, i vilket kommissionen uttalade sig om förekomsten av en överträdelse av konkurrensreglerna, talan mot inspektionsbeslutet och talan om utomobligatoriskt ansvar.

<sup>30</sup> Se Canal Plus-domen, § 34.

<sup>31</sup> Se, för ett liknande resonemang, Ravon-domen, § 29.

<sup>32</sup> Se, beträffande artikel 13 i Europakonventionen, Europadomstolen, 16 februari 2000, Amann mot Schweiz (CE:ECHR:2000:0216JUD002779895, § 88) och 28 januari 2003, Peck mot Förenade kungariket (CE:ECHR:2003:0128JUD004464798, § 102).

<sup>33</sup> Se till exempel, för ett liknande resonemang, Delta Pekarny-domen, § 89, Posevini-domen, § 84.

<sup>34</sup> Se Ravon-domen, §§ 30–33, Delta Pekarny-domen, §§ 89–91, och Canal Plus-domen §§ 38–43.

53. I detta avseende vill jag först påpeka att tribunalen, med hänsyn till dess förhållningssätt – vilket jag anser var förenligt med Europadomstolens praxis –, inte borde ha undantagit något av de rättsmedel som stod till förfogande för de företag som berördes av en inspektionsåtgärd, såvida det gjorde det möjligt för dessa företag att vid en unionsdomstol anföra en eller flera anmärkningar om rättsstridighet mot genomförandet av inspektionerna. Jag vill ändå göra följande påpekanden om de tre rättsmedel vars relevans har bestritts av klagandena.

54. När det för det första gäller talan mot beslutet i sak, genom vilket kommissionen uttalade sig om förekomsten av en överträdelse av konkurrensreglerna, är det visserligen riktigt, som klagandena har understrukt, att Europadomstolen i Canal Plus-domen fann dels att det var osäkert huruvida detta rättsmedel var tillgängligt, med hänsyn till att det först krävs både ett beslut i saken och ett överklagande av detta beslut, dels att det inte ger lämplig upprättelse om det inte är säkert att en domstolskontroll sker inom en rimlig frist.<sup>35</sup>

55. Dessa konstateranden är emellertid enligt min mening inte tillräckliga för att slå fast att tribunalen borde ha undantagit ett sådant rättsmedel från sin bedömning.

56. Det ska först och främst framhållas att Europadomstolen i det mål som avgjordes med Canal Plus-domen undersökte i vilken utsträckning ett överklagande av ett materiellt beslut som fattats av en nationell konkurrensmyndighet kunde utgöra ett effektivt rättsmedel för att i efterhand bestrida lagenligheten av ett inspektionsbeslut och inte, som i det nu aktuella målet, lagenligheten av en eller flera åtgärder som vidtagits för att verkställa detta beslut. Att det finns ett omedelbart tillgängligt rättsmedel mot ett inspektionsbeslut, och en samtidig möjlighet att begära uppskov med verkställighet av beslutet, är av avgörande betydelse för att undvika följderna av ett rättsstridigt ingrepp i rätten till hemmets okränkbarhet enligt artikel 8 i Europakonventionen eller, i förekommande fall, för att undvika ingreppet i sig.

57. Vidare ska det påpekas att Europadomstolen, i det mer skyddade sammanhanget av en husrannsakan i en fysisk persons privatbostad,<sup>36</sup> har medgett att en kontroll av åtgärder som inkräktar på artikel 8 i Europakonventionen som utförs i efterhand av brottmålsdomstolar – och därmed under liknande osäkra och icke-omedelbara förutsättningar som dem som karakteriserar en utredning avseende överträdelse av konkurrensrätten – under vissa omständigheter ger den berörde lämplig upprättelse, såvitt domstolen företar en effektiv kontroll av lagenligheten och behovet av den ifrågasatta åtgärden och vid behov undantar insamlade bevisuppgifter från brottmålsprocessen.<sup>37</sup>

58. I ett sådant sammanhang som avsågs med tribunalens helhetsbedömning innebär rättsmedlet att väcka talan mot det slutliga beslutet – inom ramen för vilken de berörda företagen, såsom mycket riktigt påpekas i punkt 90 i den överklagade domen, kan få till stånd en kontroll av att kommissionen hållit sig inom alla de gränser som gäller genomförandet av en inspektion – i vart fall att dessa företag bland annat ges möjlighet att undvika den skada som de vid ett åsidosättande av deras grundläggande rätt till hemmets okränkbarhet skulle lida om kommissionen fick använda handlingar som inhämtats otillbörligt vid en inspektion mot företagen.

<sup>35</sup> Se Canal Plus-domen, § 40.

<sup>36</sup> Se Europadomstolen, 14 mars 2013, Bernh Larsen Holding As m.fl. mot Norge, (CE:ECHR:2013:0314JUD002411708, § 104). Se även dom av den 18 juni 2015, Deutsche Bahn m.fl./kommissionen (nedan kallad domstolens dom om Deutsche Bahn, C-583/13 P, EU:C:2015:404, punkt 20).

<sup>37</sup> Se Europadomstolen, 10 april 2007, Panarisi mot Italien (CE:ECHR:2007:0410JUD004679499, §§ 76 och 77), 2 december 2010, Uzun mot Tyskland (CE:ECHR:2010:0902JUD003562305, §§ 71 och 72), och 30 maj 2017, Trabajo Rueda mot Spanien (CE:ECHR:2017:0530JUD003260012 § 37).

59. En sådan skada kan endast uppkomma om och när ett slutligt beslut om en överträdelse fattas. Eftersom denna skada undanröjs om bevisning som insamlats otillbörligt undantas från förfarandet, har det vidare ingen betydelse att det är möjligt att anmärkningar som kan anföras mot genomförandet av inspektionerna inom ramen för en talan mot det slutliga beslutet, om de godtas, inte leder till att beslutet ogiltigförklaras och att talan inte gör det möjligt att få tillbaka handlingar som insamlats otillbörligt.

60. När det för det andra gäller talan mot inspektionsbeslutet, vill jag påpeka att tribunalen endast tagit hänsyn till detta rättsmedel i den mån det innebär, för det fall att rättsstridighet fastställs, att samtliga åtgärder som vidtagits för att verkställa beslutet förlorar sin giltighet. Även om det är riktigt att det inte är tillåtet att i en sådan talan föra fram anmärkningar som är direkt riktade mot genomförandet av inspektionen, är det ändå så, att den indirekt möjliggör en kontroll av lagenligheten av detta genomförande genom att den föranleder en kontroll av lagenligheten av den rättsakt som ligger till grund för genomförandeåtgärderna. Följaktligen begick tribunalen inte något fel när den i sin helhetsbedömning av de rättsmedel som stod till företagets förfogande för att bestrida lagenligheten av inspektionens genomförande även tog hänsyn till möjligheten att väcka talan mot själva inspektionsbeslutet.

61. När det för det tredje gäller talan om utomobligatoriskt ansvar, har klagandena hänvisat till punkt 33 i Ravon- domen för att underbygga sitt resonemang om att detta rättsmedel inte ska beaktas. I den domen slog Europadomstolen fast att det inte kunde betraktas som en sådan ”effektiv domstolskontroll” som krävs enligt Europadomstolens praxis att en talan kan väckas ”som gör det möjligt att få ersättning om skada vållats vid en husrannsakan i stället för en kontroll av lagenligheten av beslutet om denna husrannsakan och åtgärder som vidtas med stöd av detta beslut”. I detta avseende behöver det bara framhållas att det visserligen framgår av denna punkt att när det gäller en husrannsakan kan en talan som enbart syftar till skadestånd inte i sig uppfylla villkoren i artikel 6.1 i Europakonventionen<sup>38</sup> eller i artikel 8 i samma konvention. Däremot betyder det inte att en sådan talan inte kan vara ett av de medel som står till buds för de berörda företagen för att få lämplig upprättelse, inte minst för det fall att en inspektion som befunnits rättsstridig redan har ägt rum. Av detta följer att tribunalen inte gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den i sin helhetsbedömning även beaktade möjligheten för företag som anser att kommissionens rättsstridiga handlingar vid en inspektion har vållat dem skada som gör det möjligt att göra gällande unionens skadeståndsansvar att väcka talan om utomobligatoriskt ansvar mot kommissionen.

62. I den första anmärkningen har klagandena också gjort gällande att alla övriga rättsmedel som tribunalen angav endast var ”partiella” och inte gjorde det möjligt att kontrollera, rättsligt och faktiskt, att alla villkor för genomförandet av inspektionen uppfyllde artikel 8 i Europakonventionen. Klagandena har bland annat understrukit avsaknaden av ett rättsmedel som är förenligt med Europakonventionen och som gör det möjligt att bestrida en orimlig längd på en inspektion.

63. I detta avseende räcker det att framhålla att enligt den praxis från Europadomstolen som erinras om ovan är det viktigt att företag som berörs av en husrannsakan har möjlighet att få sina bestridanden prövade och att få lämplig upprättelse för att kraven i artikel 6.1 i Europakonventionen ska vara uppfyllda. Det är däremot inte nödvändigt att alla anmärkningar

<sup>38</sup> Jag erinrar om att Europadomstolen i Ravon- domen bedömde en anmärkning som framställdes av klagandena i det mål som avgjordes med denna dom enbart på området för artikel 6.1 i Europakonventionen.

som kan framställas mot de åtgärder som den offentliga myndigheten vidtagit med stöd av beslutet om husrannsakan och som påstås ha inkräktat på den rättighet som garanteras i denna artikel, kan framställas inom ramen för ett och samma rättsmedel.

64. Beträffande den påstådda avsaknaden av ett effektivt och säkert rättsmedel som gör det möjligt att göra gällande anmärkningen avseende en orimlig längd på en inspektion och erhålla lämplig upprättelse, vill jag framhålla att en sådan anmärkning kan anföras såväl inom ramen för talan mot det slutliga beslutet som inom ramen för en talan om utomobligatoriskt ansvar. I det första fallet kan anmärkningen, om den godtas, leda till att handlingar som kommissionen har tagit i beslag efter vad som betraktas som en rimlig tid inte får användas.<sup>39</sup> I det andra fallet kan anmärkningen leda till att skadestånd beviljas. I det sistnämnda avseendet vill jag betona, i fråga om anmärkningen avseende åsidosättande av rätten att få sin sak prövad inom rimlig tid i den mening som avses i artikel 6.1 i Europakonventionen, att det följer av Europadomstolens praxis att ett val i princip är öppet mellan en ”förebyggande eller påskyndande” talan som kan förkorta förfarandets längd så att det inte ska bli för långvarigt, och en talan ”om gottgörelse, kompensation, ersättning eller pengar”, som gör det möjligt att i efterhand erhålla gottgörelse för förseningar som redan inträffat, oavsett om förfarandet ännu pågår eller om det har avslutats.<sup>40</sup>

65. I anslutning till den första anmärkningen i den första grunden, avsedd att bestrida tribunalens helhetsbedömning, har klagandena gjort gällande att de två rättsmedel som anges i punkterna 94 och 96 i den överklagade domen, det vill säga ett interimistiskt uppskov under inspektionen och en talan i efterhand angående skydd för personuppgifter om chefer och anställda i det företag som underkastats inspektionen, fortfarande är oprövade och att det återstår att visa att de är tillgängliga. Dessa rättsmedel kan under de förutsättningarna inte uppfylla kravet på effektivitet.

66. I detta avseende har klagandena visserligen fog för att understryka att det bland annat följer av domen *Mac Farlane mot Irland*<sup>41</sup> att ett rättsmedel vars tillgänglighet återstår att visa och vars realitet är föremål för en betydande osäkerhet inte kan kvalificeras som effektivt i den mening som avses i artikel 13 i Europakonventionen. Jag vill emellertid framhålla att Europadomstolen utan tvekan har förklarat att ett rättsmedel har varit effektivt innan någon praxis ens har hunnit fastställas i nationella domstolar.<sup>42</sup> Således kan det vara så, i motsats till vad klagandena tycks mena, att avsaknaden av fast domstolspraxis inte är avgörande.<sup>43</sup>

67. I det nu aktuella fallet ska det påpekas att rättspraxis efter *Akzo*-domen, där det medgavs att en talan mot ett beslut av kommissionen som direkt och indirekt avslag en begäran om skydd för handlingar med hänvisning till advokatsekretessen som väcktes under en inspektion, endast utgjorde tillämpningen av ett konkret fall av den fasta rättspraxis som tribunalen erinrade om i punkterna 33–35 i den överklagade domen, enligt vilken rättsakter mot vilka talan om

<sup>39</sup> Vad beträffar klagandenas argument att nämnda anmärkning endast i undantagsfall kan leda till att det slutliga beslutet ogiltigförklaras, hänvisar jag till vad som anförts ovan i punkt 59.

<sup>40</sup> Se bland annat Europadomstolen, 8 juni 2006, *Sürmeli mot Tyskland* (CE:ECHR:2006:0608JUD007552901, § 99 och där angiven rättspraxis).

<sup>41</sup> Se Europadomstolen, 10 september 2010, *Mac Farlane mot Irland* (CE:ECHR:2010:0910JUD003133306, §§ 115–122).

<sup>42</sup> Se, inom ramen för en bedömning av tillätligheten av ett yrkande med stöd av artikel 35.1 i Europakonventionen, Europadomstolen, 4 juli 2002, *Slaviček mot Kroatien* (CE:ECHR:2002:0704DEC002086202), och Europadomstolen, 5 september 2002, *Nogolica mot Kroatien* (CE:ECHR:2002:0905DEC007778401).

