TRIBUNALENS DOM (åttonde avdelningen)

den 15 december 2010 *

I mål T-141/08,

E.ON Energie AG, München (Tyskland), inledningsvis företrätt av advokaterna A. Röhling, C. Krohs, F. Dietrich och R. Pfromm, därefter av advokaterna A. Röhling, F. Dietrich och R. Pfromm

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företrädd av A. Bouquet, V. Bottka och R. Sauer, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2008) 377 slutligt av den 30 januari 2008 om påförande av böter med tillämpning av artikel 23.1 e i rådets förordning (EG) nr 1/2003, på grund av brytande av försegling (ärende COMP/B-1/39.326 – E.ON Energie AG),

meddelar

TRIBUNALEN (åttonde avdelningen),

sammansatt av ordföranden E. Martins Ribeiro (referent), samt domarna S. Papasavvas och N. Wahl,

justitiesekreterare: handläggaren K. Andová,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 14 april 2010,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

1 I artikel 20.2 d 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) föreskrivs att ”[d]e tjänstemän och andra medföljande personer som kommissionen

bemyndigat att genomföra en inspektion har befogenhet att försegla samtliga företagslokaler, räkenskaper eller affärshandlingar så länge och i den omfattning det är nödvändigt för inspektionen".

2 Enligt artikel 23.1 e i förordning nr 1/2003 "får [kommissionen] genom beslut ålägga företag eller företagssammanslutningar böter på upp till 1 % av föregående räkenskapsårs sammanlagda omsättning, om de uppsåtligen eller av oaktsamhet … har brutit förseglingar som de tjänstemän eller andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat har anbringat enligt artikel 20.2 d".

Bakgrund till tvisten

3 Europeiska gemenskapernas kommission beslutade den 24 maj 2006 att i enlighet med artikel 20 i förordning nr 1/2003 genomföra en inspektion i E.ON AG:s lokaler och i de företag som sistnämnda kontrollerar, för att pröva huruvida misstankarna om deras deltagande i konkurrensbegränsande avtal var berättigade. Inspektionen hos sökanden, E.ON Energie AG, som är ett helägt dotterbolag till E.ON, påbörjades på eftermiddagen den 29 maj 2006 i dess affärslokaler i München. Efter att ha fått kännedom om beslutet om inspektion beslutade sökanden att inte invända mot det.

4 Inspektionen genomfördes av fyra tjänstemän från kommissionen och sex tjänstemän från Bundeskartellamt (den federala konkurrensmyndigheten i Tyskland). De

handlingar som valdes ut under inspektionen den 29 maj 2006 för en mer detaljerad undersökning av nämnda tjänstemän placerades i lokal G.505 som sökanden ställde till kommissionens förfogande. Eftersom inspektionen inte kunde slutföras samma dag låste inspektionsgruppens ledare dörren till lokalen, vilken bestod av lackerade ljudisoleringspaneler och en dörrkarm av eloxerat aluminium, och anbringade en officiell försegling med måtten 90 × 60 mm (nedan kallad den omtvistade förseglingen). Cirka två tredjedelar av förseglingen anbringades på dörrpanelen och resten på dörrkarmen. Ett protokoll om förseglingen upprättades och undertecknades av tjänstemän från kommissionen, Bundeskartellamt och sökanden. Inspektörerna lämnade därefter sökandens lokaler och tog med sig den nyckel till dörren till lokal G.505 som hade lämnats till dem. I sitt svar på en begäran om upplysningar anförde sökanden att utöver den nyckel som hade lämnats till kommissionen fanns ytterligare 20 huvudnycklar i omlopp vilka möjliggjorde tillträde till lokal G.505 (skäl 19 i det överklagade beslutet).

5 Den omtvistade förseglingen utgjordes av ett blått klistermärke med gula ränder på den övre och undre kanten och den europeiska flaggans gula stjärnor. På det gula området på den nedre delen angavs att kommissionen kan ålägga böter vid brytande av försegling. Den säkerhetsfolie som användes vid tillverkningen av den omtvistade förseglingen (nedan kallad säkerhetsfolien) hade tillverkats av bolaget 3M Europe SA (nedan kallat 3M) i december 2002. På kommissionens anmodan trycktes ovannämnda uppgift på säkerhetsfolien av ett tryckeri under det första kvartalet av år 2004.

6 När en försegling som är av plast, såsom den omtvistade förseglingen, bryts fördelas det vita klister med hjälp av vilket förseglingen sitter fast på underlaget i form av VOID-meddelanden (ogiltig-meddelanden) som är cirka 12 didot-punkter (cirka 5 mm) på hela ytan av klistermärket. Den borttagna förseglingen blir genomskinlig på dessa områden så att även VOID-meddelandena syns på förseglingen.

7 När inspektionsgruppen återvände på morgonen den 30 maj 2006 cirka klockan 8.45 konstaterade den att tillståndet av den omtvistade förseglingen som fortfarande satt fast på dörren till lokal G.505 hade förändrats.

8 Cirka klockan 9.15 öppnade inspektionsgruppens ledare dörren till lokal G.505. När dörren öppnades lossnade den del av den omtvistade förseglingen som satt fast på dörrpanelen medan den andra delen fortfarande satt fast på dörrkarmen.

9 Ett protokoll upprättades avseende brytandet av förseglingen i vilket bland annat följande fastställdes:

”…

— Hela förseglingen försköts cirka 2 mm i höjden och på bredden så att klisterrester syntes nedanför och till höger om förseglingen.

— VOID-meddelandena syntes tydligt på hela förseglingen, som emellertid fortfarande satt fast tvärs över dörrkarmen till dörren och inte hade slitits sönder.

— Efter det att kommissionens tjänsteman (K) öppnat dörren varvid förseglingen förblev intakt, det vill säga inte gick sönder, syntes vita rester av VOID-meddelandena på baksidan av förseglingen (fästytan).

— Då förseglingen avlägsnas kvarstår de vita VOID-meddelandena normalt sett på underlaget vilket även var fallet här eftersom texten fanns att finna på dörren.

— Det fanns emellertid också åtskilliga vita spår på förseglingens häftsida, inte på det genomskinliga området med VOID-meddelandena på baksidan av förseglingen, utan vid sidan av dessa områden."

10 Protokollet om brytande av försegling undertecknades av en tjänsteman från kommissionen och av en tjänsteman från Bundeskartellamt. Sökanden vägrade att underteckna protokollet.

11 På eftermiddagen den 30 maj 2006 togs digitala fotografier av den omtvistade förseglingen med en mobiltelefon.

12 Den 31 maj 2006 gav sökanden "en kompletterande förklaring … till protokollet om brytande av förseglingen av den 30 maj 2006", som har följande lydelse:

"1. Efter det att dörren hade öppnats kunde ingen förändring av de handlingar som hade placerats i lokalen konstateras.

2. När förseglingen avlägsnades på kvällen den 30 maj för att ersättas av en annan försegling var VOID-meddelandena fortfarande kvar på dörrkarmen.

3. K var närvarande då förseglingen anbringades kvällen före och fick intryck av att anbringandet tog ovanligt lång tid.”

13 Den 9 augusti 2006 sände kommissionen en begäran om upplysningar till sökanden i enlighet med artikel 18 i förordning nr 1/2003. Sökanden svarade genom en skrivelse av den 23 augusti 2006. Kommissionen begärde ytterligare upplysningar den 29 augusti 2006 av 3M, den 31 augusti 2006 av det städbolag som arbetade för sökanden (nedan kallad städbolaget) och den 1 september 2006 av sökandens säkerhetstjänst.

14 De tio medlemmarna i inspektionsgruppen fyllde i frågeformulär avseende deras iakttagelser i samband med anbringandet av den omtvistade förseglingen och dess skick på morgonen den 30 maj 2006.

15 Den 2 oktober 2006 riktade kommissionen ett meddelande om invändningar till sökanden. På grundval av de upplysningar som kommissionen förfogade över slog den bland annat fast att den omtvistade förseglingen hade brutits och att ansvaret för brytandet av förseglingen skulle tillskrivas sökanden på grund av dess organisationsbefogenheter i den aktuella byggnaden.

16 Sökanden yttrade sig den 13 november 2006 över meddelandet om invändningar.

17 Den 6 december 2006 ägde på begäran av sökanden ett förhör rum av förhörsombudet, vid vilket även 3M deltog.

18 Den 21 december bekräftade 3M skriftligen på begäran av kommissionen vissa uttalanden som den hade gjort under förhöret.

19 Under det administrativa förfarandet överlämnade sökanden tre sakkunnigutlåtanden till kommissionen från ett naturvetenskapligt och medicinskt institut (nedan kallat institutet).

20 I institutets första sakkunnigutlåtande av den 21 mars 2007 (nedan kallat institutets sakkunnigutlåtande) analyserades den omtvistade förseglingens reaktion på skjuvbelastningar och avskalningsbelastningar.

21 Den 11 april 2007 gav kommissionen K, en edsvuren expert vad gäller klisterteknik och olika syntetiska materials reaktioner, i uppdrag att avge ett sakkunnigutlåtande avseende olika aspekter av den omtvistade förseglingens funktionsförmåga och tillämpning. Hans första sakkunnigutlåtande (nedan kallat Kr:s sakkunnigutlåtande I) utarbetades den 8 maj 2007.

22 I institutets andra sakkunnigutlåtande av den 15 maj 2007 (nedan kallat institutets sakkunnigutlåtande II) analyserades den omtvistade förseglingens reaktioner på drag-skjuvbelastningar, tryck-skjuvbelastningar och avskalningsbelastningar efter användning av rengöringsmedlet Synto (nedan kallat Synto).

23 Genom skrivelse av den 6 juni 2007 upplyste kommissionen sökanden om de nya omständigheter som hade konstaterats sedan meddelandet om invändningar, vilka grundade sig på uttalanden från 3M och Kr:s sakkunnigutlåtande I, och gav den möjlighet att yttra sig skriftligen i detta avseende.

24 Den 6 juli 2007 lämnade sökanden sina skriftliga synpunkter till kommissionen och begärde ett nytt förhör. Denna begäran avvisades.

25 Den 1 oktober 2007 lämnade sökanden till kommissionen ett tredje sakkunnigutlåtande från institutet av den 27 september 2007 (nedan kallat institutets sakkunnigutlåtande III), i vilket den omtvistade förseglingens reaktion på avskalningsbelastningar efter åldrande samt efter användning av Synto och inverkan av luftfuktighet analyserades.

26 Kommissionen gav därefter Kr i uppdrag att yttra sig över de argument som hade framförts och de uttalanden som hade gjorts i sökandens skrivelse av den 6 juli 2007 och i institutets sakkunnigutlåtanden II och III. Kr utarbetade sitt andra sakkunnigutlåtande den 20 november 2007 (nedan kallat Kr:s sakkunnigutlåtande II).

27 Genom skrivelse av den 23 november 2007 upplyste kommissionen sökanden om de ytterligare omständigheter som hade konstaterats sedan skrivelsen av den 6 juni 2007. Den gav dessutom sökanden tillgång till motsvarande handlingar, bland annat till Kr:s sakkunnigutlåtande II.

28 Den 10 december 2007 yttrade sig sökanden över de handlingar som hade sänts den 23 november 2007.

29 Den 15 januari 2008 erhöll kommissionen ytterligare en skrivelse från sökanden till vilken fogades förklaringar som avlagts under ed från 20 personer som enligt uppgifter från sökanden den 29 maj 2006 hade nycklar till lokal G.505 (nedan kallade nyckelinnehavarna). I dessa förklaringar uppgav dessa personer att de under den aktuella perioden (mellan den 29 maj 2006 klockan 19 och den 30 maj 2006 klockan 9.30) antingen inte befann sig i byggnad G eller inte hade öppnat dörren till den aktuella lokalen (punkt 42 i det angripna beslutet).

30 Den 30 januari 2008 antog kommissionen beslut K(2008) 377 slutligt om påförande av böter med tillämpning av artikel 23.1 e i rådets förordning (EG) nr 1/2003, på grund av brytande av försegling (ärende COMP/B-1/39.326 – E.ON Energie AG) (nedan kallat det angripna beslutet) med avseende på vilket en sammanfattning offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 19 september 2008 (EUT C 240, s. 6).

31 I artikeldelen i det angripna beslutet anges följande:

”*Artikel 1*

E.ON Energie AG har brutit en försegling som har anbringats av kommissionens tjänstemän med tillämpning av artikel 20.2 d i förordning nr 1/2003 och i vart fall av oaktsamhet åsidosatt artikel 23.1 e i förordning nr 1/2003.

Artikel 2

Till följd av överträdelsen i artikel 1 ålades E.ON Energie AG att betala böter om 38 000 000 euro.

…”

Förfarandet och parternas yrkanden

32 Sökanden väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 15 april 2008.

33 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet,

— i andra hand, sätta ned de böter som ålagts med ett skäligt belopp, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

34 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan i dess helhet, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

35 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (åttonde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet. Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens muntliga frågor vid förhandlingen den 14 oktober 2010.

Rättslig bedömning

36 Sökanden har anfört nio grunder till stöd för sin talan. De sju första grunderna avser fastställandet om brytande av försegling medan de två sista grunderna avser bötesbeloppet.

37 Som första grund har sökanden gjort gällande ett åsidosättande av bevisbördereglerna. Den andra grunden avser ett åsidosättande av principen om utredningsplikt. Såvitt avser den tredje grunden har sökanden gjort gällande att det gjorts ett felaktigt antagande om en i behörig ordning anbringad försegling. Den fjärde grunden avser

det felaktiga antagandet att förseglingen var i besynnerligt skick dagen efter inspektionen. Sökanden har som femte grund gjort gällande att det gjorts ett felaktigt antagande om säkerhetsfoliens lämplighet för officiella förseglingar av kommissionen. Den sjätte grunden avser att kommissionen felbedömde de alternativa händelseförlopp som hade kunnat ligga till grund för den omtvistade förseglingens skick. Som sjunde grund har det gjorts gällande att oskuldspresumtionen inte har beaktats. Den åttonde grunden avser ett åsidosättande av artikel 23 i förordning nr 1/2003, eftersom det inte har kunnat fastställas att sökanden inte har handlat uppsåtligen eller av oaktsamhet. Slutligen har sökanden som nionde grund gjort gällande att artikel 253 EG och proportionalitetsprincipen åsidosattes vid fastställandet av bötesbeloppet.

Den första grunden: Felbedömning av bevisbördan

Parternas argument

38 Sökanden har gjort gällande att enligt principen *in dubio pro reo*, det vill säga den princip om oskuldspresumtion som stadgas i artikel 6.2 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen), och artikel 2 första meningen i förordning nr 1/2003, har kommissionen bevisbördan i förfaranden som kan leda till att företag åläggs böter enligt konkurrensrätten. Eftersom kommissionen är skyldig att beakta de grundläggande skyddsreglerna inom straffrätten, och att styrka att en överträdelse har skett, ska kommissionens eventuella tvivel komma det aktuella företaget till godo. När kommissionen grundar sig på antagandet att de omständigheter som fastställts enbart kan förklaras som en överträdelse, räcker det enligt rättspraxis att visa att förhållandena är sådana att de omständigheter som kommissionen fastställt kommer i en annan dager och att de således möjliggör en annan förklaring av omständigheterna än den som kommissionen gett vid sin bedömning att det skett en överträdelse.

39 Vad gäller kommissionens argumentation att ändringen av den omtvistade förseglingen i vart fall utgör *prima facie*-bevisning för att förseglingen brutits, har sökanden gjort gällande att en sådan bevisning inte är förenlig med principen *in dubio pro reo*. *Prima facie*-bevisning utgör inte ett tillåtet bevismedel i ett förfarande enligt artikel 23.1 i förordning nr 1/2003 och räcker i vart fall inte för att styrka en överträdelse för vilken böter ska åläggas. Även om kommissionen i själva verket avsåg bevisning genom indicier när den hänvisade till *prima facie*-bevisning, har den inte framfört någon bevisning, eftersom den inte har framfört några indicier.

40 Kommissionens bevisbörda i förevarande fall stärks ytterligare genom dess beteende.

41 Kommissionen har för det första vid användningen av den omtvistade förseglingen inte vidtagit lämpliga åtgärder för att begränsa risken för en ”falsk positiv reaktion” (det vill säga framträdande av VOID-meddelandena på den omtvistade förseglingen utan att denna tagits bort) framför allt på grund av att den maximala hållbarhetstiden för förseglingen hade överskridits. Kommissionen borde således ha visat att den omtvistade förseglingen, trots den omständigheten att den maximala hållbarhetstiden för den hade överskridits, var lämplig och funktionsduglig natten mellan den 29 och den 30 maj 2006. Tillverkarens anvisningar räcker inte i detta avseende, eftersom 3M i sitt datablad om säkerhetsfolien (nedan kallat databladet) enbart angav en maximal hållbarhetstid på två år och inte heller i sitt svar på kommissionens frågeformulär gav ett slutgiltigt svar avseende produktens exakta livslängd. Kommissionen har inte heller förebringat sådan bevisning genom de tester som Kr genomförde som för övrigt inte genomfördes på den omtvistade förseglingen. Institutets sakkunnigutlåtanden tyder slutligen på att förseglingen var känsligare på grund av de förhållanden under vilka den anbringades och på grund av luftfuktigheten.

42 Kommissionen har för det andra underlåtit att på plats vidta de åtgärder som krävs för att skydda bevisning genom att ta foton på den omtvistade förseglingen innan dörren öppnades, framför allt med hänsyn till de synpunkter avseende den omtvistade förseglingens skick som sökandens ombud lämnade till kommissionens tjänstemän på morgonen den 30 maj 2006 . I detta avseende utgör protokollet om den brutna förseglingen inte i sig ett tillräckligt bevis för den omtvistade förseglingens skick, eftersom det upprättades efter inspektionen.

43 Mot bakgrund av principen *in dubio pro reo* och den skärpta bevisbörda som följer av kommissionens beteende, är det inte möjligt att fastställa om ett brytande av förseglingen kan tillskrivas sökanden. Kommissionen har inte bortom rimligt tvivel styrkt överträdelsen.

44 Till skillnad från vad kommissionen har anfört är förevarande grund inte abstrakt, utan det har genom denna grund konkret gjorts gällande att det inte har visats att de omständigheter som beror på sökanden medförde en ändring av den omtvistade förseglingens skick. Det hade inte heller utan de sakkunnigutlåtanden som sökanden lämnat varit motiverat att ålägga sanktioner i form av böter. I ett förfarande som leder till ett beslut i vilket böter åläggs ankommer det inte på det berörda företaget att styrka ansvarsbefriande omständigheter eller alternativa händelseförlopp. Kommissionen ska tvärtom undersöka alla ansvarsbefriande och ansvarsåläggande omständigheter och bortom rimligt tvivel styrka att de omständigheter som beror på sökanden medförde en ändring av den omtvistade förseglingens skick. Enbart den omständigheten att det är sannolikt att en överträdelse skett, räcker inte för att ålägga böter, särskilt som sökanden har framfört tillräckliga tvivel vad gäller bevisföringen.

45 Även om det antogs att kommissionen hade förebringat övertygande bevisning till styrkande av att förseglingen brutits, har sökanden emellertid med framgång förebringat bevis för motsatsen. Sökanden har i vilket fall väckt tvivel om huruvida kommissionens bevis räcker för att styrka överträdelsen. Till skillnad från vad kommissionen antydde i punkt 44 i det angripna beslutet har sökanden i fråga om brytandet av förseglingen inte ”enbart hänvisat till en eventuell annan förklaring eller hänvisat till den teoretiska möjligheten … till alternativa händelseförlopp”, utan grundat sig på flera sakkunnigutlåtanden från institutet för att visa att vissa omständigheter – nämligen användningen av en gammal försegling, luftfuktighet, vibrationer som dörren och dörrkarmen har varit utsatta för, skjuvspänningar som dessa medfört och användning av Synto – hade kunnat medföra en glidning av den omtvistade förseglingen, vilket hade kunnat ge ”intryck av att skada åsamkats”, såsom inspektionsgruppen konstaterade. I ett förfarande som leder till ett beslut i vilket böter åläggs kan eventuella särdrag vad gäller valet av mellanprodukten för förseglingen (i förevarande fall säkerhetsfolien) och dess lagring och användning av kommissionen inte helt och hållet anses sakna relevans.

46 Sökanden har inom ramen för förevarande grund i enlighet med artikel 65 c i tribunalens rättegångsregler föreslagit att dess ombud och en tjänsteman från E.ON ska höras som vittnen avseende det skick som den omtvistade förseglingen var i på morgonen den 30 maj 2006.

47 Kommissionen har yrkat att den första grunden ska avvisas, eftersom den är abstrakt och har formulerats utan att en prövning gjorts av den konkreta inverkan på bedömningen av bevisningen och det angripna beslutet. Den har i andra hand bestritt sökandens argumentation.

