ARREST VAN HET GERECHT (Vijfde kamer)

29 juni 2012 *

„Mededinging — Mededingingsregelingen — Duitse en Franse aardgasmarkt — Beschikking waarbij inbreuk op artikel 81 EG wordt vastgesteld — Marktverdeling — Duur van inbreuk — Geldboeten”

In zaak T-370/09,

**GDF Suez SA**, gevestigd te Parijs (Frankrijk), vertegenwoordigd door J.-P. Gunther en C. Breuvart, advocaten,

verzoekster,

tegen

**Europese Commissie**, vertegenwoordigd door V. Di Bucci, A. Bouquet en R. Sauer, als gemachtigden,

verweerster,

betreffende, primair, een verzoek tot gedeeltelijke nietigverklaring van beschikking C(2009) 5355 definitief van de Commissie van 8 juli 2009 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (zaak COMP/39.401 — E.ON/GDF), en, subsidiair, een verzoek tot nietigverklaring of verlaging van het bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete,

wijst

HET GERECHT (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: S. Papasavvas (rapporteur), president, V. Vadapalas en K. O’Higgins, rechters,

griffier: C. Kristensen, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 21 september 2011,

het navolgende

* Procestaal: Frans.

## Arrest

### Toepasselijke bepalingen

1. *Recht van de Europese Unie*

1 Bij richtlijn 98/30/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas (PB L 204, blz. 1; hierna: „eerste gasrichtlijn"), zijn gemeenschappelijke regels vastgesteld voor de transmissie, distributie, levering en opslag van aardgas. Vastgesteld worden de voorschriften voor de organisatie en het functioneren van de aardgassector, waartoe ook vloeibaar aardgas (LNG) behoort, de toegang tot de markt, de exploitatie van netwerken, en de criteria en procedures die gelden voor het verlenen van toestemming voor de transmissie, de distributie, de levering en de opslag van aardgas.

2 De eerste gasrichtlijn verplichtte de lidstaten ertoe de markt voor de gasvoorziening van grote afnemers geleidelijk aan voor mededinging open te stellen en om derden toegang tot het bestaande transmissienet te verlenen.

3 Krachtens artikel 29, lid 1, en artikel 30 van de eerste gasrichtlijn moesten de lidstaten de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in werking doen treden om uiterlijk 10 augustus 2000 aan deze richtlijn te voldoen.

4 De eerste gasrichtlijn is met ingang van 1 juli 2004 ingetrokken en vervangen door richtlijn 2003/55/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor aardgas en houdende intrekking van richtlijn 98/30 (PB L 176, blz. 57, met rectificatie in PB 2004, L 16, blz. 94).

2. *Nationaal recht*

*Frans recht*

5 Artikel 1 van loi nº 46-628, du 8 avril 1946, sur la nationalisation de l'électricité en du gaz (JORF van 9 april 1946, blz. 2651) (wet inzake de nationalisatie van de elektriciteit en het gas; hierna: „wet van 1946") bepaalde vóór de intrekking ervan bij ordonnance nº 2011-504, du 9 mai 2011, portant codification de la partie législative du code de l'énergie (JORF van 10 mei 2011, blz. 7954) (wetsbesluit nr. 2011-504 van 9 mei 2011 inzake de codificatie van het wetgevende deel van het energiewetboek) het volgende:

„Met ingang van de afkondiging van de onderhavige wet zijn genationaliseerd:

[...]

2° De productie, de transmissie, de distributie, de invoer en de uitvoer van brandstofgas.

[...]"

6 Vóór de wijziging ervan bij loi nº 2004-803, du 9 août 2004, relative au service public de l'électricité et du gas et aux entreprises électriques et gazières (JORF van 11 augustus 2004, blz. 14256) (wet nr. 2004-803 van 9 augustus 2004 inzake de openbare dienst voor elektriciteit en gas en inzake de elektriciteits- en gasbedrijven), luidde artikel 3, eerste alinea, van de wet van 1946 als volgt:

„Het beheer van de genationaliseerde gasbedrijven wordt opgedragen aan een publieke instelling van industriële en commerciële aard, genoemd Gaz de France (GDF), Service National".

7 Tot aan de inwerkingtreding van loi nº 2003-8, du 3 janvier 2003, relative aux marchés du gas et de l'électricité et au service public de l'énergie (JORF van 4 januari 2003, blz. 265) (wet nr. 2003-8 van 3 januari 2003 inzake de gas- en de elektriciteitsmarkt en de openbare dienst voor energie; hierna: „wet van 2003"), kende de wet van 1946 aan Gaz de France een monopolie op het gebied van de invoer en de uitvoer van gas toe.

8 De wet van 2003, die strekte tot omzetting van de eerste gasrichtlijn in Frans recht, heeft de Franse gasmarkt voor mededinging opengesteld. Deze wet heeft onder meer de toegang tot de netwerken en de levering van aardgas aan de daarvoor in aanmerking komende afnemers opengesteld en het monopolie op de invoer en de uitvoer van gas afgeschaft.

9 Gaz de France is bij wet nr. 2004-803 tot een naamloze vennootschap omgedoopt.

*Duits recht*

10 Het Energiewirtschaftsgesetz (wet inzake de energiehuishouding; hierna: „EnWG van 1935") van 13 december 1935 (RGBl. I blz. 1451) voorzag in een stelsel van vergunningen en toezicht op de Duitse gasondernemingen door het openbaar gezag.

11 Krachtens artikel 103 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (wet ter bestrijding van mededingingsbeperkingen; hierna: „GWB") van 27 juli 1957 (BGBl. I blz. 1081) zijn sommige overeenkomsten die zijn gesloten tussen de energiedistributeurs en tussen deze ondernemingen en de gemeenten vrijgesteld van het verbod van mededingingsvervalsende overeenkomsten. Deze vrijstelling is onder meer van toepassing op de zogenoemde grensakkoorden, waarbij ondernemingen onderling overeenkwamen om geen elektriciteit of gas te leveren in elkaars gebied, en zogenoemde exclusieve concessieovereenkomsten, waarbij de gemeente een exclusieve concessie aan een onderneming verleende, op grond waarvan zij openbare grond mocht gebruiken om distributienetwerken voor elektriciteit en gas aan te leggen en te exploiteren. Om ten uitvoer te kunnen worden gelegd, moesten deze overeenkomsten bij de bevoegde mededingingsautoriteit worden aangemeld, die deze mocht verbieden indien zij van mening was dat zij misbruik van de wettelijke vrijstelling opleverden.

12 Het Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrecht (wet inzake de nieuwe regeling van het recht inzake de energiehuishouding) van 24 april 1998 (BGBl. 1998 I, blz. 730) heeft met onmiddellijke ingang de vrijstelling voor grensakkoorden en exclusieve concessieovereenkomsten in artikel 103 van de GWB afgeschaft. Deze wet heeft ook de EnWG van 1935 vervangen door het Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung — Energiewirtschaftsgesetz (wet inzake de elektriciteits- en gasvoorziening — wet inzake de energiehuishouding; hierna: „EnWG van 1998").

13 Het Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts (eerste wet houdende wijziging van de wet inzake de nieuwe regeling van het recht inzake de energiehuishouding) van 20 mei 2003 (BGBl. 2003 I, blz. 685) heeft de EnWG van 1998 gewijzigd teneinde uitvoering te geven aan de eerste gasrichtlijn.

## Voorgeschiedenis van het geding

1. *Betrokken ondernemingen*

14 Verzoekster, GDF Suez SA, is ontstaan uit de concentratie tussen Gaz de France en Suez op 22 juli 2008. Het betreft een Franse onderneming die in de gehele energieketen aanwezig is, zowel bij elektriciteit als bij aardgas, van stroomopwaarts tot stroomafwaarts. Zij is de gevestigde aanbieder en de grootste aardgasleverancier in Frankrijk. Zij is tevens een van de grootste aardgasleveranciers in Europa.

15 E.ON AG is een Duitse onderneming die actief is op het gebied van de productie, de transmissie, de distributie en de levering van hoofdzakelijk aardgas en elektriciteit.

16 E.ON Ruhrgas AG, die ontstaan is uit de concentratie tussen E.ON en Ruhrgas AG en die sinds 31 januari 2003 volledig in handen is van E.ON, is de grootste aardgasleverancier in Duitsland en een van de belangrijkste spelers op de Europese markt. Ingevolge een beschikking van 18 september 2002 waarbij deze concentratie is goedgekeurd, hebben de Duitse autoriteiten E.ON Ruhrgas verplicht om een programma voor de vrijgave van gas (hierna: „PVG") op te zetten voor een totale hoeveelheid van 200 TWh. Deze hoeveelheid moest bij opbod worden verkocht, verdeeld over zes jaarlijkse sessies die ieder op een hoeveelheid van 33,33 TWh betrekking hadden. De eerste commerciële leveringen vonden vanaf 1 oktober 2003 plaats.

2. *MEGAL-overeenkomst*

17 Bij een overeenkomst van 18 juli 1975 (hierna: „MEGAL-overeenkomst") hebben Gaz de France en Ruhrgas besloten om tezamen de MEGAL-gaspijpleiding aan te leggen en te exploiteren. Deze pijpleiding, die volledig operationeel is sinds 1 januari 1980, is een van de belangrijkste gaspijpleidingen voor de invoer van gas in Duitsland en Frankrijk. Hij loopt door het zuiden van Duitsland heen en verbindt over een afstand van 461 km de Duits-Tsjechische grens met de Duits-Franse grens tussen Waidhaus (Duitsland) en Medelsheim (Duitsland).

18 In bijlage 2 van de MEGAL-overeenkomst zijn de entry- en exitpunten voor het respectievelijk door Gaz de France en door Ruhrgas gekochte gas gedefinieerd. Er zijn een aantal exitpunten van de MEGAL-pijpleiding vastgesteld voor Ruhrgas, waaraan in voorkomend geval aanvullende exitpunten kunnen worden toegevoegd. Voor Gaz de France is aangegeven dat het exitpunt van genoemde pijpleiding voor alle hoeveelheden gas dat door deze onderneming via deze pijpleiding moet worden getransporteerd, een punt is dat zich op de grens tussen Duitsland en Frankrijk bevindt, nabij Habkirchen (Duitsland), tenzij de partijen bij de MEGAL-overeenkomst anderszins overeenkomen.

19 Conform de MEGAL-overeenkomst hebben Gaz de France en Ruhrgas een joint venture opgezet, MEGAL GmbH Mittel-Europäische Gasleitungsgesellschaft, thans MEGAL Mittel-Europäische Gasleitungsgesellschaft mbH & Co. KG (hierna: „MEGAL"), waaraan de aanleg en de exploitatie van de MEGAL-pijpleiding is toevertrouwd, alsook de transmissie van het gas door deze laatste. De eigendom van genoemde pijpleiding is eveneens aan MEGAL toegekend.

20 Gaz de France en Ruhrgas hebben op basis van de MEGAL-overeenkomst ook de joint venture MEGAL Finance Co. Ltd (hierna: „MEGAL Finco") opgericht, die tot taak heeft het nodige kapitaal voor de bouw van de MEGAL-pijpleiding te verkrijgen en te beheren.

21 Op 18 juli 1975 hebben Ruhrgas en Gaz de France ook dertien sideletters ondertekend (hierna: „sideletters") ter nadere omschrijving van bepaalde technische, financiële en operationele aspecten van het beheer van de MEGAL-pijpleiding. Onderdeel van deze sideletters zijn de zogenoemde „Direktion I"- en de „Direktion G"-sideletter.

22 In de Direktion G-sideletter staat te lezen:

„[...]

De transmissiecapaciteiten die aan Gaz de France zijn of zullen worden toegekend in het kader van een contract voor de transmissie van gas, betreffen gas dat door Gaz de France is of zal worden aangekocht en dat zal worden geleverd aan [MEGAL] en/of [MEGAL Finco] met het oog op doorvoer voor rekening van Gaz de France naar Frankrijk en dat voor verbruik in Frankrijk is bestemd.

De transmissiecapaciteiten die aan Ruhrgas zijn of zullen worden toegekend in het kader van een contract voor de transmissie van gas, betreffen de transmissie voor enig ander doel dan voor doorvoer, alsook de transmissie van gas via de pijpleiding en gas dat in de Bondsrepubliek Duitsland uit de pijpleiding is genomen, dat bestemd is voor verbruik in Duitsland, of door Ruhrgas is aangekocht ten behoeve van doorvoer door de Bondsrepubliek Duitsland.

[...]"

23 De Direktion I -sideletter luidt onder meer:

„[...]

Gaz de France verbindt zich ertoe om in het kader van de [MEGAL]-overeenkomst geen gas, in welke vorm ook, direct of indirect te leveren of te bezorgen aan klanten die in de Bondsrepubliek Duitsland zijn gevestigd.

[...]"

24 Ruhrgas en GDF hebben de oprichting van MEGAL en MEGAL Finco op 22 juni 1976 bij het Bundeskartellamt (Duits federaal bureau voor mededingingsregelingen) aangemeld.

25 Bij een overeenkomst van 13 augustus 2004 (hierna: „overeenkomst van 2004") hebben Gaz de France en E.ON Ruhrgas bevestigd dat zij de sideletters Direktion G en Direktion I reeds sinds lang als „van nul en gener waarde" beschouwden. Bij deze overeenkomst zijn genoemde sideletters met terugwerkende kracht ontbonden.

26 Op 5 september 2005 hebben Gaz de France en E.ON Ruhrgas een consortiumovereenkomst gesloten (hierna: „overeenkomst van 2005"), die op 13 oktober 2005 van kracht is geworden, waarin zij hun contractuele relatie wat MEGAL betreft opnieuw hebben geformuleerd. In de consortiumovereenkomst is opgenomen dat elk van de partners in MEGAL beschikt over „bevoorrechte gebruiksrechten" in verhouding tot hun aandeel in de capaciteit van de MEGAL-pijpleiding. Deze overeenkomst is op 9 september 2005 aangevuld met een interimovereenkomst (hierna: „interimovereenkomst").

27 Op 23 maart 2006 hebben Gaz de France en E.ON een overeenkomst gesloten waarbij alle andere overeenkomsten betreffende MEGAL die tussen hen zijn gesloten vóór de overeenkomst van 2005 zijn beëindigd.

3. *Administratieve procedure*

28 Op 5 mei 2006 heeft de Commissie beschikkingen vastgesteld waarbij Gaz de France en E.ON, en al hun dochterondernemingen, zijn gelast om zich te onderwerpen aan een inspectie krachtens artikel 20 van verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2003, L 1, blz. 1). Op 16 en 17 mei 2006 hebben inspecties plaatsgevonden.

29 De Commissie heeft meerdere verzoeken om inlichtingen krachtens artikel 18 van verordening nr. 1/2003 gezonden aan Gaz de France, aan E.ON en aan E.ON Ruhrgas (hierna tezamen: „betrokken ondernemingen").

30 Op 18 juli 2007 heeft de Commissie een procedure in de zin van artikel 11, lid 6, van verordening nr. 1/2003 ingeleid.

31 Op 9 juni 2008 heeft de Commissie de betrokken ondernemingen een mededeling van punten van bezwaar gezonden. In antwoord daarop hebben de betrokken ondernemingen schriftelijke opmerkingen ingediend en hun standpunt kenbaar gemaakt tijdens een hoorzitting die op 14 oktober 2008 heeft plaatsgevonden.

32 Op 27 maart 2009 heeft de Commissie de betrokken ondernemingen in kennis gesteld van aanvullende feiten die zij na de mededeling van punten van bezwaar in aanmerking had genomen en hun verzocht daarop schriftelijk te antwoorden. De Commissie heeft hun ook toegang verleend tot de niet-vertrouwelijke versies van hun respectieve antwoorden op de mededeling van punten van bezwaar en op de stukken die na de vaststelling daarvan waren verzameld. De betrokken ondernemingen hebben hun opmerkingen toegezonden op 4 (wat Gaz de France betreft) en 6 mei 2009 (wat E.ON en E.ON Ruhrgas betreft).

**Bestreden beschikking**

33 Op 8 juli 2009 heeft de Commissie beschikking C(2009) 5355 definitief inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (zaak COMP/39.401 — E.ON/GDF) vastgesteld (hierna: „bestreden beschikking"), waarvan een samenvatting is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 16 oktober 2009 (PB C 248, blz. 5).

34 In de bestreden beschikking heeft de Commissie aangegeven dat de betrokken gedraging een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging, in de zin van artikel 81 EG, tussen de betrokken ondernemingen was, bestaande in het niet betreden — of slechts beperkt betreden — van elkaars nationale markt en het beschermen van hun nationale markten door af te zien van verkoop op de nationale markt van de andere partij van gas dat via de MEGAL-pijpleiding was getransporteerd.

35 De Commissie heeft onder meer vastgesteld dat de MEGAL-overeenkomst, bijlage 2 daarbij en de Direktion G- en de Direktion I-sideletter overeenkomsten in de zin van artikel 81, lid 1, EG vormden, aangezien de betrokken ondernemingen uitdrukking hadden gegeven aan een gezamenlijke wil om zich op een bepaalde manier op de markt te gedragen. Volgens haar beperkten deze overeenkomsten het handelsgedrag van genoemde ondernemingen door beperkingen aan te brengen ten aanzien van hun gebruik van via de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas.

36 De Commissie heeft tevens opgemerkt dat de betrokken ondernemingen meerdere malen hadden vergaderd om hun wederzijdse verkoopstrategieën in Frankrijk en in Duitsland voor gas dat via de MEGAL-pijpleiding was getransporteerd te bespreken en om elkaar in te lichten over hun respectievelijke strategie. Volgens haar hadden deze contacten en deze uitwisseling van gevoelige commerciële informatie tot doel om het handelsgedrag van genoemde ondernemingen te beïnvloeden, om uitvoering te geven aan de Direktion G- en Direktion I-sideletter en om de inhoud daarvan aan te passen aan de nieuwe marktvoorwaarden na de liberalisering van de Europese gasmarkten (hierna: „liberalisering"), zonder evenwel de beperkingen in die sideletters op te heffen.

