TRIBUNALENS DOM (åttonde avdelningen)

den 16 juni 2011 *

I mål T-199/08,

Ziegler SA, Bryssel (Belgien), företrätt av advokaterna J.-L. Lodomez och J. Lodomez,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, inledningsvis företrädd av A. Bouquet och O. Beynet, därefter av A. Bouquet och N. von Lingen, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan i första hand om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2008) 926 slutlig av den 11 mars 2008, om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/38.543 – Internationella flyttjänster), och, i andra hand, om ogiltigförklaring eller nedsättning av de böter sökanden ålagts,

meddelar

* Rättegångsspråk: franska.

TRIBUNALEN (åttonde avdelningen)

sammansatt av tillförordnade ordföranden S. Papasavvas, samt domarna N. Wahl och A. Dittrich (referent),

justitiesekreterare: handläggaren T. Weiler,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 27 april 2010,

följande

Dom

Bakgrund

A — *Föremålet för talan*

1 Enligt kommissionens beslut K(2008) 926 slutlig av den 11 mars 2008 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/38.543 – Internationella flyttjänster) (nedan kallat det angripna beslutet), som offentliggjordes i sammandrag i *Europeiska unionens officiella tidning* den 11 augusti 2009 (EUT C 188, s.16), har sökanden, Ziegler SA, deltagit i en kartell på den belgiska marknaden för

internationella flyttjänster, genom vilken priser fastställts direkt och indirekt, marknaden delats upp och förfarandet för anbudsinfordran manipulerats. Enligt Europeiska gemenskapernas kommission var kartellen verksam under nästan 19 år (oktober 1984–september 2003). Kartelldeltagarna hade fastställt priser, lämnat falska kostnadsförslag (nedan kallade skenanbud) och genom ett system med ekonomiska kompensationer (nedan kallade provisioner) lämnat varandra ersättning för de anbud som inte antagits.

B — *Sökanden*

2 Sökanden bildades under firman Transports internationaux, Ziegler et Cie år 1908. Sedan år 1981 använder bolaget firman Ziegler och drivs sedan år 1983 i form av ett aktiebolag. Fram till och med december 2003 utgjorde flyttverksamheten en avdelning inom Ziegler. Den 11 december 2003 överfördes Zieglers avdelning ”flyttverksamhet” till bolaget Euro Time, som ingår i Zieglerkoncernen och vars firma ändrades till Ziegler Relocation SA.

3 Ziegler beskriver sig själv som ett familjeföretag som tillhör fysiska personer som alla är ättlingar till företagets grundare, och två holdingbolag, som också de är knutna till Zieglerfamiljen.

4 Under det räkenskapsår som avslutades den 31 december 2006 var bolaget Zieglers egen omsättning 124 miljoner euro och koncernen, inklusive dotterbolag, hade en konsoliderad omsättning på 244 420 326 euro. På sin webbplats presenterar sig Ziegler som ett holdingbolag som styr ett stort europeiskt logistiknätverk (vilket betecknas som en ”koncern”) som har en omsättning på nästan 1,5 miljarder euro och mer än 4 000 anställda.

C — *Det administrativa förfarandet*

5 Enligt det angripna beslutet inledde kommissionen förfarandet på eget initiativ på grund av att den hade tillgång till uppgifter som tydde på att vissa belgiska bolag som var verksamma på marknaden för internationella flyttjänster deltog i avtal som skulle kunna omfattas av förbudet i artikel 81 EG.

6 Med stöd av artikel 14.3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av artiklarna [81 EG] och [82 EG] (EGT 1962, 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), genomförde kommissionen i september 2003 undersökningar hos Allied Arthur Pierre NV, Interdean NV, Transworld International NV och Ziegler SA. Efter dessa undersökningar inkom Allied Arthur Pierre med en ansökan om immunitet eller en nedsättning av böterna i enlighet med kommissionens meddelande om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 45, 2002, s. 3) (nedan kallat 2002 års meddelande om samarbete). Allied Arthur Pierre medgav att bolaget deltagit i avtal om provisioner och skenanbud, angav vilka konkurrenter som var inblandade – bland annat en konkurrent som dittills varit okänd för kommissionens tjänstemän – och överlämnade handlingar som stödde bolagets muntliga uppgifter.

7 Med stöd av artikel 18 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1), skickade kommissionen ett flertal skriftliga förfrågningar till de företag som var inblandade i de konkurrensbegränsande avtalen, till deras konkurrenter samt till en branschorganisation. Den 18 oktober 2006 antogs meddelandet om invändningar och skickades till ett flertal bolag. Samtliga mottagare yttrade sig över detta meddelande. Bolagens ombud – med undantag för ombuden för Amertranseuro, International Holdings Ltd, Stichting Administratiekantoor Portielje, Team Relocations Ltd och Trans Euro Ltd – åberopade bolagens rätt att få tillgång till kommissionens handlingar i ärendet, något som endast kunde ske i kommissionens lokaler. Bolagen medgavs sådan tillgång mellan den 6 och den 29 november 2006. Det muntliga hörandet ägde rum den 22 mars 2007.

8 Den 6 juli 2007 inkom Allied Arthur Pierre med ytterligare bevis angående Allied Arthur Pierre, Interdean och Ziegler avseende avtalen om skenanbud och provisioner för tiden från och med år 1988. En ”beskrivning av sakförhållandena” sändes till alla berörda parter den 23 augusti 2007, där det framgick att kommissionen avsåg att använda detta bevismaterial mot Allied Arthur Pierre, Interdean och Ziegler. Kommissionen bifogade till beskrivningen av sakförhållandena en kopia av bevismaterialet, vilken skickades till alla berörda parter. Dessa parter gavs möjlighet att yttra sig.

9 Kommissionen antog det angripna beslutet den 11 mars 2008.

D — *Det angripna beslutet*

10 Kommissionen angav att de vilka beslutet var riktat till, däribland sökanden, deltagit i en kartell på den belgiska marknaden för internationella flyttjänster, eller hölls ansvariga för detta. Deltagarna i kartellen hade fastställt priser, fördelat kunder mellan sig och inbördes manipulerat inlämnandet av anbud åtminstone under perioden 1984–2003. De hade därmed begått en enda, fortlöpande överträdelse av artikel 81 EG.

11 Enligt kommissionen omfattade de aktuella tjänsterna både flytt av bohag tillhörande fysiska personer – privatpersoner eller anställda vid ett företag eller en offentlig institution – såväl som bohag och materiel tillhörande företag eller offentliga institutioner. Kännetecknande för dessa flyttjänster var att Belgien var antingen avgångs- eller bestämmelselandet för flytten. Mot bakgrund av att de aktuella internationella flyttbolagen alla var belägna i Belgien och att kartellens verksamhet ägt rum i Belgien, ansåg kommissionen att kartellens geografiska centrum låg i Belgien.

12 Kommissionen uppskattade kartelldeltagarnas sammanlagda omsättning vad gäller den belgiska marknaden för internationella flyttjänster till 41 miljoner euro för år 2002. Eftersom kommissionen uppskattade marknadens storlek till cirka 83 miljoner euro, fastställdes att de inblandade företagens sammanlagda marknadsandel var cirka 50 procent.

13 Kommissionen angav att kartellen bland annat syftade till att fastställa och vidmakthålla höga priser och på olika sätt dela upp marknaden, antingen samtidigt eller successivt: genom avtal om priser, avtal om uppdelning av marknaden genom ett system med falska kostnadsförslag (skenanbud) och avtal om ett system med ekonomiska kompensationer för anbud som inte antas eller då en kartelldeltagare avstår från att inkomma med anbud (provisioner).

14 Enligt kommissionens bedömning fungerade kartellen mellan år 1984 och början av 1990-talet utifrån skriftliga avtal om fastställande av priser. Under denna tid infördes även provisionerna och skenanbuden. En provision är en dold del av det slutliga pris kunden måste betala utan att erhålla någon motsvarande motprestation. Den motsvarade ett belopp som det flyttbolag som erhållit kontraktet avseende ett internationellt flyttuppdrag skulle betala de konkurrenter som inte erhållit detta kontrakt, oavsett om dessa också inkommit med ett anbud eller avstått från att göra det. Det rör sig således om en sorts ekonomisk kompensation till de flyttbolag som inte erhållit kontraktet. Kartelldeltagarna fakturerade varandra sinsemellan för provisioner för anbud som inte antagits, eller då deltagarna avstått från att inge ett anbud. Detta gjordes genom att fiktiva tjänster angavs i fakturorna, och beloppen för dessa provisioner fakturerades i sin tur kunderna. Kommissionen hävdade att detta förfarande måste anses innebära ett indirekt fastställande av priserna för internationella flyttjänster i Belgien.

15 Deltagarna i kartellen samarbetade även för att lämna skenanbud vilka fick kunderna, det vill säga arbetsgivarna som betalade flytten, att felaktigt tro att de kunde välja

utifrån konkurrensbaserade kriterier. Ett skenanbud är ett fiktivt kostnadsförslag som lämnades till kunden eller den person som flyttade av ett flyttbolag som inte hade för avsikt att utföra flyttuppdraget. Genom inlämnandet av skenanbuden hade det flyttbolag som ville ha kontraktet (nedan kallat det sökande bolaget) sett till att institutionen eller företaget erhöll flera kostnadsförslag, antingen direkt eller indirekt via den person som avsåg att flytta. I detta syfte angav det sökande bolaget till sina konkurrenter vilket pris, vilka försäkringskostnader och vilka lagringskostnader som de senare skulle ta för denna tjänst. Detta pris, som var högre än det pris som föreslogs av det sökande bolaget, angavs därefter i skenanbuden. Eftersom en arbetsgivare normalt väljer det flyttbolag som erbjuder det lägsta priset visste, enligt kommissionen, de bolag som var inblandade i samma internationella flyttuppdrag i princip i förväg vilket av dem som skulle erhålla kontraktet för detta flyttuppdrag.

16 Kommissionen hävdade vidare att det sökande bolaget kunde begära ett högre pris än det annars skulle ha kunnat göra, eftersom de andra bolagen som var inblandade i samma flyttuppdrag inkommit med skenanbud i vilka det pris angavs som det sökande bolaget bestämt. Som exempel hänvisar kommissionen i skäl 233 i det angripna beslutet till ett internt e-postmeddelande från Allied Arthur Pierre av den 11 juli 1997 i vilket anges att ”kunden har begärt två [skenanbud], vi kan således begära ett högt pris”. Kommissionen gjorde följaktligen gällande att lämnandet av skenanbud till kunderna var en manipulation av upphandlingsförfarandet då de priser som angavs i alla anbud avsiktligen satts högre än det sökande bolagets pris, och under alla förhållanden högre än de skulle ha varit i en konkurrensutsatt miljö.

17 Kommissionen hävdade att dessa arrangemang var i kraft fram till och med år 2003. Enligt kommissionen hade dessa komplexa förfaranden ett och samma syfte: att fastställa priser och dela upp marknaden, och därmed snedvrida konkurrensen.