<sup>43</sup> Se Europadomstolen, 1 mars 2005, *Charzyński mot Polen* (CE:ECHR:2005:0301DEC001521203, § 41). Se även Europadomstolen, riktlinjer om artikel 13 i Europakonventionen, tillgänglig på följande webbadress: [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_13\\_ENG.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_13_ENG.pdf).

ogiltigförklaring kan väckas i den mening som avses i artikel 263 FEUF är åtgärder som har tvingande rättsverkningar som kan påverka sökandens intressen genom att väsentligt förändra dennes rättsliga ställning.<sup>44</sup>

68. Alla handlingar av kommissionen som inträffar under en inspektion och som uppfyller denna definition utgör i princip en rättsakt som kan angripnas genom en talan om ogiltigförklaring enligt artikel 263 FEUF. I detta hänseende anser jag att en rätt att väcka talan mot ett beslut genom vilket kommissionen direkt eller indirekt underkänner en invändning som förts fram av det inspekterade företaget mot ett beslag av vissa handlingar borde medges under samma förutsättningar som i Akzo-domen, inte bara när denna invändning grundar sig på att handlingarna i fråga skyddas av advokatsekretessen, som var fallet i det mål som avgjordes med Akzo-domen, eller om det rör sig om handlingar som skyddas med avseende på privatlivet för företagets anställda,<sup>45</sup> ett alternativ som tribunalen medgav i punkt 37 i den överklagade domen, utan även om det anförs att handlingarna inte omfattas av föremålet för inspektionen eller om inspektionen har varat längre än vad som betraktas som rimligt.

69. Tribunalen gjorde alltså en riktig bedömning när den i punkt 94 i den överklagade domen fann att företag som underkastas en inspektion med säkerhet har möjlighet att väcka talan, på samma villkor som dem som anges i Akzo-domen, mot ett beslut om avslag på en begäran om skydd för de anställdas privatliv.

70. På samma sätt får domstolens ordförande och tribunalens ordförande enligt artiklarna 278 och 279 FEUF, genom det förenklade förfarande som föreskrivs i artikel 39 i stadgan för Europeiska unionens domstol och såsom anges i de relevanta bestämmelserna i domstolens och tribunalens rättegångsordningar, både besluta om uppskov med verkställighet av den angripna rättsakten, om de anser att omständigheterna så kräver, och, i de mål som ska avgöras av domstolen eller tribunalen, besluta om nödvändiga interimistiska åtgärder. Således gjorde sig tribunalen inte skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den fann att det var faktiskt möjligt, som berörs i punkt 96 i den överklagade domen, att genom tillämpning av artikel 157.2 i tribunalens rättegångsregler, erhålla ett interimistiskt uppskov med inspektionen.

71. Av alla de skäl som anges ovan anser jag att den första anmärkningen i den första grunden för överklagandet är ogrundad.

#### *b) Den andra anmärkningen*

72. Genom den andra anmärkningen har klagandena klandrat tribunalen för att den lagt bördan på de enskilda för att skapa förutsättningar som gör det möjligt att utnyttja de olika rättsmedlen.

73. Jag vill i detta avseende erinra om att rätten till tillträde till en domstol enligt artikel 6.1 i Europakonventionen och artikel 47 i stadgan inte är absolut och att vissa underförstådda begränsningar är tillåtna, bland annat vad gäller villkoren för att en talan ska prövas i sak. Dessa begränsningar får emellertid inte hindra den enskildes rätt att föra talan vid en domstol på ett sådant sätt eller i sådan omfattning att det medför en kränkning av kärnan i rätten till domstolsprövning. Dessa bestämmelser ska åsyfta ett legitimt mål, och vidtagna åtgärder ska stå i

<sup>44</sup> Se Akzo-domen, punkterna 45–53 och 56.

<sup>45</sup> Se, beträffande handlingar som inte är affärshandlingar, det vill säga som inte rör företagets verksamhet på marknaden och därför inte omfattas av kommissionens undersökningsområde, dom av den 18 maj 1982, AM & S Europe/kommissionen (C-155/79, EU:C:1982:157, punkt 16), och dom av den 22 oktober 2002, Roquette Frères (C-94/00, nedan kallad domen Roquette Frères, EU:C:2002:603, punkt 45).

rimlig proportion till det eftersträvade målet.<sup>46</sup> Det följer även av fast rättspraxis att artikel 47 i stadgan inte har till syfte att ändra på det system för kontroll av lagenligheten som föreskrivs i fördragen, bland annat reglerna för om mål kan tas upp för direkt talan i unionsdomstolarna.<sup>47</sup>

74. När det först gäller möjligheten att angripa ett direkt eller indirekt avslagsbeslut som kommissionen fattar under genomförandet av inspektionen för det fall att inspektörernas rätt att beslagta vissa handlingar bestrids, vill jag framhålla att Akzo- domen endast innebär att de inspekterade företagen ska visa att de har invändningar mot beslaget av handlingarna i fråga och ange skälen till detta.<sup>48</sup> En sådan invändning utgör företagets enda chans att omedelbart tillvarata sina intressen och undvika skada till följd av att kommissionen får otillbörlig tillgång till handlingarna som är föremål för bestridandet. Mot den bakgrunden menar jag att det inte med framgång kan göras gällande att nämnda företag härigenom åläggs en alltför tung börda som i praktiken utgör hinder för deras rätt till ett effektivt rättsmedel.

75. Det framgår också klart och tydligt av punkt 49 i Akzo- domen att tribunalen, i motsats till vad klagandena har anfört, medgav att det förelåg en rättsakt som kunde angripas inte bara när kommissionen godtog att placera handlingar som är föremål för ett bestridande i förseglat kuvert för att sedan avvisade det inspekterade företags bestridande, utan även om den beslutade att beslagta handlingarna. Som jag ser det har klagandena således inte stöd för att anföra att en talan som grundas på rättspraxis enligt Akzo- domen kräver ”ett visst antal förutsättningar som kommissionen ensam har kontroll över”.

76. På samma sätt kan klagandena enligt min mening inte vinna framgång med argumentet att rättsmedlet interimistiskt förfarande som anges i punkt 96 i den överklagade domen är svårt att tillgå för de berörda företagen på grund av att de genom att inleda ett sådant förfarande skulle avledas från den pågående inspektionen. Jag har nämligen svårt att se att det skulle vara en orimlig börda för det inspekterade företaget att behöva vända sig till tribunalen med en ansökan om interimistiska åtgärder som gör det möjligt att omedelbart bestrida lagenligheten av en pågående inspektion, framför allt med hänsyn till att ett sådant rättsmedel gör det möjligt att beviljas uppskov med verkställighet av de ifrågasatta åtgärderna.

77. Slutligen kan jag inte heller ställa mig bakom klagandenas argument, att rättsmedlet bestående av att förhindra inspektion inte kan utgöra ett effektivt rättsmedel i och med att det skulle förplikta det inspekterade företaget att göra sig skyldigt till ett åsidosättande av sin skyldighet att samarbeta med kommissionen så till den grad att det påförs en påföljd.

78. Till stöd för detta argument har klagandena åberopat fast rättspraxis från domstolen, nyligen fastställd i dom av den 6 oktober 2020, *État luxembourgeois* (Rätt att överklaga en begäran om upplysningar i skattefrågor),<sup>49</sup> enligt vilken iakttagandet av det väsentliga innehållet i rätten till ett effektivt rättsmedel enligt artikel 47 i stadgan, vilken inbegriper rätt att få tillträde till en

<sup>46</sup> Se, för ett liknande resonemang, beslut av den 16 november 2010, *Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert/kommissionen* (C-73/10 P, EU:C:2010:684, punkt 53). Se även Europadomstolen, 28 oktober 1998, *Pérez de Rada Cavanilles mot Spanien* (CE:ECHR:1998:1028JUD002809095, § 44).

<sup>47</sup> Dom av den 30 april 2020, *Izba Gospodarcza Producentów i Operatorów Urządzeń Rozrywkowych/kommissionen* (C-560/18 P, EU:C:2020:330, punkt 62).

<sup>48</sup> Se, bland annat, Akzo- domen, punkterna 80 och 82, och domen *AM & S*. Detta är vad tribunalen i punkterna 44 och 45 i den överklagade domen fann att klagandena inte hade gjort under de förutsättningar som anges i Akzo- domen. Dessa punkter är under alla omständigheter inte föremålet för detta överklagande.

<sup>49</sup> C-245/19 och C-246/19, nedan kallad domen *État luxembourgeois*, EU:C:2020:795, punkt 66.



domstol, utgör hinder för att den person som har denna rätt, för att få tillträde till en sådan domstol blir tvungen att överträda en rättsregel eller en rättslig skyldighet och utsätta sig för den påföljd som är förenad med överträdelsen.

79. I detta avseende vill jag först framhålla att talan mot ett beslut som kommissionen fattat enligt artikel 23 i förordning nr 1/2003 vid ett förhållande av en inspektion inte är det enda rättsmedel som de inspekterade företagen har att tillgå för att bestrida lagenligheten av de åtgärder som vidtas för att genomföra inspektionen. Dessa företag befinner sig inte i en ställning som är jämförbar med ställningen för klagandebolagen i de nationella mål som gav upphov till den begäran om förhandsavgörande som låg till grund för domen *État luxembourgeois*, eftersom företagen inte berövas sin rätt till domstolsprövning såvida de inte överträder en rättsregel eller en rättslig skyldighet genom att utsätta sig för en påföljd för denna överträdelse. I dessa mål angavs det tydligt i beslutet om att ålägga dessa bolag att lämna ut de begärda uppgifterna att det inte kunde överklagas.<sup>50</sup> Företag som berörs av ett inspektionsbeslut kan däremot angripa såväl lagenligheten som nödvändigheten av detta beslut vid tribunalen, utan att vara tvungna att utsätta sig för någon påföljd för att göra detta. De kan även använda sig av de olika rättsmedel som tribunalen angav för att få till stånd en kontroll av lagenligheten av inspektionsåtgärderna eller begära ersättning för eventuell skada i samband med dessa åtgärder.

80. Såsom jag också påpekar ovan i punkt 53 ska inga rättsmedel uteslutas på förhand, inte ens om det endast kan utnyttjas i specifika situation och under vissa omständigheter, för att hålla sig till det förhållningssätt som tribunalen tillämpade i den överklagade domen och som jag anser vara riktigt, att göra en helhetsbedömning av samtliga rättsmedel som erbjuds i det system som inrättats inom unionen. Europadomstolen – vilken som jag framhåller ovan har tillämpat ett liknande förhållningssätt som tribunalen i den överklagade domen – uteslöt inte själv i sin bedömning i *Delta Pekarny*-domen relevansen av en talan mot ett beslut genom vilket konkurrensmyndigheten hade påfört klagandebolaget en påföljd för hindrande av inspektionen, utan prövade huruvida detta företag, inom ramen för en sådan talan, hade möjlighet att bestrida lagenligheten och nödvändigheten av inspektionsbeslutet.<sup>51</sup>

81. Det ska också framhållas att ett beslut om hindrande av en inspektion bara är en av flera möjliga följder av att ett inspekterat företag utövar sin rätt att motsätta sig inspektionen enligt artikel 20.6 i förordning nr 1/2003.<sup>52</sup> Att ett sådant beslut antas är ett tecken på ett osunt skede i genomförandet av inspektionen. Det är nämligen endast 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, inte som ett hot för att erhålla ett medgivande från företagen som går utöver de strikta gränserna för deras samarbetskyldighet.<sup>53</sup>

82. Utöver dessa gränsfall har de berörda företaget under hela inspektionsförfarandet rätt att, i syfte att tillvarata sina intressen, motsätta sig inspektioner som de anser strider mot de begränsningar som kommissionen har ålagt.<sup>54</sup> Genom att utöva denna rätt kan dessa företag

<sup>50</sup> Se domen *État luxembourgeois*, punkterna 27 och 37.

<sup>51</sup> Klagandena har därmed inte stöd för att grunda sig på Europadomstolens dom av den 29 juli 1998, *Guérin mot Frankrike* (CE:ECHR:1998:0729JUD002520194, § 43).

<sup>52</sup> Se, för fastställandet av en sådan rätt att motsätta sig inspektion, dom av den 6 september 2013, *Deutsche Bahn m.fl./kommissionen* (T-289/11, T-290/11 och T-521/11, nedan kallad tribunalens dom om *Deutsche Bahn*, EU:T:2013:404, punkt 87).

<sup>53</sup> Se tribunalens dom om *Deutsche Bahn*, punkt 90.

<sup>54</sup> En sådan rätt att anföra invändningar är särskilt viktig inom ramen för det garantisystem som gör det möjligt att begränsa kommissionens inspektionsbefogenheter till vad som är förenligt med iakttagandet av de grundläggande rättigheter som erkänns i artikel 7 i stadgan och i artikel 8 i Europakonventionen.

som jag förklarar ovan begära och erhålla ett indirekt eller direkt ställningstagande av kommissionen om huruvida skälen till en sådan invändning är välgrundade, vilken de kan angripa vid tribunalen på de villkor som anges i artikel 263 FEUF, samtidigt som de iakttar sin samarbetskyldighet.

83. Mot bakgrund av vad som anförs ovan anser jag att även den andra anmärkningen i den första grunden för överklagandet ska underkännas.