Tribunalens bedömning

48 Av artikel 2 i förordning nr 1/2003, samt av domstolens fasta rättspraxis avseende artiklarna 81 EG och 82 EG, framgår att det på konkurrensrättens område när det föreligger en tvist avseende förekomsten av en överträdelse ankommer på kommissionen att förebringa bevisning för de överträdelser som den har konstaterat, och att förebringa den bevisning som krävs för att styrka att de faktiska omständigheter som utgör en överträdelse föreligger (domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 58, och av den 6 januari 2004 i de förenade målen C-2/01 P och C-3/01 P, BAI och kommissionen mot Bayer, REG 2004, s. I-23, punkt 62, förstainstansrättens dom av den 17 september 2007 i mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. II-3601, punkt 688). Det ankommer på kommissionen att införskaffa tillräckligt exakt och inbördes överensstämmande bevismaterial till stöd för att de påstådda överträdelserna har ägt rum (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 28 mars 1984 i de förenade målen 29/83 och 30/83, CRAM och Rheinzink mot kommissionen, REG 1984, s. 1679, punkt 20, dom av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85–C-129/85, Ahlström Osakeytiö m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1307, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-111, punkt 127, och förstainstansrättens dom av den 21 januari 1999 i de förenade målen T-185/96, T-189/96 och T-190/96, Riviera Auto Service m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-93, punkt 47).

49 Det ska erinras om att det vid en talan om ogiltigförklaring enligt artikel 230 EG åligger unionsdomstolarna att endast pröva det ifrågasatta beslutets lagenlighet (förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i de förenade målen T-67/00, T-68/00, T-71/00 och T-78/00, JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-2501, punkt 174).

50 När talan väckts mot ett beslut i vilket kommissionen konstaterat att konkurrensbestämmelserna överträtts och påför dem till vilka beslutet riktas böter, åligger det den domstol vid vilken talan om ogiltigförklaring väckts att bedöma om den bevisning som kommissionen åberopat i beslutet är tillräcklig för att fastställa att den påtalade överträdelsen föreligger (domen i det ovan i punkt 49 nämnda målet JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 175).

51 Om domstolen anser att det föreligger tvivel ska företräde ges åt den lösning som gynnar det företag till vilket beslutet om fastställelse av överträdelsen riktats (se, för ett motsvarande synsätt, dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen, REG 1978, s. 207, punkt 265; svensk specialutgåva, volym 4, s. 9, punkt 265). Domstolen kan således inte fastställa att kommissionen har styrkt att den aktuella överträdelsen förelegat om denna fråga enligt domstolen fortfarande är föremål för tvivel, särskilt i samband med en talan om ogiltigförklaring av ett beslut om påförande av böter (domen i det ovan i punkt 49 nämnda målet JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 177).

52 I sistnämnda situation är det nämligen nödvändigt att beakta principen om oskuldspresumtion, som bland annat följer av artikel 6.2 i Europakonventionen vilken utgör en del av de grundläggande rättigheter som enligt domstolens fasta rättspraxis skyddas genom gemenskapens rättsordning, vilket dessutom bekräftats i ingressen till Europeiska enhetsakten, i artikel 6.2 EU och i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, proklamerad i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1). Med hänsyn till de aktuella överträdelsernas art samt arten och svårighetsgraden av de därtill knutna sanktionsåtgärderna ska principen om oskuldspresumtion bland annat tillämpas i förfaranden som rör företags åsidosättande av konkurrensregler och som kan leda till ålägganden av böter eller viten (jämför, bland annat, Europadomstolens dom av den 21 februari 1984 i målet Öztürk, serie A nr 73, och av den 25 augusti 1987 i målet Lutz, serie A nr 123-A, samt domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-199/92 P, Hüls mot kommissionen, REG 1999, s. I-4287, punkterna 149 och 150, och i mål C-235/92 P, Montecatini mot kommissionen, REG 1999, s. I-4539, punkterna 175 och 176, och domen i det ovan i punkt 49 nämnda målet JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 178).

53 Sökanden grundar sig på rättspraxis avseende samordnade förfaranden som är förbjudna enligt artikel 81 EG, enligt vilken de berörda företagens parallella beteenden enbart kan anses som bevisning för att en samordning som strider mot denna bestämmelse om samordningen utgör den enda rimliga förklaringen till dem (domen i det ovan i punkt 48 nämnda målet CRAM och Rheinzink mot kommissionen, punkt 16). Vid samordnade förfaranden ankommer det därför på kommissionen att mot bakgrund av den argumentation som framförts av de berörda företagen under

det administrativa förfarandet att pröva samtliga möjliga förklaringar till det aktuella beteendet och fastställa att en överträdelse skett enbart om detta är den enda rimliga förklaringen.

54 Om kommissionen på grundval av de berörda företagens beteende fastställer att konkurrensreglerna har åsidosatts ska unionsdomstolen ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet när den argumentation som de berörda företagen framfört ställer de omständigheter som kommissionen fastställt i en annan dager och som därmed möjliggör en annan rimlig förklaring än den som kommissionen gett till att en överträdelse skett (domarna i de ovan i punkt 48 nämnda målen CRAM och Rheinzink mot kommissionen, punkt 16, och Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen, punkterna 126 och 127).

55 På samma sätt som när kommissionen inom ramen för sin slutsats att artiklarna 81 EG och 82 EG åsidosatts stöder sig på skriftlig bevisning, ankommer det på de berörda företagen att inte endast framlägga ett möjligt alternativ till kommissionens ställningstagande, utan att visa att bevisningen i det ifrågasatta beslutet är otillräcklig för att fastslå att överträdelsen förelegat (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-931, punkterna 725–728, och domen i det ovan i punkt 49 nämnda målet JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 187). I ett fall som det förevarande när kommissionen stöder sig på direkt bevisning ankommer det emellertid på de berörda företagen att visa att den bevisning som kommissionen åberopat är otillräcklig. Det har redan fastställts att en omvänd bevisbörda inte åsidosätter principen om oskuldspresumtion (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 52 nämnda målet Montecatini mot kommissionen, punkt 18).

56 Ett företag kan inte överföra bevisbördan till kommissionen genom att göra gällande omständigheter som det inte kan styrka (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i mål T-44/00, Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen, REG 2004, s. II-2223, punkt 262, och i det ovan i punkt 49 nämnda JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 343). Om kommissionen grundar sig på bevisning som i princip räcker för att visa att en överträdelse föreligger räcker det inte att det berörda företaget hänvisar till möjligheten att en omständighet inträffat som skulle kunna påverka bevisvärdet av denna bevisning för att kommissionen ska ha bevisbördan för att denna omständighet inte kunnat påverka bevisvärdet av bevisningen. Det berörda företaget måste tvärtom, utom när det på grund av kommissionens beteende inte är möjligt för företaget att förebringa sådan bevisning (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen, punkterna 261 och 262, och domen i det ovan i punkt 49 nämnda målet JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkterna 342 och 343), visa dels att den omständighet som det åberopat föreligger, dels att denna omständighet innebär att bevisvärdet av den bevisning på vilken kommissionen grundar sig kan ifrågasättas.

57 Sökanden har inom ramen för förevarande grund anfört att kommissionen i det angripna beslutet bortom rimligt tvivel borde ha styrkt att den förändring av den omtvistade förseglingens skick som fastställdes den 30 maj 2006 kan tillskrivas sökanden, efter att ha visat att detta skick inte kan förklaras av de olika omständigheter som sökanden åberopat. Det ankommer inte på sökanden att styrka förekomsten av ansvarsbefriande omständigheter eller alternativa händelseförlopp. Det räcker inte att en överträdelse sannolikt föreligger för att böter ska kunna åläggas särskilt som sökanden framfört tillräckliga tvivel vad gäller bevisföringen. Sökanden har inom ramen för sin första grund hänvisat till att den omtvistade förseglingen är gammal, luftfuktigheten, vibrationer som dörren och dörrkarmen utsatts för och de skjuvspänningar som dessa medför samt användningen av Synto som kan ha medfört en glidning av förseglingen, vilket hade kunnat ge ”intryck av att skada åsamkats”, såsom inspektionsgruppen fastställt.

58 Det ska i detta avseende konstateras att den grund som sökanden har framfört inte är abstrakt, i motsats till vad kommissionen har påstått, eftersom sökanden huvudsakligen har gjort gällande att kommissionen genom att underlåta att beakta bevisbördereglerna i gemenskapens konkurrenslagstiftning inte har styrkt att de omständigheter som kan tillskrivas sökanden medförde en förändring av den omtvistade förseglingens skick innebärande att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras.

59 Av det angripna beslutet framgår emellertid att kommissionen inte har underlåtit att beakta bevisbördereglerna i gemenskapens konkurrenslagstiftning. För det första anges uttryckligen i skäl 44 i det angripna beslutet att ”det ankommer på kommissionen att framföra de omständigheter som krävs för att styrka att den omtvistade förseglingen brutits”. Såsom framför allt framgår av uttalanden från kommissionens och Bundeskartellamts tjänstemän och uttalandena i protokollet om brytande av den omtvistade förseglingen grundade kommissionen för det andra sin slutsats att den omtvistade förseglingen hade brutits på det skick som den omtvistade förseglingen var i på morgonen den 30 maj 2006, som enligt denna hade VOID-meddelanden över hela ytan samt rester av klister på baksidan (skälen 75 och 76 i det angripna beslutet).

60 Kommissionen fastställde inledningsvis, med hänvisning till de uttalanden som de sex tjänstemän som fanns på plats hade gjort och till sökandens underteckning i protokollet om förseglingen, att den omtvistade förseglingen anbringades i vederbörlig ordning kvällen den 29 maj 2006 (skälen 50 och 51 i det angripna beslutet). Kommissionen fastställde därefter, såsom angetts ovan i punkt 59, att det skick som förseglingen var i hade ändrats på morgonen den 30 maj 2006, vilket enligt kommissionen styrker att förseglingen hade brutits.

61 Oberoende av bevisvärdet av den bevisning som kommissionen grundat sig på och som ska bedömas inom ramen för prövningen av den tredje till femte grunden gjorde kommissionen en riktig bedömning när den i skäl 44 i det angripna beslutet slog

fast att ”enbart hänvisningen till en teoretisk möjlighet till alternativa händelseförlopp räcker inte” för att utesluta att en överträdelse föreligger. Enligt de principer som nämnts ovan i punkterna 55 och 56 ankommer det på sökanden att inte enbart visa att de olika omständigheter som den åberopat för att förklara det skick som den omtvistade förseglingen var i den 30 maj 2006 föreligger, utan även att dessa omständigheter innebär att bevisvärdet av den bevisning på vilken kommissionen grundar sig kan ifrågasättas.

62 Kommissionen har i det angripna beslutet granskat de alternativa förklaringar avseende det skick som den omtvistade förseglingen var i den 30 maj 2006 vilka sökanden lämnade under det administrativa förfarandet. Kommissionen drog emellertid slutsatsen att dessa förklaringar inte styrker att detta tillstånd beror på andra omständigheter än ett brytande av förseglingen (skälen 62–68 och skälen 77–98 i det angripna beslutet). Under dessa omständigheter kan ett åsidosättande av principerna avseende bevisbördan inte fastställas.

63 Sökanden har slutligen felaktigt påstått att kommissionens bevisbörda har skärpts av två omständigheter, nämligen det påstådda åldrandet av den omtvistade förseglingen och avsaknaden av fotografier som visar det skick som den omtvistade förseglingen var i innan dörren öppnades. Även om det antogs att dessa omständigheter har styrkts ska det mot bakgrund av sökandens argumentation avseende dessa omständigheter prövas om den bevisning som kommissionen förebringat styrker att förseglingen brutits i den mening som avses i artikel 23.1 e i förordning nr 1/2003. Denna prövning ska göras inom ramen för den tredje till den femte grunden.

64 Av det ovan anförda följer att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den första grunden.

Den andra grunden: Åsidosättande av principen om utredningsplikt

Parternas argument

65 Sökanden har hänvisat till 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; svensk specialutgåva, volym 1, s. 277), och av den 21 november 1991 i mål C-269/90, Technische Universität München (REG 1991, s. I-5469; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-453) och anfört att kommissionen enligt principen om utredningsplikt är skyldig att *ex officio* pröva de faktiska omständigheterna, samt att omsorgsfullt och opartiskt pröva alla omständigheter som är relevanta i det aktuella fallet. Denna princip har emellertid åsidosatts i förevarande fall.

66 Kommissionen borde för det första ha utrett de oklarheter som uppenbarligen föreligger avseende sammansättningen av Synto. Kommissionen borde inte ha nöjt sig med att påstå att den inte hade kännedom om vilket medel institutet hade använt för testerna (skäl 85 i det angripna beslutet). Institutet påvisade förekomsten av 2-(2-butoxyetoxy)etanol i Synto (sakkunnigutlåtande II). Detta ämne angriper emellertid ett flertal organiska ämnen. Kr har däremot inte själv analyserat sammansättningen av Synto utan antagit att rengöringsmedlet är en ”vattenlösning innehållande tensider med 2-butoxyetanol och 2 propanol (isopropylalkohol)”. En sådan substans har enbart en liknande inverkan som alkohol medan den substans som institutet analyserat även har samma inverkan som eter och därmed dessutom löser upp klister och spår av filterpennor. Resultatet av institutets undersökningar borde ha föranlåtit kommissionen att göra ytterligare analyser av sammansättningen av Synto. Kommissionen

kan inte enbart ha underlåtit att göra detta av det skälet att den enda varianten av Synto som i stor utsträckning är vattenfri (nedan kallad Synto Forte) inte enligt uppgifter från tillverkaren sålts i enlitersflaskor, som användes av städbolaget (skäl 85 i det angripna beslutet). Det kan inte uteslutas att tillverkaren uppgett felaktiga uppgifter och/eller att en omtappning av Synto ägt rum i ett senare skede.

67 Kommissionen har även underlåtit att beakta att städbolaget, som tidigare hade använt rengöringsmedlet (Synto Forte), kort före inspektionen bytte rengöringsmedel till Synto, vilket sökanden påpekat för kommissionen i sitt svar på begäran om upplysningar av den 19 oktober 2007. Det kan i detta avseende inte uteslutas att städbolaget fortfarande förfogade över rester av Synto Forte. Kommissionen skulle med lätthet ha kunnat analysera det rengöringsmedel som användes, eftersom sökanden hade föreslagit att en del av det återstående innehållet i flaskan skulle skickas till kommissionen.

68 Kommissionen har för det andra åsidosatt sin undersökningsplikt genom att inte undersöka om det var möjligt att nyckelinnehavarna hade gett tredje man tillträde till rum G.505 eller att tillträde till rummet skett på annat sätt. Kommissionen har i skälen 98 och 100 i det angripna beslutet underlåtit att beakta den omständigheten att dörren till lokalen i fråga inte enbart hade förseglats utan även hade låsts för att förhindra intrång. Av de förklaringar som lämnades under ed av de personer som hade tillgång till nycklarna framgår att dörren till den aktuella lokalen varken hade låsts upp eller öppnats under den aktuella natten. Sökanden har enligt artikel 65 c i rättegångsreglerna som bevisning begärt att dessa personer ska höras som vittnen.

69 I den mån som kommissionen har påstått att andra personer hade kunnat be nyckelinnehavarna om en nyckel till lokal G.505 (skäl 98 i det angripna beslutet), har sökanden gjort gällande att kommissionen med hänsyn till sin skyldighet att fullständigt klargöra de faktiska omständigheterna kunde ha begärt att de förklaringar som lämnades under ed kompletterades eller själv ha undersökt var nycklarna fanns.

70 Även i den mån som kommissionen har anfört att de förklaringar som lämnades under ed inte innebar att det var uteslutet att ”dörren hade öppnats på annat sätt” (skäl 98 i det angripna beslutet), borde den ha undersökt låset och dörren till lokal G.505 för att styrka inbrott eller andra manipulationsförsök. En sådan undersökning av dörrytan skulle ha gjort det möjligt att fastställa att dörren inte hade kunnat öppnas på annat sätt.

71 Sökanden har vidare anfört att det inte kan antas att den med avsikt fått en av nyckelinnehavarna att skada den omtvistade förseglingen och/eller öppna dörren. Sökanden anser att genom att avge falskt vittnesmål skulle dessa tredjemän möjligen kunna straffas enligt tysk straffrättslagstiftning och eventuellt kunna åläggas ett högt skadestånd.

72 Kommissionen har för det tredje genom formuleringen av fråga 6 i inspektörernas frågeformulär åsidosatt principen om utredningsplikt, vilket hindrat eller påverkat ett återgivande av inspektörernas egna iakttaganden.

73 Talan kan enligt kommissionens uppfattning inte vinna bifall på denna grund, eftersom sökanden enbart har gjort allmänna uttalanden i stället för att visa på vilket sätt de framförda invändningarna skulle kunna påverka lagenligheten av det angripna beslutet. Kommissionen har i andra hand bestritt sökandens argument.

Tribunalens bedömning

74 Såsom angetts ovan i punkterna 48 och 49 ankommer det på kommissionen att på konkurrensrättens område förete bevisning om de överträdelser som den har konstaterat, och att fastställa vilken bevisning som krävs för att på ett tillfredsställande sätt visa förekomsten av de faktiska omständigheter som utgör en överträdelse. Det ankommer i detta avseende på kommissionen att införskaffa tillräckligt exakt och inbördes överensstämmande bevismaterial till stöd för att de påstådda överträdelserna har ägt rum.

75 Det ska dessutom påpekas att kommissionen enligt principen om god förvaltningssed med de medel som står till buds måste bidra till att utreda vilka faktiska omständigheter som är rättsligt relevanta (domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet Consten och Grundig mot kommissionen, s. 501).

76 Bland de i gemenskapernas rättsordning föreskrivna garantierna ingår bland annat den behöriga institutionens skyldighet att omsorgsfullt och opartiskt pröva alla omständigheter som är relevanta i det aktuella fallet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet Technische Universität München, punkt 14, och förstainstansrättens dom av den 18 september 1995 i mål T-167/94, Nölle mot rådet och kommissionen, REG 1995, s. II-2589, punkt 73).

77 Sökandens grund syftar till att visa att kommissionen inte undersökt de relevanta omständigheterna i förevarande fall, eftersom den inte utredde de oklarheter som råder avseende sammansättningen av Synto och inte gjorde tillräckliga undersökningar avseende en möjlig tillgång till lokal G.505. Om sådana brister i förekommande fall skulle minska bevisvärdet av den bevisning som kommissionen förebringade i det angripna beslutet innebär det att lagenligheten av beslutet ifrågasätts.

78 Vad för det första gäller sökandens argument att kommissionen inte har undanröjt de tvivel som råder avseende sammansättningen av det rengöringsmedel som användes den 30 maj 2006, ska det erinras om att kommissionen i skäl 85 i det angripna beslutet, i strid med vad sökanden har hävdat, inte enbart anförde att den inte hade kännedom om vilken produkt institutet hade använt för sina tester. Kommissionen har i detta skäl för det första anfört att det av Kr:s sakkunnigutlåtande I och Kr:s sakkunnigutlåtande II framgår att Syntos inverkan på den omtvistade förseglingens yta inte hade kunnat ha någon inverkan på dess funktion. Den underkände för det andra sökandens påstående att Kr för sina tester inte hade kunnat använda det ursprungliga rengöringsmedlet.

79 Kommissionen har nämligen påpekat att städbolaget skickade exakt samma rengöringsmedel till den som det som det hade använt i sökandens lokaler natten mellan den 29 och den 30 maj 2006, och att enbart detta rengöringsmedel hade använts vid de olika testerna. Det kan konstateras att kommissionen genom sitt påstående i skäl 85 i det angripna beslutet att den inte hade kännedom om vilket rengöringsmedel institutet hade använt för sina tester, besvarade sökandens argument att institutet hade testat den produkt som sökanden hade skickat till institutet och konstaterade att det rörde sig om en vattenfri lösning som huvudsakligen innehåller 2-(2-butoxyetoxy) etanol. Enligt tillverkarens uppgifter säljs Synto Forte, som är den enda varianten av Synto som i stor utsträckning är vattenfri, inte i enlitersflaskor, som användes för att rengöra dörren till lokal G.505, och det används inte som rengöringsmedel utan som fläckborttagare.

80 För det andra var kommissionen inte skyldig att analysera sammansättningen av Synto, eftersom den för sina tester använde det Synto som städbolaget hade använt för att rengöra dörren till lokal G.505, och som det direkt hade skickat till kommissionen, vilket sökanden inte bestridde när den frågades ut om detta under förhandlingen. Dessutom framgår av den skrivelse av den 5 september 2006 som städbolaget riktade

till kommissionen, och framför allt av det svar som bolaget lämnade på kommissionens andra fråga, att Synto verkligen hade använts för att rengöra dörren till nämnda lokal. I säkerhetsdatabladet för Synto anges inte att det innehåller 2-(2-butoxyetoxy) etanol.