37 De Commissie was bijgevolg van oordeel dat het gedrag van de betrokken ondernemingen, bestaande in een aanvankelijke overeenkomst ter verdeling van de markten en in onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de vorm van reguliere vergaderingen die tot doel hadden om het met elkaar eens te worden en aan deze overeenkomst uitvoering te geven gedurende meer dan 25 jaar, één enkele en voortgezette inbreuk opleverden en dus een „restrictie die de strekking had de mededinging te beperken".

38 Wat de aanvangsdatum van de inbreuk betreft, was de Commissie van oordeel dat dit in Duitsland de datum was waarop de MEGAL-pijpleiding operationeel was geworden, te weten 1 januari 1980. Zij oordeelde dat de inbreuk in Frankrijk was begonnen op de datum waarop de eerste gasrichtlijn had

moeten zijn omgezet in nationaal recht, te weten 10 augustus 2000. Wegens het wettelijk monopolie als gevolg van de wet van 1946, ter zake van de invoer en de levering van gas, was de Commissie immers van mening dat het betrokken gedrag de mededinging niet had kunnen beperken vóór de liberalisering. Hoewel de eerste gasrichtlijn in Frankrijk in 2003 is omgezet in nationaal recht, heeft de Commissie in dat verband opgemerkt dat de mededinging vanaf 10 augustus 2000 had kunnen worden beperkt, aangezien de concurrenten van verzoekster de daarvoor in aanmerking komende afnemers in Frankrijk vanaf die datum hadden kunnen beleveren.

39 De Commissie heeft ten aanzien van het einde van de inbreuk opgemerkt dat, hoewel de betrokken ondernemingen de Direktion G- en de Direktion I-sideletter formeel hadden beëindigd op 13 augustus 2004, zij pas eind september 2005 waren opgehouden om toepassing te geven aan de beperkingen die verzoekster ervan weerhielden om de exitpunten van de MEGAL-pijpleiding in Duitsland te gebruiken, met uitzondering van de hoeveelheden die waren aangekocht in het kader van het PVG. De Commissie heeft daarnaast geoordeeld dat het feit dat verzoekster vanaf 2004 hoeveelheden gas van E.ON Ruhrgas uit de MEGAL-pijpleiding had gekocht voor levering in Duitsland, niet het einde van de inbreuk betekende, aangezien de verkoop van gas uit de MEGAL-pijpleiding door verzoekster in Duitsland tot oktober 2005 overeenkwam met de hoeveelheden die door haar waren aangekocht in het kader van het PVG.

40 In die omstandigheden was de Commissie van oordeel dat de inbreuk waarvoor verzoekster en E.ON Ruhrgas verantwoordelijk waren, heeft geduurd van ten minste 1 januari 1980 tot 30 september 2005 wat de in Duitsland gepleegde inbreuk betreft en ten minste van 10 augustus 2000 tot 30 september 2005 wat de in Frankrijk gepleegde inbreuk betreft. Na de verwerving van de zeggenschap over E.ON Ruhrgas op 31 januari 2003, was E.ON volgens de Commissie „hoofdelijk aansprakelijk" met E.ON Ruhrgas voor een inbreuk die heeft geduurd van 31 januari 2003 tot 30 september 2005.

41 De Commissie heeft de betrokken ondernemingen geldboeten uit hoofde van artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 opgelegd. Daartoe heeft zij de methodologie gevolgd die is uiteengezet in de richtsnoeren voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, sub a, van verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd (PB 2006, C 210, blz. 2; hierna: „richtsnoeren van 2006").

42 Daarbij heeft de Commissie overwogen dat de verkopen waarop de inbreuk betrekking had, de verkopen waren van gas dat door de betrokken ondernemingen is getransporteerd via de MEGAL-pijpleiding aan klanten in Duitsland en daarvoor in aanmerking komende klanten in Frankrijk, met uitzondering van die in het kader van het PVG.

43 Rekening houdend met de ernst van de inbreuk heeft de Commissie een uitgangspercentage van 15 % van de betrokken verkopen gehanteerd.

44 Bij de duur van de inbreuk die voor de geldboete in aanmerking is genomen, is de Commissie voor Frankrijk uitgegaan van de periode 10 augustus 2000 tot 30 september 2005, dus 5 jaar, 1 maand en 20 dagen. Voor Duitsland meende zij dat de periode waarvoor de geldboete werd opgelegd, moest worden beperkt tot die tussen 24 april 1998, de datum waarop de Duitse wetgever het bestaande feitelijke monopolie als gevolg van de vrijstelling voor de grensakkoorden in dat land heeft opgeheven, en 30 september 2005, dus 7 jaar en 5 maanden.

45 Gelet op de aard van de betrokken inbreuk heeft de Commissie daarnaast „leergeld" (entry fee) ter hoogte van 15 % van de betrokken verkopen toegepast.

46 De Commissie is van oordeel dat, gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval, uitzonderlijk hetzelfde basisbedrag voor de beide betrokken ondernemingen moest worden vastgesteld. Om geen van beide te benadelen heeft de Commissie als basisbedrag van de geldboete het laagste bedrag van de waarde van de verkopen genomen. Zij heeft dus hetzelfde basisbedrag van de geldboete voor alle betrokken ondernemingen genomen, namelijk 553 miljoen EUR.

47 Daar zij geen verzwarende of verlichtende omstandigheden had vastgesteld, heeft de Commissie dit basisbedrag niet aangepast.

48 De Commissie heeft dus een geldboete van 553 miljoen EUR aan E.ON en E.ON Ruhrgas (die „hoofdelijk aansprakelijk" zijn) en een geldboete van hetzelfde bedrag aan GDF opgelegd.

49 De artikelen 1 en 2 van het dispositief van de bestreden beschikking luiden als volgt:

„*Artikel 1*

[De betrokken ondernemingen] hebben inbreuk gemaakt op artikel 81, lid 1, [EG] door deel te nemen aan een overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de aardgassector.

De duur van de inbreuk was voor [verzoekster en] E.ON Ruhrgas [...] ten minste 1 januari 1980 tot 30 september 2005, voor wat betreft de inbreuk in Duitsland, en ten minste van 10 augustus 2000 tot 30 september 2005, voor wat betreft de inbreuk in Frankrijk. De duur van de inbreuk voor E.ON was van 31 januari 2003 tot 30 september 2005.

*Artikel 2*

Voor de in artikel 1 bedoelde inbreuk(en) worden de volgende geldboeten opgelegd:

a) E.ON Ruhrgas [...] en E.ON [...], hoofdelijk: 553 000 000 EUR

b) [verzoekster]: 553 000 000 EUR

[...]"

**Procesverloop en conclusies van partijen**

50 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Gerecht op 18 september 2009, heeft verzoekster het onderhavige beroep ingesteld.

51 Bij akte, neergelegd op 25 september 2009, heeft verzoekster verzocht om vertrouwelijke behandeling van sommige passages van haar verzoekschrift ten opzichte van derden.

52 Bij akte, neergelegd op 8 juli 2010, heeft verzoekster verzocht om vertrouwelijke behandeling van sommige passages van de bijlagen bij haar verzoekschrift, het verweerschrift en de repliek ten opzichte van derden.

53 Bij akte, neergelegd op 2 september 2010, heeft verzoekster verzocht om vertrouwelijke behandeling van sommige passages van de dupliek ten opzichte van derden.

54 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vijfde kamer) besloten tot de mondelinge behandeling over te gaan en heeft het in het kader van de in artikel 64 van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht voorziene maatregelen tot organisatie van de procesgang partijen verzocht, een vraag te beantwoorden en bepaalde documenten over te leggen. Partijen hebben binnen de gestelde termijn aan dit verzoek voldaan.

55 Partijen hebben ter terechtzitting van 21 september 2011 pleidooi gehoord en geantwoord op de vragen van het Gerecht. Op verzoek van het Gerecht heeft verzoekster voorts nog een stuk ter terechtzitting overlegd.

56 Verzoekster concludeert tot:

— primair, gehele of gedeeltelijk nietigverklaring van artikel 1 van de bestreden beschikking voor zover zij daarin aansprakelijk wordt gehouden voor een inbreuk op artikel 81, lid 1, EG door deel te nemen aan een overeenkomst en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de aardgassector, zulks van ten minste 1 januari 1980 tot 30 september 2005 wat de inbreuk in Duitsland aangaat, en ten minste van 10 augustus 2000 tot 30 september 2005, wat de inbreuk in Frankrijk aangaat, en bijgevolg ook nietigverklaring van artikel 3 van de bestreden beschikking voor zover zij daarbij wordt gelast een einde te maken aan de inbreuken die in artikel 1 worden bedoeld of een zelfde of gelijkaardig doel of gevolg hebben;

— subsidiair, nietigverklaring of aanzienlijke verlaging van de haar bij artikel 2 van de bestreden beschikking opgelegde geldboete;

— verwijzing van de Commissie in de kosten.

57 De Commissie concludeert tot:

— verwerping van het beroep;

— verwijzing van verzoeker in de kosten.

## In rechte

58 De conclusies van verzoekster strekken, primair, tot gedeeltelijke nietigverklaring van de bestreden beschikking en, subsidiair, tot intrekking of verlaging van de haar bij deze beschikking opgelegde geldboete.

### A – *Conclusies strekkende tot gedeeltelijke nietigverklaring van de bestreden beschikking*

59 Ter ondersteuning van haar conclusies strekkende tot gedeeltelijke nietigverklaring van de bestreden beschikking voert verzoekster vier middelen aan. Het eerste is ontleend aan schending van de feiten en het recht bij de toepassing van artikel 81 EG wat het bestaan van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging vóór augustus 2000 betreft. Het tweede is ontleend aan schending van de feiten en het recht bij de toepassing van artikel 81 EG wat het bestaan van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging na augustus 2000 betreft. Het derde is ontleend aan het kennelijke ontbreken van bewijs wat het bestaan betreft van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging ter beperking van het gebruik door E.ON en E.ON Ruhrgas (hierna zonder onderscheid aangeduid als „E.ON”, ook als het Ruhrgas betreft) van door de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas in Frankrijk. Het vierde is ontleend aan schending van de

feiten en het recht bij de toepassing van artikel 81 EG wat het bestaan van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen de betrokken ondernemingen na augustus 2004 betreft.

1. *Eerste middel, ontleend aan schending van de feiten en het recht bij de toepassing van artikel 81 EG wat het bestaan van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging vóór augustus 2000 betreft*

60 Dit middel, waarmee verzoekster te kennen geeft dat de Commissie artikel 81 EG onjuist heeft toegepast door te oordelen dat de sideletters met dit artikel in strijd waren vóór augustus 2000, valt uiteen in drie onderdelen. Het eerste onderdeel is ontleend aan schending van artikel 81 EG omdat een (zelfs potentiële) mededingingsverstorende strekking of dergelijk gevolg van genoemde sideletters vóór augustus 2000 ontbreekt. Het tweede onderdeel is ontleend aan schending van artikel 81 EG omdat de intracommunautaire handel niet ongunstig is beïnvloed vóór augustus 2000. Het derde onderdeel is ontleend aan schending van artikel 81 EG, van de regels inzake de bewijsvoering en de motiveringsplicht, omdat het bewijs van het bestaan van de beweerde inbreuk tussen januari 1980 en februari 1999 ontbreekt.

a) Eerste onderdeel

61 In het kader van het onderhavige onderdeel geeft verzoekster te kennen dat de Commissie artikel 81 EG heeft geschonden op grond dat de sideletters noch als strekking noch als gevolg hadden (ook niet potentieel) om de mededinging op de Duitse en de Franse gasmarkt te beperken vóór augustus 2000.

62 Er moet aan worden herinnerd dat krachtens artikel 81, lid 1, EG, onverenigbaar met de interne markt en verboden zijn, alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de interne markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

63 De mededingingsbeperkende strekking en gevolgen van een overeenkomst zijn geen cumulatieve, maar alternatieve voorwaarden om te beoordelen of een dergelijke overeenkomst onder het verbod van artikel 81, lid 1, EG valt. Volgens vaste rechtspraak volgt uit het feit dat het hier gaat om alternatieve voorwaarden, hetgeen blijkt uit het voegwoord „of", dat in de eerste plaats moet worden gelet op de strekking zelf van de overeenkomst, rekening houdend met de economische omstandigheden waarin zij moet worden toegepast. Wanneer echter uit de inhoud van de overeenkomst blijkt dat zij de mededinging niet in voldoende mate ongunstig beïnvloedt, moet worden gekeken naar de gevolgen ervan. Om de overeenkomst te verbieden moeten alle elementen waaruit blijkt dat de mededinging daadwerkelijk is verhinderd dan wel merkbaar beperkt of vervalst, aanwezig zijn. Uit de rechtspraak blijkt tevens dat de gevolgen van een overeenkomst niet hoeven te worden onderzocht wanneer vaststaat dat deze een mededingingsbeperkende strekking heeft (zie arrest Hof van 6 oktober 2009, GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a., C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P en C-519/06 P, Jurispr. blz. I-9291, punt 55, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

64 Bij de beoordeling van het mededingingsbeperkende karakter van een overeenkomst met name moet worden gelet op de bewoordingen en oogmerken ervan, alsmede op de economische en juridische context van de overeenkomst. Bovendien staat, ook al vormt het voornemen van partijen geen noodzakelijk element om te bepalen of een overeenkomst mededingingsbeperkend is, niets eraan in de weg dat de Commissie of de rechterlijke instanties van de Unie met dit voornemen rekening houden (zie arrest GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a., punt 63 supra, punt 58, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

65 Bovendien kan een overeenkomst ook dan als beperkend worden aangemerkt wanneer zij niet alleen tot doel heeft de mededinging te beperken, maar ook andere, legitieme doelstellingen nastreeft (zie arrest Hof van 6 april 2006, General Motors/Commissie, C-551/03 P, Jurispr. blz. I-3173, punt 64, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

66 Tot slot moet worden opgemerkt dat het Hof bij meerdere gelegenheden overeenkomsten tot afscherming van de nationale markten volgens de nationale grenzen of overeenkomsten die de interpenetratie van de nationale markten moeilijker maken, met name die welke de parallelexport beogen te verbieden of te beperken, heeft gekwalificeerd als overeenkomsten die de strekking hebben de mededinging te beperken in de zin van bedoeld artikel 81 EG (zie in die zin arrest GlaxoSmithKline Services e.a./Commissie e.a., punt 63 supra, punt 61, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

67 In het licht van deze overwegingen moeten de twee grieven worden onderzocht die ter ondersteuning van dit onderdeel zijn aangevoerd, ontleend aan schending van het recht en de feiten en aan een kennelijke beoordelingsfout.

68 Verzoekster stelt in de eerste plaats dat de Commissie het recht en de feiten heeft geschonden door te oordelen dat de sideletters tussen januari 1980 en augustus 2000 een mededingingsbeperkende strekking hadden. Zij voert in dat verband twee reeksen van argumenten aan. Volgens de eerste daarvan is geen rekening gehouden met de juridische en economische context ten tijde van de ondertekening van de sideletters (zie punten 76-111 hierna) en volgens de tweede daarvan is geen rekening gehouden met de doelstelling van de MEGAL-pijpleiding en de sideletters (zie punten 73-75 hierna).

69 Verzoekster betoogt in de tweede plaats dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan door te oordelen dat het feit dat zij tussen 1980 en 2000 geen afzet in Duitsland had, te wijten was aan de mededingingsregeling die uit de sideletters voortvloeide. Zij voert in dat verband drie reeksen van argumenten aan. Volgens de eerste daarvan zijn de standpunten van de Commissie tegenstrijdig (zie punt 71 hierna). Volgens de tweede daarvan zijn de voorbeelden Wingas en Mobil irrelevant (zie punten 102 en 103 hierna). Volgens de derde daarvan heeft de Commissie, doordat zij slechts oog had voor de Duitse markt en ten aanzien van de Franse markt niet had aangetoond dat daarop werd geconcurreerd (ook niet potentieel) in 1975, of zelfs vóór 2000, niet het bewijs heeft geleverd dat de sideletters, die beweerdelijk beoogden dat elke betrokken onderneming haar thuismarkt beschermde, vanwege hun doel een mededingingsbeperkende marktverdelingsovereenkomst opleverden (zie punt 70 hierna).

70 Om te beginnen moeten de argumenten worden verworpen die in het kader van de derde reeks van argumenten ter ondersteuning van de tweede grief en pas voor het eerst in het stadium van de repliek zijn aangevoerd, zonder dat over de ontvankelijkheid ervan uitspraak behoeft te worden gedaan. De omstandigheid dat de overeenkomst die uit de sideletters voortvloeit, tot 10 augustus 2000 slechts betrekking had op de Duitse gasmarkt — vanwege het bestaan van het monopolie op de Franse markt —, en dus tot die datum niet wederkerig was, kan immers niet verhinderen dat een overeenkomst met de strekking van marktverdeling is gesloten. Ook in een monopolistische vorm bestond de Franse gasmarkt wel degelijk, zodat het ontbreken van concurrentie op die markt wegens het bestaan van een monopolie niet ertoe leidt dat er geen markt was. De betrokken overeenkomst kon dus als strekking hebben, zoals de Commissie in punt 244 van de bestreden beschikking heeft opgemerkt, om de monopolies vóór de liberalisering te versterken en de gevolgen ervan te vertragen. In die omstandigheden heeft de Commissie terecht kunnen oordelen dat de sideletters een marktverdelingsovereenkomst opleverden. Bovendien is het voor het bestaan van de inbreuk onverschillig of de betrokken ondernemingen er al dan niet commercieel belang bij hadden om de overeenkomst die in de sideletters is vervat te sluiten, wanneer aan de hand van het bewijs in het dossier van de Commissie is aangetoond dat zij daadwerkelijk deze overeenkomst hebben gesloten (zie in die zin arrest Gerecht van 8 juli 2004, JFE Engineering e.a./Commissie, T-67/00, T-68/00, T-71/00 en T-78/00, Jurispr. blz. II-2501, punt 185), zoals in de onderhavige zaak het geval is. Het feit dat

E.ON, vanwege het monopolie op de Franse gasmarkt, aanvankelijk geen voordeel had van deze overeenkomst of er geen belang bij had om deze te sluiten, is niet van invloed op de mededingingsbeperkende strekking van de betrokken overeenkomst.