*c) Förslag till avgörande såvitt avser den första grunden för överklagandet*

84. Av samtliga skäl som anförs ovan föreslår jag att domstolen ska underkänna den första grunden för överklagandet.

**B. Den andra grunden för överklagandet**

85. Genom den andra grunden för överklagandet har klagandena klandrat tribunalen för att den åsidosatte artiklarna 6 och 8 i Europakonventionen, artikel 296 FEUF och artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 genom att inte iaktta kommissionen motiveringsskyldighet i samband med ett inspektionsbeslut och inte heller kommissionens skyldighet att så långt möjligt begränsa räckvidden av de kontroller som ska utföras. Grunden hänför sig särskilt till punkterna 121–147 i den överklagade domen genom vilka tribunalen underkände den fjärde grunden för talan, avseende bristande motivering, och till punkterna 158–165 i samma dom.

*1. Sammanfattning av parternas argument*

86. Klagandena har gjort gällande att tribunalen inte alls kontrollerade att motiveringen i de omtvistade besluten var korrekt, eftersom den endast identifierade leverantörsmarknaderna och angav ett möjligt informationsutbyte mellan distributörerna och/eller deras allianser, vilket kunde omfatta alla prissättningsaspekter i förhandlingarna med leverantörerna, trots att de angivna misstankarna avsevärt hade minskat efter kommissionen svar på tribunalens åtgärder för processledning.

87. Klagandena har också anfört att tribunalen borde ha fastställt att de omtvistade besluten gav kommissionen ett obegränsat kontrollområde, vilket innebar att den kunde genomföra en verklig "fishing expedition" ("trålning") och därmed beslagta alla handlingar som rörde deras inköp i Europa och deras försäljning i Frankrike.

88. Klagandena menar vidare att tribunalen faktiskt inte kontrollerade att det område som fastställdes genom artikel 1 a i de omtvistade besluten var adekvat i förhållande till de aktuella indicierna.

89. Slutligen har klagandena klandrat tribunalen för felaktig rättstillämpning i den del den i punkt 161 i den överklagade domen fann att det inte behövde anges i inspektionsbeslutet när inspektionen skulle vara slutförd, vare sig för motiveringsskyldighetens eller för proportionalitetsprincipens skull.

90. Kommissionen har invänt mot alla anmärkningar som klagandena anfört i sin andra grund för överklagandet.

## 2. Bedömning

91. I artikel 20.4 i förordning nr 1/2003 föreskrivs att kommissionen ska motivera sitt beslut om inspektion och ange inspektionens föremål och syfte.

92. Denna specifika motiveringsskyldighet utgör såsom domstolen har klargjort ett grundläggande krav inte bara för att visa att de åtgärder som är avsedda att vidtas inom de berörda företagen är motiverade, utan också för att företagen ska kunna förstå hur omfattande deras samarbetskyldighet är, samtidigt som deras rätt till försvar skyddas.<sup>55</sup> Av detta följer att omfattningen av skyldigheten att ange motiven för ett undersökningsbeslut inte kan inskränkas av överväganden om undersökningens effektivitet.<sup>56</sup> Eftersom det endast är sådana handlingar som omfattas av inspektionens ändamål som får eftersökas måste motiveringen av beslutet även avgränsa de befogenheter som kommissionens tjänstemän ges.<sup>57</sup>

93. För att uppfylla denna motiveringsskyldighet ska kommissionen tydligt ange vilka antaganden den avser att kontrollera,<sup>58</sup> det vill säga vad som eftersöks och vilka omständigheter som inspektionen ska avse.<sup>59</sup>

94. Däremot är kommissionen inte skyldig att i ett inspektionsbeslut ange samtliga uppgifter om de förmodade överträdelser som den avser undersöka och inte heller att göra en noggrann rättslig kvalificering av dessa överträdelser.<sup>60</sup> Det är inte heller nödvändigt att i ett inspektionsbeslut exakt fastställa den aktuella marknaden eller den exakta rättsliga kvalificeringen av de förmodade överträdelserna och inte heller den period under vilken dessa överträdelser ska ha pågått, under förutsättning att beslutet innehåller de nödvändiga uppgifter som angetts ovan i punkt 93.<sup>61</sup>

95. Med hänsyn till att inspektioner sker vid inledningen av en undersökning har kommissionen nämligen inte tillräcklig information för att kunna göra en specifik rättslig bedömning. Den måste först kontrollera huruvida dess misstankar är riktiga samt hur omfattande handlingarna är, eftersom syftet med inspektionen är att samla bevis för en misstänkt överträdelse.<sup>62</sup>

96. När det i det nu aktuella fallet gäller klagandenas första anmärkning i den andra grunden, avseende otillräcklig kontroll av motiveringen i de omtvistade besluten, vill jag framhålla att artikel 1 a i dessa beslut innehöll både en tydlig angivelse av den förmodade överträdelse som avsågs med inspektionen, det vill säga ett "informationsutbyte" i fråga om "priser" och "rabatter", och en avgränsning av de marknader där överträdelserna antogs ha begåtts. När det gäller produktmarknaderna angavs i denna bestämmelse, beträffande rabatter, "marknaden för inköp av dagligvaror i sektorerna för livsmedel, hygienprodukter och rengöringsprodukter" och, beträffande priser, "marknaden för försäljning av tjänster till tillverkare av märkesvaror i sektorerna för livsmedel, hygienprodukter och rengöringsprodukter". När det gäller definitionen av den geografiska marknaden beskrevs denna som omfattande "flera medlemsstater, bland annat Frankrike". Slutligen innehöll bestämmelsen uppgifter om andra företag som var inblandade i den förmodade överträdelserna.

<sup>55</sup> Se domstolens dom om Deutsche Bahn, punkt 56 och där angiven rättspraxis.

<sup>56</sup> Se dom av den 17 oktober 1989, Dow Benelux/kommissionen (85/87, EU:C:1989:379, punkt 8 och där angiven rättspraxis).

<sup>57</sup> Se domstolens dom om Deutsche Bahn, punkt 60.

<sup>58</sup> Se dom av den 17 oktober 1989, Dow Benelux/kommissionen (85/87, EU:C:1989:379, punkt 9).

<sup>59</sup> Se dom av den 25 juni 2014, Nexans och Nexans France/kommissionen (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, punkt 36 och angiven rättspraxis).

<sup>60</sup> Se dom av den 25 juni 2014, Nexans och Nexans France/kommissionen (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, punkt 35 och angiven rättspraxis).

<sup>61</sup> Se dom av den 25 juni 2014, Nexans och Nexans France/kommissionen (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, punkt 36 och angiven rättspraxis).

<sup>62</sup> Se dom av den 25 juni 2014, Nexans och Nexans France/kommissionen (C-37/13 P, EU:C:2014:2030, punkt 37 och angiven rättspraxis).

97. Med hänsyn till att artikel 1 a i de omtvistade besluten innehåller de uppgifter som beskrivs ovan i föregående punkt och mot bakgrund av ovan angiven rättspraxis anser jag inte att tribunalen gjorde sig skyldig till någon felaktig rättstillämpning när den i punkt 130 i den överklagade domen slog fast att kommissionen hade fullgjort sin skyldighet att ange just vilka antaganden som den avsåg att kontrollera.

98. Vad beträffar de argument som klagandena hämtat från kommissionens preciseringar om arten av de aktuella begränsningarna som svar på tribunalens åtgärder för processledning,<sup>63</sup> vill jag klargöra att de uppgifter som klagandena har hänfört sig till finns i utdragen ur den icke konfidentiella versionen av de indicier som gjorde det möjligt för kommissionen att misstänka samordnade förfaranden om rabatter och priser. Tribunalen begärde att dessa uppgifter skulle läggas fram för att kontrollera huruvida indicierna var tillräckligt allvarliga för att motivera de omtvistade besluten i fråga om de ovan angivna förfarandena.<sup>64</sup>

99. För att kommissionen i enlighet med den rättspraxis som anges ovan i punkt 94 ska anses ha fullgjort sin motiveringskyldighet är den inte skyldig att låta mottagaren av ett kontrollbeslut ta del av alla uppgifter som kommissionen förfogar över angående de förmodade överträdelserna eller göra en noggrann rättslig kvalificering av dessa överträdelser.

100. Av detta följer att klagandena inte kan dra slutsatsen att tribunalen ”inte alls kontrollerade att motiveringen i de omtvistade besluten var korrekt” av den omständigheten att de förmodade överträdelserna i fråga om rabatter och priser beskrivs mer ingående i utdragen ur den icke konfidentiella version av de indicier som kommissionen hade i sin ågo som lades fram för tribunalen.<sup>65</sup>

101. Vad gäller klagandenas påstående att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning och missuppfattade innebörden av ovan angiven rättspraxis genom att i slå fast i punkterna 250 och 254 i den överklagade domen att den geografiska räckvidden av förfarandena och klagandenas roll i den förmodade överträdelserna kunde härledas ur den enda omständigheten att den allians som Intermarché var medlem i angavs i motiveringen till inspektionsbesluten, räcker det att framhålla att dessa punkter hör till de domskäl i den överklagade domen i vilka tribunalen undersökte huruvida kommissionens indicier var tillräckligt allvarliga.

102. Detta påstående härrör alltså, som kommissionen mycket riktigt påpekade i sitt skriftliga yttrande, från en sammanblandning av kontroll av iakttagandet av den väsentliga formföreskriften som utgörs av skyldigheten att motivera den angripna rättsakten och kontroll av huruvida motiveringen är välgrundad, vilket innebär en sakprövning av rättsaktens lagenlighet.<sup>66</sup>

103. Samma sammanblandning ligger till grund för både den tredje anmärkningen – vilken klagandena dessutom har anfört utan att utveckla den –, avseende avsaknad av effektiv kontroll av att det område som fastställdes genom artikel 1 a i de omtvistade besluten var adekvat i

<sup>63</sup> Vad som avses är de åtgärder för processledning som tribunalen beslutade om den 3 december 2018 samt den 13 maj och den 25 september 2019, vilka nämns i punkt 176 i den överklagade domen.

<sup>64</sup> Se punkt 176 i den överklagade domen. Det framgår däremot av punkt 130 av den överklagade domen att tribunalen inte ansåg det nödvändigt att besluta om de åtgärder för processledning som klagandena hade begärt för att kommissionen skulle klargöra vilka antaganden som låg till grund för de omtvistade besluten, utan ansåg att dessa antaganden var tillräckligt detaljerade för att kommissionens motiveringskyldighet skulle vara uppfylld.

<sup>65</sup> Det framgår också av kommissionens förklaringar i svaret på åtgärderna för processledning av den 5 juni 2019 att kommissionen då de omtvistade besluten fattades tvekade om den korrekta kvalificeringen av föremålet för det förmodade informationsutbytet, huruvida det skulle kvalificeras som ”rabatter på inköpsmarknaderna” eller ”priser vid försäljning av tjänster till tillverkare”, vilket skulle kunna motivera kommissionens användning av en bredare formulering i angivelsen av de antaganden som skulle kontrolleras.

<sup>66</sup> Se bland annat dom av den 2 september 2021, EPSU/kommissionen (C-928/19 P, EU:C:2021:656, punkt 108).

förhållande till kommissionens indicier, och den andra anmärkningen i samma grund, att tribunalen inte medgav att inspektionsbesluten hade ett obegränsat område och tillät en veritabel ”trålning”.

104. När det närmare bestämt gäller den sistnämnda anmärkningen vill jag framhålla att tribunalen redan i punkt 124 i den överklagade domen mycket riktigt hade framhållit att den fråga som klagandena väckt, huruvida kommissionen hade företagit en sådan ”trålning” – vilket inte är tillåtet enligt förordning nr 1/2003<sup>67</sup> – berodde på huruvida de indicier som kommissionen förfogade över vid antagandet av de omtvistade besluten var tillräckliga och att denna fråga därför skulle granskas i samband med grunden avseende åsidosättande av de inspekterade företagens rätt till hemmets okränkbarhet och inte i samband med grunden avseende beslutens bristfälliga motivering.

105. Till stöd för samma anmärkning har klagandena också hänvisat till tillämpningsområdet för de omtvistade besluten såsom det följer både av artikel 1 a och av artikel 1 b i dessa beslut, där kommissionen angav en förmodad överträdelse vars föremål var informationsutbyte om ”framtida affärsstrategier i Frankrike”, bland annat vad gäller sortiment, utveckling av butiker, e-handel och marknadsföringspolitik ”på marknaden för inköp av dagligvaror och marknaden för försäljning av dagligvaror till konsumenterna.” I och med att tribunalen slutgiltigt ogiltigförklarade artikel 1 b i de omtvistade besluten i punkt 1 i domslutet i den överklagade domen, kan klagandena i vart fall inte längre grunda sig på dess innehåll för att underbygga sitt resonemang om ett oskäligt omfattande föremål för inspektionen.

106. För det fall att domstolen tolkar påståendet i punkt 102 och anmärkningarna i punkt 103 så, att de är avsedda att bestrida tribunalens bedömning av de indicier som kommissionen förfogade över, konstaterar jag att påståendet och anmärkningarna inte är underbyggda och att domstolen, eftersom ingen missuppfattning av dessa indicier har gjorts gällande, i vart fall inte är behörig att granska dem inom ramen för ett överklagande.<sup>68</sup>

107. Klagandenas fjärde anmärkning i den andra grunden för överklagandet riktar sig slutligen mot punkterna 158–165 i den överklagade domen. Dessa punkter hör till prövningen av grunden avseende åsidosättande av rätten till hemmets okränkbarhet och, i synnerhet, den del av denna prövning som ägnas åt kontrollen av iakttagandet av proportionalitetsprincipen. I dessa punkter fann tribunalen, med stöd av sin tidigare praxis, att den omständigheten att kommissionen inte hade fastställt någon sista dag för genomförandet av inspektionen inte utgjorde ett oproportionerligt ingrepp i klagandenas privata verksamhetsfär.