18 I artikel 1 i artikeldelen i det angripna beslutet fann kommissionen sammanfattningsvis följande:

”Följande företag har brutit mot artikel 81.1 [EG] genom att sinsemellan direkt och indirekt avtala om fastslagna priser för internationella flyttjänster i Belgien, genom att dela upp marknaden emellan sig och använda sig av falska anbudsförfaranden under följande tidsperioder:

…

j) [Ziegler] från den 4 oktober 1984 till den 8 september 2003.”

19 Kommissionen påförde, i artikel 2 l i det angripna beslutet, sökanden böter på 9,2 miljoner euro.

20 Vid beräkningen av böterna tillämpade kommissionen i det angripna beslutet den metod som framgår av dess riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 (EUT C 210, 2006, s. 2) (nedan kallade 2006 års riktlinjer).

21 Den 24 juli 2009 antog kommissionen beslutet K(2009) 5810 slutlig om ändring i det angripna beslutet vad gällde försäljningsvärdet för två andra av mottagarna av nämnda beslut.

Förfarandet och parternas yrkanden

22 Sökanden väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 3 juni 2008.

23 Genom beslut T-199/08 R av den 15 januari 2009 (ej publicerat i rättsfallssamlingen) avslog förstainstansrättens ordförande sökandens ansökan om uppskov med verkställigheten av artikel 2 l i det angripna beslutet. Genom beslut av den 30 april 2010 i mål C-113/09 P(R), Ziegler mot kommissionen (ej offentliggjort i rättsfallssamlingen), ogillade domstolens ordförande sökandens överklagande av detta beslut.

24 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (åttonde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och ställa vissa frågor till kommissionen samt begära att den inkom med vissa handlingar, vilket kommissionen gjorde inom den angivna fristen. Genom beslut av den 9 mars 2010 förpliktade tribunalen vidare kommissionen att inkomma med den konfidentiella versionen av det angripna beslutet. Denna handling har inte översänts till sökanden. Efter att ha gått igenom de konfidentiella delarna av denna handling bedömde tribunalen att denna handling inte innehöll uppgifter som var nödvändiga för att avgöra målet och beslutade att inte lägga den till akten. Handlingen återlämnades till kommissionen.

25 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens frågor vid förhandlingen den 27 april 2010.

26 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

— i första hand, ogiltigförklara det angripna beslutet,

— i andra hand, undanröja de böter som sökanden ålagts,

— i tredje hand, avsevärt sätta ned böternas belopp, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

27 Sökanden har vidare uppmanat tribunalen att innan den dömer i saken förelägga kommissionen att inkomma med samtliga handlingar i ärendet till tribunalens kansli.

28 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

29 Sökanden har anfört fem grunder till stöd för sitt yrkande om ogiltigförklaring av det angripna beslutet och fyra alternativa grunder till stöd för yrkandena om undanröjande eller nedsättning av böterna.

A — *Grunder till stöd för ogiltigförklaring av det angripna beslutet*

1. *Den första grunden: Kommissionens rättstillämpning i samband med prövningen av rekvisiten i artikel 81.1 EG var felaktig och kommissionens bedömningar härvid var uppenbart oriktiga*

a) Parternas argument

30 Sökanden har för det första gjort gällande att kommissionens definition av marknaden är för snäv. Sökanden har medgett att ”internationella flyttjänster från och till Belgien” inte är utbytbara mot ”internationella flyttuppdrag” vad gäller efterfrågesidan, men hävdar att de är utbytbara vad gäller utbudssidan. Kommissionen kan således inte begränsa marknaden till endast de bolag som tillhandahåller ”internationella flyttjänster från och till Belgien”, utan borde ha beaktat alla bolag som tillhandahåller ”internationella flyttjänster”, oavsett var de är belägna. Enligt sökanden visar den betydande närvaron av utländska bolag på den belgiska marknaden att den geografiska marknaden inte kan begränsas till endast Belgien.

31 För det andra har sökanden hävdat att kommissionen överskattat omsättningen för de bolag som är verksamma på marknaden och, därmed, även överskattat marknadens storlek. Enligt sökanden skulle ett korrekt tillvägagångssätt vid fastställandet av omsättningen för de bolag som är verksamma på marknaden för internationella flyttuppdrag kräva att en skillnad görs mellan den omsättning ett bolag har som underleverantör i ett internationellt flyttuppdrag och den omsättning som uppstår i egenskap av bolag som har kontrollen över ett internationellt flyttuppdrag. Enligt sökanden ska endast den omsättning avseende internationella flyttuppdrag för vilka bolaget agerat som ”kontrollerande bolag” beaktas, vid bestämningen av de berörda bolagens omsättning, den totala marknadsvolymen, och nämnda företags marknadsandelar. Sökanden har påpekat att kommissionen vid beräkningen av böternas belopp har beaktat detta argument och undantagit denna del av omsättningen. Av dessa skäl anser sökanden att bolagets omsättning för år 2002 var 2 897 000 euro i stället för 4 114 500 euro.

32 För det tredje har sökanden gjort gällande att kommissionen följaktligen inte har visat att handeln mellan medlemsstaterna har påverkats märkbart, eftersom tröskelvärdet på 40 miljoner euro som anges i ”tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse” inte har överskridits. Sökanden har anfört att flera bolag angett att deras uppskattningar var ungefärliga och att det är viktigt att, för att undvika att samma siffra medtas två gånger i beräkningen, subtrahera värdet av underleverantörsuppdragen. I sin replik har sökanden tillagt att tröskelvärdet på 5 procent av summan av de berörda företagens marknadsandelar inte heller är uppnått. Under alla förhållanden räcker det inte med de antaganden som finns i detta tillkännagivande för att visa att handeln har påverkats märkbart.

33 Kommissionen har angett att kartellen syftade till att begränsa konkurrensen. Följaktligen krävs det inte att kommissionen definierar den relevanta marknaden – vilket den inte heller gjort – och sökandens argument i detta hänseende är utan verkan. Ett annat skäl till att argumentet angående definitionen av marknaden är utan verkan är att även om det krävts att kommissionen definierade marknaden, och marknaden

hade varit större, skulle detta inte ha medfört att det angripna beslutet ogiltigförklarades, då sökanden inte har bestritt det faktum att kartellen funnits.

34 I andra hand har kommissionen anfört att sökandens argument saknar grund. Det faktum att utländska aktörer kan konkurrera med belgiska bolag avseende flyttuppdrag från eller till Belgien, och att det finns en betydande närvaro av utländska bolag på denna marknad, står inte i strid med kommissionens konstaterande att kartellens geografiska centrum var Belgien.

35 Vad gäller marknadens storlek har kommissionen anfört att, för det fall sökandens argument hänvisade till tillkännagivandet från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 [EG] *(de minimis)* (EGT C 368, 2001, s. 13), dessa argument är utan verkan eftersom särskilt allvarliga begränsningar, bland annat fastställande av priser och uppdelning av marknader, alltid är förbjudna, oavsett vilken marknadsandel de berörda företagen har.

36 För det fall sökanden syftade på riktlinjerna vad gäller begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EUT C 101, 2004, s. 81) (nedan kallade 2004 års riktlinjer), är sökandens argument också utan grund, alternativt utan verkan. Kommissionen har påpekat att den negativa presumtionen i punkt 52 i 2004 års riktlinjer bygger på två kumulativa villkor. Dessa villkor är att omsättningen inte överskrider 40 miljoner euro och att marknadsandelen inte överskrider 5 procent. Kommissionen har emellertid inte funnit att något av dessa villkor var uppfyllt. Vidare anges i den positiva presumtionen i punkt 53 i 2004 års riktlinjer, vad gäller ett avtal som till sin art kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, att det räcker att ett av de två alternativa villkoren är uppfyllt.

37 I sin duplik har kommissionen tillagt att dess slutsats att handeln mellan medlemsstaterna påverkats även byggde på flyttuppdragens gränsöverskridande karaktär. Kommissionen har också bestritt att det argument som framförts i repliken – att tröskelvärdet på 5 procent inte har uppnåtts – kan sakprövas.

38 Kommissionen har vidare angett att underleverantörsuppdragen medtagits i uppskattningarna av marknadens ekonomiska värde. Kommissionen har understrukit att den använt två metoder för att bedöma den aktuella marknadens storlek och att båda dessa metoder ledde till ett värde på 83 miljoner euro, och således en samlad marknadsandel på 50 procent. Vid beräkningen av det försäljningsvärde som ligger till grund för beräkningen av böterna, har kommissionen däremot godtagit att för alla kartelldeltagare undanta underleverantörsuppdragen.

b) Tribunalens bedömning

39 Den första grunden består av tre delar, vilka ska prövas tillsammans eftersom de har ett nära samband. Den första delgrunden gäller definitionen av den relevanta marknaden, och den andra delgrunden gäller denna marknads storlek samt vilka marknadsandelar de berörda företagen har haft. Utgående från detta har sökanden som tredje delgrund bestritt kommissionens slutsats att handeln mellan medlemsstaterna påverkats märkbart.

40 Tribunalen ska inledningsvis pröva kommissionens argument att invändningarna avseende en felaktig definition av den relevanta marknaden, samt en felaktig uppskattning av denna marknads storlek och av de berörda företagens marknadsandelar, är utan verkan.

Inledande synpunkter

41 Kommissionen har gjort gällande att det enligt rättspraxis inte krävs att den relevanta marknaden definieras när konkurrensbegränsningarna är uppenbara. Mot bakgrund av att kartellen i förevarande fall just hade uppenbara konkurrensbegränsningar till syfte, har kommissionen dragit slutsatsen att det inte var nödvändigt att definiera den relevanta marknaden och att sökandens argument således är utan verkan.

42 Tribunalen godtar inte kommissionens argumentation.

43 Förvisso behöver kommissionen vid tillämpningen av artikel 81.1 EG inte visa de faktiska konkurrensbegränsande effekterna av avtal eller förfaranden, vars syfte är att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen (domstolens dom av den 13 juli 1966 i de förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig mot kommissionen, REG 1966, s. 429, s. 496, svensk specialutgåva, volym 1, s. 277, och förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-143/89, Ferriere Nord mot kommission, REG 1995, s. II-917, punkt 30, vilken fastställdes av domstolen genom dom av den 17 juli 1997 i mål C-219/95 P, Ferriere Nord mot kommissionen, REG 1997, s. I-4411, punkterna 12–15).

44 Faktum kvarstår dock att enligt fast rättspraxis är artikel 81.1 EG inte tillämplig, om det konkurrensbegränsande samarbetets påverkan på handeln inom gemenskapen eller konkurrensen inte är ”märkbar”. Ett avtal omfattas nämligen inte av förbudet i artikel 81.1 EG, om det endast begränsar konkurrensen obetydligt eller om dess påverkan på handeln mellan medlemsstaterna är obetydlig (domstolens dom av den 30 juni 1966 i mål 56/65, LTM, REG 1966, s. 337, s. 360, svensk specialutgåva, volym 1, s. 251, av den 9 juli 1969 i mål 5/69, Völk, REG 1969, s. 295, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 1, s. 409, och av den 28 april 1998 i mål C-306/96, Javico, REG 1998, s. I-1983, punkterna 12 och 17, förstainstansrättens dom av den 19 mars 2003 i mål T-213/00, CMA CGM m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-913, punkt 207).