71 Ook moeten de argumenten worden verworpen die zijn aangevoerd in het kader van de eerste reeks van argumenten ter ondersteuning van de tweede grief, waarmee verzoekster te kennen geeft dat de stelling van de Commissie dat de Duitse gasmarkt voor mededinging openstond tussen 1980 en 2000 in tegenspraak is met het feit dat zij heeft erkend dat er vele toetredingsdrempels waren vóór de liberalisering en het oordeel dat de sideletters geen beduidende invloed hebben kunnen hebben voor de jaren 1998-2000. Een markt kan immers voor mededinging openstaan en tegelijkertijd gekenmerkt zijn door toetredingsdrempels. Ook het feit dat een overeenkomst pas vanaf een bepaalde datum beduidende gevolgen heeft, betekent niet dat deze geen enkel gevolg heeft vóór die datum.

72 Vervolgens moeten de argumenten worden onderzocht die in het kader van de eerste grief zijn uiteengezet, die ertoe strekken aan te tonen dat de Commissie het recht en de feiten heeft geschonden door zich op het standpunt te stellen dat de sideletters tussen januari 1980 en augustus 2000 een mededingingsbeperkende strekking hadden.

73 In de eerste plaats moet verzoeksters betoog ten aanzien van het doel van de MEGAL-pijpleiding en dat van de sideletters worden verworpen.

74 Ten aanzien van het doel van de MEGAL-pijpleiding moet er immers aan worden herinnerd dat, zoals volgt uit de in punt 65 hierboven aangehaalde rechtspraak, een overeenkomst ook dan als beperkend kan worden aangemerkt wanneer zij niet alleen tot doel heeft de mededinging te beperken, maar ook andere, legitieme doelstellingen nastreeft. Zelfs gesteld dat de aanleg van de MEGAL-pijpleiding tot doel zou kunnen hebben gehad om de gasbevoorrading in Frankrijk zeker te stellen en te diversifiëren, kan op basis daarvan niet worden uitgesloten dat de daarop betrekking hebbende overeenkomst niettemin een mededingingsbeperkende strekking of gevolg kan hebben. Dit volstaat dus niet om deze overeenkomst rechtmatig te doen zijn in het licht van artikel 81 EG. Om diezelfde reden moet verzoeksters argument ten aanzien van de tussen haar en MEGAL Finco gesloten overeenkomst van 20 juli 1981 worden verworpen. Volgens haar is deze overeenkomst vanuit juridisch oogpunt, gelet op de doelstelling van zekerstelling en diversificatie van de bevoorradingen, vergelijkbaar met een transitovereenkomst en dus rechtmatig. Voor het overige is deze overeenkomst geen voorwerp van de bestreden beschikking en heeft de Commissie niet geoordeeld dat zij een mededingingsregeling opleverde of onderdeel was van de mededingingsregeling waarvan zij het bestaan in deze zaak heeft vastgesteld.

75 Wat de doelstelling van de sideletters betreft, volstaat het vast te stellen dat, zelfs gesteld dat zij beoogden [*vertrouwelijk*] [1], zoals verzoekster beweert, op basis van deze omstandigheid niet kan worden uitgesloten dat deze sideletters eveneens een mededingingsbeperkende strekking of gevolg konden hebben. Hoe dan ook heeft verzoekster geen direct bewijs aangedragen, daterend van de periode van de ondertekening ervan, dat kan aantonen dat de sideletters beoogden [*vertrouwelijk*]. De in dat verband door verzoekster genoemde stukken, in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar en in haar geschriften voor het Gerecht, dateren immers van 2004 en 2006, waarbij het laatste verwijst naar [*vertrouwelijk*]. Bovendien kan op basis van geen van de bewoordingen van de Direktion G- of de Direktion I-sideletter worden geoordeeld dat deze diende om [*vertrouwelijk*].

76 Wat in de tweede plaats de juridische en economische context ten tijde van de ondertekening van de sideletters betreft, baseert verzoekster zich op het ontbreken van een liberaliseringsperspectief en op het feit dat de betrokken ondernemingen vóór 2000 geen concurrenten konden zijn op de Duitse en de Franse gasmarkt.

1 — Vertrouwelijke gegevens weggelaten.

77 In de eerste plaats moet verzoeksters betoog worden verworpen dat er ten tijde van de ondertekening van de sideletters geen liberaliseringsperspectieven waren.

78 Het is juist dat er op die datum geen aanwijzingen waren dat de liberalisering op korte of middellange termijn voorzienbaar was. Meer bepaald kunnen de door de Commissie in haar geschriften aangevoerde gegevens niet aantonen dat dit het geval zou zijn geweest. De Commissie verklaart immers dat de eerste bakens die tot de liberalisering hebben geleid, zijn uitgezet in de jaren 80. Zij haalt in dat verband verschillende teksten aan, waarvan het oudste het witboek is van 14 juni 1985 over de voltooiing van de interne markt. Naast het feit dat dit van tien jaar na de ondertekening van de sideletters dateert, betreft het bovendien niet de energiesector. In dit verband is het argument van de Commissie dat op basis van het witboek kan worden vastgesteld dat helemaal aan het begin van het plan om de MEGAL-pijpleiding aan te leggen de liberalisering op nieuwe gebieden kon worden verwacht, irrelevant voor de perspectieven op korte of middellange termijn. De andere door de Commissie genoemde teksten zijn nog recenter dan het witboek in kwestie en dateren van respectievelijk 1990, wat richtlijn 90/377/EEG van de Raad van 29 juni 1990 betreffende een communautaire procedure inzake de doorzichtigheid van de prijzen van gas en elektriciteit voor industriële eindverbruikers (PB L 185, blz. 16) betreft, van 1991, wat richtlijn 91/296/EEG van de Raad van 31 mei 1991 betreffende de doorvoer van aardgas via de hoofdnetten (PB L 147, blz. 37) betreft, en van 1994, wat richtlijn 94/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 30 mei 1994 betreffende de voorwaarden voor het verlenen en het gebruikmaken van vergunningen voor de prospectie, de exploratie en de productie van koolwaterstoffen (PB L 164, blz. 3) betreft. Het voorstel dat de eerste gasrichtlijn betreft, dateert op zijn beurt van 1992.

79 Met de Commissie moet echter worden opgemerkt dat de aanleg van een pijpleiding als de MEGAL-pijpleiding een investering voor een gebruik van zeer lange duur betreft. De Commissie heeft dienaangaande verklaard, zonder op dit punt door verzoekster te zijn weersproken, dat een pijpleiding in het algemeen een operationele levensduur heeft van 45 tot 65 jaar. Daarnaast moet worden vastgesteld dat, gelet op de artikelen 2 EG en 3 EG, in de versie die gold ten tijde van de ondertekening van de sideletters, de Unie reeds op die datum de instelling van een gemeenschappelijke markt tot doel had, hetgeen onder meer inhield dat alle kwantitatieve in- en uitvoerbeperkingen voor goederen zouden worden opgeheven, alsook alle maatregelen van gelijke werking. Ook op die datum heeft het Hof bovendien reeds kunnen benadrukken dat het isolement van nationale markten in strijd was met een van de wezenlijke doelstellingen van het Verdrag, die ertoe strekte de nationale markten te laten samensmelten tot één enkele markt (zie in die zin arrest Hof van 3 juli 1974, Van Zuylen, 192/73, Jurispr. blz. 731, punt 13).

80 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat de liberalisering ten tijde van de ondertekening van de sideletters niet op lange termijn kon worden uitgesloten en onderdeel was van de redelijkerwijs te voorziene perspectieven. Dit is in wezen ook bevestigd door E.ON, die in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar heeft aangegeven, naar blijkt uit punt 245 van de bestreden beschikking, dat de Direktion I-sideletter was vastgesteld „als voorzorgsmaatregel [...] om te voorkomen dat zelfs zuiver theoretische risico's, in verband met de wijziging van de juridische en economische omstandigheden, die niet geheel waren uit te sluiten, het project in gevaar zouden brengen [...]". Ook als verzoekster deze verklaring ter terechtzitting niet heeft onderschreven, toont zij op zijn minst aan dat voor een van de betrokken ondernemingen een juridische en economische ontwikkeling niet geheel uitgesloten was en dat de Direktion I-sideletter bedoeld was om zich daartegen te beschermen.

81 Wat in de tweede plaats het beweerde ontbreken van concurrentie op de Duitse en de Franse gasmarkt vóór 2000 betreft, moet worden opgemerkt dat artikel 81, lid 1, EG enkel van toepassing is op sectoren die openstaan voor mededinging, gelet op de in die tekst gestelde voorwaarden betreffende de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de lidstaten en de weerslag op de mededinging

(zie naar analogie wat de gelijksoortige voorwaarden van artikel 87, lid 1, EG betreft arrest Gerecht van 15 juni 2000, Alzetta e.a./Commissie, T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97-T-607/97, T-1/98, T-3/98-T-6/98 en T-23/98, Jurispr. blz. II-2319, punt 143).

82 Bij het onderzoek van de mededingingsvoorwaarden op een bepaalde markt moet niet enkel worden afgegaan op de bestaande mededinging tussen de ondernemingen die reeds op de betrokken markt aanwezig zijn, maar ook op de potentiële mededinging, teneinde vast te stellen of er, gelet op de structuur van de markt en de economische en juridische context waarin deze functioneert, reële en concrete mogelijkheden bestaan dat de betrokken ondernemingen onderling met elkaar concurreren of dat een nieuwe concurrent tot de betrokken markt kan toetreden en met de op deze markt gevestigde ondernemingen kan concurreren (arrest Hof van 28 februari 1991, Delimitis, C-234/89, Jurispr. blz. I-935, punt 21; arresten Gerecht van 15 september 1998, European Night Services e.a./Commissie, T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, Jurispr. blz. II-3141, punt 137, en 14 april 2011, Visa Europe en Visa International Service/Commissie, T-461/07, Jurispr. blz. II-1729, punt 68).

83 Om na te gaan of een onderneming een potentiële concurrent is op een markt, moet de Commissie onderzoeken of er, zonder de toepassing van de overeenkomst in kwestie, een reële en concrete mogelijkheid bestond dat zij tot de genoemde markt kon toetreden en er met de aldaar gevestigde ondernemingen kon concurreren. Om dit aan te tonen mag de Commissie niet afgaan op een loutere veronderstelling, maar moet zij dit met feiten of met een onderzoek van de structuur van de relevante markt onderbouwen. Zo mag een onderneming niet als potentiële concurrent worden aangemerkt indien haar toetreding tot de markt niet beantwoordt aan een levensvatbare economische strategie (zie in die zin arrest Visa Europe en Visa International Service/Commissie, punt 82 supra, punten 166 en 167).

84 Daaruit volgt noodzakelijkerwijs dat, om na te gaan of een onderneming als potentiële concurrent op een bepaalde markt kan worden aangemerkt, het voornemen van die onderneming om tot deze markt toe treden weliswaar eventueel relevant kan zijn, maar de beoordeling toch steeds hoofdzakelijk moet berusten op haar capaciteit om tot deze markt toe te treden (arrest Visa Europe en Visa International Service/Commissie, punt 82 supra, punt 168).

85 In de onderhavige zaak moet de situatie op de Franse gasmarkt worden onderscheiden van die op de Duitse gasmarkt.

86 Ten aanzien van de Franse markt staat vast dat het monopolie op het gebied van de invoer en de levering van gas dat verzoekster sinds 1946 genoot, pas is afgeschaft op 1 januari 2003, ondanks dat de termijn voor omzetting van de eerste gasrichtlijn in nationaal recht op 10 augustus 2000 was afgelopen. Derhalve was er ten minste tot deze datum geen enkele concurrentie, ook geen potentiële, op de Franse gasmarkt, zodat het gedrag in kwestie op deze markt niet onder artikel 81 EG kon vallen. Hoe de situatie na deze datum was, zal in het kader van het derde middel worden onderzocht.

87 Wat de Duitse markt aangaat, heeft de Commissie in punt 30 van de bestreden beschikking verzoeksters stelling verworpen dat zij nimmer een potentiële concurrent van E.ON is geweest vóór de liberalisering. Zij heeft in dit verband benadrukt dat de toetreding van nieuwe leveranciers tot de markt nimmer naar Duits recht verboden is geweest, maar dat dit recht het voor de bestaande leveranciers alleen mogelijk heeft gemaakt om aanzienlijke toetredingsdrempels op te werpen door het sluiten van overeenkomsten die krachtens de mededingingswetgeving waren vrijgesteld. Daarnaast heeft de Commissie aangegeven dat de vrijstelling voor deze overeenkomsten niet absoluut was, maar onderworpen aan bepaalde voorwaarden. De overeenkomsten waarvoor de vrijstelling werd ingeroepen, moesten worden aangemeld bij de bevoegde mededingingsautoriteit, die de overeenkomst kon verbieden indien zij meende dat de overeenkomst misbruik van de wettelijke uitzondering opleverde. Steunend op de zaken Wingas en Mobil, heeft de Commissie tot slot opgemerkt dat de mogelijkheid om te concurreren ondanks de aanzienlijke toetredingsdrempels niet louter theoretisch

was. Zij heeft hieruit de conclusie getrokken dat het voor verzoekster mogelijk was om gas te verkopen binnen het traditionele verzorgingsgebied van E.ON, ondanks de aanzienlijke toetredingsdrempels, zodat zij gedurende de gehele betrokken periode als een potentiële concurrent van E.ON kon worden beschouwd. De Commissie geeft in punt 240 van de bestreden beschikking ook aan dat zij niet ontkende dat er toetredingsdrempels waren of dat de grensoverschrijdende concurrentie tussen de gevestigde aanbieders slechts marginaal was. Zij heeft daarnaast in punt 294 van genoemde beschikking benadrukt dat noch de EnWG van 1935 noch artikel 103 van de GWB voorzagen in een wettelijk monopolie voor E.ON of enige andere gevestigde aanbieder op het Duitse grondgebied.

88 Verzoekster bestrijdt deze beoordelingen door te stellen dat de Duitse gasmarkt geheel voor mededinging gesloten was wegens de wettelijke en bestuursrechtelijke drempels, de structuur van die markt en het feit dat derden geen toegang hadden tot het net (hierna: „TPA"), zodat zij op die markt geen concurrent van E.ON was.

89 Er dient in dit verband een onderscheid te worden gemaakt tussen de periode van 1980 tot 1998, enerzijds, en die van 1998 tot 2000, anderzijds.

90 Wat de periode tussen 1980 en 1998 betreft, moet ten eerste worden opgemerkt dat artikel 103, lid 5, van het GWB er tot 1 januari 1990 als algemene regel in voorzag dat de weigering van toegang tot het net onbillijk was indien dit verzoek om toegang tot doel had om gas te leveren aan een klant die zich bevond in het verzorgingsgebied van de distributeur waaraan dit verzoek was gericht. Het is juist dat, zoals de Commissie opmerkt, deze vorm van algemeen vermoeden van rechtmatigheid slechts de algemene regel was en dat er bepaalde voorwaarden voor golden. Zoals echter verzoekster te kennen geeft, zonder door de Commissie te zijn weersproken, heeft het Bundesgerichtshof in een beslissing van 15 november 1994 (NJW 1995, blz. 2718), aangegeven dat het op grond van artikel 103 van het GWB, in de versie vóór 1990, praktisch uitgesloten was dat toezicht op het misbruik van een machtspositie op het punt van aansluitingen op het transmissienet kon worden uitgeoefend.

91 Ten tweede moet worden vastgesteld dat tot 24 april 1998 de grensakkoorden, dat wil zeggen die waarbij de openbare dienstverleners onderling overeenkwamen om geen gas binnen een bepaald gebied te leveren, en de exclusieve concessieovereenkomsten, dat wil zeggen die waarbij een lokale autoriteit een exclusieve concessie verleende aan een openbare dienstverlener, op basis waarvan deze openbare grond kon gebruiken om gasdistributienetwerken aan te leggen en te exploiteren, krachtens artikel 103, lid 1, van de GWB waren vrijgesteld van de bepalingen van die wet die mededingingsverstorende overeenkomsten verboden.

92 Het is juist dat uit punt 23 van de bestreden beschikking volgt dat de overeenkomsten, om er uitvoering aan te kunnen geven, moesten worden aangemeld bij het Bundeskartellamt, dat deze kon verbieden indien het meende dat de overeenkomst in kwestie misbruik van recht opleverde. Zoals de Commissie te kennen geeft, was daarnaast geen enkele onderneming verplicht om zich bij de grensakkoorden aan te sluiten en bonden deze de contractpartijen niet, zodat zij een derde, zoals verzoekster, niet konden verbieden om gas te verkopen.

93 Uit punt 24 van de bestreden beschikking volgt echter dat het gecumuleerde gebruik van grensakkoorden en exclusieve concessieovereenkomsten tot gevolg heeft gehad de facto een stelsel van exclusieve verzorgingsgebieden is ontstaan, binnen dewelke één enkele gasonderneming de afnemers van gas kon voorzien, zonder dat er voor andere ondernemingen een wettelijk verbod gold om gas te leveren.

94 De Commissie erkent overigens in punt 371 van de bestreden beschikking dat de bestaande Duitse leveranciers binnen hun respectievelijke verzorgingsgebied over een feitelijk monopolie beschikten. Zij bevestigt dit ook in haar geschriften, waarin zij erkent dat er tussen 1980 en 1998 „de facto territoriale monopolies" en „zuiver feitelijke monopolies" hebben bestaan.