81 Sökanden har för det tredje inte bestritt att Synto Forte enligt de uppgifter som finns på tillverkarens Internetsida inte har sålts i enlitersflaskor, som användes av städbolaget. I detta avseende är sökandens argument att det inte kan uteslutas att tillverkarens uttalanden är felaktiga eller att senare omtappningar skett, inte övertygande och har i vart fall inte styrkts.

82 För det fjärde kan sökandens argumentation att det inte kan uteslutas att städbolaget fortfarande förfogade över rester av Synto Forte, en mer aggressiv variant av Synto vilket ska ha använts tidigare, inte heller godtas. Sökanden har nämligen inte förklarat varför denna variant av rengöringsmedlet, som är skadligare för träytor, skulle ha använts vid rengöring av dörrarna till dess lokaler. Vidare framgår det av skäl 85 i det angripna beslutet att städbolaget skickade exakt samma rengöringsmedel till kommissionen som det som hade använts i sökandens lokaler den 30 maj 2006, och att enbart detta medel användes vid de olika testerna. Sökanden har inte bestritt denna argumentation.

83 Eftersom det rengöringsmedel som den sakkunnige som kommissionen hade gett i uppdrag att utföra tester använde, var exakt samma rengöringsmedel som det som städbolaget använde under natten mellan den 29 och den 30 maj 2006, fanns det ingen anledning för kommissionen att analysera dess sammansättning.

84 Sökanden har vidare gjort gällande att kommissionen åsidosatte principen om utredningsplikt, genom att inte undersöka möjligheten att nyckelinnehavarna hade gett tredjemän tillgång till lokal G.505 eller möjligheten att någon hade kommit in i lokalen på annat sätt.

85 Enligt artikel 23.1 e i förordning nr 1/2003 kan kommissionen emellertid ålägga böter om de ”förseglingar som de tjänstemän eller andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat har anbringat” har brutits uppsåtligen eller av oaktsamhet. Enligt denna bestämmelse har kommissionen bevisbördan för att förseglingen har brutits. Kommissionen måste däremot inte visa att den lokal som varit försegllad verkligen beträtts eller att de handlingar som placerats där har manipulerats. I förevarande fall framgår av skälen 74–76 i det angripna beslutet att kommissionen faktiskt ansåg att den omtvistade förseglingen hade brutits. Kommissionen har i detta avseende enbart påpekat (skäl 74 i det angripna beslutet) att ”det skick som förseglingen var i på morgonen den 30 maj 2006 led[de] till slutsatsen att förseglingen hade avlägsnats från kontorsdörren under natten och att dörren således hade kunnat öppnas under denna period”. Mot bakgrund av vad som anförts ovan saknar sökandens argument att dörren till den berörda lokalen inte hade låsts upp eller öppnats under den aktuella natten, vilka styrkts av de förklaringar som nyckelinnehavarna lämnat under ed, relevans.

86 Såsom kommissionen har anfört föranleder de förklaringar som nyckelinnehavarna lämnade under ed den 2 september till den 22 december 2007, det vill säga omkring ett och ett halvt år efter de faktiska omständigheterna, inte en annan bedömning i det angripna beslutet avseende huruvida förseglingen hade brutits. Såsom framgår av sökandens svar på begäran om upplysningar hade nämligen andra personer möjligen tillgång till en nyckel med vilken de kunde öppna dörren till lokal G.505. Kommissionen var således inte skyldig att utreda huruvida det var möjligt att nyckelinnehavarna hade gett tredjemän tillträde till lokal G.505 eller huruvida dessa hade kommit in i lokalen på annat sätt.

87 Sökanden har därefter gjort gällande att kommissionen åsidosatte principen om utredningsplikt genom formuleringen av fråga 6 i inspektörernas frågeformulär vilken hindrat eller påverkat återgivandet av inspektörernas egna iakttaganden.

88 En sådan argumentation kan inte godtas. Syftet med denna fråga är nämligen att förhöra medlemmarna i inspektionsgruppen om de indicier som talar för att förseglingen hade brutits, framför allt mot bakgrund av konstaterandena i protokollet om brytandet av förseglingar, nämligen förekomsten av VOID-meddelandena på hela ytan av den omtvistade förseglingen samt förekomsten av klister kring och på baksidan av den omtvistade förseglingen. Utformningen av frågeformuläret utgjorde således inte hinder mot ett återgivande av inspektörernas egna iakttagelser.

89 Av inspektörernas svar i frågeformuläret framgår dessutom att de som svar på fråga 6 verkligen återgav sina iakttagelser i detta avseende. Kl. angav till exempel att han omedelbart fick intrycket ”att förseglingen hade skadats sedan den anbringades [och att han hade] nedtecknat de iakttagelser som möjliggjorde denna slutsats och … [att han hade] fogat dem till protokollet om brytande av försegling”. Ko. angav att han hade ”upptäckt att förseglingen hade ’förflyttats’ och att VOID-meddelandena var synliga”, men att han inte hade ”undersökt baksidan på förseglingen”. L. angav i sin tur att han ”personligen försäkrat [sig] om förseglingens skick dagen därpå”, och påpekade att den ”hade förflyttats cirka 2 mm”, men att han inte ”särskilt lagt märke till om VOID-meddelandena var synliga på förseglingen”. Även N. anförde att han ”klart [kunde] erinra [sig] om att själv ha sett att VOID-meddelanden var synliga över hela ytan av förseglingen”, och att ”för brytandet av förseglingen talar också de klisterrester som fanns på dörren längs förseglingskanterna”. M. angav slutligen att ”[b]eskrivningen i protokollet stäm[de]”, och att han skulle ”formulera punkt b på ett mer konkret sätt enligt följande: Klisterrester längs två förseglingskanter. Det rör sig om 1–2 mm långa delar av VOID-meddelandena”.

90 Mot denna bakgrund kan talan inte bifallas såvitt avser den andra grunden.

Den tredje grunden: Det påstått felaktiga antagandet om en i behörig ordning anbringad försegling

Parternas argument

91 Sökanden har gjort gällande att kommissionen i punkt 5 i det angripna beslutet felaktigt antog att den omtvistade förseglingen var intakt då den anbringades på lokalen G.505 den 29 maj 2006 och att den satt fullständigt fast på dörren och dörrkarmen då inspektionsgruppen lämnade lokalen cirka klockan 19.30.

92 Det har för det första bestritts att den omtvistade förseglingen anbringades på dörren i behörig ordning. Sökanden bestred redan i sitt svar på meddelandet om invändningar att den omtvistade förseglingen satt fast på det aktuella underlaget. Av handlingarna i målet framgår i vart fall att de inspektörer som var närvarande då förseglingen anbringades vid en första anblick fick intryck av att den omtvistade förseglingen satt fast på det aktuella underlaget, vilket inte räcker för att fastställa att förseglingen hade anbringats i behörig ordning. Sökanden har anfört att det i databladet anges att denna typ av försegling fäster på olika underlag under förutsättning att dessa har rengjorts först. En sådan rengöring skedde emellertid inte. Den berörda dörren bestod dessutom av lackerade ljudisolerande dörrpaneler och dörrkarmen av eloxerat aluminium, vilket är material som inte nämns i databladet.

93 Det har inte heller visats att den omtvistade förseglingen togs bort från säkerhetsfolien i enlighet med tillverkarens anvisningar. 3M har också medgett att det finns en möjlighet att förseglingen skadats tidigare genom en felbehandling (skäl 60 i det angripna beslutet). Av institutets sakkunnigutlåtande III framgår att anbringande av

en försegling som inte sker i enlighet med tillverkarens anvisningar inte nödvändigtvis medför att VOID-meddelandena omedelbart framträder på förseglingen. Påståendet att de närvarande omedelbart borde ha märkt att den omtvistade förseglingen inte satt fast ordentligt (skäl 54 i det angripna beslutet) saknar följaktligen relevans. Sökanden har dessutom bestritt att den omtvistade förseglingen i behörig ordning togs bort från säkerhetsfolien, att den kunde fästas utan problem, att den satt fast på dörren och på dörrkarmen till lokal G.505 i intakt skick och utan synliga VOID-meddelanden, samt att den hade undersökts noggrant av vissa inspektörer. Sökanden har inte kunnat undersöka detta och kommissionen har inte styrkt detta. Sökanden har tillagt att inspektörernas uttalanden avseende anbringandet av den omtvistade förseglingen är motstridiga.

94 Sökanden har avseende uttalandena i punkt 56 i det angripna beslutet gjort gällande att det är osannolikt att tillverkaren skulle ha gett så detaljerade anvisningar vad gäller hanteringen av produkten om dessa hade varit överflödiga. 3M hade som tillverkare inget intresse av att ifrågasätta tillförlitligheten av sin produkt. Kommissionen har följaktligen inte med tillräcklig säkerhet kunnat fastställa att den omtvistade förseglingen var intakt och att den satt fast på dörren och dörrkarmen till lokal G.505 (skäl 5 i det angripna beslutet).

95 För det andra bekräftar den omständigheten att sökandens representant den 29 maj 2006 undertecknade protokollet om försegling, enbart att förseglingen officiellt anbringats, men inte att den anbringats på ett korrekt sätt. Sökanden hade nämligen inte möjlighet att omedelbart fastställa de skador som hade uppkommit tidigare eller att den omtvistade förseglingen inte hade anbringats på korrekt sätt.

96 För det tredje, i strid med vad kommissionen har hävdat, saknar kommissionens erfarenhet och Kr:s tester relevans. Enbart den omständigheten att det vad gäller andra förseglingar som använts sedan år 2004 och är av samma parti inte uppkommit

några problem med vidhäftande eller falska positiva reaktioner (skäl 55 i det angripna beslutet), gör det inte möjligt att dra slutsatsen att en sådan reaktion är utesluten eller osannolik. Kr har själv anfört att det på grundval av dess analyser inte är möjligt att avgöra om hans iakttagelser kan generaliseras. Resultaten av Kr:s analyser borde emellertid ha bekräftats statistiskt.

97 För det fjärde är kommissionens påstående, att det är sannolikt att en försegling fungerar korrekt vid användning på vanliga kontorsdörrar av (lackerat) aluminium (skäl 56 i det angripna beslutet), inte relevant, eftersom det inte har fastställts att dörren till lokal G.505 är tillverkad av aluminium. Den berörda dörrkarmen består inte heller av lackerat aluminium utan av eloxiderat aluminium, det vill säga aluminium med ett oxiderat skyddslager som skyddar mot korrosion.

98 Kommissionen anser att talan inte kan vinna bifall såvitt avser denna grund.

Tribunalens bedömning

99 Det är ostridigt att lokal G.505 förseglades av kommissionen den 29 maj 2006 cirka klockan 19.15 genom en officiell försegling. Det har enligt sökanden emellertid inte fastställts att förseglingen anbringades i behörig ordning. Sökanden anser att det av det intryck som de inspektörer som var närvarande vid anbringandet av förseglingen fick vid första anblicken enbart är möjligt att dra slutsatsen att den omtvistade förseglingen satt fast på det berörda underlaget. Det kan emellertid inte med rimlig säkerhet fastställas att den omtvistade försegling som satt fast på dörren och på dörrkarmen till lokal G.505 var intakt på kvällen den 29 maj 2006.

100 Det ska erinras om att kommissionen i det angripna beslutet fastställde att ”förseglingen [hade] anbringats på korrekt sätt”, att ”förseglingen satt perfekt fast på underlaget som bestod av dörren och dörrkarmen, och att något VOID-meddelande inte var synligt på den gula och blåa ytan efter det att den hade anbringats” (skäl 50 i det angripna beslutet).

101 Kommissionen grundade sig härvid i det angripna beslutet (skälen 5, 50 och 51 i det angripna beslutet) på protokollet om försegling och på svaren, från de sex inspektörer som var närvarande då den omtvistade förseglingen anbringades, på fråga 3 i det frågeformulär som var riktat till dem.

102 Det ska i första hand undersökas huruvida den bevisning som nämns i det angripna beslutet gör det möjligt att dra slutsatsen att den omtvistade förseglingen hade anbringats i behörig ordning.

103 Det kan för det första konstateras att det i protokollet om förseglingen har nedtecknats dels att en försegling anbringades på lokalen G.505 den 29 maj 2006 klockan 19.15. i enlighet med artikel 20.2 d i förordning nr 1/2003, dels att sökandens representant, P., underrättades om bestämmelserna i artikel 20.2 d och artikel 23.1 e i förordning nr 1/2003 samt om möjligheten att ålägga böter enligt artikel 23.1 e i ovannämnda förordning när förseglingar bryts uppsåtligen eller av oaktsamhet. Protokollet undertecknades av K.I., som är tjänsteman vid kommissionen och ledare för inspektionsgruppen, av J., som är tjänsteman från Bundeskartellamt, och av P., som är sökandens representant.

104 Tvärtemot vad sökanden har hävdat visar protokollet om försegling att den omtvistade förseglingen anbringades i behörig ordning. I det aktuella protokollet bekräftas nämligen att förseglingen, som godkändes av sökandens representant genom att

denne undertecknade protokollet efter det att denne informerats om de relevanta bestämmelserna, anbringades ”i enlighet med artikel 20.2 d i förordning nr 1/2003”. Enbart en försegling i behörig ordning kan anses vara förenlig med artikel 20.2 d i förordning nr 1/2003.

105 Om sökanden på kvällen den 29 maj 2006 hade konstaterat en oegentlighet vid anbringandet av den omtvistade förseglingen eller att VOID-meddelanden framträdde på denna, kan emellertid anses att den omedelbart borde ha tagit ställning till detta, eftersom den mycket väl kände till betydelsen av sådana meddelanden (se även skäl 51 i det angripna beslutet). Såsom kommissionen har påpekat iakttog inte heller sökandens säkerhetstjänst, efter det att ha undersökt den omtvistade förseglingen flera timmar efter dess anbringande, någon förändring av denna under de två ronderna i G-byggnaden. Sökandens argument att VOID-meddelandena inte hade kunnat framträda förrän senare till följd av en tidigare skada på den omtvistade förseglingen som uppkommit till följd av att denna behandlats felaktigt, kan således inte godtas.

106 Det ska för det andra konstateras att de svar som de sex inspektörer från kommissionen och Bundeskartellamt som var närvarande vid förseglingen lämnat, och till vilka kommissionen hänvisade i skälen 5 och 50 i det angripna beslutet, bekräftar att den omtvistade förseglingen anbringats i behörig ordning.

107 K.I., som är tjänsteman vid kommissionen och ledare för inspektionsgruppen, bekräftade att han var ”absolut säker på att förseglingen var intakt [… och att han hade] försäkrat [sig] om detta personligen och med särskild omsorg”. Han tillade att den omtvistade förseglingen ”satt hårt fast på dörren och på dörrkarmen och [att] VOID-meddelanden inte var synliga”.

108 Även L. som också är tjänsteman vid kommissionen angav att han ”[var] säker på att förseglingen var intakt när [inspektörerna] lämnade byggnaden [och att de hade] undersökt förseglingen noggrant och kontrollerat att den hade installerats väl”.

109 W. som är tjänsteman vid kommissionen bekräftade i sin tur att ”[det] var säkert [att förseglingen] satt fast på dörren som den skulle [, att] den [hade] anbringats på ett korrekt sätt [och att] förseglingen föreföll vara normal”. Hon tillade att den omtvistade förseglingen ”[hade] anbringats på dörren på ett korrekt sätt, [att den] i vanlig ordning var mörkblå och gul [och att] några VOID-meddelanden inte var synliga”.

110 N., som är tjänsteman vid Bundeskartellamt angav att han ”personligen hade iakttagit att förseglingen var intakt när inspektionsgruppen lämnade byggnaden [och att han hade] undersökt förseglingen noggrant”.

111 M. som är tjänsteman vid Bundeskartellamt förklarade att ”efter det att [K.I. hade] anbringat förseglingen försäkrade sig flera tjänstemän, bland annat [han själv], om att förseglingen [hade] anbringats på ett korrekt sätt”. Han tillade att ”förseglingen var intakt när inspektionsgruppen och tjänstemännen vid Bundeskartellamt lämnade den korridor där den förseglade lokalen fanns”. Han anförde att han hade ”sett detta med egna ögon”.

112 B., som är tjänsteman vid Bundeskartellamt, bekräftade att ”[K.I.] och andra medlemmar i gruppen förutom [han] själv [hade] försäkrat [sig] om att förseglingen hade anbringats på ett korrekt sätt [och att han] personligen [hade] iakttagit att förseglingen var intakt när inspektionsgruppen lämnade byggnaden”.

113 För det tredje ifrågasätts inte bevisvärdet av ovannämnda bevisning av det svar som de fyra andra inspektörer som deltog i undersökningen i sökandens lokaler lämnade på fråga 3 i kommissionens frågeformulär. En inspektör angav att han inte hade deltagit i anbringandet av förseglingen medan tre inspektörer lämnade andra uppgifter som tyder på att den omtvistade förseglingen hade anbringats i behörig ordning och bekräftade således den bevisning som kommissionen grundade sig på i det angripna beslutet.

114 K. anförde att ”förseglingen var intakt när [han] såg den för sista gången”. Me. bekräftade att han i vart fall ”på mekanisk väg försäkrat sig om att förseglingen var intakt”. J. bekräftade slutligen att ”som [han] minns det var förseglingen intakt när inspektionsgruppen lämnade denna del av byggnaden den 29 maj 2006”.

115 Mot bakgrund av vad som anförts ovan framgår att det med stöd av den bevisning som kommissionen grundade sig på i det angripna beslutet kan fastställas att den omtvistade förseglingen hade anbringats i behörig ordning den 29 maj 2006, att den följaktligen satt fast på dörren till lokalen G.505 och på dörrkarmen och att den var intakt på så sätt att VOID-meddelanden inte var synliga vid den tidpunkten då inspektionsgruppen lämnade sökandens lokaler.

116 Det ska vidare prövas om de omständigheter som sökanden har åberopat är sådana att bevisvärdet av ovannämnda bevisning kan ifrågasättas. Sökanden har i detta avseende anfört att dörren och dörrkarmen till lokal G.505 inte hade rengjorts innan den omtvistade förseglingen anbringades, att det i databladet inte anges vilket material dörren och dörrkarmen består av, och att det inte har fastställts att den omtvistade förseglingen avlägsnades från säkerhetsfolien i enlighet med tillverkarens anvisningar.

117 Det kan för det första fastställas att kommissionen i det angripna beslutet förklarade att tjänstemännen vid kommissionen och tjänstemännen vid Bundeskartellamt hade förvissat sig om att underlaget var rent och att en särskild rengöring av den aktuella dörren och dörrkarmen således inte var nödvändig (punkt 49 i det angripna beslutet).

118 I databladet rekommenderas visserligen att underlaget ska rengöras innan en försegling anbringas. Denna rekommendation sammanhänger emellertid med att ett smutsigt underlag kan påverka förseglingens vidhäftningshållfasthet på så sätt att VOID-meddelandena inte kan framträda för det fall att förseglingen bryts. I databladet anges uttryckligen att ”all förorening av ytan påverkar [förseglingens] vidhäftningshållfasthet negativt och meddelandet om förstörelse”. Tillverkaren av förseglingar, 3M, har dessutom uttryckligen bekräftat att rekommendationen att dessförinnan rengöra underlaget huvudsakligen avsåg de fall där en sådan yta hade förorenats av olja eller fett. Damm som vanligtvis finns på ett kontor påverkar enligt tillverkaren inte förseglingens funktionsduglighet.

119 Sökanden, som har bevisbördan för de omständigheter som den åberopat, har inte visat att ytan av dörren och dörrkarmen till lokal G.505 på kvällen den 29 maj 2006 hade förorenats av andra ämnen än av damm som vanligtvis finns på ett kontor. Sökanden har dessutom inte visat att det skick som den aktuella dörren och dörrkarmen var i den 29 maj 2006 normalt sett hade kunnat påverka den omtvistade förseglingens funktionsduglighet. Det kan tvärtom utgås från att dörren till lokal G.505 regelbundet rengjordes av städbolaget. Under dessa omständigheter kan sökandens första argument inte godtas.

120 Vad gäller sökandens andra invändning beträffande det material som dörren och dörrkarmen till lokal G.505 består av, kan det konstateras att kommissionen i skäl 56 i det angripna beslutet har anfört att ”det vid en användning på kontorsdörrar

i (lackerad) aluminium kan förväntas att förseglingen fungerar på ett korrekt sätt". Kommissionen anförde dessutom att "detta klart bekräftas av de analyser som genomförts på plats och i laboratoriet av en sakkunnig som utsetts av [den] avseende förseglingarna och deras vidhäftningshållfasthet på deras underlag".

121 Sökanden har anfört att den aktuella dörrkarmen inte består av lackerat aluminium utan av eloxiderat aluminium. Sökanden har emellertid, trots att den har bevisbördan för de omständigheter som den har åberopat, inte åberopat någon omständighet på grundval av vilken slutsatsen kan dras att det förhållandet att dörrkarmen består av eloxiderat och inte av lackerat aluminium inverkar på den omtvistade förseglingens funktionsduglighet.