108. I artikel 2 i de omtvistade besluten fastställdes från och med vilken dag inspektionen kunde äga rum men däremot inte vilken dag den skulle avslutas. Detta var förenligt med artikel 20.4 i förordning nr 1/2003, där det anges att kommissionen ska fastställa när inspektionen ska börja men där det inte anges någon eventuell skyldighet att fastställa när den ska avslutas.

<sup>67</sup> I detta avseende instämmer jag med förslaget till avgörande av generaladvokaten Kokott i målet Nexans France och Nexans/kommissionen (C-606/18 P, EU:C:2020:207, punkt 55).

<sup>68</sup> Se senast beslut av den 2 juni 2022, Arnautu/parlamentet (C-573/21 P, ej publicerat, EU:C:2022:448, punkt 93 och där angiven rättspraxis).

109. Såsom tribunalen mycket riktigt underströk i punkt 161 i den överklagade domen innebär inte den omständigheten att det inte angavs någon dag då inspektionen skulle avslutas att inspektionen fick pågå under obegränsad tid, eftersom kommissionen är skyldig att iaktta en skäligen tidsfrist i enlighet med artikel 41.1 i stadgan.<sup>69</sup>

110. Av detta följer att även om den tidsmässiga räckvidden av ett inspektionsbeslut inte har fastställts i förväg i alla delar, är den ändå reglerad på ett sådant sätt att inspektionsverksamheten inte får pågå längre än vad som är skäligt, vilket ska bedömas i förhållande till alla omständigheter och relevanta faktorer i det aktuella fallet.

111. Denna tidsmässiga reglering utgör – åtminstone när inspektionen genomförs utan att kommissionen använder sig av nationella tvångsmedel i enlighet med artikel 20.6–8 i förordning nr 1/2003 – en lämplig och tillräcklig garanti mot godtycke, i synnerhet om bedömningen av rimligheten i inspektionens varaktighet görs med beaktande av kravet på att ingrepp i rättigheterna i artikel 7 i stadgan och i artikel 8 i Europakonventionen tidsmässigt ska begränsas till vad som är *strikt nödvändigt* för de kontroller som krävs i förhållande till föremålet för inspektionen.

112. En sådan tidsmässig reglering garanterar också, som tribunalen framhöll i punkterna 163 och 164 i den överklagade domen, att kommissionens utredningsbefogenheter blir effektiva, vilket kräver att inspektionens varaktighet anpassas inte bara till i förväg kända omständigheter, utan även till omständigheter som blir tydliga först efter det att inspektionsbeslutet har fattats – till exempel mängden uppgifter som påträffas i lokalerna, vilken undersökningsteknik som används<sup>70</sup> och hur de inspekterade företagen agerar. Samtidigt undviks att kommissionen genom att i förväg beakta dessa slumpmässiga omständigheter i inspektionsbeslutet fastställer en längre varaktighet än vad som är strikt nödvändigt.

113. Mot bakgrund av allt vad som anförs ovan anser jag att den andra grunden ska underkännas i sin helhet.

### *C. Den tredje grunden för överklagandet*

114. Genom den tredje grunden för överklagandet har klagandena klandrat tribunalen för felaktig rättstillämpning och åsidosättande av förordning nr 1/2003 för att den fastställde att ett skede av förfarandet som inträffade innan kommissionen vidtog åtgärder som innebar en anklagelse om en överträdelse inte omfattades av förordningen. Grunden riktar sig mot punkterna 189–196 i den överklagade domen, vilka ingår i den del av domen där tribunalen undersökte huruvida de indicier som kommissionen förfogade över var tillräckligt allvarliga.

#### *1. Den överklagade domen*

115. I punkt 189 i den överklagade domen betonade tribunalen inledningsvis att bedömningen av huruvida kommissionen förfogade över tillräckligt starka indicier ska göras med beaktande av den omständigheten att inspektionsbeslutet antogs ”under det preliminära utredningsskedet, vilket är

<sup>69</sup> Se, för ett liknande resonemang, dom av den 12 juli 2018, Nexans France och Nexans/kommissionen (T-449/14, EU:T:2018:456, punkt 69).

<sup>70</sup> Se förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i målet Nexans France och Nexans/kommissionen (C-606/18 P, EU:C:2020:207, punkt 65), och den dom som meddelades i samma mål, dom av den 16 juli 2020, Nexans France och Nexans/kommissionen (C-606/18 P, EU:C:2020:571, punkterna 88 och 89).

avsett att ge kommissionen möjlighet att inhämta samtliga relevanta omständigheter till stöd för huruvida konkurrensreglerna har överträtts och ta en första ställning till vilken inriktning och fortsättning förfarandet ska ges”. I punkt 190 klargjorde tribunalen att det följaktligen ”i detta skede” inte kunde krävas att kommissionen, före antagandet av ett inspektionsbeslut, skulle ha i sin ägo uppgifter som visade på förekomst av en överträdelse och att åtskillnad skulle göras ”mellan å ena sidan bevisningen för en överträdelse och å andra sidan de indicier som föranleder kommissionen att i skäligen utsträckning misstänka att en överträdelse begåtts”.

116. I punkterna 192 och 193 i den överklagade domen angav tribunalen att denna åtskillnad ”har följer [bland annat] för de krav som ställs på [form för] indicier som motiverar ett inspektionsbeslut” och att ”de sistnämnda inte kan underkastas samma grad av formalism som den som gäller för bland annat iakttagandet av de regler som åläggs genom förordning nr 1/2003 och den rättspraxis avseende kommissionens utredningsbefogenheter som har antagits på grundval av den.” Tribunalen menar nämligen att ”[o]m samma formalism skulle krävas för det insamlade av indicier som föregår en inspektion och insamlandet av bevisningen för en överträdelse, skulle detta nämligen innebära att kommissionen måste iaktta reglerna om sina utredningsbefogenheter även om en utredning i den mening som avses i kapitel V i förordning nr 1/2003 inte ännu formellt har inletts och kommissionen inte ännu har använt sig av de utredningsbefogenheter som den har särskilt enligt artiklarna 18–20 i förordning nr 1/2003, det vill säga inte har vidtagit någon åtgärd som innebär en anklagelse om att en överträdelse begåtts, exempelvis ett inspektionsbeslut” (punkt 193 i den överklagade domen). Tribunalen menar att ”[d]enna definition av startpunkten för en utredning och det preliminära utredningsskedet följer av tribunalen [fast] rättspraxis” (punkt 194 i den överklagade domen).

117. I punkt 196 i den överklagade domen angav tribunalen att bland de bestämmelser som kommissionen var skyldig att iaktta fanns föreskrifterna i artikel 19 i förordning nr 1/2003 och artikel 3 i förordning (EG) nr 773/2004<sup>71</sup> såsom de tolkades i dom av den 6 september 2017, Intel/kommissionen.<sup>72</sup>

118. I punkt 206 i den överklagade domen slog tribunalen således fast att kommissionen i det nu aktuella fallet inte var skyldig att protokollföra redogörelserna från intervjuer som genomfördes 2016 och 2017 med de tretton leverantörer av dagligvaror som berördes av inspektionen och som regelbundet ingick avtal med Casino och ITM (nedan kallade intervjuerna med leverantörerna) och att de indicier som härrörde från dessa intervjuer inte kunde underkännas som formellt rättsstridiga på grund av att protokollföringsskyldigheten enligt artikel 19 i förordning nr 1/2003 och artikel 3 i förordning nr 773/2004 inte hade fullgjorts.

## 2. *Sammanfattning av parternas argument*

119. Klagandena har anfört att definitionen av startpunkten för en utredning och den preliminära utredningsfasen i den överklagade domen härrör från en förvanskning av domstolens praxis. Den enda åtskillnad som görs i fråga om tillämpliga rättigheter i alla domar som anges i punkt 194 i den överklagade domen, vilka dessutom endast rör bedömningen av startpunkten för den period som ska beaktas för att avgöra huruvida förfarandets längd är rimlig, är ”åtskillnaden mellan de två

<sup>71</sup> Kommissionens förordning av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna [101 och 102 FEUF] (EUT L 123, 2004, s. 18).

<sup>72</sup> C-413/14 P, nedan kallad Intel-domen, EU:C:2017:632.

skedena i det administrativa förfarandet, det vill säga utredningsskedet före meddelandet om invändningar och det skede som motsvarar resten av det administrativa förfarandet”, vilket för övrigt framgår av förordning nr 773/2004 i sig.

120. Klagandena har vidare bestritt tribunalens felaktiga rättstillämpning i den del den *contra legem* slog fast att förordning nr 1/2003 inte var tillämplig innan ett första inspektionsbeslut hade fattats, trots att det enligt klagandena framgår av såväl skäl 25 i förordningen som av artikel 2.3 i förordning nr 773/2004 att den ”är fullt tillämplig på alla rättsakter som kommissionen antar för tillämpning av artikel 101 FEUF och följande artiklar, från och med att förfarandena upptäckts”. Denna tolkning bekräftas av att förordning nr 1/2003 innehåller föreskrifter om såväl branschutredningar, vilka berörs i artikel 17 i förordningen, som förklaringar om förmånlig förhandling,<sup>73</sup> vilka inte leder till åtgärder som innebär ett påstående om att en överträdelse har begåtts.

121. Klagandena har vidare bestritt de slutsatser som tribunalen drog av åtskillnaden mellan bevis för en överträdelse och indicier som ligger till grund för ett inspektionsbeslut, i synnerhet påståendet i punkt 193 i den överklagade domen, att samma grad av formalism inte kan gälla för de sistnämnda. De har gjort gällande att alla bevismedel som kommissionen samlar in och använder i förfaranden som inleds med stöd av förordning nr 1/2003, oavsett om de betraktas som indicier eller bevis, ska uppfylla samma krav och underkastas samma formalism och samma processregler avsedda att säkerställa att bevisen är äkta, rättvisande och trovärdiga. Genom att dessa regler iakttas säkerställs att både bevis och indicier är äkta, vilket är en nödvändig förutsättning för att bedöma deras trovärdighet.

122. Kommissionen har gjort gällande att det ofrånkomligen måste krävas ett lägre bevisvärde för att en materiell omständighet ska kunna utgöra ett indicium som gör det möjligt att anta ett inspektionsbeslut än det bevisvärde som krävs för att en materiell omständighet ska kunna utgöra ett bevismedel för att fastställa en överträdelse och att det följer av denna åtskillnad att en lägre grad av formalism måste gälla för indicier än för bevis.

123. I synnerhet krävs det inte att dessa indicier prokollförs enligt artikel 19 i förordning nr 1/2003 och artikel 3 i förordning nr 773/2004, såvida den formalism som föreskrivs i dessa bestämmelser inte ska tillämpas innan en utredning ens har inletts.

124. Kommissionen har i detta avseende angett att en utredning inleds – vilket motsvarar den dag då kommissionen för första gången använder sig av sina utredningsbefogenheter och vidtar åtgärder som innebär ett påstående om att en överträdelse har begåtts och som får allvarliga återverkningar på de misstänkta enheternas ställning – vid en annan tidpunkt och får andra rättsliga följder än när ett ärende läggs upp och ett förfarande enligt artikel 2 i förordning nr 773/2004 inleds. Att lägga upp ett ärende är en intern handling som företas genom beslut av kansliet vid generaldirektoratet för konkurrens genom tilldelning av ett ärendenummer vilket endast innebär att generaldirektoratet för konkurrens kan spara handlingar. Ett förfarande inleds då kommissionen fattar ett beslut enligt artikel 2 i förordning nr 773/2004 i syfte att fatta ett beslut genom tillämpning av kapitel III i förordning nr 1/2003.

<sup>73</sup> Enligt kommissionens tillkännagivande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden, 2006/C-298/11, av den 8 december 2006 (EUT C 298, 2006, s. 17).



125. Kommissionen har påpekat att det framgår av lydelsen i artikel 19 i förordning nr 1/2003 att ett "förhör", i den mening som avses i denna artikel, ska ha till syfte "att samla information om frågor som har samband med föremålet för en utredning", vilken per definition först måste ha inletts. Kommissionen har också bestritt relevansen av klagandenas hänvisningar till skäl 25 i förordning nr 1/2003 och till branscutredningarna och förklaringar om förmånlig behandling.

126. Mötena och telefonkonferenserna med de tretton berörda leverantörerna ägde i detta fall rum innan en utredning enligt förordning nr 1/2003 hade inletts och alltså innan något eventuellt "förfarande" inletts. Kommissionen var alltså inte skyldig att iaktta den formalism som föreskrivs i denna bestämmelse.

127. I annat fall skulle kommissionens genomförande av konkurrensrätten försvåras i flera avseende. Kommissionen skulle för det första vara förhindrad att samla in och använda indicier om dessa inte kan vara annat än muntliga, till exempel ett avslöjande som någon av kommissionens företrädare uppfattar under ett möte, vid ett informellt besök på plats eller på en offentlig plats. Det skulle vidare innebära att indicier aldrig kan vara muntliga, vilket skulle undergräva ändamålsenligheten i kommissionens utredningar och fördröja tidpunkten för inspektionen.