95 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat op zijn minst tot 24 april 1998, de Duitse gasmarkt werd gekenmerkt door het bestaan van feitelijke territoriale monopolies. Deze afscheiding van de Duitse gasmarkt wordt in die periode overigens versterkt door de door verzoekster genoemde omstandigheden dat bedoelde markt een drielagige structuur had, waarbij iedere laag een afzonderlijke markt vormde, waardoor het noodzakelijk was om meerdere transmissieovereenkomsten te sluiten om de eindafnemer te bereiken. Daarnaast was er geen enkele bepaling over TPA.

96 Vastgesteld moet worden dat deze situatie, die tot 24 april 1998 op de Duitse gasmarkt is blijven bestaan, kon leiden tot het ontbreken van elke niet alleen daadwerkelijke, maar ook potentiële concurrentie op deze markt. Dienaangaande moet worden benadrukt dat reeds is geoordeeld dat een territoriaal monopolie waarover de lokale gasdistributiebedrijven beschikten, elke onderlinge mededinging verhinderde (zie in die zin arrest Gerecht van 21 september 2005, EDP/Commissie, T-87/05, Jurispr. blz. II-3745, punt 117).

97 Noch de bestreden beschikking noch het dossier bevatten elementen op basis waarvan rechtens genoegzaam kan worden aangetoond dat, zonder de toepassing van de overeenkomst en niettegenstaande de hierboven in de punten 90 tot en met 95 omschreven kenmerken van de Duitse gasmarkt, er tot aan 24 april 1998 een reële en concrete mogelijkheid voor verzoekster bestond om tot de Duitse gasmarkt door te dringen en met de gevestigde ondernemingen te concurreren, zoals de hierboven in de punten 82 en 83 bedoelde rechtspraak vereist.

98 De omstandigheid genoemd in punt 294 van de bestreden beschikking, dat er in Duitsland geen wettelijk monopolie bestond, is irrelevant. Om te bepalen of er op een markt potentiële concurrentie bestaat, moet de Commissie immers de reële en concrete mogelijkheden voor de betrokken ondernemingen om elkaar te beconcurreren onderzoeken, of de mogelijkheid dat een nieuwe concurrent tot de markt kan toetreden en daar met de gevestigde ondernemingen kan concurreren. Het onderzoek van de Commissie van deze mogelijkheden moet op objectieve grondslag plaatsvinden, zodat de omstandigheid dat deze zijn uitgesloten vanwege een monopolie dat direct op de nationale regelgeving is terug te voeren, of indirect op de feitelijke situatie als gevolg van de tenuitvoerlegging daarvan, zonder invloed is.

99 Bovendien kan de stelling in punt 30 van de bestreden beschikking, dat verzoekster niet alleen juridisch het recht had om gas te verkopen binnen het traditionele verzorgingsgebied van E.ON, maar dat het ook feitelijk mogelijk was (ondanks de aanzienlijke toetredingsdrempels), er als zodanig niet toe bijdragen dat dit afdoende het bestaan van potentiële concurrentie aantoont. De zuiver theoretische mogelijkheid van een markttoetreding door verzoekster volstaat immers niet om het bestaan van dergelijke concurrentie aan te tonen. Bovendien berust een dergelijke stelling op slechts een hypothese en vormt zij geen bewijslevering op basis van feiten of een analyse van de structuur van de relevante markt, overeenkomstig de hierboven in punt 83 bedoelde rechtspraak, waarbij overigens de genoemde voorbeelden van relevantie zijn ontdaan zoals zal volgen uit de punten 102 en 103 hierna.

100 Datzelfde geldt voor de omstandigheden genoemd in punt 240 van de bestreden beschikking, volgens welke de betrokken ondernemingen belangrijke spelers in de Europese gassector zijn en elk moesten worden beschouwd als een natuurlijke nieuwe concurrent op de markt van de ander, of dat zij goed gepositioneerde concurrenten waren die alle kansen hadden om succesvol tot de buurmarkt toe te treden, of nog dat Duitsland en Frankrijk buurmarkten waren die nauw met elkaar verbonden waren, hetgeen de succeskansen vergrootte. Op basis van dergelijke algemene en abstracte inlichtingen kan immers niet worden aangetoond dat verzoekster, ondanks de concurrentiesituatie op de Duitse gasmarkt, zonder de toepassing van de betrokken overeenkomst in staat zou zijn geweest om tot die markt door te dringen.

101 Dat geldt om dezelfde redenen ook voor de factoren genoemd in punt 240 van de bestreden beschikking, dat de betrokken ondernemingen de kracht, het vermogen en de infrastructuur bezaten om tot de markt te kunnen toetreden, en dat de dochterondernemingen EEG en PEG van verzoekster en de minderheidsdeelnemingen in GASAG en VNG sterke uitgangspunten waren voor een versteviging van haar positie op deze markt.

102 De voorbeelden Wingas en Mobil, genoemd in de punten 30 en 243 van de bestreden beschikking om aan te tonen dat het mogelijk was om tot de Duitse gasmarkt door te dringen, lijken niet relevant te zijn voor de onderbouwing van de redenering van de Commissie, zoals verzoekster in wezen stelt in het kader van haar tweede reeks van argumenten ter ondersteuning van de tweede grief van het onderhavige onderdeel. Uit punt 30 van genoemde beschikking volgt immers dat Wingas een joint venture tussen BASF en Gazprom was, die succesvol tot de Duitse gasmarkt is toegetreden in de jaren 90 dankzij de levering van gas door laatstgenoemde en de aanleg van een groot netwerk van nieuwe pijpleidingen die parallel aan die van E.ON en andere bestaande leveranciers worden gebruikt. Zoals verzoekster te kennen geeft, heeft de Commissie in haar beschikking van 29 september 1999 in zaak nr. IV/M.1383 — Exxon/Mobil (hierna: „Exxon/Mobil-beschikking") vastgesteld dat de Wingas-ervaring niet gauw zou worden herhaald, daar dit een gelukscombinatie van een zeer grote (of zelfs de grootste) industriële afnemer en een zeer grote Russische producent was (zie punt 100 van de Exxon/Mobil-beschikking). Bovendien volgt uit het onderzoeksrapport van de Commissie over de energiesector (SEC/2006/1724), waarnaar verzoekster verwijst, dat Wingas in het kader van dit rapport werd beschouwd als een „titularis" en niet als een „nieuwe toetreder", wegens haar unieke positie op de Duitse markt. Daarnaast is Mobil in de jaren 90 tot de Duitse gasmarkt toegetreden door te onderhandelen over toegang tot het net van de bestaande beheerders van de transmissienetwerken. Vastgesteld moet worden dat de Commissie zelf heeft opgemerkt dat Mobil zich in een vrij atypische situatie in Duitsland bevond (zie punt 251 van de Exxon/Mobil-beschikking). Zij heeft onder meer benadrukt dat deze onderneming een aanzienlijk deel van het Duitse gas produceerde en deel uitmaakte van het Duitse gasestablishment. Dit was volgens de Commissie waarschijnlijk de reden waarom zij gas in Duitsland heeft kunnen invoeren zonder over een eigen hoogdrukpijpleidingennet te beschikken, door middel van TPA. De Commissie heeft tevens aangegeven dat Mobil zich in een unieke positie bevond (zie punt 219 van de Exxon/Mobil-beschikking).

103 Zoals de Commissie te kennen geeft, beschikte ook verzoekster over troeven en bevond zij zich niet in een typische positie. Gelet echter op de unieke en specifieke posities van Wingas en Mobil, die de Commissie zelf ook heeft erkend, kunnen zij niet op zich aantonen dat er voor een nieuwe toetreder een reële en concrete mogelijkheid was om tot de Duitse gasmarkt door te dringen en met de gevestigde ondernemingen te concurreren. In die context moet worden opgemerkt dat, zoals verzoekster te kennen geeft, deze aanbieders, namelijk [*vertrouwelijk*], die zich in dezelfde positie als haarzelf bevonden, te weten dominante aanbieders uit buurlanden die over een pijpleiding in Duitsland beschikten, niet tot de Duitse gasmarkt hebben kunnen doordringen, zoals overigens ook de Commissie erkent, waarbij zij niettemin aangeeft dat Mobil en Wingas tot bedoelde markt zijn toegetreden.

104 Hoe dan ook bevat de bestreden beschikking geen enkel gegeven, ook niet van algemene aard, dat ertoe strekt aan te tonen dat tussen 1 januari 1980 en 24 april 1998, niettegenstaande de omstandigheden gelegen in de regionale monopolies op de Duitse gasmarkt, de aanleg van toegangsleidingen of de sluiting van overeenkomsten over toegang tot het net van een bestaande marktdeelnemer op het traject van de MEGAL-pijpleiding niet een levensvatbare economische strategie in de zin van de hierboven in punt 83 aangehaalde rechtspraak zou zijn geweest, en voor een marktdeelnemer als verzoekster, die mede-eigenaar is van de MEGAL-pijpleiding, een reële en concrete mogelijkheid vormde om tot die markt toe te treden en met de daarop reeds gevestigde ondernemingen te concurreren. Meer bepaald is er geen enkel gegeven op grond waarvan kan worden overwogen dat de markttoetreding van verzoekster met die middelen voldoende snel had kunnen plaatsvinden opdat de dreiging van een potentiële toetreding invloed had uitgeoefend op het gedrag van de marktdeelnemers of gepaard zou zijn gegaan met kosten die economisch gezien te dragen

zouden zijn geweest. Vastgesteld moet worden dat de bestreden beschikking geen enkele aanwijzing bevat op grond waarvan kan worden geoordeeld dat de Commissie het bestaan van potentiële concurrentie in overeenstemming met de vereisten in de hierboven in punt 83 aangehaalde rechtspraak heeft onderzocht.

105 Gelet op een en ander moet worden vastgesteld dat de Commissie niet heeft aangetoond dat sprake was van potentiële concurrentie op de Duitse gasmarkt tussen 1 januari 1980 en 24 april 1998.

106 Door bovendien in punt 372 van de bestreden beschikking te benadrukken dat de Duitse wetgever, door afschaffing van de vrijstelling van het mededingingsrecht voor grensakkoorden op 24 april 1998, duidelijk heeft vastgelegd dat de gassector na die datum voor mededinging moest openstaan, lijkt de Commissie toe te geven, impliciet althans, dat de Duitse wetgever zelf van oordeel was dat de gassector niet voor mededinging openstond en dat er dus geen potentiële concurrentie was.

107 Aangaande de periode van 24 april 1998 tot 10 augustus 2000 moet eraan worden herinnerd dat de beperkingen als gevolg van het vermoeden van rechtmatigheid van de weigering om toegang tot het net te verlenen en de vrijstelling voor de grensakkoorden en de exclusieve concessieovereenkomsten in die periode niet meer bestonden vanwege de wetswijzigingen die daarvóór hadden plaatsgevonden.

108 Verzoekster geeft evenwel te kennen dat in Duistland tot 2000 geen enkele bepaling over TPA bestond, aangezien de eerste overeenkomsten over TPA pas vanaf dat jaar zijn ondertekend.

109 Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat het juist is dat het feit dat er geen enkele regel over TPA voor de transmissie en de distributie van gas bestond een toetredingsdrempel op de Duitse gasmarkt vertegenwoordigde, maar dat dit niet kan impliceren dat er in het geheel geen mogelijkheid van toegang was. Dit geldt temeer daar, zoals volgt uit punt 90 hierboven, sedert 1 januari 1990 het vermoeden van rechtmatigheid van de weigering om toegang tot het net te verlenen was opgeheven. De omstandigheid dat er bij gebreke van regels over TPA in de betrokken periode in Duitsland, er in het geheel geen druk was op de beheerder van een net dat hij in eigendom had, om toegang aan een van zijn concurrenten te verlenen, heeft niet tot gevolg dat het niet mogelijk was om over dergelijke toegang te onderhandelen. Hoe dan ook volgt uit de bestreden beschikking dat vanaf 1 januari 1999 een recht op TPA voortvloeide uit artikel 19, lid 4, punt 4, van het GWB, over toegang tot een essentiële infrastructuur, hetgeen verzoekster niet heeft betwist.

110 Ofschoon de structuur van de Duitse markt ook een toetredingsdrempel op die markt kon vormen in de periode tussen 24 april 1998 en 10 augustus 2000, neemt dit niet weg dat er geen enkel gegeven is op grond waarvan kan worden overwogen dat in die periode, die zich situeert na de wetswijzigingen van 1998, deze structuur, alleen of in combinatie met het ontbreken van een regel over TPA, het bestaan van potentiële concurrentie op de Duitse markt volledig kon uitsluiten. Overigens gaat verzoeksters stelling niet verder dan dat deze structuur een hoge toetredingsdrempel vormde, versterkt door de verticale integratie van de groothandelaren die meerder regio's bedienden. Zij beweert niet dat deze elke toetreding tot de markt heeft verhinderd.

111 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat er geen gegeven is dat kan aantonen dat de Commissie ten onrechte heeft geoordeeld dat er sprake was van potentiële concurrentie op de Duitse gasmarkt tussen 24 april 1998 en 10 augustus 2000.

112 Gelet op een en ander slaagt het eerst middel voor zover dit betrekking heeft op de periode tussen 1 januari 1980 en 24 april 1998 en moet het worden verworpen voor zover het betrekking heeft op de periode tussen 24 april 1998 en 10 augustus 2000.

113 Daar het eerste onderdeel slechts gedeeltelijk slaagt, moeten de overige onderdelen nog worden onderzocht voor zover zij betrekking hebben op de periode tussen 24 april 1998 en 10 augustus 2000.

b) Tweede onderdeel

114 In het kader van het onderhavige onderdeel bestrijdt verzoekster de analyse van de Commissie dat de mededingingsregeling een merkbaar actueel of potentieel effect kon hebben op de handel in gas tussen Frankrijk en Duitsland vóór augustus 2000.

115 Verzoekster voert dienaangaande in wezen twee grieven aan, ontleend aan in de eerste plaats een motiveringsgebrek en in de tweede plaats schending van de feiten en het recht.

– Eerste grief

116 Verzoekster betoogt dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd, nu daarin niet is aangetoond in welke mate de mededingingsregeling de handel in gas tussen Frankrijk en Duitsland ongunstig heeft kunnen beïnvloeden na 1 januari 1980 en dat op die datum aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 81 EG was voldaan.

117 Er zij aan herinnerd dat de motiveringsplicht een wezenlijk vormvoorschrift vormt die moet worden onderscheiden van de vraag naar de gegrondheid van de motivering, die de inhoudelijke wettigheid van de omstreden handeling betreft (zie in die zin arrest Hof van 2 april 1998, Commissie/Sytraval en Brink's France, C-367/95 P, Jurispr. blz. I-1719, punt 67, en arrest Gerecht van 4 juli 2006, Hoek Loos/Commissie, T-304/02, Jurispr. blz. II-1887, punt 54). Het is vaste rechtspraak dat de motivering van een bezwarende beschikking een doeltreffende toetsing van de rechtmatigheid ervan mogelijk moet maken, en aan de betrokkene de noodzakelijke gegevens moet verschaffen om uit te maken of de beschikking al dan niet gegrond is, en anderzijds dat de aan de motivering te stellen eisen moeten worden beoordeeld naar de omstandigheden van het geval, met name de inhoud van de handeling, de aard van de aangevoerde redenen en het belang dat de adressaten bij een verklaring kunnen hebben (arresten Gerecht van 28 april 1994, AWS Benelux/Commissie, T-38/92, Jurispr. blz. II-211, punt 26, en 14 mei 1998, Gruber + Weber/Commissie, T-310/94, Jurispr. blz. II-1043, punt 209).

118 In casu heeft de Commissie er in punt 261 van de bestreden beschikking aan herinnerd dat volgens de rechtspraak van een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten slechts sprake kan zijn indien een overeenkomst op grond van een reeks van feitelijke en juridische gegevens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doet verwachten dat deze al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, invloed op het handelsverkeer tussen lidstaten kan uitoefenen. Zij heeft daar in punt 262 van genoemde beschikking aan toegevoegd dat, overeenkomstig de richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 [EG] en 82 [EG] (PB 2004, C 101, blz. 81), marktverdelingsovereenkomsten die meerdere lidstaten bestrijken, naar hun aard de mededingingsvoorwaarden kunnen harmoniseren, een invloed hebben op de vervlechting van de handel door het bestendigen van traditionele handelsstromen en dus de handel tussen lidstaten kunnen beïnvloeden. Zij heeft vervolgens in punt 263 van deze beschikking opgemerkt dat de toepassing van artikel 81, lid 1, EG op een marktverdelingsovereenkomst of op een onderling afgestemde feitelijke gedraging niet beperkt blijft tot dat deel van de omzet van de deelnemers dat rechtstreeks een overdracht van goederen van de ene lidstaat naar de andere met zich meebrengt en dat het feit dat de goederen naar hun aard gemakkelijk grensoverschrijdend kunnen worden verhandeld, er een goede aanwijzing van is of de handel tussen de lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed. In datzelfde punt heeft zij in aanmerking genomen dat, doordat zij erop gericht waren de mededingingssituatie vóór de liberalisering te bevriezen door de levering van via de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas te beperken, terwijl dit de belangrijkste weg voor de invoer van aardgas naar Duitsland en Frankrijk was, en dus grensoverschrijdende mededinging op de Duitse en de Frans gasmarkt te verhinderen, de overeenkomst en het mededingingsbeperkend gedrag van de betrokken ondernemingen hen ervan hebben weerhouden om te trachten op de markt van de ander zaken te doen en dus een merkbare invloed op de handel tussen de lidstaten hebben gehad of op zijn minst kunnen hebben gehad.