122 3M har i vart fall i sitt svar på kommissionens begäran om upplysningar anfört att det klister som använts i denna typ av försegling var lämpligt för praktiskt taget alla underlag på så sätt att förteckningen över möjliga underlag i databladet (rostfritt stål, akrylnitril, butadien och styren (ABS), polypropylen, målad metall, polyester, högdensitetspolyeten, nylon, glas och polykarbonat) inte var uttömmande, utan syftade till att ge en ungefärlig hänvisning om vilka typer av underlag produkten kan användas på. 3M har även anfört att en sådan försegling fungerar på ett korrekt sätt på dörrar av aluminium och lackerat aluminium och att om en försegling inte fäster tillräckligt på underlaget kan det förhålla sig på det sättet att VOID-meddelandena inte syns då förseglingen tas bort, vilket inte var fallet i förevarande mål. Dessa uppgifter bekräftas även av de uttalanden som gjordes i Kr:s sakkunnigutlåtande I och Kr:s sakkunnigutlåtande av den 9 juli 2008. Under dessa förhållanden kan sökandens andra argument inte godtas.

123 För det tredje, vad gäller den omständigheten att det inte har visats att den omtvistade förseglingen togs bort från säkerhetsfolien på ett sätt som är förenligt med

tillverkarens anvisningar, räcker det att konstatera att sökanden inte har anfört något till stöd för att den påstådda omständigheten verkligen föreligger. Detta argument kan följaktligen inte godtas. Enligt vad som anförts av 3M kan en skada på produkten vid avlägsnandet av säkerhetsfolien leda till att VOID-meddelandena framträder innan förseglingen anbringas på underlaget, medan en falsk positiv reaktion vid ett senare tillfälle är utesluten. Det har i Kr:s sakkunnigutlåtande I även uteslutits att den hastighet med vilken den omtvistade förseglingen och säkerhetsfolien skiljs från varandra är av relevans för framträdandet av VOID-meddelandena, samt den omständigheten att de först kan framträda efter en viss period. Under dessa omständigheter kan inte heller sökandens tredje argument godtas.

124 Av vad som anförts ovan framgår att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den tredje grunden.

Den fjärde grunden: Det påstått felaktiga antagandet att den omtvistade förseglingen var i besynnerligt skick dagen efter inspektionen

Parternas argument

125 Sökanden har gjort gällande att kommissionen i det angripna beslutet (skälen 9, 24, 55, 61 och 75), felaktigt antog att VOID-meddelandena den 30 maj 2006 var synliga på hela ytan av den omtvistade förseglingen.

126 Enligt den uppfattning som sökandens representanter fått syntes VOID-meddelandena svagt och definitivt inte på hela ytan av den omtvistade förseglingen. En tjänsteman vid Bundeskartellamt hade även i sitt svar på kommissionens frågeformulär anfört att VOID-meddelandena ”på vissa ställen syntes svagt genom papperet”. Medlemmarna i inspektionsgruppen och sökandens representant hyste först tvivel om huruvida den omtvistade förseglingen överhuvudtaget hade ändrats. Sökanden har i detta avseende i enlighet med artikel 65 c i rättegångsreglerna föreslagit att dess ombud ska höras som vittne.

127 Den omständigheten att inspektörerna ville jämföra den omtvistade förseglingens skick med de skick som de förseglingar som hade anbringats i andra delar av byggnaden var i (skäl 76 i det angripna beslutet) bekräftar att VOID-meddelandena inte var klart synliga på hela ytan av den omtvistade förseglingen. Det kan i detta avseende inte vara fråga om att de tjänstemän som varit närvarande gjort samma iakttagelse. Dessutom var vissa av de uttalanden som inspektörerna gjorde motstridiga med protokollet om brytande av förseglingen.

128 Kommissionen har dessutom felaktigt grundat sig på fotografierna av den del som satt fast på dörrkarmen till lokal G.505 och som togs med hjälp av en mobiltelefon först på eftermiddagen den 30 maj 2006. Kommissionens påstående att dörren till lokal G.505 hade öppnats den 30 maj 2006 av inspektionsgruppens ledare utan att den omtvistade förseglingen skadades ytterligare (skäl 10 i det angripna beslutet), är felaktigt. Genom att den omtvistade förseglingen avlägsnades från dörren skadades nödvändigtvis den häftande ytan. Eftersom undersökningen fortsatte intensivt redan från och med klockan 9.30, och dörren till lokal G.505 följaktligen öppnades och stängdes regelbundet, lossnade den omtvistade förseglingen och sattes fast flera gånger. Det är oundvikligt att de spänningar och skjuvbelastningar som uppkom

härvid medförde en viss förflyttning av den omtvistade förseglingen som ledde till att VOID-meddelandena framträdde. Efter det att granskningen hade genomförts övervakades den omtvistade förseglingen inte permanent. Det är omöjligt att utesluta att den vidrörts eller manipulerats på annat sätt.

129 Det är motsägelsefullt av kommissionen att å ena sidan anföra att framträdandet av VOID-meddelandena räcker för att konstatera att förseglingen brutits, och å andra sidan argumentera att den utan en ytterligare lossning inte definitivt kan dra slutsatsen att den omtvistade förseglingen brutits. Det är också motsägelsefullt att VOID-meddelandena efter vad som anförts av vissa inspektörer var synliga på hela ytan av den omtvistade förseglingen enbart efter det att förseglingen lossnat.

130 Sökanden har som svar på fråga 15 i kommissionens begäran om upplysningar, som kommissionen har hänvisat till, anfört att den enbart avser framträdandet av VOID-meddelandena på dörren och dörrkarmen till lokal G.505 efter det att inspektörerna hade öppnat dörren, och inte framträdandet av VOID-meddelandena på den omtvistade förseglingen från den första iakttagelsen på morgonen den 30 maj 2006. När kommissionen angav att VOID-meddelandena är mer eller mindre kontrastrika beroende på underlag och att de förefaller vara av samma färg som den omtvistade förseglingen, så att en mer uppmärksam iakttagelse krävs, bekräftade den att VOID-meddelandena enbart var mycket svagt synliga på vissa delar av och inte hela ytan av den omtvistade förseglingen.

131 Den kompletterande förklaringen till protokollet av den 30 maj 2006 saknar bevisvärde vad gäller det skick som den omtvistade förseglingen var i den 30 maj 2006. Den innehåller inte något uttalande i detta avseende och kompletterar enbart kommissionens iakttagelser avseende det skick som förseglingen var i efter det att dörren till lokal G.505 hade öppnats.

132 Kommissionen har slutligen inte förklarat hur VOID-meddelandena har kunnat framträda på hela ytan av den omtvistade förseglingen, fastän i vart fall den del av den omtvistade förseglingen som satt fast på dörrkarmen till lokal G.505 inte hade lossnat. Enligt vad som anförts av kommissionen framträder VOID-meddelanden nämligen först efter det att förseglingen har lossnat (skäl 75 i det angripna beslutet). Samtidigt är det emellertid i praktiken omöjligt att återigen anbringa förseglingen på exakt samma ställe så att rester av klister återfinns på baksidan av förseglingen när den lossnar (skäl 74 i det angripna beslutet). Sådana klisterrester återfanns emellertid inte på den del av den omtvistade förseglingen som hade anbringats på den aktuella dörrkarmen. Efter det att den omtvistade förseglingen definitivt hade lossnat var VOID-meddelandena tvärtom intakta på detta ställe och inga klisterrester återfanns på denna del (skäl 13 i det angripna beslutet). Då den del av den omtvistade förseglingen som satt fast på dörrkarmen emellertid inte lossnade är det omöjligt att förklara hur VOID-meddelandena framträtt på denna. Kommissionens argumentation att VOID-meddelandena var synliga på hela ytan av den omtvistade förseglingen innebär nödvändigtvis att det rörde sig om en falsk positiv reaktion.

133 Kommissionen har bestritt sökandens argument.

Tribunalens bedömning

134 Kommissionen påpekade i det angripna beslutet att ”man av det skick som förseglingen var i på morgonen den 30 maj 2006 klart kan dra slutsatsen att förseglingen [hade] avlägsnats från dörren till lokalen på natten och att denna dörr således [hade] kunnat öppnas under tiden” (skäl 74 i det angripna beslutet).

135 Kommissionen hänvisade härvid i det angripna beslutet till protokollet om brytande av förseglingen och till det svar som de åtta inspektörer lämnat som var närvarande när det fastställdes att förseglingen hade brutits (skälen 8, 12, 75 och 76 i det angripna beslutet). Den anförde även i skäl 13 i det angripna beslutet att sökandens interna och externa representanter som var närvarande under inspektionen denna dag inte bestred att den omtvistade förseglingen var i ett förändrat skick men att de vägrade att underteckna protokollet om brytande av förseglingen.

136 Det ska således i första hand prövas om den bevisning som åberopades i det angripna beslutet gör det möjligt att dra slutsatsen att förseglingen hade brutits.

137 Såsom framgår av skäl 7 i det angripna beslutet bryts en försegling av plast, såsom den omtvistade förseglingen, till skillnad från vad som gäller en försegling av papper, inte genom en sönderslitning. En försegling av plast som har klistrats fast kan inte utan att det syns avlägsnas från sitt underlag. Det är omöjligt att återigen anbringa förseglingen utan att lämna några spår. Efter att ha avlägsnats sitter ett vitt klister fast på underlaget i form av VOID-meddelanden som är cirka 12 didot-punkter (cirka 5 mm) som fördelas på hela ytan av klistermärket. Den försegling som avlägsnas blir genomskinlig på dessa ställen så att VOID-meddelandena även är väl synliga på förseglingen. Med hänsyn till bland annat det stora antalet och storleken av VOID-meddelandena är det omöjligt att anbringa förseglingen exakt på samma ställe som det på vilket den tidigare hade anbringats. Även om detta sker är VOID-meddelandena fortfarande väl synliga.

138 Av protokollet om brytandet av försegling (se punkt 9 ovan) framgår för det första att hela den omtvistade förseglingen förflyttades 2 mm i höjd- och i sidled och att klisterrester var synliga nedanför och till höger om förseglingen. För det andra framgår att VOID-meddelandena var klart synliga på hela ytan av förseglingen, som emellertid

fortfarande satt fast tvärs över dörren och dörrkarmen till lokal G.505 och inte hade gått sönder. Till skillnad från vad sökanden har gjort gällande styrker de uttalanden som gjordes i detta protokoll, som undertecknats av Kl. som är tjänsteman vid kommissionen och ledare för inspektionsgruppen, och J. som är tjänsteman vid Bundeskartellamt, att förseglingen hade brutits.

139 De svar till vilka kommissionen hänvisade i skäl 75 i det angripna beslutet, vilka lämnades av de åtta inspektörer som var närvarande då det fastställdes att förseglingen hade brutits, bekräftar denna slutsats.

140 Kl. som är tjänsteman vid kommissionen och ledare för inspektionsgruppen anförde att ”detta omedelbart gav intryck av att förseglingen hade ändrats efter det att den hade anbringats”. Han angav att han hade ”nedtecknat de iakttagelser som möjliggör en sådan slutsats och bifogat dem protokollet om brytande av försegling”.

141 Ko. som är tjänsteman vid kommissionen angav att ”[han] uppmärksammade att förseglingen hade förflyttats och att VOID-meddelandena var synliga”.

142 W. som var tjänsteman vid kommissionen anförde också att hon lagt märke till att ”förseglingen såg annorlunda ut jämfört med kvällen innan”, att VOID-meddelandena var synliga på hela ytan av den omtvistade förseglingen och att det fanns klisterrester 2 mm längs förseglingskanterna och på baksidan av den omtvistade förseglingen vid sidan av VOID-meddelandena. Hon anförde dessutom att ”förseglingen inte hade samma mörkblåa färg som tidigare, eftersom VOID-meddelandena var synliga”.

143 N. som är tjänsteman vid Bundeskartellamt anförde att han ”klart [kunde] erinra [sig] att VOID-meddelanden var synliga över hela ytan av förseglingen [och att] för brytandet av förseglingen tala[de] också klisterresterna på dörren längs förseglingskanterna”.

144 M., tjänsteman vid Bundeskartellamt, angav att ”[b]eskrivningen i protokollet stämmer [och att han skulle] formulera punkt b på ett mer konkret sätt enligt följande: Klisterrester längs två förseglingskanter. Det rör sig om 1–2 mm långa delar av VOID-meddelandena”.

145 Tjänstemännen J. och B. vid Bundeskartellamt gjorde liknande konstateranden.

146 Mot bakgrund av vad som anförts ovan framgår att det med stöd av den bevisning som kommissionen grundade sig på i det angripna beslutet (skälen 8, 9, 74 och 75), och med hänsyn till VOID-meddelandena på hela ytan av den omtvistade förseglingen och de klisterrester som fanns i närheten av och bakom förseglingen på morgonen den 30 maj 2006, kan fastställas att den omtvistade förseglingen hade avlägsnats från dörren till lokal G.505 under natten mellan den 29 maj och den 30 maj 2006, och att dörren hade kunnat öppnas under denna period. Det finns följaktligen ingen anledning att uttala sig om sökandens påstående att VOID-meddelandena på dörrkarmen inte hade raderats och att de var intakta, vilket innebär att den del av den omtvistade förseglingen som satt fast på dörrkarmen visade VOID-meddelanden även om den inte hade lossnat och styrker en falsk positiv reaktion. Såsom kommissionen har framhållit har den i vilket fall som helst inte anslutit sig till sökandens uppfattning i punkt 2 i den kompletterande förklaringen av den 30 maj 2006 (se punkt 12 ovan). Dessutom kan sökandens påstående att ”VOID-meddelandena på dörrkarmen inte

hade raderats” i sig styrka att det föreligger en falsk positiv reaktion vad gäller den omtvistade förseglingen.

147 Det ska för det andra prövas om de omständigheter som sökanden anfört innebär att bevisvärdet av ovannämnda bevisning kan ifrågasättas. Sökanden har i detta avseende anfört att VOID-meddelandena enbart var mycket svagt synliga och definitivt inte över hela ytan av den omtvistade förseglingen, och att kommissionen felaktigt grundat sig på fotografier som tagits på eftermiddagen den 30 maj 2006 av den del av den omtvistade förseglingen som satt fast på dörrkarmen till dörren till lokal G.505.

148 Sökanden har till stöd för sitt påstående att VOID-meddelandena enbart var svagt synliga och enbart på en del av den omtvistade förseglingen åberopat att en tjänsteman vid Bundeskartellamt anfört att VOID-meddelandena på vissa ställen skimrade genom pappret och att medlemmarna i inspektionsgruppen och sökandens ombud ursprungligen tvivlade på huruvida den omtvistade förseglingen hade förändrats, vilket bekräftades genom en jämförelse mellan det skick som den omtvistade förseglingen var i och det skick som de förseglingar som hade anbringats i andra delar av byggnaden var i. Vissa uttalanden som inspektörerna gjorde stod dessutom i strid med protokollet om brytande av försegling.

149 Det ska inledningsvis fastställas att sökanden inte har bestritt att VOID-meddelandena verkligen var synliga på den omtvistade förseglingen eller i vart fall på en del av denna på morgonen den 30 maj 2006. Sökanden har inte heller bestritt att det fanns klisterrester nedanför och till höger om förseglingen. Såsom 3M emellertid bekräftade i sitt svar på kommissionens begäran om upplysningar av den 5 september

2006 innebär framträdandet av VOID-meddelandena att klistermärket har förflyttats. Kommissionen har i protokollet om brytande av försegling med rätta fastställt att den omtvistade förseglingen hade brutits. Sökanden har dessutom, såsom kommissionen påpekat, trots att fastställandet avseende VOID-meddelandena nedtecknats i protokollet om brytande av förseglingen, i sin kompletterande förklaring till protokollet om brytande av försegling inte tagit ställning till detta (skäl 13 i det angripna beslutet).

150 Den omtvistade förseglingens skick bekräftades av de uttalanden som de åtta inspektörer som var närvarande på plats hade gjort (se punkt 139 ovan). I detta avseende kan sökandens argument, att de uttalanden som vissa inspektörer gjorde står i strid med konstaterandena i protokollet om brytande av försegling, inte godtas. Varken P.:s påstående att ”VOID-meddelandena på vissa ställen skimrade igenom pappret”, eller L.:s påstående att han sett fyrkantiga fläckar på dörren på vänster sida av den omtvistade förseglingen och inte särskilt hade beaktat att VOID-meddelanden framträdde på den omtvistade förseglingen, innebär inte att fastställandet att VOID-meddelandena framträdde på den omtvistade förseglingen kan ifrågasättas, eller att fastställandet i protokollet om brytande av försegling eller de uttalanden som andra inspektörer gjort till vilka det hänvisas i punkterna 140–145 ovan kan vederläggas.

151 Vad beträffar jämförelsen mellan det skick som den omtvistade förseglingen var i och det skick som de förseglingar som anbringats i andra delar av byggnaden var i, en jämförelse som enligt sökanden bekräftar att det råder tvivel om att det skett en ändring av den omtvistade förseglingen, gäller slutligen följande. Såsom kommissionen fastställde i skäl 76 i det angripna beslutet var det motiverat att inspektörerna, på grund av att en försegling brutits för första gången och det inte rör sig om en försegling som hade slitits sönder, försäkrade sig om situationen genom att göra en jämförelse med andra förseglingar. Den omständigheten att inspektionsgruppen gjorde en jämförelse mellan den omtvistade förseglingen och de förseglingar som hade anbringats i andra

delar av byggnaden föranleder inte en annan bedömning avseende den omtvistade förseglingens skick än den i protokollet om brytande av förseglingen. Sökandens påstående saknar därmed relevans.

152 För det andra grundar sig sökandens argument, att kommissionen för att fastställa det skick i vilket den omtvistade förseglingen var i felaktigt grundade sig på de fotografier som tagits på eftermiddagen den 30 maj 2006 med hjälp av en mobiltelefon, på ett felaktigt antagande.

153 Av skälen 74 och 75 i det angripna beslutet framgår att kommissionen till stöd för fastställandet att förseglingen hade brutits grundade sig på det skick den omtvistade förseglingen var i på morgonen den 30 maj 2006 då VOID-meddelandena framträdde på hela ytan. Som bevis för detta konstaterande framförde kommissionen i punkt 76 i det angripna beslutet att ledaren för inspektionsgruppen samt en tjänsteman vid Bundeskartellamt hade upprättat protokollet om brytande av förseglingar i närvaro av sökandens representant. Kommissionen anförde dessutom att den omtvistade förseglingens skick som anges där, framför allt framträdandet av VOID-meddelandena på en stor del av ytan, hade bekräftats enhälligt av inspektionsgruppen som förhörts i detta avseende. Såsom anförts i punkt 146 ovan räcker detta för att styrka att en överträdelse föreligger.

154 I detta sammanhang ifrågasätts inte bevisvärdet av den bevisning som angetts i punkt 153 till följd av sökandens argumentation, som grundar sig på den omständigheten att fotografierna på den omtvistade förseglingen togs efter det att dörren till lokal G.505 hade öppnats. Argumentationen ska således underkännas utan att bevisvärdet av ovannämnda fotografier behöver prövas.

155 Av vad som anförts ovan framgår att sökanden, som har bevisbördan för de omständigheter som den har åberopat, inte har styrkt att konstaterandet att förseglingen brutits på morgonen den 30 maj 2006 är felaktigt.

156 Talan kan under dessa omständigheter inte vinna bifall såvitt avser den fjärde grunden.

Den femte grunden: Det påstått felaktiga antagandet om säkerhetsfoliens lämplighet för officiella förseglingar av kommissionen

Parternas argument

157 Sökanden har gjort gällande att kommissionen felaktigt har antagit att säkerhetsfolien var lämplig för officiella förseglingar inom ramen för ett undersökningsförfarande.

158 Säkerhetsfolien har utformats på så sätt att det kan bevisas att en säkrad produkt eller en behållare inte har öppnats. I detta avseende godtar användaren av en säkerhetsfolie att det för det fall att säkerhetsfolien reagerar positivt inte är möjligt att i efterhand fastställa om det rör sig om en falsk positiv reaktion eller om den aktuella produkten verkligen har manipulerats.

159 I ett förfarande enligt förordning nr 1/2003 är det emellertid inte lämpligt att låta det berörda företaget stå för risken för en falsk positiv reaktion, framför allt med hänsyn till de böter som föreskrivs för ett brytande av förseglingar. Kommissionen måste därför använda en folie med avseende på vilken en falsk positiv reaktion kan uteslutas på förhand.

160 Kommissionen kan inte grunda sig på 3M:s påstående att den hittills inte har fått kännedom om några klagomål om bristande funktionsduglighet hos denna typ av säkerhetsfolie (skäl 55 i det angripna beslutet), eftersom användarna av sådana folier enbart har anledning att framföra klagomål vid negativa felreaktioner.