128. Kommissionen menar också att en lägre grad av formalism vad gäller indicier kan säkerställa den nödvändiga skyndsamhet som ska iakttas vid antagandet av inspektionsbeslut liksom ändamålsenligheten i kommissionens utredning.

129. Kommissionen har slutligen anfört att klagandenas påståenden om bevisningens äkthet vilar i vart fall på en oriktig tolkning av rättspraxis. Att ett bevis är äkta är nämligen inte en "nödvändig förutsättning" för att det ska vara trovärdigt. I unionsrätten gäller principen om fri bevisprövning, av vilken följer att det enda relevanta kriteriet för att bedöma bevisvärdet av korrekt framlagd bevisning är dess trovärdighet och att värdet av ett bevis ska bedömas i en helhetsbedömning. Det är alltså inte tillräckligt att utan stöd föra fram tvivel i fråga om äktheten hos ett bevis för att ifrågasätta dess trovärdighet. Dessa principer gäller i än högre grad för indicier, eftersom det bevisvärde som krävs för att en materiell omständighet ska utgöra ett indicium per definition är lägre.

### 3. *Bedömning*

130. Enligt artikel 19.1 i förordning nr 1/2003 får kommissionen, i syfte att samla information om frågor som har samband med föremålet för en utredning, höra alla fysiska eller juridiska personer som samtycker till detta. Förhör som grundar sig på denna bestämmelse omfattas av de formella kraven i artikel 3 i förordning nr 773/2004. Enligt artikel 3.1 i den förordningen ska kommissionen i början av förhöret ange den rättsliga grunden för och syftet med förhöret samt erinra om dess frivilliga karaktär. Kommissionen ska också underrätta den som hörs om sin avsikt att föra protokoll över förhöret. Enligt artikel 3.3 får kommissionen ta upp de redogörelser som lämnas av de personer som hörs i vilken form som helst. En kopia av varje protokoll ska hållas tillgänglig för den person som har hörts för godkännande. Om det är nödvändigt ska kommissionen fastställa en tidsfrist inom vilken den person som har hörts får meddela kommissionen eventuella rättelser som bör göras.

131. I Intel-domen angav domstolen, i fråga om räckvidden av de formkrav som ställs på förhör enligt artikel 19 i förordning nr 1/2003, att om kommissionen, med samtycke från den som ska höras, beslutar att hålla ett förhör med stöd av denna bestämmelse, så är kommissionen skyldig

att protokollföra förhöret i dess helhet, även om det överläts åt kommissionen att välja formen för protokollföringen.<sup>74</sup>

132. Kommissionen är således skyldig att – visserligen i den form som den själv väljer – protokollföra alla förhör som genomförs med stöd av artikel 19 i förordning nr 1/2003 för att samla in information om frågor som har samband med föremålet för utredningen.<sup>75</sup>

133. I den överklagade domen slog tribunalen fast att denna skyldighet inte gällde förhören med leverantörerna, eftersom dessa förhör hade genomförts innan utredningen enligt förordning nr 1/2003 hade inletts, det vill säga innan kommissionen vidtagit någon åtgärd som innebar ett påstående om att en överträdelse hade begåtts och att kommissionen, för att anta ett inspektionsbeslut, som ett led i det preliminära utredningsförfarandet innan den översänder ett meddelande om invändningar, endast är skyldig att inneha allvarliga konkreta indicier som kan väcka misstanke om en överträdelse, vilka inte kan underkastas samma grad av formalism som vad som krävs när det gäller att samla bevis för en överträdelse. Klagandena har anfört flera olika argument för att bestrida denna slutsats, medan kommissionen anser att den inte är behäftad med någon felaktig rättstillämpning.

134. För att avgöra målet såvitt avser den tredje grunden för överklagandet måste domstolen därför klargöra huruvida kommissionen är skyldig att i enlighet med artikel 19 i förordning nr 1/2003 och artikel 3 i förordning nr 773/2004 föra protokoll över förhör från vilka kommissionen har hämtat uppgifter som använts som indicier för att motivera ett inspektionsbeslut enligt artikel 20.4 i förordning nr 1/2003.

135. Jag anser av de skäl som anförs nedan att frågan ska besvaras jakande.

136. Domstolen ska med anledning av klagandenas anmärkningar utreda dels från vilken tidpunkt i kommissionens utredning av ett ärende ett förhör som kommissionen håller ska anses ha genomförts ”i syfte att samla information om frågor som har samband med föremålet för en utredning”, dels huruvida det lägre bevisvärde som krävs för indicier som ligger till grund för ett inspektionsbeslut jämfört med vad som krävs för bevis för en överträdelse motiverar en lägre grad av formalism för indicier, däribland att formkraven i artikel 3 i förordning nr 773/2004 för förhör som genomförs enligt artikel 19 i förordning nr 1/2003 inte ska behöva iakttas.

137. Jag börjar med den andra av dessa frågor.

138. Jag anser inte, i motsats till vad som anges i punkterna 189–192 i den överklagade domen, att vare sig det lägre bevisvärde som krävs för indicier som utgör grund för ett inspektionsbeslut eller den omständigheten att ett sådant beslut är ett led i den preliminära utredningsfasen innan ett meddelande om invändningar översänds har någon inverkan på de formkrav som kommissionen med stöd av tillämpliga bestämmelser ska iaktta när den samlar in bevisuppgifter som ska användas för kommissionens utredningar.

139. Det betyder naturligtvis inte att formen på en materiell omständighet saknar betydelse för dess bevisvärde. En handling som upprättats av en notarius publicus har i allmänhet ett högre bevisvärde än en privat upprättad handling. Detta förhållande mellan form och bevisvärde

<sup>74</sup> Se Intel-domen, punkt 90.

<sup>75</sup> Se Intel-domen, punkt 91.

behöver emellertid inte nödvändigtvis innebära en gradering av den formalism som gäller för vissa kategorier av bevisuppgifter beroende på vilket bevisvärde som krävs för den användning som uppgifterna är avsedda för.

140. När det i synnerhet gäller uppgifter som kommissionen har hämtat från förhör som den genomfört med fysiska eller juridiska personer, menar jag att det framgår av Intel-domen att det inte finns någon koppling mellan bevisvärde och iakttagande av formkraven i artikel 19.1 i förordning nr 1/2003 och artikel 3 i förordning nr 773/2004.

141. Det framgår nämligen klart och tydligt av Intel-domen, i synnerhet av punkt 87 i domen, där domstolen angav att det inte finns någonting i artikel 19.1 i förordning nr 1/2003, vare sig i dess ordalydelse eller i dess målsättning, som ger vid handen att lagstiftaren skulle ha haft för avsikt att göra en distinktion mellan olika kategorier av förhör enligt denna bestämmelse, eller att lagstiftaren skulle ha haft för avsikt att vissa av dessa förhör inte skulle omfattas av bestämmelsens tillämpningsområde, att protokollföringsskyldigheten enligt denna bestämmelse avser alla förhör som kommissionen genomför såvida de ”har samband med föremålet för en utredning”. Förekomsten av en sådan skyldighet kan alltså inte bero på vare sig det bevisvärde som kan tillmätas uttalanden som samlas in vid dessa förhör, vilket för övrigt inte kan bedömas förrän förhören har genomförts, eller den användning som kommissionen har avsett för dessa uppgifter under olika faser av förfarandet. Kommissionens hänvisning till förarbetena till förordning nr 1/2003 tycks inte i sig kunna ifrågasätta denna slutsats.<sup>76</sup>

142. Påståendet att det finns ett samband mellan bevisvärdet hos indicier som ligger till grund för ett inspektionsbeslut och iakttagande av formkraven, vilket finns i punkterna 189–192 i den överklagade domen, motsägs dessutom, i fråga om indicier avseende förhör som kommissionen genomfört, av den tolkning som tribunalen i punkterna 195, 200–203 och 205 i domen gör av artikel 19 i förordning nr 1/2003 och av Intel-domen. Det framgår nämligen av dessa punkter att tribunalen fann att kommissionen i princip var skyldig, så snart en utredning i den mening som anges i punkt 194 i den överklagade domen hade inletts, att iaktta skyldigheten att föra protokoll över förhör som har samband med föremålet för utredningen och att en sådan skyldighet föreligger oavsett bevisvärdet av de uppgifter som kommissionen kan få fram vid dessa förhör och oavsett hur dessa uppgifter används, som indicier inom ramen för det preliminära utredningsskedet, däribland för att anta ett inspektionsbeslut,<sup>77</sup> eller som bevis då ett meddelande om invändningar översänds.

<sup>76</sup> Se förslaget till rådets förordning om genomförandet av konkurrensreglerna i artiklarna [101 och 102 FEUF] och om ändring av förordningarna (EEG) nr 1017/68, (EEG) nr 2988/74, (EEG) nr 4056/86 och (EEG) nr 3975/87 (KOM(2000) 582 slutlig, EGT C 365 E, 2000, s. 284). I kommentaren till artikel 19 i detta förslag, där det föreskrevs att kommissionen skulle ha befogenhet att inhämta redogörelser från fysiska och juridiska personer, oberoende av om de är föremål för förfarandet eller inte, och att protokollföra deras uttalanden, angav kommissionen att ”[b]estämmelsen fyller en lucka i kommissionens befogenheter, genom att den gör det möjligt att ta upp muntliga redogörelser och använda dem som bevis under förfarandena.” Ordet ”bevis” ska enligt min mening tolkas i vid bemärkelse, som ”bevisuppgift”, oavsett vilket bevisvärde det har i förhållande till den faktiska omständighet som ska bevisas.

<sup>77</sup> Det kan inte uteslutas att kommissionen, efter att ha använt någon av sina utredningsbefogenheter enligt kapitel V i förordning nr 1/2003, till exempel genom att rikta en begäran om upplysningar till ett visst företag eller genom att genomföra inspektioner i företagets lokaler, vid ett förhör med en fysisk eller juridisk person om föremålet för den utredning som inletts genom antagandet av dessa rättsakter, erhåller uppgifter som gör att den kan anta att ett företag som fram till dess inte varit misstänkt är inblandat i de förmodade överträdelse som föranlett utredningen. I ett sådant fall skulle kommissionen, enligt resonemanget i punkterna 195, 200–203 och 205 i den överklagade domen, vara skyldig att tillämpa artikel 19.1 i förordning nr 1/2003 och föra protokoll enligt artikel 3 i förordning nr 773/2004, även om den endast har för avsikt att använda de inhämtade uppgifterna som indicier till stöd för ett inspektionsbeslut med avseende på detta företag.

143. Generellt sett ligger skillnaden mellan indicier och bevis i det faktum att de förstnämnda endast gör det möjligt att anta att en faktisk omständighet föreligger, medan de sistnämnda styrker detta. Om det krävs en viss formalism för att upprätta en bevisuppgift, ofta för att säkerställa dess äkthet eller trovärdighet, innebär underlåtenhet att iaktta denna formalism att uppgiften, oavsett dess värde, inte kan fylla sin funktion som bevisning.

144. Den första av de frågor som berörs ovan i punkt 136 kräver en tolkning av begreppet förhör som syftar till ”att samla information om frågor som har samband med föremålet för en utredning” i den mening som avses i artikel 19.1 i förordning nr 1/2003.

145. I den överklagade domen fann tribunalen att det framgick av själva lydelsen i denna bestämmelse att de förhör som avsågs var förhör som syftade till ”att samla information om frågor som har samband med föremålet för en utredning” som *per definition måste ha inletts* och vars föremål måste ha fastställts innan förhören genomfördes. Tribunalen drog av detta slutsatsen att skyldigheten att föra protokoll över dessa förhör, vilken föreskrivs i artikel 3 i förordning nr 773/2004, inte gällde ”i fråga om förhör som genomförs innan kommissionen har inletts en utredning ...”.<sup>78</sup> I punkt 193 i den överklagade domen ansåg tribunalen att en utredning formellt inte var inledd förrän kommissionen använt sig av sina utredningsbefogenheter bland annat enligt artiklarna 18, 19 och 20 i förordning nr 1/2003 och har vidtagit en åtgärd som medför anklagelse om en överträdelse, däribland annat ett inspektionsbeslut. I punkt 194 i domen klargjorde tribunalen att denna definition av startpunkten för en utredning härrörde från fast rättspraxis.

146. Det framgår av denna rättspraxis – som härrör från dom av den 15 oktober 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl./kommissionen<sup>79</sup> – att kommissionens administrativa förfarande kan ge upphov till granskning av två på varandra följande perioder, var och en av dem motsvarande en egen intern logik. Den första perioden, som omfattar tiden fram till meddelandet om invändningar, börjar löpa den dag då kommissionen, genom utövande av de befogenheter som den har tilldelats av unionslagstiftaren, vidtar åtgärder som innebär anklagelser om att en överträdelse har skett. Denna period ska göra det möjligt för kommissionen att ta ställning till det fortsatta förfarandet. Den andra perioden omfattar tiden från meddelandet om invändningar till antagandet av det slutliga beslutet. Denna period ska göra det möjligt för kommissionen att slutgiltigt ta ställning till den påtalade överträdelsen.

147. De principer som anges ovan i föregående punkt är såsom klagandena har erinrat om utformade i syfte att tillämpa principen om skälig tid. I LMV-domen ville domstolen, med utgångspunkt i Europadomstolens praxis,<sup>80</sup> identifiera tidpunkten då kommissionens verksamhet

<sup>78</sup> Se den överklagade domen, punkterna 200 och 201.