119 In die omstandigheden heeft de Commissie rechtens genoegzaam de gronden uiteengezet waarom zij meende dat de mededingingsregeling de handel tussen Frankrijk en Duitsland heeft kunnen beïnvloeden vanaf 1 januari 1980 en dat aan de voorwaarden voor toepassing van artikel 81 EG was voldaan. In dat verband moet worden opgemerkt dat de bestreden beschikking ook uitdrukkelijk verwijst naar de situatie „vóór de liberalisering", namelijk vóór 10 augustus 2000, zodat verzoekster ten onrechte beweert dat de bewijsvoering van de Commissie beperkt is tot de periode na deze datum.

120 De eerste grief moet dus worden afgewezen.

– Tweede grief

121 Verzoekster stelt dat in de beschikking de feiten en het recht zijn geschonden. Volgens haar hebben de sideletters geen merkbare actuele of potentiële invloed kunnen hebben op de handel tussen Duitsland en Frankrijk vóór augustus 2000, aangezien de Duitse en de Franse markt de facto en de iure voor mededinging gesloten was, zodat de handel in aardgas tussen deze landen niet anders had kunnen zijn zonder de betrokken gedragingen.

122 In dat verband zij eraan herinnerd dat artikel 81, lid 1, EG slechts van toepassing is op overeenkomsten die de handel tussen de lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden. Volgens vaste rechtspraak kan van een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten slechts sprake zijn indien een besluit, een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging op grond van een reeks van feitelijke en juridische gegevens met een voldoende mate van waarschijnlijkheid doet verwachten dat deze al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, invloed op het handelsverkeer tussen lidstaten kan uitoefenen op zodanige wijze dat deze de totstandkoming van een gemeenschappelijke markt tussen lidstaten kan belemmeren (zie arrest Hof van 23 november 2006, Asnef-Equifax en Administración del Estado, C-238/05, Jurispr. blz. I-11125, punt 34, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

123 De ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer is in de regel dus het gevolg van een combinatie van verschillende factoren, die, elk afzonderlijk, niet per se beslissend hoeven te zijn. Om te onderzoeken of een mededingingsregeling de handel tussen lidstaten merkbaar ongunstig beïnvloedt, moet zij worden onderzocht in haar economische en juridische context (arrest Asnef-Equifax en Administración del Estado, punt 122 supra, punt 35, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Het doet er wat dat betreft niet toe dat de invloed van een mededingingsregeling op het handelsverkeer ongunstig, neutraal of gunstig is. Een beperking van de mededinging heeft naar de aard ervan invloed op de handel tussen lidstaten, omdat zij de handelsstromen immers kan doen afwijken van het verloop dat zij anders zouden hebben gehad (zie in die zin arrest Hof van 29 oktober 1980, van Landewyck e.a./Commissie, 209/78-215/78 en 218/78, Jurispr. blz. 3125, punt 172).

124 Daarenboven volstaat het feit dat een mededingingsregeling de handel tussen lidstaten ongunstig kan beïnvloeden, dat wil zeggen de potentiële invloed ervan, om het binnen de werkingssfeer van artikel 81 EG te brengen en om geen bewijs van een daadwerkelijke beïnvloeding van het handelsverkeer te hoeven leveren (arrest Hof van 21 januari 1999, Bagnasco e.a., C-215/96 en C-216/96, Jurispr. blz. I-135, punt 48, en arrest Gerecht van 14 december 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e.a./Commissie, T-259/02-T-264/02 en T-271/02, Jurispr. blz. II-5169, punt 166). Het is niettemin noodzakelijk dat de potentiële invloed van de mededingingsregeling op de interstatelijke handel merkbaar is, of met andere woorden, dat hij niet onbeduidend is (zie in die zin arrest Hof van 28 april 1998, Javico, C-306/96, Jurispr. blz. I-1983, punten 12 en 17).

125 Verder heeft een mededingingsregeling die het gehele grondgebied van een lidstaat bestrijkt, naar de aard ervan een versterking van de nationale drempelvorming tot gevolg, hetgeen de in het EG-Verdrag beoogde economische vervlechting doorkruist (arrest Asnef-Equifax en Administración del Estado, punt 122 supra, punt 37).

126 In casu moet worden vastgesteld dat, aangezien zij niet het bestaan van potentiële concurrentie op de Duitse gasmarkt tussen 1 januari 1980 en 24 april 1998 heeft aangetoond (zie punt 104 hierboven) en vaststaat dat de Franse markt voor mededinging gesloten was tot op zijn minst augustus 2000, het ten onrechte is dat de Commissie ervan is uitgegaan dat de overeenkomst en de gedragingen in kwestie een merkbare invloed op het handelsverkeer tussen de lidstaten konden hebben vóór 24 april 1998.

127 Dit geldt temeer nu de Commissie haar conclusie op dit punt onder meer heeft gebaseerd op het feit, zoals volgt uit punt 263 van de bestreden beschikking, dat deze overeenkomst en deze gedragingen grensoverschrijdende mededinging verhinderden op de Duitse en de Franse gasmarkt. Wanneer er geen mededinging op deze beide markten is, kan ook geen mededinging worden verhinderd en daarmee kon ook het handelsverkeer tussen de lidstaten niet ongunstig zijn beïnvloed.

128 Voor de periode tussen 24 april 1998 en 10 augustus 2000 moet de onderhavige grief daarentegen worden verworpen, nu het bestaan van potentiële concurrentie op Duitse gasmarkt niet geldig in twijfel is getrokken (zie punt 111 hierboven), en de beperking daarvan een merkbaar gevolg voor het handelsverkeer tussen de lidstaten kan hebben.

129 Aan deze overwegingen wordt niet afgedaan door verzoeksters argumenten ontleend aan de richtsnoeren betreffende het begrip „beïnvloeding van de handel" in de artikelen 81 EG en 82 EG. Verzoekster bestrijdt immers de inhoud van punt 262 van de bestreden beschikking (zie punt 118 hierboven) met het betoog dat het ontbreken van een liberaliseringsperspectief en de voltooiing van de interne gasmarkt vóór (ten minste) augustus 2000 een objectief gegeven in de zin van de rechtspraak was, op basis waarvan met voldoende waarschijnlijkheid kon worden uitgesloten dat de betrokken marktverdelingsovereenkomst een merkbare invloed op het handelsverkeer tussen de lidstaten heeft kunnen hebben. Zoals is opgemerkt in het kader van het onderzoek van het eerste onderdeel, kon het perspectief van de liberalisering niet op lange termijn worden uitgesloten toen de sideletters werden ondertekend (zie punt 80 hierboven). Bovendien sluit het feit dat de interne gasmarkt nog niet voltooid was, op zich niet uit dat sprake was van intracommunautair handelsverkeer dat kon worden beïnvloed, nu dergelijk handelsverkeer kon bestaan zonder dat de interne markt voltooid was. Verzoeksters bezwaar moet dus van de hand worden gewezen. Ook moet het argument worden verworpen dat de richtsnoeren vermelden dat „[w]anneer er voor grensoverschrijdende handel tussen lidstaten absolute drempels zijn, die buiten de overeenkomst of gedraging staan, [...] de handel alleen [kan] worden beïnvloed wanneer deze drempels in een voorzienbare toekomst naar verwachting zullen verdwijnen", aangezien het niet was uitgesloten dat deze drempels op lange termijn zouden verdwijnen.

130 Uit een en ander volgt dat de tweede grief die in het kader van het tweede onderdeel is aangevoerd, gedeeltelijk slaagt en dat dit onderdeel dus slaagt voor zover het betrekking heeft op de periode tussen 1 januari 1980 en 24 april 1998. Dit onderdeel moet echter worden afgewezen voor zover het betrekking heeft op de periode tussen 24 april 1998 en 10 augustus 2000.

c) Derde onderdeel

131 In het kader van dit onderdeel geeft verzoekster te kennen dat de bestreden beschikking artikel 81 EG, de regels inzake de bewijsvoering en de motiveringsplicht schendt, omdat er geen overtuigend bewijs van het bestaan van de beweerde inbreuk tussen januari 1980 en februari 1999 is.

132 Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat aangezien de Commissie niet is uitgegaan van een in Frankrijk gepleegde inbreuk vóór 10 augustus 2000 en uit het onderzoek van het eerste onderdeel volgt dat zij ten onrechte is uitgegaan van het bestaan van een in Duitsland gepleegde inbreuk tussen 1 januari 1980 en 24 april 1998, het onderzoek van het onderhavige onderdeel beperkt moet worden tot de periode tussen deze laatste datum en februari 1999.

133 Vervolgens moet worden opgemerkt dat in het kader van een complexe inbreuk waarbij verschillende producenten gedurende een aantal jaren samen de markt probeerden te reguleren, van de Commissie niet kan worden geëist dat zij de inbreuk voor elke onderneming op elk tijdstip of als overeenkomst of als onderling afgestemde feitelijke gedragingen kwalificeert, daar artikel 81 EG in elk geval op beide vormen van inbreuk ziet (arrest Gerecht van 20 april 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 en T-335/94, Jurispr. blz. II-931, punt 696).

134 De Commissie heeft derhalve het recht een dergelijke complexe inbreuk als overeenkomst „en/of" onderling afgestemde feitelijke gedragingen te kwalificeren voor zover die inbreuk componenten bevat die als „overeenkomst" moeten worden gekwalificeerd en andere componenten die als „onderling afgestemde feitelijke gedragingen" moeten worden gekwalificeerd (arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, punt 133 supra, punt 697).

135 In die omstandigheden mag de dubbele kwalificatie niet worden opgevat als een kwalificatie ten aanzien waarvan gelijktijdig en cumulatief moet worden bewezen dat elk van de feiten zowel de kenmerken van een overeenkomst als die van onderling afgestemde feitelijke gedragingen vertoont, maar moet zij worden gezien als de aanduiding van een complex geheel van feiten waarvan sommige zijn aangemerkt als overeenkomst en andere als onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 81, lid 1, EG, dat voor dit soort complexe inbreuken niet in een specifieke kwalificatie voorziet (arrest Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie, punt 133 supra, punt 698).

136 Bovendien is het vaste rechtspraak dat het bestaan van een mededingingsverstorende gedraging of overeenkomst in de meeste gevallen moet worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden (zie arrest Hof van 21 september 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie, C-105/04 P, Jurispr. blz. I-8725, punten 94 en 135, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

137 Dergelijke aanwijzingen en samenloop van omstandigheden kunnen niet enkel uitsluitsel geven over het bestaan van mededingingsverstorende gedragingen of overeenkomsten, maar tevens over de duur van een voortdurende mededingingsverstorende gedraging of over het tijdvak waarin een in strijd met de mededingingsvoorschriften gesloten overeenkomst werd toegepast (arrest Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie, punt 136 supra, punt 95).

138 Tot slot dient eraan te worden herinnerd dat het vereiste van rechtszekerheid waarop de marktdeelnemers moeten kunnen rekenen, inhoudt dat de Commissie, die verplicht is het bewijs van de door haar vastgestelde inbreuken te leveren, in geval van een geschil over het bestaan van een inbreuk op de mededingingsregels bewijselementen moet aanvoeren waarmee het bestaan van de feiten die een inbreuk vormen, rechtens genoegzaam kan worden bewezen. Wat meer bepaald de gestelde duur van een inbreuk betreft, brengt dit rechtszekerheidsbeginsel mee, dat de Commissie bij ontbreken van bewijsmateriaal waarmee de duur van de inbreuk rechtstreeks kan worden aangetoond, ten minste bewijzen moet aanvoeren betreffende feiten die zich zo kort na elkaar hebben voorgedaan, dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat deze inbreuk tussen twee welbepaalde tijdstippen zonder onderbreking heeft voortgeduurd (arrest Gerecht van 7 juli 1994, Dunlop Slazenger/Commissie, T-43/92, Jurispr. blz. II-441, punt 79).

139 Zoals volgt uit punt 211 van de bestreden beschikking was de Commissie in de onderhavige zaak van oordeel dat het gedrag van de betrokken ondernemingen, bestaande in een aanvankelijke marktverdelingsovereenkomst en in onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de vorm van reguliere vergaderingen die tot doel hadden om het met elkaar eens te worden en aan deze overeenkomst uitvoering te geven gedurende meer dan 25 jaar, één enkele en voortgezette inbreuk opleverden en dus een „restrictie die de strekking had de mededinging te beperken". Zij benadrukt dat

het kunstmatig zou zijn om dit voortdurend gedrag, dat door een eenvormige doelstelling wordt gekenmerkt, op te delen door daarin meerdere onderscheiden inbreuken te zien, terwijl het integendeel om één enkele inbreuk gaat die geleidelijk aan zijn beslag heeft gekregen in zowel overeenkomsten als onderling afgestemde feitelijke gedragingen.

140 Zoals verzoekster te kennen geeft, heeft de Commissie geen enkel bewijs van de betrokken inbreuk geleverd in de periode tussen januari 1980 en 4 februari 1999. Dit wordt niet betwist door de Commissie, die in haar verweerschrift aangeeft dat zij, op de sideletters na, niet één bewijsstuk van vóór 1999 heeft aangevoerd. In dat verband moet meteen al de door de Commissie gegeven toelichting worden verworpen dat zij het niet noodzakelijk heeft geacht om de betrokken ondernemingen, nadat zij tijdens haar inspecties de hand had weten te leggen op stukken van na 1999, om eerdere stukken te vragen. Het kan immers niet worden toegelaten dat de Commissie zich op haar eigen verzaken in de bewijsvoering zou kunnen beroepen om niet aan de in dat verband op haar rustende verplichtingen te voldoen.

141 Het feit dat het bewijs van het bestaan van een voortdurende inbreuk voor bepaalde tijdvakken niet is geleverd, staat er echter niet aan in de weg dat ervan uit wordt gegaan dat de inbreuk bestond gedurende een totale periode die langer is dan die tijdvakken, zolang een dergelijke vaststelling op objectieve en overeenstemmende aanwijzingen berust (zie in die zin arrest Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie, punt 136 supra, punt 98).

142 Uit de bestreden beschikking volgt dat de betrokken ondernemingen in 1975 een schriftelijke marktverdelingsovereenkomst zijn aangegaan, bestaande uit de MEGAL-overeenkomst en de bijlage en sideletters daarbij, inhoudende dat de nationale markt van de ander niet — of slechts beperkt — zou worden betreden en dat hun nationale markten dus werden beschermd door geen via de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas op de nationale markt van de andere partij te verkopen. Geen van de door verzoekster aangevoerde argumenten kan aan deze vaststelling afdoen, zoals volgt uit het onderhavige arrest in zijn geheel. Deze overeenkomst is niet voor een bepaalde duur gesloten, nu geen enkele bepaling van deze overeenkomst in een datum waarop zij afloopt voorziet.

143 Er is niets dat kan aantonen dat de MEGAL-overeenkomst en de bijlagen en sideletters daarbij vóór 1999 zijn ontbonden. Verzoekster voert niets aan dat van vóór dit jaartal dateert, dat dit kan aantonen. In die context moet worden gepreciseerd dat het feit dat het Gerecht na onderzoek van het eerste onderdeel van het onderhavige middel artikel 1 van de bestreden beschikking nietig verklaart voor zover dit het bestaan van een vóór 1998 gepleegde inbreuk in Duitsland betreft, er als zodanig niet aan afdoet dat een marktverdelingsovereenkomst heeft bestaan, maar wel afdoet aan de begindatum van de inbreukmakende aard ervan. Uit het feit dat de overeenkomst van 2004 aangeeft dat de betrokken ondernemingen de sideletters uit 1975 „reeds lang als van nul en gener waarde" beschouwden, kan geen precieze indicatie worden afgeleid dat de overeenkomst vóór 1999 was ontbonden. Uit de van na die datum daterende stukken, en met name de e-mails van de afdeling juridische zaken van verzoekster van 9 en 17 februari 2000, die uitdrukkelijk naar de Direktion G- en Direktion I-sideletter verwijzen, waarvan de bewijswaarde hierna in punt 163 wordt geanalyseerd, kan integendeel worden afgeleid dat verzoekster naar bedoelde overeenkomst is blijven verwijzen, hetgeen erop wijst dat de overeenkomst in 2000 niet was ontbonden.

144 In die omstandigheden moeten de MEGAL-overeenkomst en de bijlagen en sideletters daarbij worden geacht tussen 1975 en 1999 van kracht te zijn geweest, en dus ook tijdens de relevante periode voor het onderzoek van het onderhavige middel zoals in punt 132 hierboven gedefinieerd, namelijk tussen 1998 en 1999, zodat het niet nodig was voor de Commissie om aanvullend bewijs aan te dragen van de uitvoering ervan in genoemde periode. Dienaangaande moet worden benadrukt dat de situatie die in de onderhavige zaak aan de orde is, verschilt van die welke heeft geleid tot het arrest Dunlop Slazenger/Commissie, punt 138 supra, dat door verzoekster is genoemd. In die zaak heeft de Commissie immers onder meer het bestaan aangetoond van twee brieven van respectievelijk 1977 en 1985, waarin de betrokken onderneming export verbood. Het Gerecht heeft in aanmerking genomen

dat, nu de Commissie geen bewijsmateriaal had kunnen aanvoeren waarmee kon worden onderbouwd dat de aan genoemde onderneming verweten inbreuk tussen 1977 en 1985 heeft voortgeduurd, zij niet rechtens genoegzaam had bewezen dat het begin van de inbreuk moest worden gesitueerd in 1977. Echter, anders dan in het onderhavige geval, had de brief uit 1977 betrekking op een eenmalig aanbod, zoals volgt uit punt 45 van genoemd arrest, en betrof het dus niet een maatregel van onbepaalde duur zoals het geval is bij de MEGAL-overeenkomst en de sideletters.

145 Hieruit volgt dat het derde onderdeel moet worden afgewezen.

146 Uit een en ander volgt dat het eerste en het tweede onderdeel van het onderhavige middel gedeeltelijk slagen en dat het derde onderdeel moet worden afgewezen.