161 Sökanden har för det andra gjort gällande att hållbarhetstiden för den omtvistade förseglingen hade överskridits. Av sakkunnigutlåtandena framgår att ju äldre säkerhetsfolien är desto mindre tillförlitlig och känsligare är den för yttre påverkan.

162 3M anförde visserligen i sitt svar på begäran om upplysningar den 8 december 2006 för första gången att säkerhetsfolien kan fungera i behörig ordning efter att ha lagrats mer än 2 år, men undvek att uttala sig definitivt om säkerhetsfoliens livslängd. Genom att bagatellisera den inverkan som tiden har på säkerhetsfolier underlät 3M att beakta den nuvarande forskningen och den tekniska utvecklingen när det gäller självhäftande medel som är känsliga för tryck. Tillverkarens anvisningar innefattar inte någon bevisning vad gäller den omtvistade förseglingens funktionsduglighet vid tidpunkten för omständigheterna i målet, och de kan inte ersätta en bedömning av en neutral sakkunnig. Kr:s sakkunnigutlåtanden undanröjer inte de tvivel som råder avseende den omtvistade förseglingens funktionsduglighet, eftersom de vare sig beaktar den inverkan som tiden eller Synto har på förseglingen, och inte heller följden av en längre spänning vid dörrspalten vid långvariga vibrationer från dörren och samtidiga skjuvspänningar.

163 Vad gäller kommissionens kritik avseende institutets simulering av åldrande har sökanden gjort gällande att denna uppfyller vetenskapliga krav. Ett accelererat åldrande genom en smärre höjning av temperaturen var nödvändigt, eftersom det i annat fall inte var möjligt att mäta åldrandet.

164 Det saknar för det tredje relevans att 3M uteslöt möjligheten att positiva felreaktioner föreligger (skäl 68 i det angripna beslutet), och detta har inte heller styrkts. Den omständigheten att kunder eventuellt inte har framfört klagomål vad gäller positiva felreaktioner räcker inte för att motivera att sådana felreaktioner är omöjliga. Dessutom är de uttalanden som 3M gjorde avseende förseglingens obegränsade hållbarhet inte trovärdiga och står i strid med uppgifterna i databladet. Av databladet framgår dessutom att säkerhetsfolien vid risk för en avsevärd ekonomisk skada inte i sig utgör en lämplig åtgärd för säkring. 3M har i detta avseende rekommenderat att vid risk för allvarliga konsekvenser använda ytterligare säkringar, och kommissionen hade således kunna använda flera förseglingar per dörr. Kommissionen ansvarar för konsekvenserna av att den underlåtit att anta kompletterande åtgärder samt de problem vad gäller bevisningen som följer därav.

165 Kommissionen har bestritt sökandens argument.

Tribunalens bedömning

166 Genom denna grund avser sökanden att visa att säkerhetsfolien utformats för att styrka att en säkrad behållare eller produkt inte under några omständigheter har öppnats. Den är emellertid inte lämplig för officiella förseglingar vid kommissionens undersökningar inom konkurrensrättens område.

167 Det ska i första hand fastställas att detta produktsortiment har, såsom framgår av databladet, utformats för att visa att det skett en manipulation genom förstöring vid ett försök att avlägsna etiketten. Detta är exakt vad kommissionen använder sådana säkerhetsfolier till inom ramen för sina undersökningar. Under rubriken ”Exempel på användning” av en sådan säkerhetsfolie har 3M visserligen angett ”Etiketter för bilar, hushållsapparater och elektronik som inte kan överföras, etiketter och förseglingar som inte går att bryta för icke receptbelagda läkemedel och andra förpackningsformer”. Den omständigheten att kommissionens användning av säkerhetsfolien vid undersökningar inte anges uttryckligen i databladet kan inte tolkas på så sätt att en sådan användning av säkerhetsfolien inte får ske, eftersom tillverkarens förteckning över användningar inte är uttömmande. Sökanden har inte visat att användningen av denna typ av säkerhetsfolier är olämplig vid sådana inspektioner.

168 Tillverkaren har visserligen, såsom sökanden påpekat, rekommenderat ytterligare säkringar vid användning av sin produkt i de fall där ”manipulation skulle kunna medföra mycket allvarliga konsekvenser såsom avsevärda ekonomiska förluster”. Av databladet framgår emellertid att denna typ av åtgärder rekommenderas i den mån som 3M inte utesluter möjligheten av en falsk negativ reaktion.

169 För det andra har det såsom anförts ovan i punkt 103 i protokollet om försegling noterats att förseglingen skedde i enlighet med artikel 20.2 d i förordning nr 1/2003, och att det är möjligt att ålägga böter i enlighet med artikel 23.1 e i förordning nr 1/2003 om förseglingar har brutits uppsåtligen eller av oaktsamhet. Förseglingen som skett

i enlighet med artikel 20.2 d i förordning nr 1/2003 godkändes av sökandens representant genom att denna undertecknade protokollet om försegling. Såsom anförts ovan i punkt 104 kan enbart anbringandet av en försegling som är ägnad för detta ändamål anses vara förenlig med artikel 20.2 d i förordning nr 1/2003. Det kan således antas att sökanden, om den tvivlade på huruvida den säkerhetsfolie som använts av kommissionen för förseglingar i enlighet med ovannämnda bestämmelse är lämplig, omedelbart borde ha framställt invändningar i detta avseende vid anbringandet av den omtvistade förseglingen, vars betydelse den hade kännedom om. Sökanden har emellertid inte framställt någon invändning av detta slag.

170 För det tredje vad gäller sökandens argument att hållbarhetstiden för den omtvistade förseglingen hade överskridits, vilket påverkar dess känslighet för yttre inflytande, varaktiga dörrvibrationer och skjuvspänningar samt användningen av Synto, kan det fastställas att det inte avser säkerhetsfoliens lämplighet för officiella förseglingar. Det avser snarare påståendet att kommissionen underlät att beakta alternativa händelseförlopp som hade kunnat vara orsaken till det skick som den omtvistade förseglingen fastställts befinna sig i den 30 maj 2006, vilket är föremål för sökandens sjätte grund. Denna argumentation ska således prövas inom ramen för denna grund.

171 Av det ovan anförda framgår att talan inte kan vinna bifall såvitt avser den femte grunden.

Den sjätte grunden: Kommissionens felbedömning av alternativa händelseförlopp som kunnat ligga till grund för den omtvistade förseglingens tillstånd

Parternas argument

172 Sökanden har gjort gällande att kommissionen med avseende på principen *in dubio pro reo* inte har lagt fram tillräckliga bevis för att förseglingen brutits.

173 Sökanden har för det första anfört att den med hjälp av institutets sakkunnigutlåtanden har visat att andra yttre faktorer än att den omtvistade förseglingen hade lossnat kunde få VOID-meddelandena att framträda på förseglingen.

174 Sökanden har för det första gjort gällande att den maximala hållbarhetstiden för den omtvistade förseglingen hade överskridits. Sökandens experter har visat att säkerhetsfoliens vidhäftningshållfasthet minskar med tiden och att dess känslighet för yttre påverkan samtidigt ökar. Det har fastställts att den av tillverkaren angivna maximala hållbarhetstiden för den omtvistade förseglingen hade överskridits med minst ett och ett halvt år.

175 Sökanden har för det andra gjort gällande att rengöringsmedlet Synto haft en avgörande inverkan. Sökanden anförde redan i sitt svar på begäran om upplysningar den 9 augusti 2006 att den anställda i städbolaget inte hade kunnat utesluta att denne hade rengjort den omtvistade förseglingen med en trasa fuktad med Synto. Institutets

sakkunnigutlåtande III visar emellertid att säkerhetsfolien har en begränsad funktion och en ökad tendens att skapa positiva felreaktioner när nämnda folie rengjorts med Synto. I sakkunnigutlåtande II anges att det är möjligt att säkerhetsfolien glider i samband med att den kommer i kontakt med Synto till följd av drag-skjuvbelastningar och tryck-skjuvbelastningar.

176 Sökanden har även påpekat att den trasa i microfiber som hade använts var enligt vad som anförts av den anställda i städbolaget mycket blöt när denne torkade av den omtvistade förseglingen. Det kan således inte uteslutas att den omtvistade förseglingen kom i kontakt med en större mängd Synto. Tvärtemot vad kommissionen har hävdat genomförde institutet sina tester med Synto och inte med Synto Forte. Namnet på den aktuella produkten säger ingenting om dess sammansättning. I institutets sakkunnigutlåtande II hänvisas visserligen till Synto Forte, men det rengöringsmedel som användes var emellertid Synto. Sökanden har bestritt resultatet i Kr:s sakkunnigutlåtande att Synto inte påverkar förseglingens funktionsduglighet. Kr undersökte inte vilken inverkan en inträngning från sidan av Synto under folien har under en längre period vid tangentiella krafter vilket kan medföra klisterrester vid förseglingen. Han uteslöt inte heller att Syntos inverkan på förseglingens akrylklister, som är känsligt för fukt i samverkan med en svag mekanisk belastning, kan medföra att VOID-meddelanden framträder på den omtvistade förseglingen.

177 Sökanden har för det tredje hänvisat till luftfuktighetens avgörande inverkan. Av institutets sakkunnigutlåtande III framgår att en luftfuktighet på mer än 60 procent har en avsevärd inverkan på säkerhetsfoliens funktionsduglighet och medför en ökad tendens till positiva felreaktioner. Under natten mellan den 29 maj och den 30 maj 2006 var luftfuktigheten högre än 80 procent i München.

178 Den klimatanläggning som installerats i sökandens G-byggnad sätts i princip inte i gång vid hög luftfuktighet utomhus för att förhindra fuktbildning på kyltaket. Under den aktuella perioden hade det dessutom ofta uppkommit problem med klimatanläggningens regleringsteknik, vilket medförde att funktionen för extra fuktning som klimatanläggningen var försedd med, vilken automatiskt stängs av när en viss luftfuktighet uppnås utomhus, inte fungerade. Kommissionen har inte bestritt detta.

179 Kommissionens påstående, att sökanden varken nämnt eller än mindre visat varför den omtvistade förseglingen utsattes för en högre grad av luftfuktighet, saknar mot denna bakgrund relevans (skäl 94 i det angripna beslutet). Kommissionen har själv under förfarandet lagt avgörande vikt vid luftfuktighetens betydelse. I sin begäran om upplysningar av den 19 oktober 2007 begärde kommissionen detaljerade uppgifter om luftfuktigheten under den berörda natten.

180 Sökanden har för det fjärde gjort gällande att vibrationer har en avgörande inverkan. Av institutets sakkunnigutlåtande I framgår att den omtvistade förseglingens påstådda skick med tillräcklig grad av sannolikhet även hade kunnat uppkomma genom vibrationer från dörren och väggen till lokal G.505 till följd av användningen av närliggande rum och av ett tillräckligt stort glapp som dörren hade, även när den var låst. Detta har dessutom dokumenterats genom filmupptagning som sökanden visade under förhöret den 6 december 2006 inför förhörsombudet. De lokaler som låg intill lokal G.505 hade bokats för möten dagen därpå. Människor kom och gick oavbrutet och dörren till den närliggande lokalen kan ha smällts igen, vilket har kunnat leda till vibrationer. Det kan inte heller uteslutas att personer som tagit fel på lokal eller inte informerats om att mötet hade förlagts i en annan lokal än G.505 ryckte i dörren till sistnämnda lokal. Sökanden kan inte klandras för att inte ha hindrat detta, eftersom det inte gick att förutse att säkerhetsfolien var överkänslig och inte heller att den kunde ge upphov till falska positiva reaktioner, och sökanden kunde därför

förlita sig på att den omständigheten att dörren låsts skyddade förseglingen i tillräcklig omfattning. Sökanden har i detta avseende föreslagit att en tjänsteman vid E.ON Facility Management GmbH ska höras som vittne i enlighet med artikel 65 c i rättegångsreglerna.

181 Sökanden har för det femte påpekat att förmodligen har överskridandet av den maximala hållbarhetstiden för den omtvistade förseglingen, inverkan av Synto, luftfuktigheten och vibrationer i kombination medfört att säkerhetsfolien blivit överkänslig, vilket orsakat den omtvistade förseglingens skick.

182 För det sjätte framgår av undersökningen avseende det ställe där nycklarna till dörren till lokal G.505 bevarades, och av nyckelinnehavarnas beteende, att den aktuella dörren inte hade kunnat öppnas under natten mellan den 29 och den 30 maj 2006. Sökanden har som bevisning begärt att nyckelinnehavarna ska höras som vittnen i enlighet med artikel 65 c i rättegångsreglerna.

183 Sökanden har vidare gjort gällande att kommissionen felaktigt har antagit att de omständigheter under vilka experterna vid institutet genomförde sina tester, i avsevärd omfattning avviker från de tekniska förutsättningarna på plats (skäl 67 i det angripna beslutet).

184 För det första anser sökanden att kommissionens argument att institutet vid testerna inte använde originalförseglingar saknar relevans (skälen 27, 29 och 35 i det angripna beslutet). Sökandens expert har inte medgett att de slutsatser som dragits avseende en försegling av en viss storlek enbart kan vara relevanta för en försegling av samma

storlek. Han påpekade enbart att hållfasthetsvärden inte godtyckligt kan omberäknas från liten till stor. Sökanden har framhållit att när det gäller bevisningen av förseglingens tendens att uppvisa positiva felreaktioner saknar fastställandet eller uppmätningen av vissa absoluta värden betydelse. Eftersom de prover som institutet använde vid de genomförda analyserna alltid hade samma storlek, är de slutsatser som institutet har dragit korrekta även om de absoluta värdena kunde skilja sig åt. Detta är även anledningen till att det inte krävs att prover av samma storlek används.

185 Sökanden har vidare anfört att för det fall tribunalen finner att originalförseglingens egenskaper är avgörande, har kommissionen förhindrat en bevisföring inom ramen för vilken dess rätt till försvar beaktas och att den därför inte kan göra gällande att experterna vid institutet inte använde originalförseglingar. Genom skrivelse av den 10 oktober begärde sökanden att originalförseglingarna skulle skickas (se även skäl 21 i det angripna beslutet), vilka kommissionen utan problem hade kunnat göra ogiltiga genom att göra hål eller markera med permanent skrift eller på annat sätt. Risken för förfalskning hade varit minimal och sökanden och dess experter hade dessutom kunnat skriva under ansvarsförklaringar. Kommissionen har enbart samtyckt till att sökandens experter genomför tester på originalförseglingar i närvaro av kommissionens tjänstemän, vilket var omöjligt i praktiken, eftersom genomförande av ett flertal statistiskt bekräftade tester kräver ett stort antal individuella analyser som sträcker sig över flera veckor och som ska genomföras i laboratorier. Det är föga troligt att kommissionen skulle ställa en medarbetare till sökandens förfogande under den period då testerna genomförs.

186 För det andra var sökanden på grund av att originalförseglingarna inte ställdes till förfogande tvungen att simulera att den maximala hållbarhetstiden hade överskridits. I detta avseende gav den metod för åldrande som valts tillförlitliga resultat till följd

av att säkerhetsfolien släpper igenom vattenånga. Den av kommissionen åberopade avsaknaden av periodiskt återkommande ”kraftspetsar” i de diagram som upprättades i sakkunnigutlåtandena II och III, vilka emellertid har fastställts i Kr:s sakkunnigutlåtande (skäl 67 i det angripna beslutet), förklaras av att institutet använde en testapparat utrustad med en luftfjädrad släde som i stor utsträckning eliminerade ”slip-stick effekten”, till följd av vilken sådana kraftspetsar uppkommer. Sökanden har i detta avseende begärt att en sakkunnig från institutet ska höras som vittne i enlighet med artikel 65 c i rättegångsreglerna.

187 Den omständigheten att de andra förseglingar som hade anbringats den 29 maj 2006 inte reagerade saknar för det tredje relevans. Dessa förseglingar användes i en annan byggnad som har byggts på ett helt annorlunda sätt. Bortsett från att byggnaderna skiljer sig åt vad gäller byggmaterial och dörrarnas känslighet för vibrationer har de andra förseglingarna inte nödvändigtvis utsatts för samma luftfuktighet (skäl 92 i det angripna beslutet).

188 Sökanden har därutöver gjort gällande att Kr:s utlåtande inte är övertygande i varken materiellt eller i naturvetenskapligt-tekniskt avseende.

189 För det första grundar sig Kr:s utlåtanden på det felaktiga antagandet att de fotografier som togs på eftermiddagen den 30 maj 2006 visade den omtvistade förseglingen i det skick den var i på morgonen den 30 maj 2006. Fotografierna togs emellertid först efter det att dörren till lokal G.505 hade öppnats och stängts flera gånger. Dessa utlåtanden har inte något bevisvärde, eftersom de inte grundar sig på riktiga antaganden.

190 Kr grundade sig för det andra på ett alltför litet dörrglapp på 0,53 mm, fastän institutet hade fastställt att det mellan dörrpanelen till lokal G.505 och dörrkarmen var ett minimalt glapp på 2 mm. Den uppskattning som Kr gjorde om hur pass mycket den omtvistade förseglingen kan tänja sig vid vibrationer är därför för begränsad. I motsats till vad kommissionen har påstått (skäl 79 i det angripna beslutet) kan dessutom ett dörrglapp på 2 mm och de andra omständigheter som rådde den aktuella dagen förklara att den omtvistade förseglingen kunnat glida på underlaget.

191 För det tredje framgår av det angripna beslutet (skäl 91 i det angripna beslutet) att kommissionen själv medgett att luftfuktighet kan tränga igenom säkerhetsfolien. I detta fall kan 3M:s anvisningar i databladet inte överföras på förevarande fall, eftersom de enbart ger upplysningar om produktens egenskaper och enbart avser en testyta av ädelstål. Säkerhetsfolien utsattes för luftfuktighet inte enbart efter det att den hade avlägsnats från sitt underlag och klistrats på dörren, utan även när den fortfarande satt fast på underlaget bestående av papper täckt med silikon. Kommissionens ounderbyggda påstående – att av alla typer av klister är gruppen av akrylater den som är mest motståndskraftig mot luftfuktighet – saknar relevans, eftersom institutet fastställt att det akrylatklister som använts på den omtvistade förseglingen inte var tillräckligt motståndskraftigt mot fuktighet. Det har inom ramen för Kr:s sakkunnigutlåtanden inte undersökts huruvida inverkan av fuktighet har kunnat medföra positiva felreaktioner vad gäller säkerhetsfolien, det vill säga om VOID-meddelandena även hade kunnat framträda i avsaknad av yttre påverkan.

192 Sökanden har för det fjärde påpekat att de tester som genomfördes på plats inte har kunnat bekräftas statistiskt, vilket är nödvändigt för ett vetenskapligt grundat påstående. De försök som Kr genomförde i laboratoriet saknar också relevans, eftersom den större delen av testerna genomfördes på målad plåt. På vetenskapens nuvarande

stadium erkänns att akrylatklister inte reagerar på samma sätt på en målad yta som på eloxiderat aluminium. Det kan således inte dras några slutsatser om dörren till lokal G.505.

193 För det femte anser sökanden att den sakkunnige i rapporten från Kr II underlät att beakta att den omtvistade förseglingen eventuellt hade anbringats på så sätt att den utsattes för spänning ovanpå springan mellan dörrpanelen och dörrkarmen. Under besöket på stället den 26 april 2007 undvek Kr varje form av spänning på den omtvistade förseglingen kring dörrspringan och anbringade dessutom flera förseglingar på dörren innan han skakade om dörren, vilket resulterade i en reduktion av dörrens rörelsekraft. Enligt institutets sakkunnigutlåtande I är en försegling känslig för glidningar vid yttre krafter som utövas under en längre period och vid flera tillfällen. Det är emellertid inte uteslutet att den omtvistade förseglingen anbringades den 29 maj 2006 på ett sådant sätt att den utsattes för spänningar ovanpå springan mellan dörrpanelen och dörrkarmen.

194 Kommissionen har för det sjätte underlåtit att beakta att alla säkerhetsfolier som hade anbringats av dess sakkunnige under besöket på plats visade sig ha böjda hörn efter att ha avlägsnats. En manipulering av den omtvistade förseglingen vid avlägsnandet skulle således nödvändigtvis ha gett upphov till tydliga tecken på skada. Den omtvistade förseglingen hade emellertid inte några böjda hörn. Den omtvistade förseglingen kan således inte ha avlägsnats under natten mellan den 29 och den 30 maj 2006. Sökanden har i detta avseende föreslagit att sökandens ombud samt en anställd hos E.ON ska höras som vittnen i enlighet med artikel 65 c i rättegångsreglerna.