<sup>79</sup> C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P–C-252/99 P och C-254/99 P, nedan kallad LMV-domen, EU:C:2002:582, punkt 182.

<sup>80</sup> Europadomstolen menar att föremålet för var och ens rätt att få sin sak prövad inom skälig tid, som anges i artikel 6.1 i Europakonventionen, är inom straffrätten att se till att den som misstänks eller lagförs för brott inte ska behöva alltför länge på en domstolsprövning. Se Europadomstolen, 27 juni 1968, Wemhoff mot Tyskland (CE:ECHR:1968:0627JUD000212264, § 18), och Europadomstolen, 3 december 2009, Kart mot Turkiet (CE:ECHR:2008:0708JUD000891705, § 68). Europadomstolen menar att den period som ska beaktas för att bedöma vad som är skälig tid för ett förfarande i enlighet med detta föremål börjar löpa den dag då en person anklagas för brott (se Europadomstolen, 27 juni 1968, Neumeister mot Österrike (CE:ECHR:1968:0627JUD000193663, § 18)), eller tidigare, till exempel den dag då de preliminära utredningarna inleds (se Europadomstolen, 16 juli 1971, Ringeisen mot Österrike (CE:ECHR:1971:0716JUD000261465, § 110, vilken domstolen utgick från i LMV-domen)), eftersom den tidpunkt som är relevant är den tidpunkt då klaganden får kännedom om anklagelsen eller den dag då klagandens ställning påverkas väsentligt av de åtgärder som vidtas inom ramen för en utredning eller ett straffrättsligt förfarande (se Europadomstolen, 27 juli 2006, Mamič mot Slovenien (nr 2) (CE:ECHR:2006:0727JUD0007577801, §§ 23 och 24), och Europadomstolen, 28 maj 2019, Liblik m.fl. mot Estland (CE:ECHR:2019:0528JUD000017315, § 94)).

för att utreda och upptäcka överträdelser av konkurrensrätten konkretiseras i en rättsakt som även om det ännu inte är fråga om en formell anklagelse, åtminstone innebär anklagelser om att en överträdelse skett och ”som får väsentliga följder för de misstänkta företagens situation”.<sup>81</sup>

148. Jag är i likhet med klagandena inte övertygad om att den logik som ligger bakom fastställelsen av startpunkten för den period som ska beaktas vid bedömningen av den skäligen tiden för det administrativa förfarandet, där det handlar om att fastställa den tidpunkt då det berörda företaget får kännedom om klander som riktas mot företaget eller då dess situation påverkas av åtgärder som vidtas av kommissionen, är relevant när det gäller att tolka lydelsen i artikel 19 i förordning nr 1/2003.

149. Artikel 19 finns i kapitel V i förordningen, som har rubriken ”Befogenheter vid utredningar”. När kommissionen genomför ett förhör enligt denna bestämmelse utövar den alltså en ”befogenhet vid utredningar”, precis som den utövar en sådan befogenhet när den riktar en begäran om upplysningar enligt artikel 18 i förordningen eller när den fattar ett inspektionsbeslut enligt artikel 20 i samma förordning. Det är visserligen utrett att det är antagandet av en rättsakt enligt artiklarna 18 och 20 i förordning nr 1/2003 som avgör när en utredning inleds. Däremot är det emellertid inte, enligt den tolkning av artikel 19 i förordning nr 1/2003 som tribunalen gjorde och som kommissionen har försvarat, användningen av den befogenhet som anges i denna artikel som i sig markerar början på en sådan utredning, utan denna befogenhet kräver, för att utövas, att en utredning redan har inletts.

150. Här rör det sig enligt min mening om ett inslag av inkonsekvens som inte kan avhjälpas genom tribunalens indirekta medgivande att genomförandet av ett förhör enligt artikel 19 i förordning nr 1/2003 – i likhet med en begäran om upplysningar eller en inspektion – kan markera inledandet av en utredning för det fall att ett sådant förhör innebär att ett av de förhörda företagen eller ett av de företag som avses med uttalanden som görs till kommissionen klandras för att ha begått en överträdelse.<sup>82</sup> Ett sådant medgivande ifrågasätter nämligen tribunalens påstående att det framgår av lydelsen i artikel 19 i förordning nr 1/2003 att en utredning måste ha inletts och dess föremål måste ha fastställts *innan* förhör genomförs enligt denna artikel. Dessutom motsvarar det bara delvis logiken bakom den rättspraxis som anges i punkt 194 i den överklagade domen, eftersom den omständigheten att uttalanden görs mot ett utomstående företag vid ett förhör inte innebär att detta företag får kännedom om eventuellt klander i dess avseende.

151. Den inkonsekvens som framhålls i punkten ovan blir än mer uppenbar om hänsyn tas till att kommissionen, såsom klagandena mycket riktigt har framhållit, kan inleda en branschutredning genom att använda sig av sin befogenhet enligt artikel 17 i förordning nr 1/2003 utan att något visst företag klandras för att ha begått en överträdelse.<sup>83</sup>

<sup>81</sup> Se LMV-domen, punkt 182.

<sup>82</sup> Se punkt 205 i den överklagade domen.

<sup>83</sup> Kommissionens hänvisning till domen av den 25 mars 2021, Xellia Pharmaceuticals och Alpharma/kommissionen (C-611/16 P, EU:C:2021:245), påverkar enligt min mening inte konstaterandet om att det inte föreligger något klander i den mening som avses i den rättspraxis som anges i punkt 194 i den överklagade domen när en branschutredning inleds. I punkterna 153 och 154 i domen av den 25 mars 2021, Xellia Pharmaceuticals och Alpharma/kommissionen (C-611/16 P, EU:C:2021:245), som kommissionen har hänvisat till, angav domstolen nämligen endast att ”branschutredningar utgör ett instrument som är ägnat att användas för att bekräfta presumtioner om konkurrensbegränsning inom den sektor som utredningarna berör” och att ”[n]är kommissionen inleder sådana utredningar måste företag inom den berörda sektorn, särskilt de som har ingått sådana avtal som beslutet att inleda den aktuella utredningen uttryckligen tar sikte på ... räkna med att enskilda förfaranden eventuellt kan komma att inledas mot dem i framtiden.” I punkt 139 i den domen angav domstolen också klart och tydligt att de första åtgärderna genom vilka kommissionen hade riktat en anklagelse mot de klagande i det mål som avgjordes genom denna dom hade vidtagits efter det att den aktuella branschutredningen inleddes (det rör sig om dagen då kommissionen meddelade att det förelåg en branschutredning).

152. Som jag ser det ska artikel 19 i förordning nr 1/2003, och i synnerhet uttrycket ”i syfte att samla information om frågor som har samband med föremålet för en utredning”, ges en annan tolkning, som inte nödvändigtvis kräver att de aktuella förhören ska genomföras i ett visst skede av det administrativa förfarandet eller att det ska fastställas från och med vilken formell rättsakt antagen av kommissionen som den sistnämnda är skyldig att iaktta formkraven i artikel 3 i förordning nr 773/2004.

153. Jag anser nämligen att det huvudsakligen är föremålet för och innehållet i kommissionens förhör som är avgörande när det gäller att fastställa räckvidden av denna skyldighet och alltså avgöra i vilka fall befogenheten i artikel 19 i förordning nr 1/2003 utövas.

154. I det nu aktuella fallet framgår det av den överklagade domen och av handlingarna i målet vid tribunalen att förhören i fråga genomfördes med leverantörer av dagligvaror som berördes av den förmodade överträdelsen i artikel 1 a i de omtvistade besluten, att dessa leverantörer regelbundet ingick avtal med Intermarché och att kommissionen, för att förbereda dessa förhör, hade översänt ett frågeformulär till de hörda leverantörerna avseende bland annat distributörsalliansernas beteende i förhandlingarna med leverantörerna, hur deras förhandlingsmöjligheter hade utvecklats över tid och hur detta hade påverkat konkurrensvillkoren på distributionsmarknaden. Kommissionen frågade även öppet om leverantören kände till några utbyten av känslig affärsinformation mellan distributörer inom en allians och bad leverantören att i förekommande fall närmare ange vad det rörde sig om för information. Det framgår också av den överklagade domen att förhören i fråga genomfördes kort tid efter ett konvent som ägde rum den 16 september 2016 vid Intermarchés huvudkontor, vid vilket företrädare för allianserna var närvarande och till vilket Intermarchés leverantörer var inbjudna, och att de pågick fram till dagen innan de omtvistade besluten fattades.

155. Jag menar att när kommissionen genomför förhör av detta slag, vars föremål fastställs i förväg och vilka öppet syftar till att erhålla information om hur en viss marknad fungerar och hur aktörer på denna marknad beter sig i syfte att upptäcka eventuella brottsliga beteenden eller befästa sina misstankar om förekomsten av sådana beteenden, utövar den sin befogenhet enligt artikel 19 i förordning nr 1/2003, oavsett i vilket skede av förfarandet som förhöret hålls.

156. Under sådana omständigheter räcker det enligt min mening att ett ärende har lagts upp vid kommissionens kansli för att sådana förhör ska anses syfta till ”att samla information om frågor som har samband med föremålet för en utredning” i den mening som avses i denna bestämmelse.<sup>84</sup> Med andra ord, såsom generaladvokaten Wahl anförde i sitt förslag till avgörande i målet Intel Corporation/kommissionen,<sup>85</sup> ”omfattas alla möten med en tredje part som särskilt har anordnats för att inhämta materiell information som ska användas vid bedömningen av ett ärende av räckvidden för artikel 19 i förordning nr 1/2003”.<sup>86</sup>

<sup>84</sup> Samma sak tycks framgå av kommissionens interna handbok om tillämpning av artiklarna 101 och 102 FEUF av den 12 mars 2012 ([https://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust\\_manproc\\_11\\_2019\\_en.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/antitrust_manproc_11_2019_en.pdf), kapitel 8, punkt 2.5, nedan kallad kommissionens metodhandbok). Där anges att ”vad beträffar säkerheten i fråga om föremålet för utredningen när förhöret hålls, ska minst ett ärende ha registrerats med ett särskilt ärendenummer”. Genom att ett ärende läggs upp innan förhöret genomförs kan nödvändiga hållpunkter för tillämpningen av artikel 28.1 i förordning nr 1/2003 ges.

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

<sup>86</sup> Generaladvokaten Wahl utslöt i punkt 233 i sitt förslag till avgörande inte heller möjligheten att ett förhör enligt artikel 19 i förordning nr 1/2003 kan genomföras innan en utredning är ”pågående”.

157. Att göra någon annan tolkning skulle enligt min mening leda till att förhör av det slag som beskrivs ovan äger rum utanför den rättsliga ram som förordning nr 1/2003 utgör. När kommissionen faktiskt utövar sina utredningsbefogenheter måste en sådan rättslig ram vara tillämplig, även om en utredning inte ännu "formellt har inletts", i motsats till vad som tycks framgå av punkt 193 i den överklagade domen.<sup>87</sup>

158. Så är i än högre grad fallet när upplysningar som erhållits vid sådana förhör, som i det nu aktuella fallet, används som allvarliga indicier som ligger till grund för ett inspektionsbeslut, det vill säga en åtgärd som medför ingrepp i ett företags privata verksamhetsfär och en begränsning av dess grundläggande rättigheter enligt artikel 7 i stadgan och artikel 8 i Europakonventionen.

159. Jag vill slutligen klargöra att den tolkning som jag föreslår av artikel 19 i förordning nr 1/2003, i motsats till vad kommissionen har anfört, inte innebär att kommissionen inte längre kan samla in och använda indicier om dessa endast kan vara muntliga.

160. Det scenario som beskrivs ovan i punkt 154 är något helt annat än vad kommissionen har berört i sitt skriftliga yttrande (en företrädare för kommissionen som uppfattar ett avslöjande vid ett möte, ett informellt besök i lokalerna eller på en offentlig plats). Jag vill också klargöra att kommissionen inte genomför ett förhör enligt artikel 19 i förordning nr 1/2003 och därmed inte har någon skyldighet att protokollföra vad som yttras i samtal med tredje part när dessa yttranden inte rör föremålet för en viss utredning.<sup>88</sup>

161. Med stöd av vad som anförs ovan anser jag att tribunalen gjorde en oriktig tolkning av artikel 19.1 i förordning nr 1/2003 och gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den fann att indicierna som härrörde från förhören med leverantörerna kunde användas och inte var behäftade med formfel på grund av att protokollföringsskyldigheten enligt artikel 3 i förordning nr 773/2004 inte hade fullgjorts.

162. För det fall att domstolen fastställer tribunalens tolkning av artikel 19.1 i förordning nr 1/2003 och anser att skyldigheten att föra protokoll över förhör som genomförs enligt denna bestämmelse endast gäller när förhören äger rum efter det att en utredning har inletts i den mening som beskrivs i punkterna 193 och 194 i den överklagade domen, anser jag ändå att tribunalen gjorde en oriktig bedömning när den fann att kommissionen inte omfattades av denna skyldighet i det nu aktuella fallet.

163. Jag anser nämligen att kommissionen när den överväger möjligheten att använda information som härrör från samtal med tredje part i syfte att fatta ett inspektionsbeslut – vilket framstår som uppenbart i det nu aktuella fallet mot bakgrund av föremålet för, innehållet i och kronologin i kommissionens förhör med leverantörerna – i vart fall är skyldig att föra protokoll över dessa samtal i enlighet med artikel 3 i förordning nr 773/2004. Jag menar att den garantin är nödvändig med hänsyn till det ingrepp som en inspektion medför i det inspekterade företags grundläggande rättigheter, inte minst för att unionsdomstolarna ska kunna kontrollera huruvida de indicier som kommissionen har är så allvarliga att de motiverar ett sådant ingrepp.