147 Bijgevolg moet artikel 1 van de bestreden beschikking nietig worden verklaard voor zover daarin het bestaan wordt vastgesteld van een tussen 1 januari 1980 en 24 april 1998 gepleegde inbreuk in Duitsland.

2. *Tweede middel, ontleend aan schending van de feiten en het recht bij de toepassing van artikel 81 EG wat het bestaan van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging na augustus 2000 betreft*

148 Dit middel, waarmee verzoekster te kennen geeft dat de Commissie de feiten en het recht heeft geschonden bij de toepassing van artikel 81 EG wat het bestaan van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging na augustus 2000 betreft, valt uiteen in vier onderdelen. Het eerste is ontleend aan schending van artikel 81 EG, omdat er geen enkele en voortdurende inbreuk tussen 1 januari 1980 en 30 september 2005 is, en dus verjaring van de sideletters. Het tweede is ontleend aan schending van artikel 81 EG en de regels inzake de bewijsvoering, omdat de betrokken ondernemingen geen wilsovereenstemming hadden om de sideletters na augustus 2000 toe te passen. Het derde is ontleend aan schending van artikel 81 EG wegens een kennelijk onjuiste beoordeling van de vergaderingen en wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen tussen 1999 en 2005. Het vierde is ontleend aan schending van artikel 81 EG en de motiveringsplicht, omdat niet is beoordeeld of verzoekster zich in Duitsland zelfstandig heeft gedragen en E.ON in Frankrijk.

149 Het eerste onderdeel moet als laatste worden onderzocht.

a) Tweede onderdeel

150 In het kader van het onderhavige onderdeel stelt verzoekster dat de Commissie niet rechtens genoegzaam heeft bewezen dat er wilsovereenstemming tussen de betrokken ondernemingen was om de sideletters na augustus 2000 toe te passen.

151 Er moet aan worden herinnerd dat de Commissie de door haar vastgestelde inbreuken dient te bewijzen en de elementen dient te leveren die rechtens genoegzaam het bestaan bewijzen van de feiten die een inbreuk vormen (zie arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 173, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

152 Verder dient de rechter in het kader van een beroep tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG slechts de wettigheid van de bestreden handeling te controleren (arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 174).

153 Aldus heeft de rechter bij wie een beroep is ingesteld tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie waarbij een inbreuk op de mededingingsregels is vastgesteld en aan de adressaten ervan geldboeten zijn opgelegd, tot taak te beoordelen of de door de Commissie in haar beschikking aangevoerde bewijzen en andere elementen volstaan om het bestaan van de verweten inbreuk aan te tonen (zie arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 175, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

154 Daarnaast moet eraan worden herinnerd dat twijfel bij de rechter in het voordeel dient te werken van de onderneming die de adressaat is van de beschikking waarbij een inbreuk is vastgesteld. De rechter kan dus niet vaststellen dat de Commissie de betrokken inbreuk rechtens genoegzaam heeft aangetoond, wanneer daarover bij hem nog twijfel bestaat, met name in het kader van een beroep tot nietigverklaring van een boetebeschikking (zie arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 177, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

155 De Commissie dient dus nauwkeurig bepaalde en onderling overeenstemmende bewijzen aan te voeren die de vaste overtuiging kunnen dragen dat de inbreuk is gepleegd (zie arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 179, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

156 Evenwel dient te worden beklemtoond dat niet elk van de door de Commissie aangevoerde bewijzen noodzakelijkerwijs voor elk onderdeel van de inbreuk aan deze criteria hoeft te voldoen. Het is voldoende dat de door deze instelling aangevoerde verzameling aanwijzingen, in haar geheel beschouwd, aan dit vereiste voldoet (zie arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 180, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

157 In de onderhavige zaak volgt uit punt 163 van de bestreden beschikking dat de Commissie van mening was dat de betrokken ondernemingen in 1975 een overeenkomst hebben gesloten, krachtens welke verzoekster geen via de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas aan afnemers in Duitsland zou verkopen en E.ON geen via de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas in Frankrijk. Zij meende dat deze ondernemingen, toen de Europese gasmarkten werden opengesteld en de marktverdelingsovereenkomst dus „een aanzienlijk weerslag op de markt kon hebben in 1998/2000", hun overeenkomst niet formeel hebben beëindigd en niet uitdrukkelijk hebben verklaard dat zij was achterhaald. Dienaangaande heeft zij met name opgemerkt dat zowel de interne documenten van de betrokken ondernemingen als de communicatie tussen hen, aantonen dat zij het aan verzoekster opgelegde verbod om de exitpunten van de MEGAL-pijpleiding in Duitsland te gebruiken en het aan E.ON opgelegde verbod om via deze pijpleiding gas naar Frankrijk te transporteren, als verbindend beschouwden.

158 In het licht hiervan moeten de drie door verzoekster aangevoerde grieven ter ondersteuning van dit onderdeel worden onderzocht. De eerste is ontleend aan schending van het beginsel van de onschuldpresumptie en het feit dat de sideletters na augustus 2000 bewijskracht ontberen. Het tweede is eraan ontleend dat het door de Commissie gehanteerde bewijs om aan te tonen dat er tussen de betrokken ondernemingen overeenstemming was om de sideletters als verbindend te beschouwen, bewijskracht ontbeert. Het derde is eraan ontleend dat zij bewijzen heeft aangedragen dat na de liberalisering van de sideletters „afstand is gedaan".

159 Hiertoe moet eerst de tweede, dan de derde en tot slot de eerste grief worden onderzocht.

– Tweede grief

160 Verzoekster stelt in wezen dat de elementen waarop de Commissie zich heeft gebaseerd, onnauwkeurig en dubbelzinnig zijn en niet volstaan als onderbouwing van een wilsovereenstemming die tot de betrokken overeenkomst kan hebben geleid, in casu de toepassing van de sideletters na de liberalisering.

161 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat bij de beoordeling van de bewijskracht van een stuk moet worden gekeken naar de mate van waarschijnlijkheid van de daarin vervatte informatie. Daarbij dient met name rekening te worden gehouden met de herkomst van het stuk, de omstandigheden waaronder het tot stand is gekomen, en degene tot wie het is gericht, en voorts moet worden onderzocht of het stuk, gelet op zijn inhoud, redelijk en geloofwaardig overkomt (zie arrest Gerecht van 27 september 2006, Dresdner Bank e.a./Commissie, T-44/02 OP, T-54/02 OP en T-56/02 OP, T-60/02 OP en T-61/02 OP, Jurispr. blz. II-3567, punt 121, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

162 In casu is er niets dat twijfel kan doen rijzen over de bewijskracht van de stukken waarop de Commissie zich heeft gebaseerd om de sideletters na augustus 2000 als verbindend te beschouwen.

163 Wat in de eerste plaats de documenten van de afdeling juridische zaken van verzoekster aangaat, moet worden opgemerkt dat de Commissie in de punten 64 en 65 van de bestreden beschikking aan de inhoud van een nota van 3 december 1999 en e-mails van 9 en 17 februari 2000 heeft herinnerd. Uit de nota van 3 december 1999 volgt in wezen dat bedoelde afdeling juridische zaken meende dat verzoekster zich niet op het nieuwe rechtskader rond de liberalisering zou kunnen beroepen om afnemers in Duitsland met via de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas te beleveren. Volgens deze nota zou het een verdraaiing van de overeenkomsten over deze pijpleiding zijn, indien verzoekster het gas in transit uit de pijpleiding zou halen om dergelijke klanten te beleveren. Wat de e-mails van 9 en 17 februari 2000 betreft, verwijzen deze, zoals de Commissie heeft opgemerkt, direct naar de Direktion G- en de Direktion I-sideletter. Zij geven immers aan dat de eerste van de genoemde sideletters gelijk te stellen is met een „uitvoerige marktverdeling" tussen de betrokken ondernemingen, „hetgeen de vraag doet rijzen wat de juridische waarde van een dergelijk document is (nietig!)" en dat met de tweede van die sideletters, die wordt gekwalificeerd als „uitstekend", genoemde ondernemingen overeenkomen dat verzoekster geen gas levert (direct of indirect) aan een afnemer die in Duitsland is gevestigd. In dit verband moet verzoeksters argument dat deze e-mails er de bevestiging van zijn dat de sideletters moeilijk waren te interpreteren, worden afgewezen. Het is juist dat uit deze e-mails volgt dat de afdeling juridische zaken van verzoekster zich de vraag stelde of E.ON gas voor derden kon transporteren via de MEGAL-pijpleiding en opmerkte dat de sideletters in het verleden in een voor E.ON gunstige zin waren gelezen, door te menen dat zij een derde die gas via deze pijpleiding wilde transporteren kon dwingen om met haar een overeenkomst te sluiten. Dit neemt echter niet weg dat de analyse van de sideletters in kwestie door de afdeling juridische zaken van verzoekster expliciet en ondubbelzinnig is op het punt van de beperkingen die zij opleggen, zoals uit de bewoordingen van deze documenten volgt. In die omstandigheden heeft de Commissie niet onjuist gehandeld door zich op deze drie documenten te baseren, om zich in wezen op het standpunt te stellen dat op basis daarvan verzoekster wetenschap had van de onrechtmatigheid van de overeenkomst, maar zij zich daarnaar bleef schikken, zoals is aangegeven in punt 4.2.2.2 van de bestreden beschikking.

164 Wat in de tweede plaats de notulen van E.ON van de vergaderingen van 4 februari en 24 juni 1999 betreft, volgt uit de notulen van de eerste van deze vergaderingen dat E.ON met verontrusting akte had genomen van bepaalde opmerkingen die in eerdere vergaderingen waren gemaakt, volgens welke bepaalde personen binnen verzoekster op zijn minst de gescheiden verkoop van gas in Duitsland via de MEGAL-pijpleiding voor ogen stond. Volgens dit document heeft verzoekster in antwoord daarop aangegeven dat haar doel was om haar positie als expediteur en aandeelhouder te optimaliseren en dat zij, wanneer de nieuwe regels over TPA in werking zouden treden, haar belangen moest verdedigen, waarbij zij echter altijd rekening hield met de nauwe historische relatie met E.ON. Zij heeft ook beloofd om E.ON voortdurend op de hoogte te houden van haar overwegingen. Daarnaast volgt uit de notulen van de tweede vergadering dat verzoekster heeft aangegeven dat zij eventueel commerciële kansen in Duitsland wilde benutten, maar dit niet tegen E.ON zou zijn gericht. Volgens deze notulen heeft zij ook vermeld dat zij krachtens de huidige contractuele regeling rond de MEGAL-pijpleiding, deze slechts kon gebruiken als een transitlijn en geen gas uit de pijpleiding in Duitsland mocht halen, waarop E.ON heeft geantwoord dat de optie voor verzoekster om gas uit de MEGAL-pijpleiding te halen, een algemene wijziging van het contractuele kader rond MEGAL betekende. Dit bevestigt niet alleen dat verzoekster heeft getracht E.ON gerust te stellen ten aanzien van haar intenties in Duitsland, maar ook dat de betrokken ondernemingen zich gebonden achtten aan de bepalingen van de overeenkomst in kwestie.

165 De Commissie heeft dus geen fout begaan door in punt 70 van de bestreden beschikking op te merken dat zo deze documenten konden aantonen dat E.ON meende dat bepaalde personen binnen verzoekster voornemens waren om tot de markt in het zuiden van Duitsland door te dringen, zij ook bewezen dat E.ON heeft getracht verzoekster daarvan af te brengen en dat laatstgenoemde heeft beloofd om rekening te houden met de nauwe historische relatie met E.ON en haar voortdurend op

de hoogte te houden van haar overwegingen. Gelet op de bewoordingen van deze documenten heeft zij terecht gemeend dat de betrokken ondernemingen waren overeengekomen dat ten aanzien van een eventuele toetreding van verzoekster tot de markt in de zone van de MEGAL-pijpleiding tussen hen een gemeenschappelijk standpunt moest worden ingenomen.

166 Het is juist dat, zoals verzoekster opmerkt, geen van beide documenten uitdrukkelijk verwijst naar de instandhouding van de sideletters. Er volgt evenwel duidelijk uit, met name de notulen van de vergadering van 24 juni 1999, dat de betrokken ondernemingen zich nog steeds gebonden achtten aan het contractuele kader rond de MEGAL-pijpleiding, waarvan de sideletters een integrerend deel zijn, en aan de beperkingen die deze sideletters oplegden aan de mogelijkheid voor verzoekster om in Duitsland gas uit deze pijpleiding te nemen. Hoe dan ook en anders dan verzoekster wil doen geloven, volgt uit de punten 67 tot en met 70 van de bestreden beschikking niet dat de Commissie deze documenten heeft gebruikt om aan te tonen dat de ondernemingen deze sideletters als bindend beschouwden, nu de conclusies in punt 70 noch op de achterhaaldheid noch op de verbindendheid ervan ingaan. Wat tot slot punt 4.2.2.4 van de bestreden beschikking betreft, waarin wordt ingegaan op de overweging dat „[verzoekster] belooft om niet de confrontatie met [E.ON] te zullen aangaan in Duitsland", moet worden opgemerkt dat een dergelijke overweging weliswaar simplistisch kan lijken, maar dat zij inhoudelijk niet onjuist is, aangezien het betrokken document aantoont dat verzoekster rekening wilde houden met haar relatie met E.ON en haar op de hoogte wilde houden van haar overwegingen ten aanzien van mogelijke verkopen in Duitsland en dat de commerciële kansen die zij wilde grijpen niet tegen E.ON gericht zouden zijn.

167 Wat in de derde plaats de interne nota van E.ON van 8 juni 2001 aangaat, die is geschreven met het oog op een vergadering met verzoekster op 12 juni 2001, leidt de Commissie hieruit af, zoals volgt uit punt 77 van de bestreden beschikking, dat E.ON zich bewust was van het feit dat het aan verzoekster opgelegde verbod om gas uit de MEGAL-pijpleiding halen, het mededingingsrecht schond. Dienaangaande moet worden vastgesteld dat deze nota is te plaatsen in het kader van met name de discussies over de omvorming van het contractuele kader rond de MEGAL-pijpleiding. Daaruit blijkt dat men in het nieuwe model voor dat kader erin wilde voorzien dat verzoekster entry- en exitrechten over de hele MEGAL-pijpleiding zou krijgen, hetgeen haar in de praktijk hoe dan ook niet had kunnen worden geweigerd vanuit juridisch oogpunt krachtens het GWB of het EnWG. E.ON was er zich wel degelijk van bewust dat zij op basis van de Duitse wetgeving verzoekster niet het recht kon weigeren om gas uit de MEGAL-pijpleiding te halen. Het was slechts in de toekomstige context van de heronderhandeling van de MEGAL-overeenkomst, waarbij het begrip „bevoorrecht gebruik" zouden worden ingevoerd, dat het voornemen bestond om verzoekster een dergelijk recht toe te kennen. Hoe dan ook volgt uit genoemde nota ook dat verzoekster de mogelijkheid opeiste om exitpunten van de MEGAL-pijpleiding in Duitsland te gebruiken, hetgeen impliceert dat zij die mogelijkheid niet had volgens het bestaande contractuele kader. Het is dus ten onrechte dat verzoekster beweert dat de Commissie had moeten oordelen dat uit deze nota blijkt dat de sideletters niet langer van kracht waren.

168 Wat in de vierde plaats de brieven betreft die op 13 en 21 mei 2002 tussen de betrokken ondernemingen zijn gewisseld, heeft de Commissie in punt 81 van de bestreden beschikking geoordeeld dat deze bevestigden dat E.ON meende dat de Direktion G-sideletter bindende kracht toekwam en dat geen van de betrokken ondernemingen te verstaan had gegeven dat deze sideletter en de Direktion I-sideletter achterhaald waren. In dat verband moet worden vastgesteld dat de brief die E.ON op 21 mei 2002 aan verzoekster heeft gezonden, in antwoord op haar brief van 13 mei 2002, uitdrukkelijk naar de Direktion G-sideletter verwijst. Daarbij wordt aangegeven dat transmissie ten behoeve van een andere onderneming vanaf de MEGAL-pijpleiding geheel met deze sideletter in overeenstemming is. Indien deze sideletter werd geacht achterhaald te zijn en partijen niet te binden, dan zou E.ON niet hebben aangegeven dat bedoelde transmissie daarmee in overeenstemming was. Het door verzoekster genoemde feit dat in haar brief van 13 mei 2002 niet naar de Direktion G- of Direktion I-sideletter wordt verwezen, is niet bepalend voor het bewijs dat deze bepalingen achterhaald waren of dat er geen wilsovereenstemming was. Ook als verzoekster er in genoemde brief

inderdaad niet naar heeft verwezen, neemt dit niet weg dat, zoals de Commissie te kennen geeft in punt 83 van de bestreden beschikking, E.ON zich niet op de Direktion G-sideletter zou hebben gebaseerd om te beweren dat zij de transmissie voor rekening van een van haar afnemers mocht verrichten, indien deze sideletter niet op een eerder tijdstip zou zijn ingeroepen om dit type van transmissie te verbieden. Maar zelfs gesteld dat E.ON eenzijdig naar deze sideletter had kunnen verwijzen, dan zou dit hoe dan ook zonder invloed zijn voor de conclusie dat genoemde sideletter bindend voorkwam, op zijn minst voor deze onderneming, en dan zou op basis daarvan niet kunnen worden geoordeeld dat de sideletters voor verzoekster niet langer bindend waren. Aangaande verzoeksters stelling dat E.ON naar de Direktion G-sideletter heeft verwezen om haar onderhandelingspositie ten opzichte van haar te verstevigen wat de transmissie ten behoeve van derden betreft, kan deze hoe dan ook niet afdoen aan de conclusies die de Commissie heeft bereikt. Wat tot slot verzoeksters argument aangaat dat deze briefwisseling verwijst naar de voorwaarden voor de transmissie ten behoeve van derden en niet naar de marktverdeling, kan dit niet afdoen aan het feit dat genoemde briefwisseling ook de verbindendheid aan het licht stelt, op zijn minst voor E.ON, van de Direktion G-sideletter, en kan ook niet worden geoordeeld dat verzoekster de sideletters achterhaald achtte. Voor het overige kon, gelet op de bewoordingen ervan, uit de betrokken briefwisseling worden afgeleid, zoals de Commissie heeft opgemerkt in punt 83 van de bestreden beschikking, dat verzoekster meende dat de MEGAL-overeenkomst, zoals die destijds van kracht was, E.ON verbood om via de MEGAL-pijpleiding gas te leveren in Frankrijk, zelfs voor rekening van derden. Een dergelijk standpunt is ook in overeenstemming met de uitlegging die afdeling juridische zaken van verzoekster aan de Direktion G-sideletter heeft gegeven, die in de e-mails van 9 en 17 februari 2000 is uiteengezet.