195 För det sjunde har Kr inte heller i tillräcklig utsträckning beaktat förekomsten av vissa verkningar eller en eventuell kombination av dessa (såsom att hållbarhetstiden för den omtvistade förseglingen hade överskridits, andra tidigare skador, förekomsten av vibrationer, avsevärd luftfuktighet samt reaktionen med rengöringsmedel). Den omtvistade förseglingen var anbringad i cirka 14 timmar och har därför utsatts för yttre påverkan, såsom luftfuktighet och eventuella vibrationer. Vad gäller användningen av rengöringsmedel underlät dessutom Kr att beakta alternativa händelseförlopp. Han utgick nämligen från att produktens verkningstid är 30 minuter, medan det i förevarande fall inte är möjligt att utesluta att rengöringsmedlets skadliga verkan på den omtvistade förseglingen varade längre. Det är inte heller möjligt att utesluta att den omtvistade förseglingen, som utsatts för spänning under en längre tid, förflyttade sig något.

196 Sökanden har desutom gjort gällande att positiva felreaktioner är möjliga i enlighet med kommissionens redogörelse i det angripna beslutet (skälen 7, 74 och 75). Enligt kommissionen kan framträdandet av VOID-meddelandena och klisterresterna på baksidan av förseglingen enbart förklaras av att förseglingen lossnat och satts på plats igen. Därför kan *e contrario* slutsatsen dras att intakta VOID-meddelanden styrker att det är uteslutet att förseglingen avlägsnats och satts på plats igen. Sökanden har emellertid i sin kompletterande förklaring av den 31 maj 2006 anfört, utan att det har bestritts av kommissionen, att VOID-meddelandena på dörrkarmen till lokal G.505 (och inte såsom kommissionen påstått på dörren och dörrkarmen, se skäl 75 i det angripna beslutet) inte hade tagits bort och därmed var intakta när den omtvistade förseglingen avlägsnades och ersattes på kvällen den 30 maj 2006 (skäl 13 i det angripna beslutet). Av kommissionens redogörelse framgår således att den del av den omtvistade förseglingen som satt fast på dörrkarmen till lokal G.505, inte hade avlägsnats från sitt underlag under den relevanta perioden, men att VOID-meddelandena framträdde på den.

197 Sökanden anser att det är naturligt att dess spontana försök till förklaring vad gäller den omtvistade förseglingens skick den 30 maj 2006 inte var fullständigt samstämmiga. Varken sökandens anställda eller tjänstetillhandahållare har kännedom om den konkreta orsaken till den påstådda förändringen av den omtvistade förseglingens skick.

198 Kommissionen anser att talan inte kan vinna bifall såvitt avser denna grund.

Tribunalens bedömning

199 Vad gäller bevisbördan för en överträdelse av konkurrenslagstiftningen räcker det inte, såsom anförts ovan i punkterna 55 och 56 – om kommissionen grundar sig på sådan direkt bevisning som i princip är tillräcklig för att visa att en överträdelse föreligger – att det berörda företaget hänvisar till möjligheten att en omständighet inträffat som skulle kunna påverka bevisvärdet av denna bevisning, för att bevisbördan för att denna omständighet inte har kunnat ha en sådan påverkan ska övergå till kommissionen. Det berörda företaget måste tvärtom visa dels att den omständighet som det åberopat föreligger, dels att denna omständighet innebär att bevisvärdet av den bevisning på vilken kommissionen grundar sig kan ifrågasättas, utom när det på grund av kommissionens beteende inte är möjligt för företaget att förebringa sådan bevisning.

200 Såsom konstaterats ovan i punkt 146 framgår att det med stöd av den bevisning som kommissionen grundade sig på i det angripna beslutet (skälen 8, 9, 74 och 75), och med hänsyn till VOID-meddelandena på hela ytan av den omtvistade förseglingen och de klisterrester som fanns i närheten av och bakom förseglingen på morgonen

den 30 maj 2006, kan fastställas att den omtvistade förseglingen hade avlägsnats från dörren till lokal G.505 under natten mellan den 29 maj och den 30 maj 2006, och att dörren således hade kunnat öppnas under denna period. Vad gäller de omständigheter som enligt sökanden påvekar bevisvärdet av nämnda bevisning ska det prövas huruvida sökanden i tillräcklig mån visat dels att dessa omständigheter föreligger, dels att dessa omständigheter innebär att bevisvärdet av den bevisning på vilken kommissionen grundar sig kan ifrågasättas.

201 Sökanden har gjort gällande att den styrkt att VOID-meddelandena framträdde på den omtvistade förseglingen till följd av yttre påverkan, bland annat överskridande av den maximala hållbarhetstiden för förseglingen, inverkan av rengöringsmedlet Synto, luftfuktigheten, vibrationer eller en kombination av dessa olika faktorer.

202 Vad för det första gäller sökandens argumentation att VOID-meddelandena framträdde på den omtvistade förseglingen på grund av att den maximala hållbarhetstiden hade överskridits kan – utan att det är nödvändigt att uttala sig om sökandens argument att den omtvistade förseglingen hade överskridit den av tillverkaren rekommenderade maximala hållbarhetstiden med ett och ett halvt år – konstateras att sökanden inte har visat att det föreligger ett orsakssamband mellan ett sådant eventuellt överskridande och framträdandet av VOID-meddelandena på ytan av den omtvistade förseglingen.

203 Det ska i detta avseende för det första påpekas att den omtvistade förseglingen och andra förseglingar som använts på andra dörrar till lokaler till vilka tillträde var förbjudet, härrörde från samma produktion (skäl 69 i det angripna beslutet).

VOID-meddelandena framträdde emellertid enbart på den omtvistade förseglingen, varför det kan uteslutas att det påstådda överskridandet av den maximala hållbarhetstiden för den omtvistade förseglingen låg till grund för nämnda meddelanden. För det andra styrker institutets sakkunnigutlåtande III, som sökanden lämnat in, inte att en positiv felreaktion uppträder vid en användning av en konstgjort föråldrad säkerhetsfolie, utan det hänvisas till ”en avsevärd förändring av säkerhetsfilmens vidhäftningsförmågan när den åldrats i en accelerator och [till] en ökad känslighet vad gäller framträdandet av VOID-meddelandena”. Härav följer att det första argumentet inte kan godtas.

204 Vad för det andra gäller påståendet om Syntos avgörande inflytande kan vidare fastställas att sökanden inte har styrkt att användningen av Synto medför en risk för falsk positiv reaktion för den omtvistade förseglingen.

205 Det ska inledningsvis påpekas att sökandens påstående att det inte kan uteslutas att den anställde hos städbolaget rengjorde den omtvistade förseglingen med en trasa fuktad med en stor mängd Synto, synes tonas ned av de uttalanden som Kr gjorde, vilka sökanden inte har bestritt, att användningen av Synto på förseglingen med hjälp av en trasa leder till slitage så att den mörkblå färgen på förseglingen färgar av sig på trasan. Den anställde hos städbolaget har emellertid aldrig anfört att en sådan förändring av den omtvistade förseglingen skedde efter det att dörren till lokal G.505 hade rengjorts. Som svar på kommissionens begäran om upplysningar anförde städbolaget den 6 september 2006 tvärtom att städerskan inte konstaterat en förändring av den omtvistade förseglingen efter det att den berörda dörren hade rengjorts. Det framgår inte heller av protokollet om brytandet av förseglingen, eller av sökandens kompletterande förklaring, att inspektörerna vid fastställandet av brytandet av förseglingen konstaterade att den mörkblå färgen hade nötts bort från den omtvistade förseglingen.

206 De sakkunnigutlåtanden som sökanden har lämnat in styrker inte att användningen av ett rengöringsmedel medför en risk för falsk positiv reaktion vad gäller förseglingen, eftersom ovannämnda uttalanden enbart styrker en avsevärt ökad känslighet hos förseglingen. Även om det antogs att de sakkunnigutlåtanden som sökanden har lämnat in visar att en sådan risk föreligger, har det inte styrkts att institutets tester genomfördes med Synto, eftersom det av resultatet i sakkunnigutlåtande III åtminstone en gång anges att Synto Forte användes för nämnda tester. Såsom anges i punkt 80 framgår det av den skrivelse av den 5 september 2006 som städbolaget riktade till kommissionen, och framför allt av det svar som bolaget lämnade på kommissionens andra fråga, att Synto (och inte Synto Forte) verkligen hade använts för att rengöra dörren till lokal G.505. Det kan emellertid inte uteslutas att användningen av Synto Forte påverkade resultatet i institutets sakkunnigutlåtande.

207 Slutligen framgår av svaret från 3M på en begäran från kommissionen om upplysningar, att rengöringsmedel i princip inte har någon inverkan på förseglingarna. 3M anförde att ”[r]engöringsmedel i princip inte har någon inverkan på produkten”, att ”[p]roduktens underlag [var] av polyester, som är resistent mot lösningsmedel”, och att ”[p]rodukten borde tåla att utsättas för vanliga rengöringsmedel”. 3M anförde att den visserligen ”inte [hade] genomfört särskilda tester avseende [Synto]”, men var av uppfattningen att ”den huvudsakliga risk som är förenad med användning av rengöringsmedel är att de kan påverka framsidan av säkerhetsfolien hos den förändrade produkten, i förevarande fall den blå och gula färgen på den försegling som kommissionen använt”, och att ”rengöringsmedel inte ska påverka vidhäftningsförmågan på produktens baksida”. Såsom angetts ovan i punkt 205 konstaterade emellertid kommissionens experter under sina tester att det endast var fråga om precis en sådan utnötningseffekt. Det kan dessutom fastställas att den sakkunnige vid kommissionen inte fastställde en falsk positiv reaktion hos förseglingen vid användningen av Synto.

208 Såsom anförts i skäl 84 i det angripna beslutet ankom det på sökanden att upplysa städbolaget om betydelsen och hanteringen av den omtvistade förseglingen, samt att försäkra sig om att den omtvistade förseglingen i förekommande fall inte brutits av dess tjänsteman, särskilt som, såsom framgår av protokollet över förhöret med den anställde hos städbolaget, den anställde hade erhållit en plan i vilken det preciseras vad möteslokalerna används till innan rengöringen av dessa påbörjades.

209 Vad för det tredje gäller den påstådda luftfuktigheten har sökanden inkommit med en handling som bekräftar att luftfuktigheten uppgick till 80 procent i München natten mellan den 29 och den 30 maj 2006. Enligt institutets sakkunnigutlåtande III medför en luftfuktighet på mer än 60 procent en avsevärd ökning av säkerhetsfoliens känslighet.

210 I detta avseende räcker det att konstatera att sökanden för det första inte har styrkt att luftfuktigheten var högre än 60 procent i G-byggnaden natten mellan den 29 och den 30 maj 2006. Den handling som sökanden lämnat in i vilken luftfuktigheten natten mellan den 29 och den 30 maj 2006 anges, avser enbart luftfuktigheten utanför byggnaden, och är därför inte direkt relevant för att påvisa luftfuktigheten i den aktuella byggnaden. Sökanden har med avseende på denna handling underrättat kommissionen om att den inte längre hade kvar uppgifter avseende den 29 och den 30 maj 2006. I handlingen av den 14 juli 2006, som avfattades av sökanden och som var riktad till dess medarbetare, anfördes att luftfuktigheten uppgick till 55 procent utanför G-byggnaden och 50 procent inuti byggnaden under dagarna före detta datum. Sökandens argument avseende tekniken för reglering av luftkonditioneringen och om att den automatiska avstängningen av funktionen för extra fuktning som

klimatanläggningen var försedd med inte fungerade korrekt, är inte heller övertygande. Sökanden har nämligen inte visat att dessa händelser medförde en luftfuktighet på mer än 60 procent i G-byggnaden natten mellan den 29 och den 30 maj 2006. Sökanden har för det andra inte heller styrkt att en ökad luftfuktighet leder till falska positiva reaktioner, eftersom det i institutets sakkunnigutlåtande III enbart är tal om en ökad känslighet för luftfuktighet hos säkerhetsfolien.

211 Sökandens påståenden motsägs under alla omständigheter av de upplysningar som finns i databladet enligt vilka denna produkt är motståndskraftig för en luftfuktighet på 90 procent under en period på 168 timmar vid en temperatur på 32 °C, vilket bekräftas av kommissionens sakkunniga. Härav följer att sökandens tredje argument inte kan godtas.

212 För det fjärde vad gäller påståendet om att vibrationerna hade en avgörande inverkan som skulle kunna förklara den omtvistade förseglingens skick, räcker det att konstatera att sökanden inte har visat att dörren och murarna till lokal G.505 har varit utsatta för vibrationer. Det är såsom kommissionen påpekat omöjligt att verifiera de förhållanden under vilka sökanden gjorde sin videoupptagning, som syftar till att visa att vibrationer kan framkalla ett framträdande av VOID-meddelanden på vissa delar av en försegling som anbringats på en stängd dörr. Det är inte heller möjligt att verifiera om dessa upptagningar verkligen visar dörren till lokal G.505. Såsom kommissionen har anfört visar dessa upptagningar i vilket fall inte om falska positiva reaktioner förekommit, utan enbart att VOID-meddelanden framträder i glappet mellan dörren och dörrkarmen vid vibrationer som ska ha orsakats av att dörren till den närliggande lokalen stängdes våldsamt, vilket inte motsvarar de konstateranden som gjordes i protokollet om brytande av förseglingen.

213 Dessutom kan den omtvistade förseglingens skick på morgonen den 30 maj 2006 inte förklaras med den av sökanden anförda hypotetiska omständigheten att närliggande lokaler till lokal G.505 hade bokats för möten efterföljande dag och att dörren till denna lokal kan ha slagits igen och således medfört vibrationer, eller av omständigheten att vissa personer som tagit fel på lokal ryckt i dörren till lokal G.505.

214 Eftersom den omtvistade förseglingen fortfarande var intakt på kvällen den 29 maj 2006 omkring klockan 19.30 (skäl 5 i det angripna beslutet) och inspektionsgruppen konstaterade att den omtvistade förseglingen var förändrad på morgonen efterföljande dag omkring klockan 8.45 (skäl 8 i det angripna beslutet), innebär sökandens antagande att människor under natten mellan den 29 och den 30 maj 2006 hela tiden kommit och gått i lokal G.506, som var den enda möteslokal som låg intill lokal G.505, vilket inte har visats. I detta avseende framgår av programmet för nyttjande av kontoren att lokal G.506 enbart användes mellan klockan 10 och 16 den 30 maj 2006, det vill säga efter det att det konstaterade brytandet av förseglingen skett. Sökanden anförde visserligen i sitt svar på kommissionens begäran om upplysningar av den 9 augusti 2008 att dörren till lokalen hade öppnats omkring klockan 5 av säkerhetsvakterna, men sökanden har inte gjort gällande att säkerhetsvakterna hade slagit igen dörren våldsamt vilket skulle ha förorsakat de påstådda vibrationerna. Vad gäller sökandens argument som åter gjordes gällande under förhandlingen att det på grund av ett möte i lokal G.506 hade varit nödvändigt att placera tungt material från och med klockan 5 på morgonen, räcker det för övrigt att konstatera att ett sådant påstående inte är trovärdigt med hänsyn till att den aktuella lokalen städades först klockan 7 på morgonen och ovannämnda möte började klockan 10.

215 Slutligen kan sökandens argument – att personer kan ha tagit fel på lokal eller inte informerats om den ändrade användningen av lokal G.505 och ryckt i dörren till lokalen, och på så sätt skadat den omtvistade förseglingen – inte godtas, eftersom dörren till lokalen var låst och sökanden inte har bevisat att det finns ett orsakssamband mellan eventuella skakningar av denna dörr och den omtvistade förseglingens skick på morgonen den 30 maj 2006.

216 Även om det antogs att de omständigheter som angetts ovan i punkterna 212–215 förelåg, ankom det på sökanden att vidta nödvändiga åtgärder för att upplysa personalen samt eventuella besökare i G-byggnaden natten mellan den 29 och den 30 maj 2006 om den omtvistade förseglingen och hanteringen av denna, för att undvika att den skulle brytas. Härav följer att sökandens fjärde argument inte kan godtas.

217 Vad för det femte gäller den omständigheten att en kombination av överskridandet av den maximala hållbarhetstiden för den omtvistade förseglingen, inverkan av Synto, luftfuktigheten och vibrationer har kunnat medföra en ökad känslighet hos den omtvistade förseglingen, kan det konstateras att förekomsten av dessa omständigheter även betraktade för sig eller deras inverkan på den omtvistade förseglingen inte har styrkts. Sökanden har för övrigt inte gjort gällande att kombinationen av dessa faktorer medför en risk för falska positiva reaktioner utan enbart att ”en tidigare skada på säkerhetsfolien på grund av åldrande, Syntoprodukten eller en kombination av dessa två faktorer medför att folien blir avsevärt mer känslig vid hög luftfuktighet”. Detta argument kan inte heller godtas.

218 Vad för det sjätte gäller argumentet att dörren till lokal G.505 inte hade öppnats under natten mellan den 29 och den 30 maj 2006, kan det såsom anförts ovan i punkt 74 påpekas att kommissionen i enlighet med artikel 23.1 e i förordning nr 1/2003 har bevisbördan för att förseglingen har brutits. Kommissionen måste däremot inte visa att den lokal som varit förseglad verkligen har beträtts. Detta argument kan därför inte godtas.

219 Mot bakgrund av vad som anförts ovan följer att sökanden inte har styrkt att det föreligger omständigheter som innebär att bevisvärdet av den bevisning på vilken kommissionen grundar sin slutsats att förseglingen brutits kan ifrågasättas.

220 Eftersom, såsom framgår av vad som anförts ovan, de sakkunnigutlåtanden som sökanden lämnat in inte styrker att ovannämnda omständigheter kunnat orsaka det skick som den omtvistade förseglingen konstaterats vara i på morgonen den 30 maj 2006, saknar såsom kommissionen har anfört deras eventuella brister relevans i förevarande fall.

221 Såsom kommissionen har påpekat uppvisar dessa sakkunnigutlåtanden i vilket fall flera brister. För det första genomfördes inte institutets tester på kommissionens originalförseglingar utan på prover av en mycket mindre storlek (4 cm^2 i stället för 54 cm^2). Sökandens expert anförde själv i detta sammanhang att förseglingens motståndskraft inte efter behag kunde överföras från liten till stor. Såsom framfördes av kommissionens expert påverkar dessutom förseglingens storlek resultatet i sakkunnigutlåtandet vad gäller en eventuell inverkan av Synto, vibrationer eller luftfuktigheten på förseglingens funktionsduglighet. I detta avseende kan sökandens argument, att kommissionen hindrade en bevisföring inom ramen för vilken sökandens rätt till försvar beaktas genom att vägra att överlämna originalförseglingar, inte godtas. Sökanden har nämligen inte bestritt att kommissionen erbjöd sig att lämna originalförseglingar till sökanden under förutsättning att kommissionens tjänstemän fick delta i testerna. Sökanden avböjde emellertid erbjudandet (skäl 65 i det angripna beslutet). Sökandens påstående att det var föga troligt att kommissionen var beredd att ställa en medarbetare till förfogande på plats för observation under den period då testerna genomfördes, kan inte godtas, eftersom bevisbördan i förekommande fall åvilar kommissionen och inte sökanden, vilket innebär att sökanden inte kan göra denna gällande för att motivera att tester inte har genomförts på originalförseglingar.

222 För det andra använde sig sökanden, som vägrade att genomföra tester på originalförseglingar i närvaro av en tjänsteman från kommissionen, av konstgjort åldrade tester. De förseglingar som sökanden använde placerades i ett klimatskåp i vilket proverna under 40 dagar utsattes för en relativ fuktighet på 60 procent, vilket överstiger de

rekommendationer för lagring som anges i databladet, nämligen en relativ fuktighet på 50 procent.

223 För det tredje framgår av institutets sakkunnigutlåtanden II och III att sökandens expert genomförde sina tester, eller i vart fall vissa av dem, genom att fukta band med plastfilm i 100 mg rengöringsmedel, vilket motsvarade en mycket större mängd än den mängd rengöringsmedel som i förekommande fall användes av den städerska som anfört att trasan var mycket blöt men att detta inte berodde på att en stor mängd rengöringsmedel hade tillsatts. Det kan inte uteslutas att institutet inte använde Synto för sina tester, vilket användes av städerskan och vilket städbolaget skickade till kommissionen för dess tester, utan en variant av detsamma, nämligen Synto Forte. Det framgår uttryckligen av institutets sakkunnigutlåtande II att vissa tester genomfördes med varianten Synto Forte. Dessutom framgår av institutets sakkunnigutlåtanden II och III att den produkt som användes för testerna innehåller 2-(2-butoxyetoxy)etanol som inte finns i Synto utan enbart i varianten Synto Forte. Det är emellertid utrett att denna beståndsdel gör Synto Forte till ett mycket aggressivare rengöringsmedel.