45 Följaktligen är kommissionen skyldig att göra en avgränsning av marknaden i ett beslut som fattats med stöd av artikel 81 EG, när det utan en sådan avgränsning är omöjligt att avgöra huruvida avtalet eller det samordnade förfarandet i fråga kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och huruvida det har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen (förstainstansrättens dom av den 6 juli 2000 i mål T-62/98, Volkswagen mot kommissionen, REG 2000, s. II-2707, punkt 230).

46 Det är emellertid kommissionens prövning av rekvisiten i artikel 81 EG som sökanden har ifrågasatt i denna grund. Definitionen av marknaden och dess storlek samt de innehavda marknadsandelarna är endast inledande frågor (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 21 februari 1995 i mål T-29/92, SPO m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-289, punkt 75).

47 När det gäller frågan huruvida begränsningen av konkurrensen är märkbar framgår det emellertid inte klart av ansökan att sökanden önskar framföra någon invändning angående detta. Bortsett från en hänvisning till domen i det ovan i punkt 44 nämnda målet Völk, inom ramen för den första alternativa grunden, förefaller sökanden nämligen inte göra skillnad mellan huruvida begränsningen av konkurrensen är märkbar och huruvida handeln mellan medlemsstaterna påverkats märkbart. En invändning om ett åsidosättande av *de minimis*-regeln, för det fall en sådan invändning har gjorts, kan således inte sakprövas eftersom det följer av artikel 44.1 c i tribunalens rättegångsregler att ett bestridande ska vara utförligt.

48 Vad gäller märkbar påverkan på handeln mellan medlemsstaterna förefaller sökanden ibland blanda samman tillkännagivandet om avtal av mindre betydelse och 2004 års riktlinjer. Det är emellertid klart att sökanden i sin första grund – trots att sökanden talar om ett ”*De minimis*-meddelande” – i själva verket syftar på 2004 års riktlinjer. Sökanden har uttryckligen bestritt att kommissionen har visat att handeln mellan medlemsstaterna påverkats märkbart (punkt 32 ovan). Av detta skäl kan

kommissionens påstående att sökanden har framfört ett nytt argument i repliken inte godtas. Hänvisningen till tröskelvärdet på 5 procent i repliken var nämligen bara en utvidgning av en redan existerande grund och inte en ny grund.

49 I det angripna beslutet har kommissionen för att fastställa huruvida handeln mellan medlemsstaterna påverkats märkbart utgått från 2004 års riktlinjer i vilka minimivärden anges för de berörda företagens sammanlagda marknadsandel och sammanlagda omsättning. Enligt punkt 55 i dessa riktlinjer kräver tillämpningen av det tröskelvärde på 5 procent för marknadsandelar, som anges i punkterna 52 och 53 i riktlinjerna, att den relevanta marknaden redan har definierats.

50 I den mån de hänvisar till prövningen av huruvida handeln mellan medlemsstaterna påverkats märkbart, och särskilt till tröskelvärdet 5 procent, är invändningarna avseende en felaktig definition av den relevanta marknaden, en felaktig uppskattning av den relevanta marknadens storlek samt av de berörda företagens marknadsandelar, inte utan verkan. Det faktum att sökanden inte har bestritt att det funnits en kartell föranleder ej annan slutsats, eftersom frågan huruvida handeln påverkats märkbart av denna kartell inte omfattas av sökandens medgivande. Om en sådan påverkan – vilken utgör ett rekvisit i artikel 81.1 EG – inte föreligger, skulle vidare, i motsats till vad kommissionen har hävdat, det angripna beslutet kunna ogiltigförklaras på grund av att kommissionen saknade befogenhet.

Märkbar påverkan på handeln mellan medlemsstaterna

51 I skäl 373 i det angripna beslutet har kommissionen angett att avtalens märkbara påverkan kan presumeras med stöd av 2004 års riktlinjer, eftersom summan av de berörda flyttbolagens marknadsandelar översteg 5 procent av den belgiska marknaden för internationella flyttjänster och den del av dessa bolags omsättning som härrör från de aktuella tjänsterna översteg 40 miljoner euro. I förevarande fall hade de aktuella flyttbolagen en omsättning på 41 miljoner euro år 2002 och deras sammanlagda

marknadsandel var cirka 50 procent. Kommissionen har vidare i sin duplik gjort gällande att den i skäl 372 i det angripna beslutet även har utgått från flyttuppdragens gränsöverskridande karaktär för att visa att handeln påverkats. Tribunalen ska därför pröva huruvida kommissionen i det angripna beslutet har visat att handeln mellan medlemsstaterna påverkats märkbart.

— Gränsöverskridande karaktär

52 Vad för det första gäller flyttuppdragens gränsöverskridande karaktär konstaterar tribunalen att denna karaktär, som är obestridd, inte ska förväxlas med frågan huruvida påverkan på handeln mellan medlemsstater är ”märkbar”.

53 Om alla gränsöverskridande affärstransaktioner per automatik skulle anses kunna påverka handeln mellan medlemsstater märkbart, skulle begreppet ”märkbar påverkan” förlora all mening. ”Märkbar påverkan” är emellertid ett i rättspraxis fastställt rekvisit för att tillämpa artikel 81.1 EG. Kommissionen har vidare under förhandlingen medgett att även då det är fråga om huruvida en så kallad ”överträdelse genom syfte” föreligger, krävs det att överträdelsen ska kunna påverka handeln inom gemenskapen på ett märkbart sätt. Detta framgår för övrigt av 2004 års riktlinjer, eftersom den positiva presumtion som anges i punkt 53 i riktlinjerna endast gäller avtal eller förfaranden som genom själva sin art kan påverka handeln mellan medlemsstater.

54 Vid förhandlingen åberopade kommissionen emellertid domstolens dom av den 1 oktober 1987 i mål 311/85, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus (REG 1987, s. 3801; svensk specialutgåva, volym 9, s. 187), till stöd för sin ståndpunkt att flyttuppdragens gränsöverskridande karaktär i sig själv var tillräcklig för att ge kommissionen befogenhet. Tribunalen konstaterar dock att nämnda dom, och särskilt dess punkt 18, inte

behandlar problematiken med märkbar påverkan på handeln. Detta begrepp nämns faktiskt inte ens i den domen.

55 Under alla förhållanden innehåller det angripna beslutet inte någon motivering som enbart utgår från de aktuella flyttuppdragens gränsöverskridande karaktär. I synnerhet framgår det av såväl beslutets ordalydelse som sammanhanget att skäl 372, som inte omnämner domen i det ovan i punkt 54 nämnda målet Vereniging van Vlaamse Reisbureaus, inte syftar till att visa att handeln påverkats märkbart.

— Tröskelvärdet på 40 miljoner euro

56 Vad gäller tröskelvärdet på 40 miljoner euro har sökanden kritiserat kommissionen för att den överskattat kartelldeltagarnas sammanlagda omsättning.

57 På begäran av sökanden uppmanade tribunalen kommissionen att inkomma med vissa handlingar för att sökanden fullt ut skulle ges möjlighet att bestrida denna siffra. Kommissionen inkom därför med icke konfidentiella versioner av yttrandena över meddelandet om invändningar från andra av det angripna beslutets adressater samt de senares svar på kommissionens framställningar om upplysningar. Vid förhandlingen uppgav sig sökanden dock inte stödja sig på de handlingar som kommissionen inkommit med. Om kommissionens behandling av underleveranserna antas vara korrekt är försäljningsvärdet följaktligen fortfarande mer än 40 miljoner euro. Detta gäller även om hänsyn tas till beslut K(2009) 5810 (punkt 21 ovan), som medför en minskning av den sammanlagda omsättningen med mer än 600 000 euro.

58 Tribunalen finner emellertid att sökanden har fog för sina argument angående nödvändigheten av att en skillnad görs mellan den omsättning ett bolag har som underleverantör i ett internationellt flyttuppdrag och den omsättning som uppstår i egenskap av bolag som har kontrollen över ett internationellt flyttuppdrag. För att inte medräkna samma belopp två gånger vid uppskattningen av den aktuella försäljningen, ska från omsättningen avseende de aktuella tjänsterna dras den omsättning som är hänförlig till uppdrag som utförts i egenskap av underleverantör. I motsatt fall skulle för ett enda flyttuppdrag den senare siffran först medräknas i omsättningen för det bolag som kontrollerat uppdraget och en andra gång i omsättningen för det bolag som agerat som underleverantör. Vidare har underleverantörens omsättning inte uppstått på marknaden för flyttjänster som är riktade till slutkonsumenten.

59 Den förklaring som kommissionen gett i skäl 530 i det angripna beslutet som motivering till varför den undantog denna försäljning vid beräkningen av böterna är övertygande. Den kan dock inte förklara varför det var nödvändigt att medräkna samma värde två gånger vid beräkningen av marknadens storlek för att bestämma huruvida handeln påverkats märkbart. Denna uppskattning och uppskattningen av kartelldeltagarnas sammanlagda omsättning är följaktligen uppenbart felaktiga.

60 Denna slutsats stöds av kommissionens svar på tribunalens skriftliga och muntliga frågor.

61 Kommissionen har för det första försökt stödja sig på punkt 54 i 2004 års riktlinjer. Denna bestämmelse handlar dock endast om att försäljning mellan bolag i samma koncern inte ska tas med i beräkningen av omsättningen, och behandlar inte alls underleverantörer. Denna bestämmelse kan inte utgöra grund för det *e contrario*-resonemang kommissionen förefaller föra.

62 Kommissionen har för det andra i sitt skriftliga svar gjort gällande att dess tillvägagångssätt inte ”nödvändigtvis” leder till att samma flyttuppdrag räknas två gånger. Skälet till detta är dels att ett visst antal av de belgiska flyttfirmorna inte deltar i

kartellen, dels att underleveranserna i vissa fall gjordes för utländska flyttbolags räkning. Kommissionen har således indirekt medgett att detta tillvägagångssätt i övriga fall innebär att omsättning som härrör från underleveranser medräknas två gånger. Vidare medgav kommissionen vid förhandlingen att dubbelräkning skett när underleveransen gjordes mellan två kartelldeltagare. Dessutom medgav kommissionen att om dess metod hade korrigerats vad gällde detta skulle tröskelvärdet på 40 miljoner euro inte ha uppnåtts.

63 Av ovanstående framgår att kommissionen inte visat att tröskeln på 40 miljoner euro har uppnåtts i förevarande fall.

— Tröskelvärdet på 5 procent

64 Vad gäller tröskelvärdet på 5 procent har sökanden gjort gällande att kommissionen borde ha definierat marknaden och att den borde ha medräknat alla ”internationella flyttjänster”.