169 Aangaande, in de vijfde plaats, de notulen van E.ON betreffende een vergadering van 23 mei 2002, een e-mail van E.ON van 27 februari 2003 en de notulen van E.ON betreffende een vergadering van 19 februari 2004, moet om te beginnen worden opgemerkt dat, zoals verzoekster te kennen geeft, geen van deze documenten specifiek naar de sideletters verwijst. De Commissie heeft in de bestreden beschikking echter niet beweerd dat dit het geval was.

170 Vervolgens moet worden opgemerkt dat duidelijk blijkt uit de notulen van E.ON betreffende een vergadering van 23 mei 2002 tussen de verantwoordelijken van verzoekster en die van E.ON dat verzoekster tijdens deze vergadering de verzekering heeft gegeven dat zij op die datum niet het voornemen had om uit de MEGAL-pijpleiding gehaald gas in het zuiden van Duitsland te verkopen. Daarnaast wordt in de e-mail van 27 februari 2003, gericht aan een verantwoordelijke van E.ON in Frankrijk aan een directeur van E.ON in Duitsland, een privébijeenkomst van eerstgenoemde met een verantwoordelijke van verzoekster vermeld. Daaruit blijkt dat de verantwoordelijke van verzoekster tijdens deze bijeenkomst onder meer aangegeven dat zij ervan overtuigd leek dat zij waakzaam moest blijven wat haar benadering van de Duitse markt betrof. Daaruit blijkt ook dat, ook als verzoekster zou kunnen proberen om gas te verkopen in het gebied van E.ON, dit eerder zou zijn om marktinformatie te verzamelen dan om een directe frontale aanval uit te voeren. Tot slot blijkt uit de notulen van E.ON betreffende een vergadering van 19 februari 2004 tussen de vertegenwoordigers van verzoekster en E.ON, dat verzoekster tijdens deze vergadering aan E.ON te kennen heeft gegeven dat laatstgenoemde de hoofdleverancier voor [*vertrouwelijk*] was en bleef en dat zij de huidige bevoorradingscontracten van E.ON wilde respecteren.

171 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat uit deze drie documenten, tezamen gelezen, duidelijk naar voren komt dat de betrokken ondernemingen informatie over hun groeistrategieën hebben uitgewisseld en, meer in het bijzonder, dat verzoekster blijk heeft gegeven van haar voornemen om niet de frontale aanval met E.ON aan te gaan op de Duitse markt en om geen gas te verkopen in het zuiden van Duitsland. Ook als zij niet rechtstreeks naar de sideletters verwijzen, bewijzen deze documenten dat de betrokken ondernemingen de marktverdeling als gevolg van de MEGAL-overeenkomst en genoemde sideletters hebben geëerbiedigd. Bijgevolg moet verzoeksters bewering dat de verklaringen die in deze documenten zijn weergegeven geen verband hielden met de vermeende inbreuk, van de hand worden gewezen.

172 Aangaande de bewijskracht van deze documenten moet worden benadrukt ten aanzien van het door verzoekster genoemde feit dat het interne documenten van E.ON betreft die niet zijn bevestigd door wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen, dat de relevantie van die omstandigheid in de punten 224 tot en met 226 hierna wordt weerlegd. Bovendien moet worden opgemerkt dat deze documenten zijn opgesteld door de diensten van E.ON na vergaderingen of gesprekken die hebben plaatsgevonden tussen de vertegenwoordigers van de betrokken ondernemingen. Daarenboven zijn zij aan verantwoordelijken van E.ON gericht. Voor het overige zijn de daarin vervatte inlichtingen, die anders dan verzoekster stelt nauwkeurig en niet vaag zijn, meestal onderling overeenstemmend en bevestigen zij het bestaan van een marktverdeling. In die omstandigheden moeten deze documenten worden beschouwd als ernstig en betrouwbaar en niet, zoals verzoekster beweert, als van geen of zwakke bewijskracht. Aangaande het feit dat de documenten, met name de e-mail van 27 februari 2003, verslag doen van hetgeen tijdens een privégesprek is gezegd, doet niets vermoeden dat deze niet met de werkelijkheid in overeenstemming zouden zijn, nu deze zodanig nauwkeurig verwoord zijn dat dit eerder aantoont dat dit de waarheid is. Tot slot wijst niets erop de auteurs van deze documenten, en met name de e-mail van 27 februari 2003, een persoonlijke interpretatie aan de feiten zouden hebben gegeven of er persoonlijk belang bij hadden om de feiten mooier voor te stellen, teneinde hun meerderen een resultaat te kunnen voorleggen dat voldeed aan hun verwachtingen, zoals het geval was in de zaak de aanleiding heeft gegeven tot het arrest Dresdner Bank e.a./Commissie, punt 161 supra (punt 132), dat door verzoekster is genoemd.

173 Wat in de zesde plaats de e-mail van 16 maart 2004 betreft, moet eraan worden herinnerd dat de verkoopverantwoordelijke voor Frankrijk van E.ON daarin verslag heeft gedaan aan twee werknemers van E.ON in Duitsland van een vergadering die hij met een werknemer van verzoekster had gehad (een van zijn oud-klasgenoten) over de vrijgave van gas in Frankrijk en het eventuele belang van E.ON en verzoekster om naar oplossingen voor „verstandige concurrentie" te zoeken. Hieruit volgt dat verzoekster het niet wilde laten voorkomen dat zij de druk van de nationale regelgevende instantie voor energie vreesde, maar daar niet onwetend van was, en dat zij niet graag al te openlijk het mikpunt van kritiek wilde zijn, en dus dat, indien er iets zou kunnen worden gedaan om aan te tonen dat nieuwe toetreders toegang hadden tot het zuidelijke gedeelte van Frankrijk, zij dit gaarne zou zien. Hieruit volgt tevens dat, aangezien verzoekster deze instantie tegemoet wilde komen, deze werknemer een ruil heeft voorgesteld waarbij verzoekster E.ON van gas zou voorzien in het zuidelijk gedeelte van Frankrijk, mits tegenprestatie. Volgens deze e-mail had hij daarbij vooral de vragen rond MEGAL voor ogen. Uit deze e-mail volgt ook dat de werknemer van verzoekster heeft aangegeven dat, zoals hij de MEGAL-overeenkomst kende, alle bestaande capaciteit van de MEGAL-pijpleiding bij Medelsheim voor verzoekster was voorbehouden, zodat in feite zelfs de volumes die E.ON op die datum invoerde, illegaal waren.

174 Ten eerste is er, anders dan verzoekster stelt, in de onderhavige zaak geen enkel element op basis waarvan kan worden geoordeeld dat deze e-mail de persoonlijke gevoelens van de auteur ervan weergeeft. Uit de bewoordingen van dit document blijkt immers duidelijk dat bedoelde auteur, de verkoopverantwoordelijke van E.ON in Frankrijk, verslag wil doen aan de Duitse verantwoordelijken van E.ON van de inlichtingen die hij tijdens een privéontmoeting met een werknemer van verzoekster heeft gekregen en niet van zijn eigen interpretatie van hetgeen werd uitgewisseld. Wat werd uitgewisseld blijkt in feite het standpunt van verzoekster weer te geven en niet dat van haar werknemer die bij de betrokken ontmoeting aanwezig was. Deze ontmoeting vond overigens op verzoek van de werknemer van verzoekster plaats, die overleg wilde plegen voorafgaand aan een ontmoeting op hoog niveau tussen de betrokken ondernemingen over problemen die verzoekster rechtstreeks aanbelangden, namelijk de vragen rond de verkoop van gas in Frankrijk en het eventuele belang van de betrokken ondernemingen om naar oplossingen te zoeken die „verstandige mededinging" mogelijk maakten. Bovendien is het verslag van hetgeen werd besproken voldoende expliciet en gedetailleerd, zodat dit niet dubbelzinnig valt uit te leggen. Om er rekening mee te kunnen houden, hoefde het dus niet aan verzoekster te zijn gezonden — zodat zij daarvan afstand zou kunnen nemen —, zoals in het arrest Dresdner Bank e.a./Commissie, punt 161 supra, waarnaar verzoekster

verwijst. Zoals hierna nog zal worden opgemerkt in punt 225, is het bovendien ten onrechte dat verzoekster stelt dat uit dit laatste arrest volgt dat notulen van een vergadering in de vorm van een nota voor zuiver intern gebruik die niet aan haar is toegezonden vóór de administratieve procedure, uiterst beperkte bewijskracht heeft.

175 Ten tweede beweert verzoekster dat voorzichtigheid geboden is bij de geloofwaardigheid van hetgeen waarover verslag is uitgebracht. Zij brengt in haar verzoekschrift echter niets ter ondersteuning van deze stelling naar voren, maar beperkt zich tot een verwijzing naar haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar. De tekst van het verzoekschrift mag weliswaar op specifieke punten worden gestaafd en aangevuld door verwijzingen naar bepaalde passages uit bijgevoegde stukken, maar een algemene verwijzing naar andere stukken, ook al zijn die als bijlage bij het verzoekschrift gevoegd, kan het ontbreken van de wezenlijke elementen van het juridische betoog, die in het verzoekschrift moeten worden vermeld, niet goedmaken (arrest Hof van 31 maart 1992, Commissie/Denemarken, C-52/90, Jurispr. blz. I-2187, punt 17, en beschikking Gerecht van 21 mei 1999, Asia Motor France e.a./Commissie, T-154/98, Jurispr. blz. II-1703, punt 49). Daar deze met geen ander element in het verzoekschrift is gestaafd, moet verzoeksters stelling dus van de hand worden gewezen. Gelet op de hoedanigheid van de auteur ervan en van degene die er verslag over uitbrengt alsook de inhoud ervan, met name de nauwkeurigheid ervan, komt hetgeen in het verslag staat voor het overige als echt, ernstig en betrouwbaar voor.

176 Ten derde bevestigt dit document, dat overigens uitdrukkelijk naar de „MEGAL-overeenkomsten" verwijst, in ieder geval de conclusies die op basis van andere documenten konden worden getrokken, waarop de Commissie zich baseert voor haar oordeel dat er een overeenkomst over de verdeling van de Duitse en de Franse gasmarkt was. Anders dan verzoekster betoogt, kan dit document dus worden aangevoerd om de betrokken inbreuk te bewijzen. Het daarop betrekking hebbende betoog moet dus worden verworpen.

177 Aangaande, in de zevende plaats, de aanvullende documenten die na de mededeling van punten van bezwaar in aanmerking zijn genomen, beperkt verzoekster zich tot de stelling dat zij heeft aangetoond dat zij onnauwkeurig zijn en vatbaar zijn voor meerdere uitleggingen, zonder echter aan te geven in hoeverre de Commissie een fout heeft begaan bij de uitlegging ervan. Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat de Commissie niet meer heeft gedaan dan deze documenten aan te halen in voetnoot 98 van de bestreden beschikking, als voorbeeld waarmee, net als met een e-mail van 21 juli 2004 die in punt 102 van de bestreden beschikking is vermeld, eveneens haar stelling kan worden gestaafd dat interne documenten van verzoekster aantonen dat zij meende dat zij geen gas uit de MEGAL-pijpleiding mocht halen wegens de contractuele afspraken met E.ON, hoewel zij daarover dacht. Verzoeksters betoog ten aanzien van deze aanvullende documenten moet dus van de hand worden gewezen.

178 In de achtste plaats moet verzoeksters betoog worden verworpen dat zij een andere coherente uitleg heeft gegeven aan de gegevens waarop de Commissie zich heeft gebaseerd of dat het partijen vrij staat, wanneer een onderdeel van het bewijs onduidelijk is en uitlegging behoeft, om een plausibele alternatiever uitleg aan de feiten te geven dan die waarvan de Commissie is uitgegaan. Een dergelijk betoog is immers gebaseerd op rechtspraak die is gewezen voor het geval dat de Commissie zich uitsluitend op het gedrag van de betrokken partijen op de markt baseert om vast te stellen dat sprake is van een inbreuk. In de onderhavige zaak heeft de Commissie zich op vele schriftelijke bewijzen beroepen ter ondersteuning van haar vaststelling dat sprake is van een mededingingsvervalsende overeenkomst. Voor het overige ontbreekt het die bewijzen niet aan duidelijkheid en zijn zij voldoende ondubbelzinnig. Hieruit volgt dat de door verzoekster ingeroepen rechtspraak slechts relevant zou kunnen zijn voor het onderhavige geval indien de Commissie er niet in zou zijn geslaagd om het bestaan van de inbreuk te bewijzen aan de hand van het door haar ingeroepen schriftelijke bewijs (zie in die zin arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punten 186 en 187, en aldaar

aangehaalde rechtspraak). Gezien het voorgaande is dit niet het geval, nu de door de Commissie aangevoerde gegevens, gelezen in samenhang met de MEGAL-overeenkomst en de bijlagen en sideletters daarbij, volstaan als rechtvaardiging voor haar beoordeling.

179 Hieruit volgt dat geen van de door verzoekster aangevoerde argumenten kan afdoen aan de conclusie van de Commissie dat zowel de interne documenten van de betrokken ondernemingen als de communicatie tussen hen aantoont dat zij het aan verzoekster opgelegde verbod om de exitpunten van de MEGAL-pijpleiding in Duitsland te gebruiken en het aan E.ON opgelegde verbod om via deze pijpleiding gas naar Frankrijk te transporteren, als bindend beschouwden. Voor het overige volstaan de in dit verband door de Commissie aangevoerde aanwijzingen, in hun geheel genomen, als onderbouwing van haar beoordeling.

180 Bijgevolg moet de tweede grief worden afgewezen.

– Derde grief

181 Verzoekster benadrukt dat zij heeft aangetoond dat de betrokken ondernemingen formeel en uitdrukkelijk hebben verklaard dat de sideletters vanaf de liberalisering achterhaald waren en dit standpunt meerdere malen hebben herhaald, en voorts dat deze ondernemingen zich vanaf deze datum niet langer aan deze sideletters gebonden achtten. Volgens haar heeft de Commissie hiermee geen rekening gehouden of heeft zij dit kennelijk onjuist beoordeeld.

182 Wat in de eerste plaats de vermeende verklaring betreft dat de sideletters waren achterhaald, moet eraan worden herinnerd dat de Commissie in punt 163 van de bestreden beschikking van oordeel was dat toen de Europese gasmarkten voor mededinging werden opengesteld, de betrokken ondernemingen de overeenkomst in kwestie niet hebben beëindigd en ook niet uitdrukkelijk hebben verklaard dat bedoelde sideletters waren achterhaald.

183 Ten eerste geeft verzoekster te kennen dat E.ON haar op 7 januari 2002 een fax heeft gezonden waarin de MEGAL-overeenkomsten werden opgesomd, waarbij was aangegeven welke behandeling zij moesten krijgen. Daarop zou meer in het bijzonder zijn aangegeven dat de Direktion G- en de Direktion I-sideletter als „achterhaald” moesten worden beschouwd, hetgeen bewijst dat de betrokken ondernemingen de sideletters formeel als niet-bindend beschouwden in het nieuwe regelgevingskader.

184 Dienaangaande moet om te beginnen worden opgemerkt dat de fax die op 7 januari 2002 door E.ON aan verzoekster is gericht, een vervolg is op een vergadering tussen de betrokken ondernemingen die op 14 december 2001 heeft plaatsgevonden. Volgens verzoekster had deze vergadering tot doel om de MEGAL-overeenkomst in het nieuwe regelgevingskader te plaatsen. Daarnaast is op het schutblad van deze fax aangegeven dat daarbij een conceptlijst is gevoegd van de bestaande overeenkomsten tussen de betrokken ondernemingen en de behandeling die aan de respectievelijke bepalingen moet worden gegeven in het kader van het concept van „bevoorrecht gebruik”. In de bijlage bij de bewuste fax is een lijst van bepalingen van de MEGAL-overeenkomst, de bijlagen daarbij en de sideletters, waaronder de Direktion G- en de Direktion I-sideletter, opgenomen. In de header op elke pagina van deze bijlage is „Nieuwe structuur MEGAL — Omvorming van de basisovereenkomst en verwante contracten tot een nieuwe consortiumovereenkomst” vermeld. De Direktion G-sideletter wordt daarin omschreven als betrekking hebbend op de „verbintenissen inzake capaciteit” van de betrokken ondernemingen, waarbij de vraag wordt gesteld of er wel of niet „overeenkomsten met derden over transmissie via MEGAL” mogen worden gesloten. De Direktion I-sideletter wordt daarin omschreven als betrekking hebbend op het feit dat er „geen levering of verzorging door [verzoekster] in Duitsland zal plaatsvinden”. Ten aanzien van de behandeling die aan deze sideletters zou moeten worden gegeven, vermeldt de fax naast de vermelding van deze sideletters het woord „achterhaald”.