224 Det kan därutöver fastställas att de påstådda bristerna i Kr:s sakkunnigutlåtande som sökanden har gjort gällande inte föranleder en annan bedömning än den i punkt 219 ovan, eftersom det för det första på grundval av den bevisning som kommissionen grundat sig på i det angripna beslutet (skälen 8, 9, 74 och 75 i det angripna beslutet) kan dras slutsatsen att den omtvistade förseglingen hade avlägsnats från dörren till lokal G.505 under natten mellan den 29 och den 30 maj 2006, och att denna dörr således hade kunnat öppnas under denna period (se ovan punkt 146), och eftersom sökanden, som har bevisbördan för att de omständigheter som den åberopat, för det andra inte har styrkt de omständigheter som den gjort gällande avseende det skick som den omtvistade förseglingen konstaterats vara i.

225 I motsats till vad sökanden har hävdat grundar sig inte Kr:s sakkunnigutlåtande på antagandet att de fotografier som togs på eftermiddagen den 30 maj 2006 avbildade den omtvistade förseglingen i det skick i vilket den var i på morgonen samma dag, eftersom hänvisningen till dessa fotografier, som bland annat görs i Kr:s sakkunnigutlåtande II, enbart utgör en kompletterande upplysning om den omtvistade förseglingens skick såsom detta framgår av de fotografier som togs den 30 maj 2006.

226 Vad beträffar det påstådda dörrglapp som var för litet under de test som Kr genomförde, gäller för det andra följande. Kr fastställde under ett besök på plats i sökandens närvaro med hjälp av en digital linjal att dörren hade ett maximalt glapp på 0,53 mm, utan att denna slutsats ifrågasattes av sökanden i yttrandet avseende redogörelsen för de faktiska omständigheterna eller i institutets sakkunnigutlåtanden II och III. Även om det såsom framgår av skäl 79 i det angripna beslutet antogs att glappet var 2 mm, skulle den omtvistade förseglingen ha tänjts i mycket begränsad omfattning. Sökanden har inte heller framfört någon som helst bevisning till styrkande av att ett större glapp hade kunnat medföra en risk för en falsk positiv reaktion vad gäller den omtvistade förseglingen.

227 Det kan för det tredje vad gäller luftfuktigheten fastställas att sökanden inte har styrkt att uppgifterna i databladet, vilka kommissionen har lagt till grund för ett flertal av sina iakttagelser, inte är tillämpliga i förevarande fall, bland annat på grund av det material som dörren och dörrkarmen till lokal G.505 består av. Sökanden har inte heller visat att säkerhetsfoliens känslighet ökar på grund av luftfuktighet då säkerhetsfolien avlägsnas. I motsats till vad sökanden har anfört framgår slutligen av Kr:s sakkunnigutlåtande II att inte ens en ökad luftfuktighet skulle ha medfört en ändring av den omtvistade förseglingen.

228 Det kan för det fjärde, vad gäller avsaknaden av en statistisk bekräftelse avseende de tester som Kr genomfört, konstateras att det ankommer på sökanden att styrka de omständigheter som den har åberopat, vilket innebär att den påstådda avsaknaden av en statistisk bekräftelse, som är nödvändig för ett vetenskapligt grundat påstående, saknar relevans. Kommissionen har anfört att det experiment vid vilket plåtar lackerade med pulverlack använts genomfördes mycket varsammare än experimenten på eloxiderat aluminium.

229 För det femte kan sökandens påstående – att Kr underlät att beakta möjligheten att den omtvistade förseglingen kan ha anbringats på ett sådant sätt att den utsattes för spänning ovanpå springan mellan dörrpanelen och dörrkarmen till lokal G.505, vilket medfört en belastning på den omtvistade förseglingen som är större än det som läggs till grund i Kr:s sakkunnigutlåtande II – inte godtas, eftersom detta påstående saknar grund. Kr fastställde att en utvidgning av den omtvistade förseglingen förutsätter en betydlig kraft (skäl 89 i det angripna beslutet), vilket är uteslutet vid en försegling som anbringats manuellt.

230 För det sjätte styrker inte den påstådda avsaknaden av böjda hörn på den omtvistade förseglingen att sistnämnda inte avlägsnades under natten mellan den 29 och den 30 maj 2006. Böjda hörn är inte karaktäristiska för ett förseglingsbrott. Dessutom medför ett manuellt avlägsnande inte nödvändigtvis böjda hörn, eftersom en försegling kan dras bort försiktigt och även avlägsnas från mellanrummet mellan dörren och dörrkarmen på vilka den fästs. Denna invändning kan inte heller godtas.

231 För det sjunde framgår, i motsats till vad sökanden har hävdat, av Kr:s sakkunnigutlåtande II att den kombinerade inverkan av de omständigheter som sökanden har anfört undersöks i detsamma. Denna invändning kan följaktligen inte heller godtas.

232 Vad vidare avser den påstådda möjligheten att det var fråga om en falsk positiv reaktion som framgår av kommissionens egen redogörelse i punkterna 7, 74 och 75 i det angripna beslutet, är det med hänsyn till de slutsatser som dragits ovan i punkt 219 inte nödvändigt att uttala sig i denna fråga.

233 Denna argumentation kan såsom anförts ovan i punkt 146 i vilket fall inte godtas, eftersom kommissionen inte har anslutit sig till sökandens påståenden i punkt 2 i dess kompletterande förklaring av den 30 maj 2006 (se ovan punkt 12), och eftersom sökandens påstående att VOID-meddelandena på dörrkarmen inte hade raderats inte heller i sig styrker att det var fråga om en falsk positiv reaktion vad gäller den omtvistade förseglingen.

234 Talan kan således inte vinna bifall såvitt avser den sjätte grunden.

Den sjunde grunden: Åsidosättande av principen om oskuldspresumtionen

Parternas argument

235 Sökanden har gjort gällande att kommissionen under det administrativa förfarandet inte i tillräcklig utsträckning iakttog principen om oskuldspresumtion. Sökanden har erinrat om att kommissionen den 16 oktober 2007 anmodade Kr att yttra sig över institutets sakkunnigutlåtanden II och III. De frågor som kommissionen ställde till

Kr vid utarbetandet av Kr:s sakkunnigutlåtande II var till största delen suggestiva, och kommissionen åsidosatte därmed sin skyldighet att vara opartisk, principen om en neutral undersökning, principen om oskuldspresumtion och rätten till en rättvis rättegång.

236 Eftersom kommissionen har underlåtit att iaktta principen om en neutral undersökning såsom krävs enligt principen om oskuldspresumtion är det inte nödvändigt att besvara frågan huruvida det råder allvarliga tvivel vad gäller den sakkunniges trovärdighet och neutralitet (skäl 37 i det angripna beslutet). Invändningen att principen om oskuldpresumtion inte har iakttagits riktar sig nämligen inte till kommissionens sakkunnige utan till kommissionen själv. Enbart den omständigheten att det råder allvarliga tvivel om kommissionens neutralitet räcker för att fastställa att den skyldighet att vara opartisk som följer av principen om oskuldspresumtion har åsidosatts. Dessutom vägs den sakkunniges beteende, som består i att omformulera frågor, inte upp av kommissionens åsidosättande av principen om oskuldspresumtion.

237 Kommissionen anser att talan inte kan vinna bifall såvitt avser denna grund.

Tribunalens bedömning

238 Det ska erinras om att principen om oskuldspresumtion, såsom den följer av bland annat artikel 6.2 i Europakonventionen, utgör en del av de grundläggande rättigheter som enligt domstolens fasta rättspraxis erkänns i gemenskapens rättsordning, vilket för övrigt bekräftas i ingressen till Europeiska enhetsakten, artikel 6.2 EU och artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Med hänsyn till de aktuella överträdelsernas art samt arten och svårighetsgraden av de därtill

knutna sanktionsåtgärderna ska principen om oskuldspresumtion bland annat tillämpas i förfaranden som rör företags åsidosättande av konkurrensregler och som kan leda till ålägganden av böter eller viten (se förstainstansrättens dom av den 5 april 2006 i mål T-279/02, Degussa mot kommissionen, REG 2006, s. II-897, punkt 115, och där angiven rättspraxis).

239 Principen om oskuldspresumtion innebär att var och en som har blivit anklagad för en lagöverträdelse ska betraktas som oskyldig till dess att hans eller hennes skuld lagligen fastställts (se förstainstansrättens dom av den 6 oktober 2005 i de förenade målen T-22/02 och T-23/02, Sumitomo Chemical och Sumika Fine Chemicals mot kommissionen, REG 2005, s. II-4065, punkt 106).

240 I förevarande fall anser sökanden att kommissionen har åsidosatt principen om oskuldspresumtion genom att den 16 oktober 2007 skicka en skrivelse till Kr innehållande ett frågeformulär med suggestiva frågor.

241 De frågor som ställdes till Kr i denna skrivelse var formulerade enligt följande (se även skäl 36 i det angripna beslutet):

”1. Vill ni vänligen yttra er om metoderna, analyserna och slutsatserna i [institutets] sakkunnigutlåtanden som skickats till kommissionen genom skrivelser av den 6 juni 2007 och av den 1 oktober 2007. Förklara varför institutets sakkunnigutlåtanden inte motsäger ert sakkunnigutlåtande av den 8 maj 2007 avseende funktionsdugligheten

av kommissionens förseglingar med avseende på metoderna, analyserna och slutsatserna. Om ni anser att nya tester krävs för att bekräfta/underbygga era tidigare sakkunnigutlåtanden beskriv dessa kort.

2. Vänligen svara på ovannämnda fråga även med avseende på de argument/faktorer som [sökanden] utöver institutets sakkunnigutlåtanden anfört i sin skrivelse av den 6 juli 2007 (till exempel avsaknaden av statistisk betydelse av dess tester).

3. Vänligen bekräfta att kombinationen av de argument/faktorer som [sökanden] (eller [institutet]) anfört (bland annat att underlaget inte först hade rengjorts, att Synto använts på förseglingen, dörryckningar, luftfuktighet, och påståendet om att förseglingarna lagrats för länge) inte kan ha medfört en falsk positiv reaktion utan att förseglingen avlägsnats från underlaget. Vänligen bekräfta att kombinationen av de argument/faktorer som anförts inte kan förklara de andra omständigheter som kommissionen iakttagit på morgonen den 30 maj 2006 (klisterrester kring förseglingens kant och baksida). Om ni anser att nya tester måste genomföras för att bekräfta/underbygga era tidigare sakkunnigutlåtanden beskriv kortfattat dessa tester."

242 Såsom framgår av undersökningen av den fjärde grunden kan det med stöd av den bevisning som kommissionen grundat sig på i det angripna beslutet (skälen 8, 9, 74 och 75 i det angripna beslutet) avseende VOID-meddelandena på hela ytan av den omtvistade förseglingen och klisterrester kring och på baksidan av förseglingen på morgonen den 30 maj 2006, fastställas att den omtvistade förseglingen hade avlägsnats under natten mellan den 29 och den 30 maj 2006 och att dörren till lokal G.505

hade kunnat öppnas under denna period. I detta sammanhang ankommer det, såsom framgår av prövningen av den första grunden, på det berörda företaget att visa dels att den omständighet som det åberopat föreligger, dels att denna omständighet innebär att bevisvärdet av den bevisning på vilken kommissionen grundar sig kan ifrågasättas.

243 Såsom kommissionen har påpekat syftade Kr:s sakkunnigutlåtande II till att undersöka om de slutsatser som dragits i Kr:s sakkunnigutlåtande I ifrågasattes genom institutets sakkunnigutlåtanden II och III. I Kr:s sakkunnigutlåtande I anförde kommissionens sakkunnige att den glidning av den omtvistade förseglingen som nämndes i institutets sakkunnigutlåtande I, inte kunde ligga till grund för en falsk positiv reaktion oberoende av förseglingens ålder, det sätt på vilket den anbringades och den hastighet med vilken den avlägsnades, även om det antogs att den först hade rengjorts med rengöringsmedlet Synto och därefter utsatts för skjuv- och avskalningskrafter.

244 Syftet med kommissionens frågeformulär var således att med hänsyn till slutsatsen i Kr:s sakkunnigutlåtande I fastställa om en sådan slutsats ifrågasattes genom institutets sakkunnigutlåtanden II och III. Kommissionen anförde dessutom, utan att sökanden har bestritt detta, att formuleringen av nämnda frågor även följde av det sammanhang i vilket de ingick, nämligen att Kr redan muntligen hade kommenterat de fastställanden som gjordes i institutets sakkunnigutlåtanden II och III och anfört att det inte fanns någon anledning att betvivla de slutsatser som dragits i Kr:s sakkunnigutlåtande I.

245 Såsom kommissionen slutligen anförde i skäl 37 i det angripna beslutet framgår av Kr:s egen formulering av frågorna i sakkunnigutlåtande II att kommissionens sakkunnige ansåg att dessa frågor utgjorde öppna frågor, eftersom de omformulerats på

följande sätt: ”Ifrågasätts slutsatserna i sistnämnda sakkunnigutlåtande genom utvärderingsrapporterna?” ”Ifrågasätts de argument som [sökandens ombud] framfört?” ”Kan en kombination av de faktorer/argument som anförts medföra en falsk positiv reaktion och förklara de omständigheter under vilka förseglingen förefunnits?”

246 Av vad som anförts ovan följer att kommissionen inte åsidosatte principen om oskuldspresumtion genom formuleringen av frågorna i skrivelsen till Kr av den 16 oktober 2007.

247 Talan kan således inte bifallas såvitt avser den sjunde grunden.

Den åttonde grunden: Åsidosättande av artikel 23 i förordning nr 1/2003

Parternas argument

248 Sökanden har erinrat om att kommissionen i det angripna beslutet klandrade sökanden för att ha brutit förseglingen av oaktsamhet, utan att emellertid klargöra vari det oaktsamma beteendet bestod.

249 För det första riktar sig artikel 23.1 i förordning nr 1/2003 enbart till bolag eller föreningar som handlar genom sina anställda eller representanter och vars handlingar följaktligen kan tillskrivas dessa. Sökanden har åberopat domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen (REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, punkt 97), och anfört att kommissionen i skäl 101 i det angripna beslutet felaktigt angav att tredje mans handlingar kan tillskrivas sökanden. Ingen av sökandens behöriga medarbetare eller representanter har öppnat dörren till lokal G.505, vilket framgår av de förklaringar som sökanden lämnade under ed. I detta sammanhang utgör det påstådda öppnandet av dörren eller alla andra omständigheter som ligger till grund för den omtvistade förseglingens avlägsnande en handling som överskrider den handlande personens befogenheter, och kan inte tillskrivas sökanden. Den omständigheten att städbolaget blev underrättat om förekomsten av den omtvistade förseglingen saknar relevans, eftersom det inte förfogade över en nyckel till lokal G.505. Eftersom syftet med förseglingen, nämligen att säkra de handlingar som ännu inte hade granskats, enbart har kunnat äventyras av nyckelinnehavarna, var det inte nödvändigt att underrätta städbolaget om förekomsten av den omtvistade förseglingen.

250 För det andra saknar kommissionens invändning om oaktsamhet relevans. Oaktsamhet föreligger enbart om den berörda personen hade kunnat veta och måste ha vetat att den begick en överträdelse. Kommissionen har emellertid enbart grundat sig på påstådda förändringar hos en föråldrad försegling som använts på ett felaktigt sätt.

251 Tvärtemot vad kommissionen har påstått (skäl 102 i det angripna beslutet) hade den anställde hos städbolaget inte kunnat veta att användningen av en trasa fuktad med ett rengöringsmedel på den omtvistade förseglingen kan medföra att kännetecken som liknar dem vid brytande av förseglingar framträder. Sökanden kan inte heller klandras för att den inte förebyggde ett sådant ingrepp (fotnot 176 i det angripna beslutet). På förseglingen angavs inte att den eventuellt var känslig för rengöring och

sökanden underrättades inte om detta varken då den omtvistade förseglingen anbringades eller i protokollet om förseglingen. Sökanden kan enbart hållas ansvarig för att den öppnade den förseglade dörren utan att ha behörighet att göra detta. Medlemmarna i inspektionsgruppen hade uppenbarligen inte heller kännedom om den omtvistade förseglingens funktion.

252 Dessutom kan den omständigheten att kommissionen inte underrättade sökanden om att den maximala hållbarhetstiden för den omtvistade förseglingen hade överskridits inte läggas sökanden till last. Vid överskridande av den maximala hållbarhetstiden för en försegling kan det inte uteslutas att förseglingen inte fungerar korrekt. I tysk rätt utgör ett överskridande av hållbarhetstiden ett fel i varan. Med hänsyn till att den maximala hållbarhetstiden för den omtvistade förseglingen hade överskridits och med beaktande av de böter som kan åläggas vid brytandet av förseglingen borde kommissionen åtminstone ha nämnt denna omständighet för sökanden.

253 Kommissionen har bestritt sökandenas argument.

Tribunalens bedömning

254 I det angripna beslutet fann kommissionen att ”förutom vid force majeure kan det i princip utgås från att förseglingen enbart kan ha avlägsnats uppsåtligen. För detta talar även att förseglingen efter att ha avlägsnats hade satts tillbaka på ett sätt som

avsåg att dölja att förseglingen hade brutits". Kommissionen angav även att "[h]ärvid ska även den omständigheten beaktas att enbart personer som bemyndigats av [sökanden] befann sig i byggnaden (däribland anställda i [städbolaget], som är ett helägt dotterbolag till [sökanden])" (skäl 101 i det angripna beslutet). Kommissionen angav vidare att det "i vart fall kan antas att förseglingen brutits av oaktsamhet", att "det i detta avseende ska beaktas att [sökandens] representanter vid anbringandet av förseglingen hade underrättats av ledaren för inspektionsgruppen om betydelsen av förseglingen och följderna av ett brytande av förseglingen", samt "att detta även angavs på själva förseglingen" (skäl 102 i det angripna beslutet). Kommissionen utgick således på grund av naturen av förändringen av den omtvistade förseglingens skick, med hänsyn till de omständigheter som anges i skäl 9 i det angripna beslutet och i protokollet om brytandet av förseglingen, att förseglingen hade brutits uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet.

255 Sökanden har inom ramen för förevarande grund huvudsakligen gjort gällande att kommissionen i punkt 101 i det angripna beslutet felaktigt antog att sökanden kan hållas ansvarig för tredje mans handlande, och att det i förevarande fall inte kan vara fråga om oaktsamhet, eftersom den anställde hos städbolaget inte kunde veta att denne gjorde sig skyldig till gärningen brytande av förseglingen.

256 Det har för det första redan fastställts att kommissionen i enlighet med artikel 23.1 e i förordning nr 1/2003 kan ålägga böter när förseglingar som de tjänstemän eller andra medföljande personer som kommissionen bemyndigat har anbringat uppsåtligen eller av oaktsamhet har brutits. Såsom redan fastställts vid prövningen av den andra grunden ankommer det i enlighet med artikel 23.1 e i förordning nr 1/2003 inte på kommissionen att visa att den förseglade lokalen tillträtts. Sökandens argument att dörren till lokal G.505 inte hade öppnats av nyckelinnehavarna, vilket framgår av de

förklaringar som de och den anställda hos städbolaget som inte hade någon nyckel till denna lokal lämnade under ed, saknar således relevans.

257 Vad för det andra beträffar sökandens argument – att ingen av dess medarbetare eller de personer som sökanden bemyndigat hade öppnat dörren till lokal G.505, vilket framgår av de förklaringar som nyckelinnehavarna lämnade under ed, och av den omständigheten att om den omtvistade förseglingen skulle ha avlägsnats i detta sammanhang hade ovannämnda personer överskridit sin behörighet – gäller följande. I skäl 101 i det angripna beslutet angav kommissionen att enbart de personer som sökanden bemyndigat (däribland de anställda hos städbolaget som är ett helägt dotterbolag till sökanden) befann sig i G-byggnaden. I skäl 103 i det angripna beslutet anförde kommissionen att det kunde uteslutas att en person som inte hade bemyndigats kunde beträda nämnda byggnad under natten mellan den 29 och 30 maj 2006 och att sökanden inte heller har påstått att en obehörig person har tagit sig in i byggnaden.

258 Dessa påståenden har inte bestritts av sökanden inom ramen för förevarande talan. Dessutom ska sökandens medarbetare eller de personer som sökanden bemyndigat anses ha utfört arbete till förmån för eller under ledning av sökanden (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73–56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkt 539). I detta avseende kan sökandens argument, som grundar sig på domen i det ovan i punkt 249 nämnda målet Musique Diffusion française mot kommissionen och som avser att enbart nyckelinnehavarna var medarbetare eller personer som sökanden bemyndigat, inte godtas. Såsom kommissionen har påpekat krävs, för att den ska ha befogenhet att ålägga ett företag som har begått en överträdelse sanktioner, endast att en åtgärd som utgör en överträdelse har vidtagits av en person som vanligtvis har behörighet att agera på företagets vägnar (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 277, och där angiven rättspraxis).

259 Vad för det tredje beträffar argumentet att den anställda hos städbolaget inte hade kunnat veta att användningen av en trasa fuktad med ett vanligt rengöringsmedel på den omtvistade förseglingen kan medföra att det uppkommer kännetecken som liknar dem vid brytande av en försegling, gäller följande. Detta argument grundar sig på det felaktiga antagandet att det har visats att den omtvistade förseglingens skick på morgonen den 30 maj 2006 berodde på det rengöringsmedel som den anställda påstås ha använt.