65 Vad gäller den andra invändningen kan påståendet att kommissionen utgått från en alltför snäv marknad inte godtas. Såsom kommissionen har påpekat syftade kartellen till att begränsa konkurrensen på marknaden för internationella flyttjänster till eller från Belgien. Kännetecknande för dessa flyttjänster var att Belgien antingen var avgångs- eller bestämmelselandet för flytten och att den konkurrensbegränsande samverkan skedde i Belgien. Vidare har kommissionen vid sin uppskattning av marknadens storlek beaktat omsättningen för utländska företag som var verksamma på denna marknad. Följaktligen gjorde kommissionen en riktig bedömning när den fann att de berörda tjänsterna var internationella flyttjänster i Belgien.

66 Vad gäller invändningen att marknaden inte har definierats konstaterar tribunalen att det logiskt sett krävs att marknaden först har definierats för att en marknadsandel ska kunna beräknas. Som tribunalen redan har påpekat i punkt 49 ovan anges i punkt 55 i 2004 års riktlinjer uttryckligen att ”[f]ör att beräkna tröskelvärdet för marknadsandelar är det nödvändigt att definiera den relevanta marknaden. Denna består av den relevanta produktmarknaden och den relevanta geografiska marknaden.” Denna skyldighet framgår ännu tydligare av andra språkversioner av denna punkt (till exempel ”it is necessary” på engelska, och ”muss” på tyska).

67 Vad vidare gäller frågan huruvida de av kommissionen antagna riktlinjerna är bindande konstaterar tribunalen följande. Kommissionen har, genom att anta sådana förhållningsregler och genom att i samband med deras offentliggörande tillkännage att den hädanefter ska tillämpa dem på de fall som omfattas av dem, själv begränsat utrymmet för sin skönsmässiga bedömning. Kommissionen riskerar således att anses ha åsidosatt allmänna rättsprinciper såsom likabehandlingsprincipen eller principen om skydd för berättigade förväntningar om den frångår dessa regler (domstolens dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkt 211).

68 Det är emellertid utrett att kommissionen inte har iakttagit den skyldighet som anges i punkt 55 i 2004 års riktlinjer. I sina inlagor och vid förhandlingen har kommissionen inte bara understrukit att den inte är skyldig att definiera den berörda marknaden utan också att den inte gjort någon sådan definition. Således kan kommissionens påstående att tröskelvärdet på 5 procent hade uppnåtts i princip inte godtas.

69 Tribunalen finner emellertid att kommissionen i förevarande fall har visat att det andra alternativa villkoret i den presumtion som anges i punkt 53 i 2004 års riktlinjer är uppfyllt.

70 Kommissionen har nämligen i skälen 88–94 i det angripna beslutet gett en tillräckligt utförlig beskrivning av den relevanta branschen, inbegripet utbud, efterfrågan och geografisk utbredning. Kommissionen har därmed på ett precist sätt avgränsat de berörda tjänsterna liksom marknaden. Tribunalen anser att en sådan beskrivning av branschen kan vara tillräcklig om den är så utförlig att tribunalen kan kontrollera kommissionens grundläggande påståenden och att det utgående från denna grund är uppenbart att den sammanlagda marknadsandelen klart överstiger tröskelvärdet på 5 procent.

71 Kommissionen gjorde även en riktig bedömning när den fann att de berörda tjänsterna var internationella flyttjänster i Belgien (punkt 65 ovan). Kommissionen har vidare på denna grund uppskattat marknadens storlek till 83 miljoner euro och kartelldeltagarnas samlade marknadsandel till cirka 50 procent. Dessa siffror måste justeras för att beakta de rättelser som följer av beslutet K(2009) 5810 (punkt 21 ovan) och för att undanta försäljning som härrör från underleveranser (punkt 59 ovan). Enligt kommissionen leder detta till en samlad omsättning på mer än 20 miljoner euro och en samlad marknadsandel på nästan 30 procent. Denna marknadsandel överstiger emellertid fortfarande tröskelvärdet på 5 procent med god marginal. Dessutom har sökanden, som svar på frågor från tribunalen, vid förhandlingen själv konstaterat att för att tröskelvärdet på 5 procent inte skulle ha överskridits måste marknadens storlek vara minst 435 miljoner euro. Den enda möjligheten att komma fram till en sådan marknadsstorlek vore att utgå från en betydligt mer vidsträckt marknad än den belgiska marknaden för internationella flyttjänster, vilken kommissionen emellertid med rätta funnit vara den relevanta marknaden.

72 Mot denna bakgrund finner tribunalen att kommissionen, i detta särskilda fall, kunde stödja sig på det andra alternativa villkoret i punkt 53 i 2004 års riktlinjer utan att uttryckligen definiera marknaden i den mening som avses i punkt 55 i dessa riktlinjer.

73 Slutligen räcker det, som kommissionen har påpekat, vad gäller den positiva presumtionen i punkt 53 i 2004 års riktlinjer, att endast det ena av dessa två alternativa villkor är uppfyllt för att visa att påverkan på handeln är märkbar.

74 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser sökandens första grund.

2. *Den andra grunden: Kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning och felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av artikel 81.1 EG*

75 Denna grund består av tre delar. De två första delgrunderna gäller nedsättning av böterna med hänvisning till förmildrande omständigheter. I den tredje grunden hävdar sökanden att böterna ska nedsättas på grund av bolagets ekonomiska och finansiella problem.

a) Parternas argument

76 Sökanden har för det första gjort gällande att kommissionen kände till systemet med skenanbud, och att kommissionen i åratal tolererat detta system. Kommissionens anställda kände till förfarandet och detta var så utbrett bland kommissionens anställda att det är otänkbart att kommissionen aldrig har känt till det. Mer än 30 procent av de överträdelser som uppdagats avseende skenanbud gällde kommissionens anställda. Vad gäller argumentet att kommissionen i egenskap av institution inte har känt till detta system har sökanden hävdat att detta är en ”ren fiktion”. Dessutom var detta förfarande känt av generaldirektörer, enhetschefer och kommissionsledamöter. Trots detta har kommissionen tolererat detta system genom att låta sina anställda dra nytta av det.

77 Sökanden anser att eftersom kommissionen under åratal inte gjort någonting för att sätta stopp för förfarandet med skenanbud har kommissionens beteende varit sådant att det skapat en viss förvirring vad gällde frågan huruvida förfarandet utgjorde en överträdelse eller inte. Denna omständighet i förening med hur sent kommissionen ingripit motiverar en nedsättning av böterna.

78 Sökanden har för det andra hävdat att systemet med skenanbud inte var resultatet av en kartell eller ett samordnat förfarande utan av efterfrågan på marknaden, eftersom skenanbuden efterfrågades av kunderna själva. Det hade följaktligen varit mycket svårt för de berörda företagen att vägra att tillhandahålla skenanbud utan att riskera att misshaga kunderna och förlora dem.

79 Sökanden har vidare åberopat de ekonomiska och finansiella svårigheter bolaget sedan flera år befinner sig i. Kommissionen har inte på ett korrekt sätt beaktat de omständigheter som sökanden hänvisat till, trots att kommissionen enligt punkt 35 i 2006 års riktlinjer kan beakta ett företags betalningskapacitet i en viss ekonomisk kontext och i ett samhällssammanhang. Sökanden har anfört att den omständigheten att böterna endast motsvarar 3,76 procent av bolagets globala omsättning år 2006 inte i sig räcker för att avgöra bolagets betalningsförmåga. I själva verket är bolaget nästan konkursmässigt.

80 Kommissionen har tillbakavisat dessa argument och påpekat att detta snarare är en grund som handlar om böternas belopp.

b) Tribunalens bedömning

81 Den andra grunden, som i ansökan återfanns under rubriken ”grunder för ogiltigförklaring av det angripna beslutet”, påstås handla om ”en uppenbart oriktig bedömning och felaktig rättstillämpning i samband med tillämpningen av artikel 81.1 EG”.

Emellertid syftar denna grund endast till en nedsättning av böterna på grund av förmildrande omständigheter och ekonomiska och finansiella svårigheter, och inte till en ogiltigförklaring av det angripna beslutet. Trots att sökanden vid förhandlingen motsatte sig att grunden omklassificerades, konstaterar tribunalen att sökanden i ansökan endast har hävdat att de åberopade omständigheterna motiverar en ”nedsättning av böterna”. Följaktligen ska dessa argument behandlas i samband med att tribunalen prövar grunderna avseende böternas belopp (punkt 150 och följande punkter nedan).

3. *Den tredje grunden: Åsidosättande av motiveringsskyldigheten*

82 I den tredje grunden åberopar sökanden en bristande motivering vad gäller beräkningen av böternas grundbelopp (första delgrunden) och vad gäller varför kommissionen inte godtog sökandens argument om ekonomiska och finansiella svårigheter (andra delgrunden).

a) Parternas argument

83 Sökanden har anfört att kommissionen, vad gäller överträdelsens allvar, nöjt sig med att fastställa den andel av försäljningsvärdet som ska beaktas till 17 procent, utan någon ytterligare förklaring. På samma sätt har kommissionen vad gäller tilläggsbeloppet i avskräckande syfte fastställt ett värde i den nedersta delen av intervallet, närmare bestämt 17 procent, utan någon ytterligare förklaring. Således har kommissionen avseende böternas belopp endast gett en rent formell motivering och sökanden har inte kunnat få reda på vilken metod som kommissionen tillämpat för att nå dessa resultat. Kommissionen betecknade de överträdelser som behandlats som ”hörande

till de mest allvarliga". Enligt punkt 23 i 2006 års riktlinjer borde den andel av försäljningsvärdet som ska beaktas bestämmas "i den övre delen av skalan". Kommissionen har emellertid fastställt denna andel till ett värde som knappt överstiger mitten på denna skala, utan att förklara detta val eller hänvisa till omständigheter eller faktorer som föranlett kommissionen att göra detta val.

84 Vad gäller de ekonomiska och finansiella svårigheterna har sökanden angett att kommissionen avfärdade detta argument genom att enbart påstå att de böter som beräknats för Ziegler endast motsvarade 3,76 procent av företagets globala omsättning för år 2006. Även om kommissionen inte är skyldig att ta ställning till alla argument som sökanden har anfört, kan den, enligt sökanden, inte bortse från sökandens samlade resonemang. Genom att göra detta har kommissionen även åsidosatt sökandens rätt att yttra sig.

85 Kommissionen har tillbakavisat dessa argument och har anfört att eventuella brister i motiveringen av fastställandet av böterna, bland annat vad gällde överträdelsens allvar eller sökandens betalningsförmåga, inte innebär att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras.

b) Tribunalens bedömning

86 Tribunalen konstaterar inledningsvis att även de invändningar som framförts inom ramen för denna grund endast gäller de påförda böterna och inte konstaterandet av en överträdelse. Som kommissionen med rätta påpekat får ett åsidosättande av motiveringsskyldigheten avseende fastställandet av böterna inte till följd att det angripna beslutet ogiltigförklaras i sin helhet. Ett sådant åsidosättande av väsentliga formföreskrifter skulle i själva verket endast påverka artikel 2 i det angripna beslutet, i vilket böterna påförs.