<sup>87</sup> Som jag ser det är det för övrigt i den mening artikel 2.3 i förordning nr 773/2004 ska tolkas. Kommissionen kan utöva sina utredningsbefogenheter enligt kapitel V i förordning nr 1/2003 – däribland den befogenhet som föreskrivs i artikel 19 – till och med "innan den har inlettt förfarandet".

<sup>88</sup> Se förslaget till avgörande av generaladvokaten Wahl i målet Intel/kommissionen (C-413/14 P, EU:C:2016:788, punkt 233). Se även kommissionens metodhandbok, kapitel 8, punkt 2.4.

164. Jag föreslår alltså, mot bakgrund av allt det ovan anförda, att domstolen ska gilla överklagandet på den tredje grunden.

#### ***D. Den fjärde grunden för överklagande***

165. Den fjärde grunden består av fyra delar. De tre första delarna, avseende förvanskning av de faktiska omständigheterna, felaktig rättstillämpning respektive en uppenbart oriktig bedömning som tribunalen ägnade sig åt när den slog fast för det första att en utredning inte hade inletts innan det första inspektionsbeslutet antogs (Tute 1-beslutet av den 9 februari 2017), för det andra att förhørsreferaten kunde användas som indicier utan att kraven i artikel 19 i förordning nr 1/2003 och i artikel 3 i förordning nr 773/2004 var uppfyllda och, för det tredje, att ett iakttagande av den formalism som föreskrevs i dessa bestämmelser allvarligt skulle försvåra upptäckt av konkurrensbegränsande förfaranden, i saken sammanfaller med klagandenas argument i den tredje grunden för överklagandet. Jag hänvisar därför till vad som anförs inom ramen för prövningen av den grunden.

166. Återstår följaktligen att bedöma den fjärde delen av den fjärde grunden för överklagandet.

#### *Den fjärde delen av den fjärde grunden för överklagandet*

167. Genom den fjärde delen av den fjärde grunden för överklagandet har klagandena anfört att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 219 i den överklagade domen slog fast att kommissionen hade tillräckligt allvarliga indicier då de omtvistade besluten antogs, och att det inte fanns anledning att fastställa exakt vilka datum förhørsreferaten upprättades och slutfördes.

168. Klagandena har gjort gällande att det framgår av rättspraxis att indicier som ligger till grund för ett inspektionsbeslut ska finnas i kommissionens handlingar i ärendet före det datum då beslutet antas, bland annat för att de olika aktörer som deltar i utarbetandet av beslutet ska kunna kontrollera att sådana indicier är tillräckligt allvarliga och att området för inspektionen är korrekt avgränsat. Tribunalen gjorde därmed en oriktig bedömning när den i punkt 208 i den överklagade domen fann att "[d]et relevanta datum som ska beaktas för att fastställa huruvida indicierna innehades vid den tidpunkt då [de omtvistade besluten] antogs är ... datumet för de förhör med leverantörerna som är föremål för redogörelserna."

169. Klagandena har också anfört att tribunalen i punkt 215 i den överklagade domen överförde bördan på klagandena för att bevisa att kommissionen hade skrivit samtliga referat efter dagen för antagandet av det första omtvistade beslutet (Tute 1-beslutet av den 9 februari 2017).

170. Kommissionen har gjort gällande att det relevanta datumet för att bedöma huruvida kommissionen hade indicier i form av muntliga uttalanden var det datum då dessa uttalanden gjordes och inte det datum då kommissionen formaliserade uttalandena i skriftlig form. Kommissionen har i detta avseende hänvisat till dom av den 9 juni 2016, Repsol Lubricantes och Especialidades m.fl./kommissionen,<sup>89</sup> som meddelades i ett sammanhang som rörde förfaranden för förmånlig behandling och anges i punkt 209 i den överklagade domen. Av denna dom framgår att kommissionens innehav av en materiell uppgift är att likställa med kännedom om dess innehåll. I det aktuella fallet ägde alla förhör med leverantörerna rum innan det första omtvistade

<sup>89</sup> C-617/13 P, EU:C:2016:416, punkterna 66–74.



beslutet antogs (Tute 1-beslutet av den 9 februari 2017). I och med att tribunalen medgav att kommissionen när den antog de omtvistade besluten redan hade indicier som härrörde från på varandra följande möten eller telefonkonferenser med de tretton leverantörerna, innebär den överklagade domen inte att tribunalen medgav att kommissionen kunde reglera detta i efterhand.

171. Jag framhåller inledningsvis att det klart och tydligt framgår av punkterna 207 och 210 i den överklagade domen att de domskäl som klagandena har bestritt genom den fjärde delen av den fjärde grunden för överklagandet grundar sig på antagandet att kommissionen i det nu aktuella fallet inte var skyldig att föra protokoll enligt artikel 3 i förordning nr 773/2004 och att den därmed inte behövde visa vilket datum förhørsreferaten hade upprättats och att bedömningen av huruvida indicierna från dessa förhör förelåg tidigare ska göras i förhållande till det datum då uttalandena gjordes, det vill säga det datum då förhören genomfördes. Tribunalen ansåg nämligen att i avsaknad av protokollföringsskyldighet, kunde de indicier som låg till grund för ett inspektionsbeslut och som härrörde från kommissionens förhör med tredje part vara enbart muntliga och att förhören med leverantörerna i det nu aktuella fallet innebar att kommissionen fick kännedom om den information som lämnades vid dessa förhör och hade informationen i fråga den dag då förhören genomfördes.

172. Av detta följer att om domstolen som jag föreslår beslutar att gilla överklagandet på den tredje grunden – oavsett vilka följder ett sådant beslut får för ett eventuellt upphävande eller fastställande av den överklagade domen, vilket diskuteras nedan – förlorar även de punkter i domskälen i den överklagade domen som avses med den nu aktuella delgrunden med nödvändighet sin giltighet. Övervägandena nedan anføres därför för det fall att domstolen inte går på mitt förslag.

173. Inledningsvis tycks det möjligt att uttrycka vissa förbehåll i frågan om delgrunden är verkningslös, i och med att den endast riktar sig mot ett av de två skälen till att tribunalen underkände anmärkningen om att de indicier som låg till grund för de omtvistade besluten inte förelåg innan besluten antogs, eftersom kommissionen inte hade styrkt datumet för upprättandet av förhørsreferaten.

174. Tribunalen underkände nämligen detta argument huvudsakligen efter att, som anges ovan i punkt 171, ha funnit att det var det datum då förhören genomfördes som var relevant att ta i beaktande för att avgöra huruvida kommissionen hade indicierna från förhören med leverantörerna innan den antog de omtvistade besluten. För fullständighetens skull ansåg tribunalen vidare, i punkt 215 i den överklagade domen, att det, även för det fall att det var datumet då referaten från nämnda förhör upprättades som skulle beaktas och trots att kommissionen inte lagt fram några bevis för detta datum, rimligen kunde anses, med stöd av de uppgifter som kommissionen hade lagt fram och med hänsyn till att kommissionen hade uppgett att den skrivit dessa referat för att fullgöra vad den ansåg vara en protokollföringsskyldighet enligt artikel 3 i förordning nr 773/2004, att referaten hade skrivits allteftersom samtalen ägde rum, det vill säga från och med att samtalen inleddes, av vilka merparten ägde rum i slutet av 2016.<sup>90</sup>

175. Klagandena har förvisso fört fram en anmärkning även mot punkt 215 i den överklagade domen, men denna anmärkning rör endast en påstått omvänd bevisbörda som inte framgår av tribunalens resonemang, vilken i stället betraktade de uppgifter som anförts av kommissionen som otillräckliga för att visa att merparten av förhørsreferaten hade upprättats innan det första

<sup>90</sup> Denna slutsats framgår visserligen tydligare av punkt 216 i den överklagade domen, vilken emellertid grundar sig på ett bevismedel som lades fram för sent av kommissionen och förklarades otillåtligt av tribunalen. Jag menar att detta ändå framgår tillräckligt klart redan av punkt 215 i domen.

omtvistade beslutet antogs (Tute 1-beslutet av den 9 februari 2017). Klagandena har däremot inte ifrågasatt tribunalens beviskrav eller gjort gällande någon förvanskning av bevisningen från tribunalens sida, vilket skulle ha varit den enda anmärkningen genom vilken de skulle ha kunnat göra gällande en oriktig bedömning av bevisningen.

176. För det fall att domstolen beslutar att granska delgrunden i sak, anser jag att den är välgrundad.

177. Jag erinrar om att de inspektioner som kommissionen genomför syftar till att samla in de handlingar som är nödvändiga för att fastställa huruvida en viss faktisk och rättslig situation, som kommissionen redan har upplysningar om, verkligen föreligger och i sådant fall i vilken omfattning.<sup>91</sup> Av detta följer att kommissionen före antagandet av inspektionsbeslutet måste ha uppgifter och allvarliga konkreta indicier som föranleder misstanke om den överträdelse som det företag som avses med inspektionen misstänks för.<sup>92</sup> Att sådana uppgifter och indicier innehas ska också framgå utförligt av inspektionsbeslutet.<sup>93</sup>

178. Det framgår av det ovan anförda att det ankommer på kommissionen, för att visa att de indicier som ligger till grund för ett inspektionsbeslut förelåg innan beslutet fattades, att bevisa både att den vid den tidpunkten materiellt hade i sin ägo källan till den information som den grundat sig på för att motivera inspektionen och att den konkret har kunnat bedöma dels huruvida och i vilken utsträckning denna information gjorde det möjligt att föra fram antaganden om förekomst av en överträdelse och fastställa dess väsentliga beståndsdelar för att avgränsa inspektionsområdet och de uppgifter som eftersöks vid kontrollerna, dels huruvida dessa indicier var allvarliga.

179. Att indicier som ligger till grund för ett inspektionsbeslut föreligger innan beslutet fattas betyder inte endast att informationen ska ”innehas” av kommissionen. Därför kan presumptionen enligt den rättspraxis om beslut om förmånlig behandling som anges i punkt 209 i den överklagade domen, enligt vilken den enda omständigheten att kommissionen innehar informationen kan likställas med att kommissionen har kännedom om den, som jag ser det inte tillämpas på inspektionsbeslut, och således kan denna rättspraxis i motsats till vad tribunalen fann inte överföras på detta område.

180. För att det ska vara möjligt att kontrollera att det ingrepp som en inspektion utgör i det berörda företagets privata verksamhetsfär inte är godtyckligt måste kommissionen dessutom visa att inspektionsbeslutet grundar sig på tillräckligt allvarliga indicier som kommissionen konkret har kunnat bedöma och att det kontrollområde som avgränsas genom detta beslut är begränsat till den överträdelse som kommissionen kan misstänka med stöd av dessa indicier.

181. Jag menar att när det gäller information som härrör från muntliga uttalanden av tredje part som inte varit föremål för protokollföring enligt artikel 3 i förordning nr 773/2004, kan sådan bevisning endast ske om det har tagits fram en transkribering eller ett detaljerat referat av innehållet i dessa uttalanden. Jag är därför benägen att anse att det datum som är relevant när det gäller att avgöra huruvida indicier som ligger till grund för ett inspektionsbeslut förelåg innan

<sup>91</sup> Se dom av den 26 juni 1980, National Panasonic/kommissionen (136/79, EU:C:1980:169, punkterna 13 och 21).

<sup>92</sup> Se Roquette Frères-domen, punkt 99, tribunalens Deutsche Bahn-dom, punkt 172, och dom av den 27 november 2014, Alstom Grid/kommissionen (T-521/09, EU:T:2014:1000, punkt 53).

<sup>93</sup> Se, bland annat, dom av den 20 juni 2018, České dráhy/kommissionen (T-621/16, ej publicerad, EU:T:2018:367, punkt 85 och där angivna rättspraxis).

beslutet fattades, vad beträffar indicier som härrör från sådana uttalanden, är det datum då en transkribering eller ett referat av samtalen mellan kommissionen och den berörda eller de berörda personerna upprättades, vid vilka dessa uttalanden inhämtades.

182. Det krav som tribunalen framhöll i punkt 210 i den överklagade domen, att inspektionsbeslut ska antas skyndsamt efter det att information om potentiella överträdelser har lämnats för att riskerna för läckor och undanhållande av bevis ska minimeras, får enligt min mening inte leda till att det fastställs som en allmän regel, tillämplig i alla fall, att det enda som är relevant för att fastställa att indicier som ligger till grund för ett inspektionsbeslut förelåg tidigare, är det datum då kommissionen erhöll de muntliga uttalanden som är upphovet till dessa indicier. Även om jag naturligtvis har förståelse för ett sådant krav, tror jag nämligen inte att det kan rättfärdiga att det inte finns några som helst skriftliga spår av förhör som kommissionen genomfört med tredje part, i avsaknad av formell protokollföring från dessa förhör, inte minst i ett sådant fall som det nu aktuella, där förhören i fråga genomfördes under flera veckor eller till och med månader, vilket alltså gav kommissionen tid att upprätta referat allteftersom den inhämtade leverantörernas uttalanden.