260 Även om det antogs att den omtvistade förseglingens skick hade kunnat ändras till följd av att den anställda använde en trasa och rengöringsmedel (skäl 102 i det angripna beslutet), ankommer det under alla omständigheter på sökanden att vidta alla de åtgärder som krävs för att förhindra manipulation av den omtvistade förseglingen, särskilt som sökanden tydligt underrättades om betydelsen av den omtvistade förseglingen och följderna av ett brytande av denna försegling (skäl 5 i det angripna beslutet).

261 För det fjärde, vad avser sökandens argument som avser dels att kommissionen enbart grundat sig på förändringarna hos en föråldrad försegling som använts på ett felaktigt sätt, dels den påstådda maximala hållbarhetstiden för den omtvistade förseglingen, ska det påpekas att dessa har underkänts inom ramen för prövningen av den sjätte grunden.

262 Mot bakgrund av det ovan anförda gjorde kommissionen en riktig bedömning när den fann att förseglingen i förevarande fall i vart fall brutits av oaktsamhet.

263 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall såvitt avser denna grund.

Den nionde grunden: Åsidosättande av artikel 253 EG och proportionalitetsprincipen vid fastställandet av bötesbeloppet

Sökandens argument

264 Sökanden har i andra hand gjort gällande att de böter som den ålades i det angripna beslutet ska upphävas eller alternativt sättas ned.

265 Sökanden har för det första gjort gällande att de böter som den ålagts strider mot förbudet mot godtycke och mot artikel 253 EG. I det angripna beslutet klargjorde nämligen inte kommissionen enligt vilka kriterier den hade fastställt bötesbeloppet, så påförandet av böter om 38 miljoner euro är obegripligt, särskilt som det i riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 (EGT C 9, 1998, s. 3) även vid allvarliga överträdelser föreskrivs ett grundbelopp på 20 miljoner euro. Sökanden har med hänsyn till den bristande motiveringen i det angripna beslutet inte kunnat göra gällande sin rätt till försvar.

266 För det första angav kommissionen i det angripna beslutet (skäl 104 och följande skäl) enbart en rad omständigheter som antingen är tillämpliga på samtliga fall då förseglingar bryts eller överhuvudtaget utgör försvårande eller förmildrande omständigheter, utan att emellertid ange grundbeloppet eller de försvårande eller förmildrande omständigheterna i vare sig absoluta värden eller i procent. Kommissionen har

följaktligen vad gäller en väsentlig aspekt i det angripna beslutet i strid med artikel 253 EG underlåtit att i sin bedömning ange de omständigheter som var avgörande.

267 För det andra ger det angripna beslutet intryck av att kommissionen utgick från att det var fråga om en uppsåtlig överträdelse, medan den i de relevanta delarna i det angripna beslutet angett att överträdelsen i vart fall skett av oaktsamhet (punkt 102 i det angripna beslutet).

268 Sökanden har vidare gjort gällande att de försvårande omständigheter som åberopats inte är korrekta ur materiell synvinkel, då de är tillämpliga i alla fall då förseglingar brutits och enbart utgör abstrakta och allmänna anmärkningar som inte har något samband med det konkreta fallet (se skälen 105–108 i det angripna beslutet). Det är nödvändigt att skilja mellan betydelsen och inverkan av brytandet av förseglingen. Kommissionen har i förevarande fall emellertid inte tagit ställning till de konkreta omständigheterna vid brytandet av förseglingen. De andra skälen som anförts i det angripna beslutet – nämligen för det första skärpningen av sanktionerna för brytande av förseglingar i förordning nr 1/2003 i förhållande till tidigare ordning, för det andra den omständigheten att det rör sig om en inspektion på det konkurrensrättsliga området, för det tredje den omständigheten att de handlingar som placerats i lokal G.505 inte hade kopierats eller registrerats, för det fjärde sökandens storlek och slutligen den omständigheten att åtgärder inte vidtagits för att säkerställa den omtvistade förseglingens säkerhet – saknar betydelse för bedömningen av överträdelsens allvar.

269 Kommissionen har därutöver inte i tillräcklig utsträckning beaktat flera förmildrande omständigheter till sökandens fördel som kunnat motivera en avsevärd nedsättning av bötesbeloppet.

270 För det första ska en försegling som brutits av oaktsamhet sanktioneras med ett mindre bötesbelopp än en försegling som brutits uppsåtligen. I förevarande fall är brytandet av förseglingen resultatet av en kombination av mer eller mindre slumpartade omständigheter.

271 För det andra underrättade inte medlemmarna i inspektionsgruppen sökanden om säkerhetsfoliens särskilda känslighet, vilket kan ha bidragit till sökandens påstådda oaktsamhet bestående i att den inte vidtagit förebyggande åtgärder.

272 Det har för det tredje inte kunnat fastställas om handlingar avlägsnats från lokal G.505.

273 För det fjärde har sökanden, till skillnad från vad kommissionen har anfört i skäl 112 i det angripna beslutet, samarbetat med kommissionen i större utsträckning än vad som krävs bland annat genom att förse kommissionen med kostsamma sakkunnigutlåtanden.

274 Sökanden har dessutom gjort gällande att enbart en hänvisning till den procentuella andelen av de böter som fastställts i förhållande till dess totala omsättning inte räcker för att utesluta ett åsidosättande av lagstiftningen vid fastställandet av bötesbeloppet. Bötesbeloppet är oproportionerligt i förhållande till överträdelsen med hänsyn till de tvivel som råder om huruvida det i förevarande fall föreligger ett brytande av en försegling som kan tillskrivas sökanden. Det krävs inte heller att böterna har en avskräckande verkan. Dessutom har Nederlandse Mededingingsautoriteit (den nederländska konkurrensmyndigheten, nedan kallad NMa) vid en analog tillämpning

av proportionalitetsprincipen nyligen påfört böter för brytande av försegling om 269 000 euro eller 0,0028 procent av det berörda företagets totala omsättning, trots att Wet houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet) (den nederländska konkurrenslagstiftningen) (Stb. 1997, nr 242), i dess ändrade lydelse, lämnade utrymme för att fastställa bötesbeloppets storlek med upp till 1 procent av den globala omsättningen (artikel 70 b.1 i Mededingingswet).

275 Kommissionen har anfört att sökandens argument i denna del inte kan godtas.

Tribunalens bedömning

276 Sökanden har gjort gällande att det angripna beslutet innehåller en bristfällig motivering, eftersom kommissionen i detsamma underlät att klargöra enligt vilka kriterier den hade fastställt det ålagda bötesbeloppet. Sökandens rätt till försvar ska ha åsidosatts genom den bristfälliga motiveringen.

277 Den motivering som krävs enligt artikel 253 EG ska enligt fast rättspraxis vara anpassad till rättsaktens beskaffenhet. Av motiveringen ska vidare 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 behörig domstol ges möjlighet att utföra sin prövning. Frågan huruvida kravet på motivering är uppfyllt ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälen och det intresse av att få förklaringar som de vilka rättsakten är riktad till, eller andra personer som direkt eller personligen berörs av den, kan ha. Det krävs inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter

anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av ett beslut uppfyller kraven i artikel 253 EG inte ska ske endast utifrån rättsaktens ordalydelse utan även utifrån sammanhanget och samtliga rättsregler på det ifrågavarande området (se domstolens dom 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 där angiven rättspraxis).

278 I förevarande fall har kommissionen vad gäller de kriterier som den lagt till grund vid fastställandet av bötesbeloppet anfört att bötesbeloppet berodde på överträdelsens allvar och de särskilda omständigheterna i fallet (skälen 104–113 i det angripna beslutet).

279 Kommissionen har således för det första gjort gällande att ett brytande av en försegling oberoende av det konkreta fallet utgör en allvarlig överträdelse, och att böter som påförs för brytande av en försegling borde ha en avskräckande verkan (skäl 105 i det angripna beslutet), så att det inte ska vara vara mer fördelaktigt för ett företag som är föremål för en undersökning att bryta en försegling.

280 Kommissionen har för det andra påpekat att i allmänhet genomförs inspektioner endast då indicier talar för att det skett överträdelser av konkurrenslagstiftningen, såsom var fallet i förevarande mål. Inspektionen i sökandens lokaler borde ha gett kommissionen möjlighet att kontrollera indicier för överträdelser, och dessutom fanns endast handlingar som inte registrerats, vilka främst upptäcktes första inspektionsdagen, att finna i det förseglade rummet (punkterna 107 och 108 i det angripna beslutet).

281 För det tredje har kommissionen anfört att den vid fastställandet av bötesbeloppet beaktade den omständigheten att det rörde sig om en första tillämpning av artikel 23.1 e i förordning nr 1/2003, vilket emellertid inte kunde leda till att det fastställda bötesbeloppet inte säkerställde bestämmelsens avskräckande verkan (skäl 109 i det angripna beslutet).

282 Kommissionen har för det fjärde anfört att oberoende av den omständigheten att bestämmelserna i förordning nr 1/2003 om bötesbelopp för åsidosättande av förfaranderättsliga bestämmelser hade skärpts tre år före inspektionerna och att förseglingarna redan hade anbringats i byggnaderna hos samma koncern några veckor tidigare, var sökanden ett av de största energibolagen i Europa som förfogade över ett stort antal experter på det kartellrättsliga området och att sökanden vid förseglingen hade underrättats om de betydande bötesbelopp som föreskrevs för brytande av försegling (skälen 110 i det angripna beslutet).

283 Kommissionen godtog därefter inte sökandens argument avseende förmildrande omständigheter, vilka avsåg att kommissionen inte förebringat bevisning för att dörren till lokal G.505 hade öppnats, att handlingarna hade stulits eller att sökanden hade samarbetat med kommissionen utöver vad som krävs (skälen 111 och 112 i det angripna beslutet).

284 Eftersom kommissionen med avseende på artikel 23.1 e i förordning nr 1/2003 inte har antagit några riktlinjer för den beräkningsmetod som ska användas vid fastställandet av bötesbelopp i enlighet med denna bestämmelse, och eftersom kommissionens överväganden i det angripna beslutet kommer till uttryck på ett klart och tydligt sätt, var kommissionen tvärtemot vad sökanden påstått inte skyldig att ange grundbeloppet eller eventuella försvårande eller förmildrande omständigheter i absoluta värden eller i procentsatser. Härav följer att invändningen att artikel 253 EG

har åsidosatts inte kan vinna bifall. Sökandens invändning att dess rätt till försvar åsidosattes på grund av att det angripna beslutet är bristfälligt motiverat kan inte heller vinna bifall.

285 Sökanden har i andra hand gjort gällande att det bötesbelopp som den ålagts var oproportionerligt.

286 Det ska erinras om att proportionalitetsprincipen innebär att gemenskapsinstitutionerna i sitt handlande inte får gå utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå de legitima mål som eftersträvas med bestämmelserna i fråga. När det finns flera ändamålsenliga åtgärder att välja mellan ska den åtgärd väljas som är minst ingripande och de vållade olägenheterna får inte vara orimliga i förhållande till de eftersträvade målen (domstolens dom av den 5 maj 1998 i mål C-180/96, Förenade kungariket mot kommissionen, REG 1998, s. I-2265, punkt 96, och förstainstansrättens dom av den 12 september 2007 i mål T-30/05, Prym och Prym Consumer mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallsamlingen, punkt 223).

287 Härav följer att bötesbeloppet måste stå i rimlig proportion till de eftersträvade målen, det vill säga i förhållande till iakttagandet av konkurrenslagstiftningen, och att det bötesbelopp som åläggs ett företag på grund av en konkurrensrättslig överträdelse ska vara proportionellt mot överträdelsen bedömd i sin helhet med beaktande av bland annat hur allvarlig den varit (domen i det ovan i punkt 286 nämnda målet Prym och Prym Consumer mot kommissionen, punkt 224). I enlighet med fast rättspraxis bestäms frågan hur allvarlig en överträdelse är med beaktande av ett stort antal faktorer, varvid kommissionen förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning (domstolens dom av den 10 maj 2007 i mål C-328/05 P, SGL Carbon mot kommissionen, REG 2007, s. I-3921, punkt 43, och 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, punkterna 240–242).

288 Kommissionen angav för det första i skälen 105–108 i det angripna beslutet med rätta skälen till att överträdelsen avseende brytande av förseglingen som sådan utgör ett särskilt allvarligt brott, och hänvisade härvid huvudsakligen till förseglingarnas syfte, som är att hindra att bevisning försvinner under undersökningen, och till behovet av att säkerställa att det bötesbelopp som åläggs har en tillräckligt avskräckande verkan. Det ska i detta avseende även betonas att vad gäller överträdelsen avseende brytande av förseglingen föreskriver lagstiftaren hårdare sanktioner i förordning nr 1/2003 än de som föreskrevs i den tidigare ordningen för att beakta den särskilt allvarliga karaktären av denna överträdelse. Dessutom framgår av rättspraxis att kommissionen vid fastställandet av bötesbeloppet måste beakta att det är nödvändigt att säkerställa att det har en tillräckligt avskräckande verkan (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 249 nämnda målet Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 108). Detta är särskilt viktigt vid en överträdelse avseende brytande av en försegling för att det inte ska vara fördelaktigare för företagen att bryta en försegling vid en inspektion (skäl 105 i det angripna beslutet). Mot bakgrund av vad som anförts ovan, och tvärtemot vad sökanden har hävdat, har kommissionen inte beaktat de försvårande omständigheter som är till dess nackdel utan angett de omständigheter som motiverar åläggande av böter med tillräckligt avskräckande verkan för alla överträdelser avseende brytande av förseglingar.

289 Vad för det andra gäller de förmildrande omständigheter som kommissionen inte beaktade i tillräcklig utsträckning, kan sökandens argument att brytandet av en försegling av oaktsamhet utgör en förmildrande omständighet för det berörda företaget, inte godtas. Tvärtemot vad sökanden har hävdat utgick inte kommissionen från att det rörde sig om en uppsåtlig överträdelse, eftersom den ansåg att det i förevarande fall var nödvändigt att tillstå att förseglingen i vart fall hade brutits av oaktsamhet (skäl 102 i det angripna beslutet). Överträdelsen avseende brytande av en försegling kan i enlighet med artikel 23.1 e i förordning nr 1/2003 begås uppsåtligen eller av oaktsamhet. Såsom kommissionen har påpekat medför brytandet av en försegling i sig att förseglingen fråntas sin skyddande effekt och räcker således för att det ska anses föreligga en överträdelse.

290 Vad beträffar sökandens argument att kommissionen borde ha underrättat den om säkerhetsfoliens särskilda känslighet, gäller följande. Såsom framgår av analysen av den femte och den sjätte grunden har denna påstådda känslighet inte styrkts med avseende på kommissionens officiella förseglingar, och i vilket fall har sökanden inte visat att denna kunde ge upphov till falska positiva reaktioner vad gäller förseglingen. Såsom framgår av prövningen av åttonde grunden ankom det på sökanden att vidta de åtgärder som krävs för att hindra all manipulation av den omtvistade förseglingen.

291 Den omständigheten att det inte var möjligt att fastställa att handlingar hade avlägsnats från lokal G.505 saknar vidare relevans, eftersom syftet med förseglingen var att undvika all manipulation av de handlingar som placerats i den förseglade lokalen i frånvaro av kommissionens inspektionsgrupp. Såsom kommissionen anförde i skälen 11 och 111 i det angripna beslutet hade de handlingar som förvarades i lokal G.505 inte registrerats bland annat till följd av det stora antalet. Inspektionsgruppen kunde därför inte kontrollera om de handlingar som placerats i denna lokal saknades.

292 Sökandens påstådda påkostade insatser i samband med sakkunnigutlåtandena och förhör av medarbetare och nyckelinnehavare kan inte anses som ett klargörande av de faktiska omständigheterna som går utöver vad som krävs och motiverar en nedsättning av bötesbeloppet, eftersom dessa insatser genomfördes inom ramen för sökandens rätt till försvar och eftersom de inte underlättade kommissionens undersökning.

293 För det tredje beaktade kommissionen i vart fall den omständigheten att brytandet av ifrågavarande försegling är det första fallet där det är aktuellt att tillämpa artikel 23.1 e i förordning nr 1/2003 (skäl 109 i det angripna beslutet). Kommissionen har dock anfört att det, oberoende av denna omständighet, förhöll sig så att sökanden förfogade

över ett stort antal experter på det kartellrättsliga området, att ändringen av förordningen hade skett mer än tre år före de inspektioner som företagits hos sökanden, att sökanden hade underrättats om följderna av ett brytande av förseglingen och att andra förseglingar några veckor tidigare hade anbringats i byggnader tillhöriga andra bolag i sökandens koncern.

294 Tvärtemot vad sökanden har hävdat kan för det fjärde ett bötesbelopp på 38 miljoner euro inte anses vara oproportionerligt i förhållande till överträdelsen, med hänsyn till att brytande av en försegling är en särskilt allvarlig överträdelse samt med hänsyn till sökandens storlek och behovet av att säkerställa att bötesbeloppet har en tillräckligt avskräckande verkan för att det inte ska vara fördelaktigt för ett företag att bryta en försegling som kommissionen anbringat vid sina inspektioner

295 Argumentet avseende NMa:s beslutspraxis i Nederländerna kan inte godtas. Bortsett från att kommissionen inte kan vara bunden av nationella myndigheters beslutspraxis är den jämförelse som sökanden gjorde – mellan å ena sidan procentsatsen av det bötesbelopp som NMa ålagt i förhållande till det berörda företagets globala omsättning, och, å andra sidan, procentsatsen av det bötesbelopp som sökanden ålagts i förevarande fall i förhållande till sin omsättning – inte relevant. Denna jämförelse med avseende på den nederländska överträdelsen gjordes nämligen i förhållande till den berörda koncernens omsättning och med avseende på förevarande fall enbart i förhållande till sökandens omsättning och inte i förhållande till E.ON-koncernens omsättning i dess helhet.

296 Av vad som anförts ovan följer att det bötesbelopp som kommissionen ålagt sökanden, motsvarande cirka 0,14 procent av sökandens omsättning, inte kan anses vara oproportionerligt.

297 Härav följer att talan ska ogillas i sin helhet. Sökandens begäran om åtgärder för bevisupptagning ska inte bifallas (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 22 november 2007 i mål C-260/05 P, Sniace mot kommissionen, REG 2007, s. I-10005, punkterna 77–79, och där angiven rättspraxis).

Rättegångskostnader

298 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats.

299 Kommissionen har yrkat att sökanden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (åttonde avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) E.ON Energie AG ska ersätta rättegångskostnaderna.

Martins Ribeiro Papasavvas Wahl

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 15 december 2010.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser ..... II - 5766

Bakgrund till tvisten ..... II - 5767

Förfarandet och parternas yrkanden ..... II - 5775

Rättslig bedömning ..... II - 5776

Den första grunden: Felbedömning av bevisbördan ..... II - 5777

Parternas argument ..... II - 5777

Tribunalens bedömning ..... II - 5781

Den andra grunden: Åsidosättande av principen om utredningsplikt ..... II - 5787

Parternas argument ..... II - 5787

Tribunalens bedömning ..... II - 5790

Den tredje grunden: Det påstått felaktiga antagandet om en i behörig ordning anbringad försegling ..... II - 5795

Parternas argument ..... II - 5795

Tribunalens bedömning ..... II - 5797

Den fjärde grunden: Det påstått felaktiga antagandet att den omtvistade förseglingen var i besynnerligt skick dagen efter inspektionen ..... II - 5804

Parternas argument ..... II - 5804

Tribunalens bedömning ..... II - 5807

Den femte grunden: Det påstått felaktiga antagandet om säkerhetsfoliens lämplighet för officiella förseglingar av kommissionen ..... II - 5814

Parternas argument ..... II - 5814

Tribunalens bedömning ..... II - 5816

Den sjätte grunden: Kommissionens felbedömning av alternativa händelseförlopp som kunnat ligga till grund för den omtvistade förseglingens tillstånd ..... II - 5819

Parternas argument ..... II - 5819

Tribunalens bedömning ..... II - 5828

Den sjunde grunden: Åsidosättande av principen om oskuldspresumtionen ..... II - 5840

Parternas argument ..... II - 5840

Tribunalens bedömning ..... II - 5841

Den åttonde grunden: Åsidosättande av artikel 23 i förordning nr 1/2003 ..... II - 5845

Parternas argument ..... II - 5845

Tribunalens bedömning ..... II - 5847

Den nionde grunden: Åsidosättande av artikel 253 EG och proportionalitetsprincipen vid fastställandet av bötesbeloppet ..... II - 5851

Sökandens argument ..... II - 5851

Tribunalens bedömning ..... II - 5854

Rättegångskostnader ..... II - 5861