87 Enligt fast rättspraxis ska den motivering som krävs enligt artikel 253 EG – vilken utgör en väsentlig formföreskrift i den mening som avses i artikel 230 EG – vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet och det ska klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och så att den behöriga domstolen ges möjlighet att utföra sin prövning. Det krävs inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte ska ske endast utifrån rättsaktens ordalydelse, utan även utifrån sammanhanget och samtliga rättsregler på det ifrågavarande området (domstolens dom av den 6 juli 1993 i de förenade målen C-121/91 och C-122/91, CT Control (Rotterdam) och JCT Benelux mot kommissionen, REG 1993, s. I-3873, punkt 31, och av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 63, och förstainstansrättens dom av den 5 april 2001 i mål T-82/00, Bic m.fl. mot rådet, REG 2001, s. II-1241, punkt 24).

88 Vad gäller denna grunds första del, kan det konstateras att motiveringen avseende fastställandet av grundbeloppet, inbegripet tilläggsbeloppet i avskräckande syfte, förvisso inte är särskilt utförlig. Emellertid har domstolen funnit att kommissionen har uppfyllt sin motiveringsskyldighet om den i sitt beslut angett de omständigheter som gjort det möjligt för den att fastställa överträdelsens allvar och varaktighet, och den är inte skyldig att ange någon mer utförlig redogörelse eller fler sifferuppgifter avseende beräkningen av böterna (se förstainstansrättens dom av den 29 april 2004 i de förenade målen T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 och T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-1181, punkt 252 och där angiven rättspraxis).

89 I förevarande fall har kommissionen i skäl 542 i det angripna beslutet angett skälen till varför den bedömt överträdelsen som mycket allvarlig, närmare bestämt själva arten av de konstaterade uppenbara konkurrensbegränsningarna. Kommissionen har vidare i samma skäl angett varför den inte undersökt överträdelsens verkan och geografiska utbredning, och hänvisat till den rättspraxis enligt vilken, om konkurrensbegränsningarna är uppenbara, en överträdelse kan kvalificeras som mycket allvarlig utan att det krävs att ett sådant beteende kännetecknas av en särskild geografisk utbredning eller en särskild verkan (förstainstansrättens dom av den 18 juli 2005 i mål T-241/01, Scandinavian Airlines System mot kommissionen, REG 2005, s. II-2917, punkterna 84

och 85, och av den 27 juli 2005 i de förenade målen T-49/02–T-51/02, Brasserie nationale m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. II-3033, punkterna 178 och 179). Mot bakgrund av denna rättspraxis har kommissionen följaktligen i tillräcklig grad motiverat sin kvalificering av överträdelsen som mycket allvarlig.

90 Det förefaller emellertid önskvärt att kommissionen ger mer utförliga motiveringar avseende beräkningen av böter så att företagen mer i detalj kunde få reda på hur de böter som ålagts dem har beräknats. På ett mera allmänt sätt kunde detta bidra till en ökad insyn i det administrativa förfarandet och underlätta tribunalens utövande av sin obegränsade behörighet. Det ska inom ramen för denna vara möjligt för tribunalen att pröva – förutom det ifrågasatta beslutets lagenlighet – huruvida de ålagda böterna är lämpliga (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-248/98 P, KNP BT mot kommissionen, REG 2000, s. I-9641, punkt 46).

91 För det andra kan det konstateras att den rättspraxis som kommissionen har hänvisat till avser riktlinjer för böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 [i EKSG-fördraget] (EGT C 9, 1998, s. 3) och går tillbaka till tiden före antagandet av riktlinjer. 2006 års riktlinjer innebar emellertid en grundläggande förändring av metoden för att beräkna böterna. I synnerhet avskaffades indelningen av överträdelserna i tre klasser (”mindre allvarliga”, ”allvarliga” och ”mycket allvarliga”), och ett system med en skala som går från 0 till 30 procent infördes, för att möjliggöra en betydligt noggrannare differentiering. Vidare är grundbeloppet för böterna hädanefter ”knutet till en andel av försäljningsvärdet och grundas på överträdelsens allvar multiplicerat med antalet år som företaget deltagit i överträdelsen” (punkt 19 i 2006 års riktlinjer). Regelmässigt ”uppgår den andel av försäljningsvärdet som beaktas till högst 30 %” (punkt 21). Vad gäller horisontella avtal om fastställande av priser, uppdelning av marknaden och produktionsbegränsningar, ”som … hör till de mest allvarliga konkurrensbegränsningarna”, ska den andel av försäljningsvärdet som ska beaktas vid sådana överträdelser i regel bestämmas ”i den övre delen av skalan” (punkt 23).

92 Under dessa förhållanden kan kommissionen, i princip, inte längre nöja sig med att endast ange att en överträdelse varit ”mycket allvarlig” och låta bli att motivera sitt val av den andel av försäljningsvärdet som ska beaktas. Såsom angetts ovan innebär det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen förfogar över vad gäller böter en skyldighet att motivera sina beslut på ett sätt som gör det möjligt för den berörde att få reda på skälen till kommissionens beslut och för tribunalen att utöva sin kontroll.

93 I förevarande fall kan det konstateras att kommissionen i skäl 543 i det angripna beslutet fastställt en procentsats på en nivå som knappt överstiger mitten på denna skala, närmare bestämt 17 procent, och endast motiverat sitt beslut med att överträdelsen var av ”mycket allvarlig” art. Kommissionen har emellertid inte på något mer utförligt sätt förklarat hur bedömningen av överträdelsen som ”mycket allvarlig” fått kommissionen att fastställa procentsatsen 17 procent och inte en andel som klart ligger ”i den övre delen av skalan”. Denna motivering kan endast vara tillräcklig när kommissionen tillämpar en procentsats som ligger mycket nära den nedre gränsen i det intervall som föreskrivs för de allvarligaste konkurrensbegränsningarna, vilken för övrigt är mycket fördelaktig för sökanden. I ett sådant fall är en ytterligare motivering, som går utöver den motivering som finns i själva riktlinjerna, inte nödvändig. Om kommissionen däremot hade velat tillämpa en högre procentsats hade den varit skyldig att ge en mer utförlig motivering.

94 Eftersom kommissionen vad gäller tilläggsbeloppet, i avskräckande syfte, i skäl 556 i det angripna beslutet, hänvisar till skäl 542 och eftersom intervallets nedre gräns är densamma, är slutsatserna ovan tillämpliga även vad gäller invändningarna avseende motiveringen av fastställandet av detta belopp. Talan kan således inte vinna bifall vad gäller den första delgrunden.

95 Vad gäller denna grunds andra del, som gäller ekonomiska och finansiella svårigheter, ska enligt fast rättspraxis åtskillnad göras mellan å ena sidan en grund som avser bristfällig eller otillräcklig motivering och å andra sidan en grund som avser att skälen i beslutet är felaktiga (på grund av en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna eller en felaktig rättslig bedömning). Den sistnämnda grunden rör prövningen

av det angripna beslutets materiella lagenlighet och inte prövningen av huruvida väsentliga formkrav har åsidosatts, och den kan inte medföra att artikel 253 EG kan anses ha åsidosatts (domen i det ovan i punkt 87 nämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkterna 67 och 72, och förstainstansrättens dom av den 7 november 1997 i mål T-84/96, Cipeke mot kommissionen, REG 1997, s. II-2081, punkt 47).

96 I förevarande fall har kommissionen i skäl 632 i det angripna beslutet besvarat sökandens argument och konstaterat att böterna endast motsvarade 3,76 procent av sökandens globala omsättning för år 2006. Detta måste anses uppfylla kravet på motivering. Om det antas att denna beräkning inte är tillräcklig för att fastställa sökandens betalningsförmåga är detta en omständighet som rör frågan om det angripna beslutets materiella lagenlighet och inte frågan huruvida beslutets motivering är bristande (se punkt 165 och följande punkter nedan). Talan kan således inte vinna bifall vad gäller den andra delgrunden.

97 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den tredje grunden.

4. *Den fjärde grunden: Åsidosättande av rätten till försvar*

98 De fjärde och femte grunderna gäller påstådda åsidosättanden av rätten till försvar. I den fjärde grunden, som handlar om åsidosättande av rätten till ett rättvist förfarande och den allmänna principen om god förvaltningssed, har sökanden ifrågasatt kommissionens opartiskhet.

a) Parternas argument

99 Sökanden har anfört att med hänsyn till att en stor andel av de aktuella skenanbuden hade efterfrågats av kommissionens anställda borde kommissionen ha avstått från att själv pröva ärendet och i stället ha överlämnat det till de belgiska konkurrensmyndigheterna. Kommissionen, som själv angett att den drabbats av de klandrade förfarandena, har i detta ärende varit såväl domare som part. Följaktligen finns det objektivt sett en risk för partiskhet.

100 Enligt sökanden framgår denna partiskhet bland annat av att samma fall användes flera gånger av kommissionen, vilket lett till att denna på ett konstlat sätt kunnat öka antalet konstaterade överträdelser. Vidare har risken för partiskhet kommit till uttryck i att situationen i det angripna beslutet sammanfattas som mycket allvarlig trots att de aktuella förfarandena i själva verket var av mycket marginell betydelse.

101 Slutligen har sökanden, i en handling med rubriken ”yttrande över förhandlingsrapporten” och vid förhandlingen, gjort gällande att, efter det att kommissionen antagit det angripna beslutet, berörda flyttbolag har fortsatt att få förfrågningar om skenanbud från kommissionens anställda, och till och med från en avgående kommissionsledamot.

102 Kommissionen har anfört att vad gäller påståendet om att det objektivt sett finns en risk för partiskhet är detta ett argument som saknar verkan som grund för ogiltigförklaring. Det är också ogrundat.

b) Tribunalens bedömning

103 Sökanden har gjort gällande att kommissionens beteende har medfört en allvarlig begränsning av sökandens utövande av sin rätt till försvar och att det angripna beslutet därför ska ogiltigförklaras. Detta påstående saknar dock grund.

104 Sökanden har nämligen inte ifrågasatt kommissionens befogenhet att i förevarande fall anta ett beslut om ett förfarande enligt artikel 81 [EG]. Vidare framgår det av rättspraxis att den brist på objektivitet som kommissionen påstås ha gjort sig skyldig till inte utgör något åsidosättande av rätten till försvar som kan föranleda ogiltigförklaring av det angripna beslutet, utan ska prövas i samband med kontrollen av bevisvärderingen eller motiveringen till beslutet (se förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen T-191/98 och T-212/98–T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-3275, punkt 464 och där angiven rättspraxis).