183. Jag anser visserligen att åtminstone ett referat av de förhör som kommissionen grundat sig på för att motivera ett inspektionsbeslut i möjligaste mån måste ha förts till handlingarna innan inspektionsbeslutet antas.<sup>94</sup> Däremot anser jag ändå att krav på skyndsamhet kan motivera att kommissionen frångår denna regel i ett konkret fall.

184. Med beaktande av allt vad som anförs ovan, anser jag, för det fall att domstolen beslutar att pröva överklagandet såvitt avser den fjärde delgrunden i den fjärde grunden för överklagandet, att överklagandet ska gillas såvitt avser denna delgrund.

### ***E. Den femte grunden för överklagandet***

185. Genom den femte grunden, som avser bristfällig motivering till följd av att indiciernas bevisvärde inte kontrollerades och en felaktig klassificering som indicium, har klagandena bestritt punkterna 220–232, 253 och 254 i den överklagade domen.

186. De har anfört att tribunalen, trots deras yrkade och trots att det krävs enligt artiklarna 6 och 8 i Europakonventionen, inte konkret kontrollerade i vilken utsträckning de många fel som de gjort gällande hos de uppgifter som kommissionen lagt fram påverkade uppgifternas trovärdighet och därmed deras bevisvärde.

187. Jag konstaterar att tribunalen i punkterna 224–232 i den överklagade domen gjorde en sådan kontroll genom att steg för steg bedöma trovärdigheten av och bevisvärdet hos leverantörernas uttalanden vilka återgavs i förhørsreferaten (punkt 225), ett e-postmeddelande av den 22 november 2016 från generaldirektören för en leverantörsorganisation i vilket beskrevs rörelser och kontakter mellan kedjorna bland annat inom de stora distributörsorganisationerna (nedan kallat e-postmeddelandet från organisationen N:s generaldirektör, punkt 226) och i de förhørsreferat som kommissionen hade upprättat (punkt 229). I samma punkter i den

<sup>94</sup> Det är visserligen riktigt att Roquette Frères-domen inte berörde frågan om när kommissionen kan anses förfoga över indicier som den inhämtat och lagt till grund för ett inspektionsbeslut. Det framgår emellertid av punkt 61 i den domen att huvudregeln är att sådana indicier ska finnas i handlingarna i målet innan beslutet antas.

överklagade domen granskade och underkände tribunalen också alla argument som klagandena anfört i syfte att ifrågasätta trovärdigheten och bevisvärdet hos de olika uppgifterna och deras kvalificering som indicier.

188. Under dessa förutsättningar kan klagandena enligt min mening inte vinna framgång med den första anmärkningen i den femte grunden för överklagandet.

189. Klagandena har vidare klandrat tribunalen för att den, i punkterna 253 och 254 i den överklagade domen, kvalificerade som ”allvarliga konkreta indicier” de ”vaga och spekulativa” uttalandena av vilka den endast drog slutsatsen att det rörde sig om ett parallellt förhållande och att ”ingen av leverantörerna har angett att den anser det vara osannolikt” att det förelåg ett informationsutbyte. Avsaknaden av uttalanden som förnekar sannolikheten för en konkurrensbegränsande samverkan kan inte utgöra ett allvarligt konkret indicium för en sådan samverkan.

190. Jag anser, i likhet med kommissionen, att klagandena genom dessa argument – som dessutom endast utgör bestridanden av enstaka formuleringar i den överklagade domen, tagna ur sitt sammanhang – egentligen har avsett att bestrida tribunalens bedömning av den bevisning som lagts fram vid tribunalen, utan att vare sig styrka eller ens göra gällande någon förvanskning av denna bevisning.

191. Jag anser därför att överklagandet inte kan tas upp till prövning såvitt avser den andra anmärkningen i den femte grunden. Klagandena har i sitt svaromål anfört att de med denna anmärkning har avsett att bestrida den rättsliga kvalificeringen av de faktiska omständigheter som tribunalen fastställt, inte bedömningen av dem.

192. I detta avseende framhåller jag endast att tribunalens resonemang i punkterna 253 och 254 i den överklagade domen fördes för fullständighetens skull, såsom framgår av användningen av uttrycket ”[d]essutom” i början av punkt 252 i denna dom.

193. I punkterna 248–251 i den överklagade domen slog tribunalen nämligen fast, efter en bedömning av den information som härrörde från förhören med leverantörerna och som återgavs i de referat som kommissionen hade upprättat, att denna information utgjorde tillräckligt allvarliga indicier för att det förekom parallella beteenden mellan två internationella distributörsallianser, ICDC och AgeCore (i vilken Intermarché var medlem) vilka karakteriserades av samtidigt och sinsemellan överensstämmande anspråk på rabatter riktade mot leverantörerna.

194. I punkt 252 i den överklagade domen framhöll tribunalen att kommissionen ”inte endast [hade] ingett indicier avseende detta parallella marknadsbeteende, som utgör den första beståndsdel i ett samordnat förfarande och som, för övrigt, på vissa villkor kan möjliggöra en presumtion om att samordning föreligger, vilket är den andra beståndsdel i ett samordnat förfarande”, utan även hade lagt fram ”indicier för att en sådan samordning förelåg, vilka bestod i informationsutbyten och vilka tagna tillsammans också kan anses som tillräckligt starka”. Punkterna 253 och 254 i den överklagade domen, som klagandena har kritiserat, avser just – för fullständighetens skull – bedömningen att sådana indicier är tillräckligt allvarliga.

195. I punkterna 256–258 i domen framhöll tribunalen även att leverantörernas uttalanden om utbyten mellan återförsäljarna om rabatter styrktes av ”information som nämnde de kanaler genom vilka dessa utbyten kan ha ägt rum”, vilken härrörde från uttalanden av flera leverantörer och från e-postmeddelandet från organisationen N:s generaldirektör.

196. Av detta följer, förutsatt att klagandenas avsikt med den andra anmärkningen i den femte grunden är att klandra tribunalen för en felaktig rättslig kvalificering, att denna anmärkning ska förklaras verkningslös.

197. Med stöd av allt vad som anförs ovan anser jag att den femte grunden för överklagandet delvis är ogrundad, delvis otillåtlig eller verkningslös.

### ***F. Följderna av tribunalens fel***

198. Det framgår av bedömningen av den tredje grunden för överklagandet att tribunalen gjorde sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den slog fast att indicierna från förhören med leverantörerna inte skulle underkännas, eftersom de inte var behäftade med ett formfel på grund av att protokollföringsskyldigheten enligt artikel 19 i förordning nr 1/2003 och artikel 3 i förordning nr 773/2004 inte var uppfylld.

199. Vad beträffar följderna av ett sådant fel följer det av domstolens fasta praxis att om en dom från tribunalen innehåller domskäl som strider mot unionsrätten, men domslutet framstår som riktigt enligt andra rättsliga grunder, innebär inte detta åsidosättande att avgörandet ska upphävas men att domskälen ska ersättas.<sup>95</sup>

200. I och med att tribunalen såsom framgår av punkt 206 i den överklagade domen underkände klagandenas resonemang om att skyldigheten att föra protokoll över förhören med leverantörerna inte var uppfylld, fann tribunalen att det saknades skäl att uttala sig om kommissionens påstående att referaten från dessa förhör utgjorde protokoll som var förenliga med artikel 19 i förordning nr 1/2003 och artikel 3 i förordning nr 773/2004.

201. Detta påstående ska därför granskas. Om det visar sig vara välgrundat kan den angripna delen av domslutet i tribunalens dom fastställas på andra grunder än dem som är behäftade med fel.<sup>96</sup>

202. Kommissionen anförde vid tribunalen att den hade uppfyllt sin protokollföringsskyldighet med avseende på uttalandena av de tretton förhörda leverantörerna genom att upprätta långa och utförliga referat som troget återgav innehållet i dessa uttalanden och lägga dessa till handlingarna i målet. Kommissionen menar att ett utförligt referat som lagts till handlingarna i ärendet utgör en av de *former* av protokollföring som kommissionen enligt artikel 3.3 i förordning nr 773/2004 kan välja, precis som en ljud- eller videoinspelning eller en ordagrann transkribering. Kommissionen gjorde även gällande, för det fall att den inte uppfyllde sin protokollföringsskyldighet, att uttalandena av de tretton förhörda leverantörerna i vart fall utgjorde indicier.

<sup>95</sup> Se Intel-domen, punkt 94.

<sup>96</sup> Jag anser att domstolen under de rådande omständigheterna i det nu aktuella målet, vid behov kan gå vidare genom att ersätta domskälen, även om det innebär att domstolen måste granska ett argument som tribunalen inte har uttalat sig om.

203. Det är visserligen inte uteslutet att ett utförligt referat som kommissionen upprättat efter ett förhör enligt artikel 19 i förordning nr 1/2003 och lagt till handlingarna i ärendet kan uppfylla formkraven i artikel 3 i förordning nr 773/2004. Jag anser emellertid att så i vart fall inte kan vara fallet om den person som har gjort uttalandena inte erhållit en kopia av detta referat och därmed inte har kunnat bekräfta innehållet eller vid behov rätta sina uttalanden. Alla andra tolkningar skulle strida mot själva lydelsen i artikel 3.3 i förordning nr 773/2004, där det anges att "[e]n kopia av varje protokoll skall hållas tillgänglig för den person som har hörts för godkännande" och att kommissionen "[o]m det är nödvändigt ska ... fastställa en tidsfrist inom vilken den person som har hörts får meddela kommissionen eventuella rättelser som bör göras".

204. Som jag ser det kan någon sådan tolkning inte heller härledas indirekt av punkt 92 i Intel-domen, i vilken domstolen undersökte huruvida den omständigheten att det misstänkta företaget fick ta del av en intern minnesanteckning med en kortfattad sammanfattning av innehållet i det omtvistade mötet kunde anses ha avhjälpt avsaknaden av formell protokollföring över samtalen. I den punkten berörde domstolen nämligen inte frågan huruvida dessa minnesanteckningar kunde utgöra ett formellt protokoll enligt artikel 3.3 i förordning nr 773/2004, utan endast huruvida misseanteckningarna kunde avhjälpa åsidosättandet av vad som föreskrivs i denna artikel, jämförd med artikel 19 i förordning nr 1/2003. Vidare framhöll domstolen endast att de aktuella minnesanteckningarna inte innehöll någon uppgift om innehållet i de diskussioner som fördes vid detta möte och arten av de upplysningar som lämnades av den förhörda personen och därför, oavsett alla andra faktorer, inte kunde ge det aktuella företaget de uppgifter som det behövde för att utöva sin rätt till försvar. Det framgår vidare av punkterna 95 och 96 i Intel-domen att kommissionen inte hade grundat sig på de aktuella minnesanteckningarna för att bevisa överträdelsen och att den enda frågan var huruvida de uttalanden som gjordes vid det omtvistade mötet innehöll några uppgifter som var till företagets fördel.

205. Slutligen anser jag, i linje med vad som anförs ovan i punkt 143, att ett åsidosättande av bestämmelserna om protokollföring leder till att information som kommissionen erhållit vid förhör vid vilka protokoll inte har förts inte kan användas för att anta ett inspektionsbeslut.

### ***G. Förslag till avgörande om överklagandet***

206. På grundval av det ovan anförda föreslår jag att domstolen ska bifalla överklagandet och upphäva punkt 2 i domslutet i den överklagade domen.

### **V. Prövning av talan**

207. Av de skäl som anförs ovan i synnerhet i punkterna 144–163 och i punkterna 202–205 anser jag att den anmärkning som klagandena anförde vid tribunalen, att kommissionen inte hade fullgjort protokollföringsskyldigheten enligt artikel 19 i förordning nr 1/2003 och artikel 3 i förordning nr 773/2004, är välgrundad och att de indicier som härrörde från förhören med leverantörerna därför ska underkännas på grund av formfel.

208. Det framgår av handlingarna i ärendet att information från dessa förhör utgjorde de huvudsakliga indicierna till stöd för de omtvistade besluten, vilka endast kompletterades av e-postmeddelandet från organisationen N:s generaldirektör – vars bevisvärde dessutom är begränsat på grund av att det endast innehöll återgivna uttalanden som inte motsvarade en personlig och direkt kännedom om de berörda affärsförbindelserna – och bilagorna till detta.

209. Under dessa omständigheter menar jag att kommissionen då den antog de ifrågasatta besluten inte hade tillräckligt allvarliga indicier för att motivera de antaganden som angavs i artikel 1 a i de ifrågasatta besluten och att dessa beslut ska ogiltigförklaras i sin helhet.

## VI. Förslag till avgörande

210. Mot bakgrund av vad som anförs ovan föreslår jag att domstolen ska

- upphäva punkt 2 i domslutet i den överklagade domen,
- ogiltigförklara kommissionens beslut C(2017) 1057 final av den 9 februari 2017 om förpliktelse för Intermarché och alla bolag som direkt eller indirekt kontrolleras av förstnämnda bolag att underkasta sig en inspektion enligt artikel 20.1 och 20.4 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna [101] och [102 FEUF] (ärende AT.40466 – Tute 1), och kommissionens beslut C(2017) 1361 final av den 21 februari 2017 om förpliktelse för Mousquetaires och alla bolag som direkt eller indirekt kontrolleras av det bolaget att underkasta sig en inspektion enligt artikel 20.1 och 20.4 i förordning nr 1/2003 (ärende AT.40466 – Tute 1),
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive de kostnader som är hänförliga till förfarandet vid tribunalen, och
- fastställa att Europeiska unionens råd ska bära sina egna kostnader.