105 Följaktligen är denna grund utan verkan som grund för ogiltigförklaring.

106 För fullständighetens skull noterar tribunalen att denna grund även är ogrundad. De av sökanden åberopade omständigheterna visar nämligen inte att kommissionens eller dess anställdas påstådda partiskhet kommit till uttryck i det angripna beslutet (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-31/99, ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, REG 2002, s. II-1881, punkt 105). Påståendet att kommissionen på ett konstlat sätt skulle ha ”ökat antalet konstaterade överträdelser” saknar grund. För det fall det för samma flyttuppdrag, för vilka ett skenanbud upprättats eller en provision betalats, förekommer flera handlingar i tabellen i bilagan till det angripna beslutet, ”ökar” detta inte antalet överträdelser utan anger endast att flera handlingar avser samma flyttuppdrag. Vad gäller argumentet att de aktuella förfarandena inte var utbredda utan ”av mycket marginell betydelse”, räcker det med att konstatera att kartellen funnits under cirka 20 år och att den påverkade cirka 30 procent av marknaden (se punkt 71 ovan), samt att hänvisa till sökandens påståenden att förfarandet tillfredsställde en efterfrågan på marknaden och var så utbrett att det hade varit ”mycket svårt att vägra att tillhandahålla skenanbud utan att riskera att misshaga [sina] kunder och förlora dessa”. Vad slutligen gäller de argument sökanden framfört i sitt yttrande över förhandlingsrapporten och vid förhandlingen, konstaterar tribunalen att inte heller dessa stödjer sökandens påstående att kommissionen varit partisk vid sin utredning av ärendet. Sökanden har inte

visat hur det beteende som vissa anställda beskylls för, för det fall det skulle visas ha förekommit, skulle kunna ha åsidosatt rätten till ett rättvist förfarande.

107 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser den fjärde grunden.

5. *Den femte grunden: Åsidosättande av rätten till försvar*

108 Den femte grunden gäller ett åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet och av principen om god förvaltningssed.

a) Parternas argument

109 Sökanden har kritiserat kommissionen för att den vägrat sökanden tillgång till yttrandena över meddelandet om invändningar från övriga mottagare av detta meddelande samt de senares svar på kommissionens framställningar om upplysningar. Handlingarna i ärendet bestod i huvudsak av skriftliga inlagor, handlingar och yttranden från en av deltagarna i den påstådda kartellen. Kommissionen har definierat de tio aktuella bolagens respektive marknadsandelar enbart utifrån den totala omsättning som dessa bolag angett som svar på 2005 års begäran om upplysningar. Det vore följaktligen intressant att få reda på hur omsättningen fördelats mellan övriga bolag för att ifrågasätta de värden som kommissionen använt för marknadens storlek och de aktuella bolagens respektive marknadsandelar. Under alla förhållanden kan inte kommissionen själv besluta vilka handlingar och bevis som sökanden kan ha nytta av till sitt försvar.

110 Då sökanden inte erhållit tillgång till de andra parternas svar anser sökanden att kommissionen åtminstone borde ha vidtagit nödvändiga åtgärder för att underlätta en jämförelse av de siffror som uppgetts till kommissionen. Eftersom sökandens ansökan avslagits kunde denna inte på ett ändamålsenligt sätt kontrollera de siffror som kommissionen använt. Tillgång till dessa siffror hade gett sökanden möjlighet att på ett ändamålsenligt sätt bestrida kommissionens presumtion angående att handeln mellan medlemsstaterna påverkats märkbart.

111 Kommissionen har anfört att sifferuppgifterna avseende marknadens storlek inte utgör uppgifter till sökandebolagets fördel eller till dess nackdel. Det enda som haft inverkan på sökandebolaget är dess eget svar, eftersom, vad gäller fastställandet av böterna, endast försäljningsvärdet beaktades, och ingen hänsyn togs till avtal om underleveranser. De siffror som övriga kartelldeltagare angett saknar således betydelse för sökanden.

b) Tribunalens bedömning

112 Sökanden har i huvudsak gjort gällande att kommissionens avslag på sökandens ansökan om tillgång till yttrandena över meddelandet om invändningar från övriga mottagare av detta meddelande samt deras svar på kommissionens framställningar om upplysningar utgör ett åsidosättande av sökandens rätt till försvar, eftersom kommissionen inte vidtagit nödvändiga åtgärder för att underlätta en jämförelse av de siffror som uppgetts till kommissionen.

113 Det framgår av rättspraxis att iakttagandet av rätten till försvar, vilken är en grundläggande princip i gemenskapsrätten som alltid ska beaktas och i synnerhet i förfaranden som kan leda till sanktioner även om det är fråga om ett administrativt förfarande, innebär att det berörda företaget ska ges tillfälle att redogöra för sin ståndpunkt vad gäller riktigheten och relevansen i de omständigheter, invändningar och förhållanden som framförts av kommissionen (förstainstansrättens dom av den 26 april 2007 i de förenade målen T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02,

T-129/02, T-132/02 och T-136/02, Bolloré m.fl. mot kommissionen, REG 2007, s. II-947, punkt 66 och där angiven rättspraxis).

114 Vad särskilt gäller yttrandena över meddelandet om invändningar har tribunalen funnit att om kommissionen i ett förfarande enligt artikel 81.1 EG har för avsikt att grunda sig på ett visst avsnitt i ett yttrande över meddelandet om invändningar eller på en handling som bilagts ett sådant yttrande till bevis för att en överträdelse har ägt rum, ska övriga parter i förfarandet beredas tillfälle att yttra sig över denna bevisning (se förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-43/02, Jungbunzlauer mot kommissionen, REG 2006, s. II-3435, punkt 343 och där angiven rättspraxis).

115 Det bör påpekas att, bortsett från de bevis som finns i den ”beskrivning av sakförhållandena” som sändes till sökanden den 23 augusti 2007, bygger det angripna beslutet inte på något sakförhållande, någon invändning eller någon omständighet som inte fanns med i meddelandet om invändningar. Vad gäller ”beskrivningen av sakförhållandena” har sökanden inte bestritt kommissionens påståenden att denna handling inte innebar någon ny invändning utan begränsade sig till att beskriva ytterligare bevisning vilken sökanden kunde yttra sig över.

116 Vad gäller sökandens uppfattning att det är nödvändigt att känna till hur omsättningen och marknadsandelarna fördelats mellan de aktuella bolagen för att kunna ifrågasätta marknadens storlek och respektive bolags marknadsandel, konstaterar tribunalen att de sifferuppgifter som i skälen 89 och 373 i det angripna beslutet använts för att visa att handeln mellan medlemsstaterna påverkats märkbart fanns med redan i meddelandet om invändningar.

117 Följaktligen har kommissionen inte utgått från yttrandena över meddelandet om invändningar när den fastställt att överträdelsen föreligger, utan den har utgått från siffror som sökanden redan kände till.

118 Tribunalen konstaterar emellertid att det inte var möjligt för sökanden att endast på grundval av meddelandet om invändningar bestrida de siffror som kommissionen använt för att visa att handeln påverkats märkbart. Ett enskilt företag har nämligen inte möjlighet att kontrollera huruvida samtliga kartelldeltagares sammanlagda omsättning och marknadsandelar överskrider tröskelvärdena på 40 miljoner eller 5 procent. Varje företag kan inte med säkerhet bestrida något annat än sina egna siffror. För att kunna bestrida marknadens storlek och de andra bolagens marknadsandelar, och göra sina egna argument gällande, är kännedom om hur omsättningen fördelats mellan övriga bolag oumbärlig. Utan att ha kännedom om detta kan sökanden inte på ett ändamålsenligt sätt redogöra för sin ståndpunkt avseende riktigheten och relevansen av de sakförhållanden, invändningar och omständigheter som kommissionen anfört.

119 Som en åtgärd för processledning anmodade tribunalen kommissionen att inkomma med de relevanta avsnitten i de icke konfidentiella versionerna av yttrandena över meddelandet om invändningar från andra av det angripna beslutets adressater samt de senares svar på kommissionens framställningar om upplysningar, i de delar dessa svar avsåg de siffror som kommissionen använt i meddelandet om invändningar. Dessa handlingar har lagts till handlingarna i ärendet varför sökanden kunde få kännedom om dem. Såsom redan påpekats i punkt 57 ovan bekräftade sökanden vid förhandlingen att den inte stödde sig på de handlingar som kommissionen inkommit med.

120 Mot denna bakgrund finner tribunalen att sökandens rätt till försvar inte har åsidosatts.

121 Det framgår förvisso av rättspraxis att inte alla åsidosättanden som sker under det administrativa förfarandet kan avhjälpas endast genom att det berörda företaget senare, exempelvis i en eventuell rättegång rörande ogiltigförklaring av det ifrågasatta beslutet, får ta del av handlingarna i fråga (domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-123, punkt-104).

122 När det emellertid gäller huruvida den omständigheten att en handling inte lämnades ut kunde skada ett berört företags försvar under det administrativa förfarandet, ska det skiljas mellan tillgång till handlingar som kan rentvå företaget och tillgång till handlingar som bevisar att den påstådda överträdelsen har ägt rum (domen i de ovan i punkt 121 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 130).

123 Vad gäller den senare typen av handlingar har domstolen funnit att det är det berörda företaget som ska visa att den slutsats som kommissionen dragit i sitt beslut skulle ha blivit en annan om en handling som inte lämnats ut, och som kommissionen lagt till grund mot detta företag, inte hade fått användas som bevisning mot företaget (domen i de ovan i punkt 121 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 73). Denna slutsats gäller i än högre grad när det inte handlar om handlingar som kommissionen lagt till grund för att styrka den påstådda överträdelsen utan om handlingar som skulle kunna innebära att någon överträdelse av artikel 81.1 EG inte är för handen på grund av att handeln inte påverkats märkbart. Sökanden har emellertid inte ens försökt bevisa något sådant (se punkt 119 ovan).

124 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser denna grund.

125 Vad gäller sökandens begäran att tribunalen ska förelägga kommissionen att inkomma med samtliga handlingar i ärendet till tribunalens kansli, konstaterar tribunalen att denna begäran bifallits i den del den avser de relevanta avsnitten i yttrandena över meddelandet om invändningar från andra av det angripna beslutets adressater samt adressaternas svar på kommissionens framställningar om upplysningar. Vad gäller övriga handlingar har sökanden inte förklarat relevansen av de handlingar som efterfrågats och dess begäran ska följaktligen avslås.

B — *Grunder avseende undanröjande eller nedsättning av böterna*

126 Sökanden har anfört fyra grunder till stöd för sina alternativa yrkanden. Den första gäller undanröjande av böterna, och övriga grunder gäller tredjehandsyrkandet om en betydande nedsättning av bötesbeloppet.

1. *Märkbar påverkan på handeln och konkurrensen*

a) Parternas argument

127 Sökanden har erinrat om att det för att en konkurrensbegränsande samverkan ska omfattas av förbudet i artikel 81 EG krävs att påverkan på konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna måste vara märkbar.

128 Kommissionen har hänvisat till sina argument beträffande den första grunden.

b) Tribunalens bedömning

129 Tribunalen konstaterar att denna grund i själva verket avser två rekvisit i artikel 81.1 EG. Tribunalen hänvisar därför till vad den funnit i samband med prövningen av den första grunden (punkt 47 och följande punkter ovan) där sökandens invändningar prövats och tribunalen funnit att sökanden inte kunde vinna framgång med dem.

2. *Överträdelsens allvar*

a) Parternas argument

130 Sökanden har gjort gällande att bedömningen av en överträdelses allvar ska göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, bland annat de särskilda omständigheterna i målet och sammanhanget. Kommissionen har emellertid inte beaktat dessa principer och har bara tagit hänsyn till ett enda kriterium, nämligen överträdelsens art.

131 Vad gäller avtalen om direkt fastställande av priser har sökanden hävdat att de minimipriser som Allied Arthur Pierre önskade genomföra inte tillämpades av någon av deltagarna. Vidare medförde de klandrade förfarandena inte någon reell höjning av försäljningspriset. Följaktligen är bötesbeloppet oproportionerligt i förhållande till de klandrade förfarandenas verkliga omfång, verkliga inverkan på marknaden och på konkurrensen samt med hänsyn till antalet konstaterade överträdelser. Kommissionen har även åsidosatt principen om likabehandling genom att vid beräkningen av böterna endast vad avser sökanden medta omsättningen avseende aktiviteter som inte berördes av överträdelsen och genom att ge andra flyttbolag en mer gynnsam behandling, bland annat Allied Arthur Pierre och Interdean, vilka var betydligt mer inblandade i kartellen. Slutligen har kommissionen inte visat vilken konkret påverkan kartellen haft på marknaden, trots att denna är mätbar.

132 Kommissionen har gjort gällande att alla dessa argument är utan verkan, eftersom det handlar om överträdelser som i sig är allvarliga, såsom fastställande av priser och uppdelning av marknader.

133 Kommissionen har även påpekat att det i rättspraxis alltid har understrukits att kommissionen har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning när den fastställer böterna. I förevarande fall har kommissionen, med tillämpning av nämnda rättspraxis,

vid bestämningen av den andel av försäljningen som ligger till grund för böternas belopp (17 procent) endast beaktat överträdelsens ”mycket allvarliga” karaktär med hänsyn till arten av de aktuella konkurrensbegränsningarna. Om andra faktorer hade beaktats hade detta medfört att ett högre bötesbelopp fastställts. Däremot har överträdelsens verkan inte beaktas vid denna bedömning. Vidare är marknadsandelarna inte relevanta för bestämningen av böterna.

b) Tribunalens bedömning

134 Sökanden har gjort gällande att kommissionen gjort fel när den fastställt överträdelsens allvar uteslutande med utgångspunkt från överträdelsens art.

135 Tribunalen noterar att kommissionen i skäl 542 i det angripna beslutet har gjort gällande att avtal eller samordnade förfaranden som medför den typ av konkurrensbegränsningar som konstaterats i förevarande ärende redan på grund av sin art kan kvalificeras som mycket allvarliga utan att det krävs att ett sådant beteende kännetecknas av en särskild geografisk utbredning eller en särskild verkan. Till stöd för detta påstående har kommissionen, i såväl det angripna beslutet som i svaromålet, hänvisat till förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 89 nämnda målet Scandinavian Airlines System mot kommissionen.

136 I nämnda dom fann förstainstansrätten att vid bedömningen av överträdelsens allvar ska hänsyn särskilt tas till konkurrensbegränsningarnas art, att överträdelsens allvar kunde fastställas med hänvisning till arten av och syftet med de konkurrensbegränsande beteendena och att det framgår av rättspraxis att omständigheter som hör samman med syftet med beteendet kan ha större betydelse för fastställandet av bötesbeloppet än omständigheter rörande resultatet av beteendet (se punkt 83 i domen och där angiven rättspraxis).

137 I förevarande fall syftade överträdelsen till fastställande av priser och uppdelning av marknader. En sådan uppenbar överträdelse av konkurrensrätten är till sin art synnerligen allvarlig.

138 I motsats till 1998 års riktlinjer anges vidare i 2006 års riktlinjer inte längre att det vid bedömningen av överträdelsens allvar är nödvändigt att beakta ”de överträdande företagens ekonomiska kapacitet att vålla andra aktörer … betydande skada” och det nämns inte heller längre något om ”[överträdelsens] konkreta påverkan på marknaden, om den är mätbar”.

139 Däremot anges det uttryckligen i punkt 20 i 2006 års riktlinjer att ”[ö]verträdelsens allvar fastställs från fall till fall för varje typ av överträdelse med beaktande av alla relevanta omständigheter i ärendet”. Dessutom har det redan angetts i punkt 91 ovan att 2006 års riktlinjer innebar en grundläggande förändring av metoden för att beräkna böterna. I synnerhet avskaffades indelningen av överträdelserna i tre klasser (”mindre allvarliga”, ”allvarliga” och ”mycket allvarliga”) och ett system med en skala som går från 0 till 30 procent infördes, för att möjliggöra en noggrannare differentiering. Enligt punkt 19 i 2006 års riktlinjer ska grundbeloppet för böterna vara ”knutet till en andel av försäljningsvärdet och grundas på överträdelsens allvar”. Regelmässigt ”uppgår den andel av försäljningsvärdet som beaktas till högst 30 %” (punkt 21 i riktlinjerna).

140 Således kan kommissionen inte använda det utrymme för skönsmässig bedömning som den förfogar över vad gäller böter, och bestämma den exakta procentsatsen, mellan 0 och 30 procent, utan att beakta omständigheterna i det enskilda fallet. I punkt 22 i 2006 års riktlinjer anges att ”[n]är kommissionen fastställer om den andel av försäljningsvärdet som skall beaktas i ett visst fall skall ligga i nedre eller övre delen av denna skala, tar den hänsyn till en rad faktorer, bland annat överträdelsens art, de berörda parternas sammanlagda marknadsandel, överträdelsens geografiska omfattning och om överträdelsen har genomförts eller ej”.

141 Denna svårighet att bestämma en exakt procentsats är i viss mån mindre när det gäller fall som avser hemliga horisontella avtal om fastställande av priser och uppdelning av marknaden. Enligt punkt 23 i 2006 års riktlinjer, ska den andel av försäljningsvärde som ska beaktas vid sådana överträdelser i regel bestämmas ”i den övre delen av skalan”. Det framgår av denna punkt att för de allvarligaste överträdelserna ska procentsatsen åtminstone vara större än 15 procent.

142 Omständigheten att procentsatsen 17 procent i förevarande fall har fastställts endast utifrån att överträdelsen till sin art var mycket allvarlig utgör ej skäl att ogiltigförklara det angripna beslutet i denna del. När kommissionen tillämpar en procentsats som är lika med, eller nästan lika med, den föreskrivna miniminivån för de allvarligaste konkurrensbegränsningarna är det inte nödvändigt att beakta ytterligare omständigheter eller förhållanden. Detta är bara nödvändigt när en högre procentsats fastställs. I detta sammanhang anser sökanden säkerligen inte att kommissionen borde ha fastställt en högre procentsats, och kommissionen har inte yrkat att tribunalen ska höja böternas belopp.

143 Följaktligen kan sökanden inte vinna framgång med invändningen avseende den abstrakta bestämningen av överträdelsens allvar.

144 Vad gäller invändningen om ett påstått åsidosättande av principen om likabehandling räcker det med att konstatera att det är på grund av sitt samarbete med kommissionen som Allied Arthur Pierrre med stöd av 2002 års meddelande om samarbete har beviljats en nedsättning. Vad gäller Interdean kommer tribunalen att pröva frågan varför detta bolag har beviljats en nedsättning och inte sökanden. Detta kommer att göras i samband med prövningen av den fjärde grunden (punkt 170 och följande punkter nedan). Vad gäller påståendet att kommissionen, endast vad gäller sökanden, vid beräkningen av böterna medräknat omsättningen avseende aktiviteter som inte berördes av överträdelsen, har kommissionen gjort gällande att påståendet saknar stöd i de faktiska omständigheterna. Det framgår av det angripna beslutet att det endast var för att beräkna det 10-procentiga taket som sökandens totala omsättning, och således aktiviteter utanför internationella flyttjänster i Belgien, beaktades. Följaktligen kan sökanden inte vinna framgång med denna invändning.

3. *Förmildrande omständigheter*

a) Parternas argument

145 Sökanden har åberopat tre förmildrande omständigheter.

146 Sökanden har för det första anfört att det förhållandet att bolaget utan dröjsmål vidtagit nödvändiga åtgärder för att efterfölja gemenskapsrättens konkurrensregler kunde ha beaktats som en förmildrande omständighet.

147 För det andra har kommissionen inte beaktat omständigheten att skenanbuden upprättades på grund av att de tillfredsställde en efterfrågan på marknaden. Kommissionen kan inte påstå att ett förfarande som är så utbrett bland dess anställda under så långt tid kunnat vara helt okänt för kommissionen. Denna omständighet har således stött och förstärkt tron att förfarandet inte var otillåtet, eftersom det efterfrågades av anställda vid offentliga myndigheter.

148 Sökanden har för det tredje gjort gällande att bolaget aldrig bestritt att överträdelserna förekommit.

149 Kommissionen har tillbakavisat dessa argument.

b) Tribunalens bedömning

150 Sökanden har i denna grund, liksom i den andra grundens första och andra delgrunder, åberopat tre förmildrande omständigheter.

Upphörande med det förfarande som utgör en överträdelse

151 Vad gäller sökandens upphörande med det förfarande som utgör en överträdelse finner tribunalen att det inte utgör en förmildrande omständighet som motiverar en nedsättning av böterna.

152 Som kommissionen med rätta har påpekat föreskrivs det förvisso i punkt 29 första strecksatsen i 2006 års riktlinjer att grundbeloppet kan sänkas om det berörda företaget kan visa att det upphörde med överträdelsen omedelbart efter kommissionens första åtgärder, men detta ”gäller dock inte hemliga avtal eller åtgärder (särskilt karteller)”. Dessutom kan denna förmildrande omständighet endast åberopas i de fall då överträdelsen upphört efter kommissionens första åtgärder. Sökanden har emellertid deltagit i överträdelsen fram till och med den 8 september 2003 trots att kommissionens undersökningar ägt rum efter detta datum, närmare bestämt den 16 september 2003.

Tron att det förfarande som utgör en överträdelse var tillåtet

153 I punkt 29 sista strecksatsen i 2006 års riktlinjer anges att ”[g]rundbeloppet kan sänkas om … företagets konkurrensbegränsande beteende har godkänts eller uppmuntrats av de offentliga myndigheterna eller lagstiftningen”.

154 Sökanden har anfört att omständigheten att kommissionen känt till det förfarande som utgör en överträdelse och tolererat det i åratal ingett sökanden en berättigad, om än felaktig, tro att detta förfarande var tillåtet. Vidare var detta förfarande bara ett svar på marknadens efterfrågan.

155 Såsom kommissionen har påpekat är den person som är i kontakt med tjänsteleverantören, till exempel en tjänsteman vid kommissionen, inte flyttbolagens verkliga kund. I skäl 264 i det angripna beslutet anger kommissionen att det är det företag eller den institution som betalar för flytten som väljer flyttbolag. Det är just för att skaffa sig ett underlag för att kunna göra ett val som ett antal företag och offentliga institutioner kräver att flera kostnadsförslag lämnas in. Sökanden kan följaktligen inte vinna framgång med argumenten att skenanbuden upprättades på grund av att de uppfyllde en efterfrågan på marknaden eller att de endast lämnades efter det att kunden hade gjort sitt val.

156 Sökanden kan således inte hänvisa till att institutionens anställda har efterfrågat skenanbud. Sökanden borde ha insett att en sådan begäran inte kan göras i institutionens namn eller på institutionens initiativ, eftersom den uppenbart strider mot dess ekonomiska intressen. Kravet på att inkomma med tre kostnadsförslag var nämligen just avsett att säkerställa att det fanns en viss minsta grad av konkurrens och undvika att ett enda flyttbolag ensidigt kunde bestämma priset för ett flyttuppdrag.

157 Även om det antas att kommissionen i egenskap av institution kunde anses känna till sådana omständigheter som en person som arbetade för institutionen kände till, konstaterar tribunalen vidare att enbart kännedom om ett konkurrensbegränsande beteende inte i sig innebär att detta beteende underförstått har ”godkänts eller uppmuntrats” av kommissionen i den mening som avses i punkt 29 sista strecksatsen i 2006 års riktlinjer. Ett påstått avstående från att agera kan nämligen inte jämställas med ett aktivt agerande som ett godkännande eller en uppmuntran.

158 Slutligen har sökanden inte visat att kommissionens påstådda avstående från att agera faktiskt fått sökanden att tro att det förfarande som utgör en överträdelse var tillåtet eller att avståendet från att agera medfört osäkerhet i denna fråga. I själva verket är den ekonomiska logiken bakom kravet att den anställde ska inkomma med flera

kostnadsförslag allmänt veterlig. Det är inte en ren formalitet, utan ett sätt att finna det mest fördelaktiga anbudet. Följaktligen är överträdelsen av konkurrensreglerna i förevarande fall så uppenbar, bland annat vad gäller skenanbuden, att en omdömesgill aktör inte kan hävda att den haft en berättigad tro att detta förfarande var tillåtet.

159 Under alla förhållanden konstaterar tribunalen att sökandens argument endast gäller skenanbuden. Förfarandet med skenanbud är endast en av tre delar i en enda, fortlöpande överträdelse, i vilken även ingår ett skriftligt avtal om priser och ett avtal om betalning av provisioner.

De faktiska omständigheterna har inte bestritts

160 I motsats till kommissionens meddelande av den 18 juli 1996 om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 207, s. 4), föreskrivs i 2002 års meddelande om samarbete inte någon nedsättning för att de faktiska omständigheterna inte har bestritts. På grund av Allied Arthur Pierres samarbete hade kommissionen redan tillgång till bevismedel som möjliggjorde att styrka överträdelsen. Att sökanden avstod från att bestrida dessa omständigheter tillförde således inget ytterligare. Kommissionen gjorde därför en riktig bedömning när den fann att sökanden inte skulle beviljas en nedsättning av böterna med hänvisning till bolagets samarbete.

161 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser denna grund.

4. *Frågan huruvida ett undantagsfall är för handen*

a) Parternas argument

162 Sökanden har i sina alternativa grunder, på samma sätt som i den andra grundens tredje delgrund och den tredje grundens andra delgrund, åberopat sin avsaknad av betalningsförmåga.

163 Kommissionen har hänvisat till vad den anfört avseende den andra och den tredje grunden.

b) Tribunalens bedömning

164 Tribunalen erinrar om att den vid prövningen av denna grund även kommer att beakta de argument som framförts inom ramen för den andra grundens tredje delgrund och den tredje grundens andra delgrund. Sökanden har i huvudsak anfört att bolaget saknar förmåga att betala böterna och klagar på att bolaget behandlats orättvist jämfört med Interdean.

165 Vad för det första gäller sökandens påstådda bristande betalningsförmåga konstaterar tribunalen följande. För att ett bolag i undantagsfall ska kunna beviljas nedsättning av böterna på grund av ekonomiska problem i enlighet med punkt 35 i 2006 års riktlinjer krävs, förutom en ansökan, att två kumulativa villkor är uppfyllda. Dessa är dels oöverkomliga svårigheter att betala böterna, dels att det föreligger ”en viss ekonomisk kontext och … ett samhällssammanhang”.

166 Vad gäller det första villkoret har kommissionen i skäl 632 i det angripna beslutet nöjt sig med att påpeka att ”eftersom de böter som Ziegler ålagts endast motsvarar 3,76 procent av företagets globala omsättning för år 2006 kan dessa böter inte oåterkalleligen äventyra [sökandens] ekonomiska bärkraft”. Följaktligen fann kommissionen att det första villkoret inte var uppfyllt.

167 Tribunalen konstaterar emellertid att detta är en abstrakt bedömning som inte beaktar sökandens faktiska situation. Enbart en beräkning av hur stor procentuell andel av företagets globala omsättning som böterna motsvarar kan inte i sig själv utgöra grund för slutsatsen att böterna inte oåterkalleligen kan äventyra sökandens ekonomiska bärkraft. Om detta vore fallet skulle det vara möjligt att ange konkreta tröskelvärden för tillämpningen av punkt 35 i 2006 års riktlinjer. Följaktligen kan skäl 632 i det angripna beslutet inte utgöra grund för att avslå Zieglers ansökan.

168 Vad gäller det andra villkoret har kommissionen i skälen 651 och 655 i det angripna beslutet konstaterat att i det i förevarande ärende inte förelåg någon viss ekonomisk kontext och samhällssammanhang i den mening som avses i punkt 35 i 2006 års riktlinjer och att alla ansökningar om nedsättning med hänvisning till denna grund ska avslås. Eftersom sökanden inte hade ifrågasatt konstaterandet att detta andra villkor inte var uppfyllt, hade kommissionen fog för att inte godta sökandens argument om en nedsättning av böterna på grund av bolagets ekonomiska och finansiella svårigheter.

169 Den omständigheten att denna motivering finns i den del som rör bedömningen av Interdeans situation och inte i den del som rör Ziegler föranleder inte någon annan slutsats. Det framgår nämligen klart av ordalydelsen i skälen 651 och 655 i det angripna beslutet att det konstaterande som görs där även gäller för sökanden.

170 Vad för det andra gäller det påstådda åsidosättandet av principen om likabehandling vad gäller Interdean, konstaterar tribunalen att kommissionen avslagit Interdeans ansökan enligt punkt 35 i 2006 års riktlinjer med samma motivering som getts sökanden, det vill säga avsaknaden av en ”viss ekonomisk kontext och … ett samhällssammanhang” (se skäl 655 i det angripna beslutet). I detta hänseende finns det således ingen skillnad i behandling.

171 Det stämmer att kommissionen icke desto mindre beviljade Interdean en nedsättning av böterna med tillämpning av punkt 37 i 2006 års riktlinjer. Det framgår emellertid av det angripna beslutet att den situation Interdean befann sig i inte var jämförbar med sökandens situation. Det räcker i detta fall med att konstatera att sökandens böter är långt från taket på 10 procent av sökandens totala omsättning samtidigt som Interdeans böter, före nedsättningen, kraftigt översteg denna gräns.

172 Sökanden har för det tredje gjort gällande att bolagets situation försämrats efter det att det angripna beslutet antogs. Emellertid kan, såsom sökanden för övrigt uttryckligen medgett vid förhandlingen, händelser som inträffat efter antagandet av det angripna beslutet inte påverka detta besluts lagenlighet. Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser denna grund.

173 Härav följer att talan ska ogillas i dess helhet.

Rättegångskostnader

174 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökanden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet dem som avser det interimistiska förfarandet. Eftersom sökanden har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (åttonde avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Ziegler SA ska ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet dem som avser det interimistiska förfarandet i tribunalen.

Papasavvas Wahl Dittrich

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 16 juni 2011.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Bakgrund ..... II - 3515

A — Föremålet för talan ..... II - 3515

B — Sökanden ..... II - 3516

C — Det administrativa förfarandet ..... II - 3517

D — Det angripna beslutet ..... II - 3518

Förfarandet och parternas yrkanden ..... II - 3522

Rättslig bedömning ..... II - 3524

A — Grunder till stöd för ogiltigförklaring av det angripna beslutet ..... II - 3524

1. Den första grunden: Kommissionens rättstillämpning i samband med prövningen av rekvisiten i artikel 81.1 EG var felaktig och kommissionens bedömningar härvid var uppenbart oriktiga ..... II - 3524

a) Parternas argument ..... II - 3524

b) Tribunalens bedömning ..... II - 3527

Inledande synpunkter ..... II - 3528

Märkbar påverkan på handeln mellan medlemsstaterna ..... II - 3530

— Gränsöverskridande karaktär ..... II - 3531

— Tröskelvärdet på 40 miljoner euro ..... II - 3532

— Tröskelvärdet på 5 procent ..... II - 3534

2. Den andra grunden: Kommissionen har gjort sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning och felaktig rättstillämpning vid tillämpningen av artikel 81.1 EG ..... II - 3537

a) Parternas argument ..... II - 3537

b) Tribunalens bedömning ..... II - 3538

3. Den tredje grunden: Åsidosättande av motiveringsskyldigheten ..... II - 3539

a) Parternas argument ..... II - 3539

b) Tribunalens bedömning ..... II - 3540

4. Den fjärde grunden: Åsidosättande av rätten till försvar ..... II - 3544

a) Parternas argument ..... II - 3545

b) Tribunalens bedömning ..... II - 3545

5. Den femte grunden: Åsidosättande av rätten till försvar ..... II - 3547

a) Parternas argument ..... II - 3547

b) Tribunalens bedömning ..... II - 3548

B — Grunder avseende undanröjande eller nedsättning av böterna ..... II - 3552

1. Märkbar påverkan på handeln och konkurrensen ..... II - 3552

a) Parternas argument ..... II - 3552

b) Tribunalens bedömning ..... II - 3552

2. Överträdelsens allvar ..... II - 3553

a) Parternas argument ..... II - 3553

b) Tribunalens bedömning ..... II - 3554

3. Förmildrande omständigheter ..... II - 3557

a) Parternas argument ..... II - 3557

b) Tribunalens bedömning ..... II - 3557

Upphörande med det förfarande som utgör en överträdelse ..... II - 3558

Tron att det förfarande som utgör en överträdelse var tillåtet ..... II - 3558

De faktiska omständigheterna har inte bestritts ..... II - 3560

4. Frågan huruvida ett undantagsfall är för handen ..... II - 3561

a) Parternas argument ..... II - 3561

b) Tribunalens bedömning ..... II - 3561

Rättegångskostnader ..... II - 3563