185 Indien hij in zijn geheel en binnen zijn context wordt gelezen, geeft de fax dus zeker niet aan dat de betrokken ondernemingen de Direktion G- en de Direktion I-sideletter reeds toen als achterhaald beschouwden, aangezien in de fax van E.ON aan verzoekster van 7 januari 2002 niet meer wordt vermeld dan dat deze sideletters achterhaald zouden kunnen worden in de context van de nieuwe overeenkomst waarover zij in onderhandeling waren. De vermelding „achterhaald" duidt er immers op dat de betrokken ondernemingen meenden dat het niet nodig was om dergelijke clausules op te nemen in deze nieuwe overeenkomst. Dit wordt bevestigd door de omstandigheid dat voor de bepalingen ten aanzien waarvan is vermeld dat de behandeling daarvan niet „achterhaald" is, uitdrukkelijk is aangegeven dat deze in de nieuwe overeenkomst of in de bijlagen daarbij moeten worden opgenomen, in voorkomend geval met wijzigingen. Het schutblad van de fax laat bovendien zien dat deze betrekking heeft op de „bestaande overeenkomsten". De Commissie heeft dus terecht in punt 80 van de bestreden beschikking geoordeeld dat deze fax betrekking had op de rol die deze sideletters in de toekomst moesten spelen in het kader van de nieuwe MEGAL-overeenkomst en het begrip „bevoorrecht gebruik". De door verzoekster ingeroepen omstandigheid dat de lijst in de bijlage bij de fax in kwestie andere begeleidende brieven vermeldt die volgens haar achterhaald waren op de datum van de fax, heeft hierop geen invloed. Zoals de Commissie heeft gemeend in punt 80 van de bestreden beschikking, kan uit de bewuste fax derhalve niet worden afgeleid dat de betrokken ondernemingen de Direktion G- en de Direktion I-sideletter als achterhaald beschouwden op de datum van verzending ervan.

186 Vervolgens moet verzoeksters argument worden verworpen dat het bewijs dat dateert van na de fax die op 7 januari 2002 door E.ON aan verzoekster is gezonden over de toepassing van de sideletters, onvoldoende bewijskracht heeft. Ter ondersteuning van dit argument verwijst verzoekster in haar verzoekschrift immers slechts expliciet naar de brief van E.ON van 21 mei 2002. De beweringen aangaande deze brief zijn hierboven reeds weerlegd, zoals volgt uit punt 168 hierboven. Zelfs gesteld dat verzoekster ter ondersteuning van dit argument ook wilde verwijzen naar de hierboven in de punten 168 tot en met 178 genoemde documenten, volstaat het bovendien om vast te stellen dat de daarop betrekking hebbende beweringen in die punten van de hand zijn gewezen.

187 Anders dan verzoekster stelt, ten slotte, heeft de Commissie zichzelf niet tegengesproken door te stellen dat de uitlegging die aan de fax die E.ON haar op 7 januari 2002 heeft toegezonden niet eenduidig was en daaraan vervolgens een belastende uitlegging te geven. Hoewel het juist is dat de Commissie heeft erkend dat deze fax niet eenduidig kon worden uitgelegd, heeft zij niettemin op grond van de inhoud ervan gemeend dat op basis van deze fax niet kon worden aangetoond dat de betrokken ondernemingen de sideletters op die datum als achterhaald beschouwden. Voor het overige kan niet worden geoordeeld dat de Commissie, door verzoeksters uitleg van dit document niet over te nemen en zich op het standpunt te stellen dat het niet duidelijk aantoonde dat de betrokken ondernemingen de sideletters als achterhaald beschouwden, er een belastende uitleg aan heeft gegeven. Hiermee heeft zij in feite alleen verzoeksters standpunt weerlegd, die dit document als ontlastend stuk had ingeroepen.

188 Verzoekster betoogt ten tweede dat de Commissie meerdere feitelijke gegevens die haar uitlegging van de fax bevestigden, kennelijk onjuist heeft beoordeeld. In dit verband verwijst zij in haar verzoekschrift naar een intern document van 19 december 2002, waarin de vraag wordt gesteld of zij niet automatisch het recht had om gas uit de MEGAL-pijpleiding te halen, zelfs zonder de structuur te wijzigen, waarbij wordt opgemerkt dat E.ON steeds weer herhaalt dat de houder van een transitcontract zijn gas over het hele traject van die transit kan gebruiken, en naar de notulen van een op 23 juni 2004 gehouden vergadering, waarin met name is aangegeven dat E.ON opnieuw bevestigt dat verzoekster reeds het recht op toegang heeft bij om het even welk exitpunt van de MEGAL-pijpleiding voor zover er capaciteit beschikbaar is.

189 Vastgesteld moet worden dat deze documenten verzoeksters betoog niet kunnen onderbouwen. Ofschoon het juist is dat hieruit kan worden afgeleid dat E.ON in wezen zou hebben aangegeven dat het onder bepaalde voorwaarden mogelijk was om over exitrechten op de MEGAL-pijpleiding te

beschikken, neemt dit immers niet weg dat uit latere documenten, met name een e-mail van 21 juli 2004, blijkt dat verzoekster op die datum meende dat haar mogelijkheden om gas uit deze pijpleiding te halen beperkt waren tot de hoeveelheden die in het kader van het PVG waren gekocht en dat zij buiten deze hoeveelheden niet over exitpunten op deze pijpleiding beschikte. Uit genoemde e-mail blijkt namelijk dat verzoekster meende dat verkopen mogelijk waren vanaf elk exitpunt op deze pijpleiding binnen de grenzen van de hoeveelheden gas die zij in het kader van het PVG had verkregen. Daarbuiten meende zij dat de aanvullende verkopen geen verband meer hielden met de hoeveelheden gas die zij via het PVG had verkregen en dat zij daarvoor alleen de entrypunten van [*vertrouwelijk*] kon gebruiken. Aangegeven was dat de overige exitpunten uitgesloten waren in afwachting van een globaal akkoord. Deze e-mail bevestigt overigens het standpunt dat is geuit in meerdere documenten uit het eerste semester van 2004, dus van na het document van 19 december 2002. Uit de handgeschreven aantekeningen van een vergadering van 28 januari 2004 blijkt dat de exitpunten van de MEGAL-pijpleiding uitsluitend ten behoeve van E.ON zijn aangewezen, aangezien verzoekster alleen transit zou doen en zij zou worden gevraagd om te investeren om gas uit de pijpleiding te kunnen halen. Uit een nota van verzoekster van 10 mei 2004 volgt dat zij wat de entry- en exitpunten op de MEGAL-pijpleiding betreft, op die datum alleen het recht had om „gas afkomstig uit de veilingen", dat wil zeggen gas dat in het kader van het PVG was gekocht, bij om het even welk entry- of exitpunt uit genoemde pijpleiding te halen. In deze nota is tevens aangegeven dat de toevoer van gas [*vertrouwelijk*] naar eindafnemers in Duitsland via een exitpunt op de MEGAL-pijpleiding op die datum niet realiseerbaar was, aangezien verzoekster niet over dergelijke exitpunten op de pijpleiding beschikte in het westen. Ook in de notulen van de „Tour d'horizon"-vergadering van 27 mei 2004 is opgemerkt dat de vertegenwoordiger van verzoekster heeft aangegeven dat hij niet op de hoogte was van het dossier, maar dat hij had vernomen dat verzoekster gas wilde leveren in het zuiden van Duitsland vanaf de MEGAL-pijpleiding, hetgeen niet het geval zou zijn geweest indien zij niet reeds exitrechten zou hebben gehad. Wat tot slot meer in het bijzonder het document van 19 december 2002 betreft, blijkt dat wanneer het in zijn geheel wordt gelezen daarin de mogelijkheden van ontwikkeling van verzoeksters rechten in het toekomstige contractuele kader rond de MEGAL-pijpleiding worden genoemd. Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat verzoekster meende dat zij met zekerheid over exitrechten op deze pijpleiding beschikte, en nog minder dat zij de sideletters als achterhaald beschouwde.

190 Daarenboven zijn de door verzoekster aangevoerde elementen in strijd met de contractuele bepalingen van bijlage 2 bij de MEGAL-overeenkomst, die verzoekster geen exitrecht op de MEGAL-pijpleiding in Duitsland verleenden, tenzij de betrokken ondernemingen anderszins overeenkwamen, terwijl er niets is dat erop wijst dat deze bijlage op die datum was ontbonden of dat de betrokken ondernemingen formeel waren overeengekomen om deze te wijzigen.

191 In die omstandigheden moet verzoeksters betoog ten aanzien van een kennelijk onjuiste beoordeling van meerdere feitelijke gegevens die haar uitlegging van de fax van 7 januari 2002 bevestigden, worden verworpen.

192 Aangaande, in de tweede plaats, verzoeksters gedrag dat zou bewijzen dat zij zich niet langer aan de sideletters gebonden achtte, moet worden benadrukt dat de Commissie in punt 163 van de bestreden beschikking heeft opgemerkt dat noch de interne verkoopstrategieën van de beide ondernemingen op de nationale markt van de andere partij, noch de daadwerkelijke verkopen van gas op die markten het bewijs vormt dat de conclusie kan verwerpen dat zij hun marktverdelingsovereenkomst in stand hebben gelaten.

193 Verzoekster werpt in dat verband tegen dat de Commissie artikel 81 EG en haar motiveringsplicht heeft geschonden door geen rekening te houden met de bewijzen waaruit blijkt dat zij offertes aan klanten in het zuiden van Duitsland heeft gedaan voor de levering van gas uit de MEGAL-pijpleiding. Volgens haar tonen deze offertes aan dat er na de liberalisering geen wilsovereenstemming meer was.

194 Een dergelijk bezwaar moet echter worden verworpen.

195 Ten aanzien van de motivering moet om te beginnen worden opgemerkt dat de Commissie, om tot de conclusie in punt 163 van de bestreden beschikking te komen, met name in punt 73 van bedoelde beschikking heeft aangegeven dat verzoekster pas vanaf 2001 gas in Duitsland heeft verkocht en in zeer beperkte hoeveelheden. Volgens de tabel in genoemd punt had verzoekster in Duitsland marktaandelen van [*vertrouwelijk*]. Volgens diezelfde tabel heeft zij pas vanaf 2004 gas uit de MEGAL-pijpleiding verkocht, om [*vertrouwelijk*] te bevoorraden. Daarnaast heeft de Commissie in punt 101 van de bestreden beschikking aangegeven dat de bevoorradingen die uit bedoelde pijpleiding kwamen een relatief miniem aandeel van de totale afzet van verzoekster in Duitsland vertegenwoordigden en dat de hoeveelheden gas die tussen 2004 en september 2005 vanuit deze pijpleiding in Duitsland waren verkocht, vrijwel uitsluitend hoeveelheden gas waren die door verzoekster in het kader van het PVG van E.ON waren gekocht. In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat de bestreden beschikking toereikend is gemotiveerd. Niettemin moet worden geconstateerd dat de bestreden beschikking in dat verband niet uitdrukkelijk verwijst naar de offertes die verzoekster aan afnemers in het zuiden van Duitsland heeft gedaan om vanuit de MEGAL-pijpleiding te leveren. Het is evenwel vaste rechtspraak dat hoewel de Commissie haar beschikkingen krachtens artikel 296 VWEU met redenen dient te omkleden door vermelding van de feitelijke en juridische omstandigheden waarvan de wettigheid van de maatregel afhangt, en van de overwegingen die haar tot het geven van haar beschikking hebben gebracht, zij niet behoeft in te gaan op alle feiten en rechtsvragen die tijdens de administratieve procedure zijn opgeworpen (arresten Gerecht van 17 december 1991, DSM/Commissie, T-8/89, Jurispr. blz. II-1833, punt 257, en 19 mei 1994, Air France/Commissie, T-2/93, Jurispr. blz. II-323, punt 92).

196 Wat de gegrondheid van de stelling in punt 163 van de bestreden beschikking betreft, moet verzoeksters argument worden verworpen dat de Commissie artikel 81 EG heeft geschonden door geen rekening te houden met haar offertes. Immers, [*vertrouwelijk*]. Gelet op de elementen die hierna in punt 197 worden genoemd, waaruit blijkt dat verzoekster tot op zijn minst de tweede helft van 2003 er zelf van heeft afgezien om vanaf de MEGAL-pijpleiding te verkopen in het zuiden van Duitsland, moet de relevantie van de door verzoekster genoemde offertes bovendien worden gerelativeerd voor zover zij op deze periode betrekking hebben. Daar zij tot slot alleen betrekking hebben op Duitsland, kunnen deze offertes niet afdoen aan de stelling van de Commissie voor zover deze op de Franse markt betrekking heeft. In die omstandigheden kan het bestaan van offertes van verzoekster als zodanig niet aantonen dat de stelling van de Commissie onjuist is of dat er geen wilsovereenstemming tussen de betrokken ondernemingen was.

197 Wat in de derde plaats de door verzoekster ondervonden moeilijkheden om gas uit de MEGAL-pijpleiding te halen betreft, moet om te beginnen worden opgemerkt dat de Commissie, anders dan verzoekster stelt, niet heeft gemeend dat [*vertrouwelijk*]. Deze stelling in punt 144 van de bestreden beschikking is immers geen onderdeel van de beoordeling van de Commissie, maar van de samenvatting van de argumenten van de betrokken ondernemingen. Vervolgens moet worden benadrukt dat de hindernissen waarop verzoekster bij haar groei in het zuiden van Duitsland is gestoten, niet alleen voortvloeien uit een TPA-vraagstuk, [*vertrouwelijk*], maar ook uit vrijwillig gedrag harerzijds. In de notulen van de op 23 mei 2002 gehouden vergadering is immers opgemerkt dat verzoekster niet het voornemen had om gas uit de MEGAL-pijpleiding te verkopen in het zuiden van Duitsland. Uit een briefingnota van verzoekster van 29 augustus 2003 blijkt ook dat zij er sedert 2001 van had afgezien om gas uit de MEGAL-pijpleiding te halen om dit op de markt te brengen in het zuiden van Duitsland, de voor E.ON meest rendabele markt. Ook moet eraan worden herinnerd dat uit een e-mail van 27 februari 2003 blijkt dat verzoekster ervan overtuigd leek te zijn dat zij waakzaam moest blijven wat haar benadering van de Duitse markt betrof en dat ook als zij zou kunnen proberen om gas te verkopen in het gebied van E.ON, dit eerder zou zijn om marktinformatie te verzamelen dan om een directe frontale aanval uit te voeren. Tot slot, en hoe dan ook, kan het feit [*vertrouwelijk*] het bestaan van de betrokken inbreuk voor zover gegrond op de MEGAL-overeenkomst en de bijlagen en sideletters daarbij niet in twijfel trekken. Het argument gebaseerd op de procedure in zaak COMP/39.317 — E.ON Gas, betreffende het gedrag van E.ON, is dus niet ter zake dienend. [*vertrouwelijk*]

198 Wat in de vierde plaats de ontwikkeling van de verkopen van E.ON in Frankrijk betreft, volgt uit punt 73 van de bestreden beschikking dat E.ON pas in 2003 en op zeer beperkte wijze is gestart met gas in Frankrijk te verkopen. In de tabel in bedoeld punt is immers vermeld dat E.ON in Frankrijk marktaandelen had van 0,05 % in 2003, van 0,21 % in 2004 en van 0,5 % in 2005 en dat zij respectievelijk 3, 4 en 8 afnemers had in die jaren. Ook als de verkopen van E.ON bestendig zijn gegroeid sinds 2003, neemt dit niet weg dat zij op een uiterst laag niveau zijn gebleven en slechts een zeer beperkt aantal afnemers betroffen. Daarnaast volgt uit een interne briefingnota van E.ON ten behoeve van de „Tour d'horizon"-vergadering van 20 december 2001, genoemd in punt 116 van de bestreden beschikking, dat E.ON eraan hechtte verzoekster tijdens deze vergadering mee te delen dat een verkoopbureau, met als rol te tonen dat zij in Frankrijk aanwezig was en niet om agressief op de Franse markt binnen te dringen, in Parijs (Frankrijk) was geopend. Bovendien volgt uit een briefingnota van E.ON ten behoeve van de „Tour d'horizon"-vergadering van 2 juli 2004, dat E.ON er tot de zomer van 2003 met opzet van had afgezien om op de Franse markt actief te zijn. Uit de notulen van verzoekster van de „Tour d'horizon"-vergadering van 27 mei 2004 volgt ook dat de westelijke grens van het optreden van E.ON in Continentaal Europa [...] de westgrens van Duitsland was en dat E.ON geen duidelijke interesse voor onder meer Frankrijk had. In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat de verkopen van E.ON in Frankrijk niet kunnen aantonen dat zij zich niet gebonden achtte aan de sideletters. De vermeende bedrijfseconomische redenen waarom de groei van E.ON zwak was, het vermeend agressieve commerciële beleid in Frankrijk en de behaalde resultaten of het feit dat deze verkopen na 2005 ononderbroken zijn geweest, kunnen het schriftelijke bewijs dat E.ON zijn toetreding tot Franse markt beperkt wilde houden niet in twijfel trekken.

199 Niettemin moet worden vastgesteld dat deze conclusie wat de Franse markt betreft, slechts geldt tot aan de overeenkomst van 2004, waarbij de betrokken ondernemingen hebben verklaard dat de sideletters van „nul en gener waarde" waren. Hoe de situatie in de periode na die datum was, zal in het kader van het derde onderdeel van het vierde middel worden onderzocht (zie punten 367-378 hierna).

200 Uit een en ander volgt dat de derde grief met dit voorbehoud van de hand moet worden gewezen.

– Eerste grief

201 Verzoekster voert dat aan de Commissie, door te oordelen dat de sideletters ook na de liberalisering nog zijn toegepast, het beginsel van de onschuldpresumptie heeft geschonden. Volgens haar moest de Commissie integendeel vermoeden dat van deze sideletters „afstand" was gedaan vanaf augustus 2000, ook zonder het bewijs van de formele ontbinding door de betrokken ondernemingen vanaf die datum te verlangen.

202 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat het beginsel van het vermoeden van onschuld zoals dit met name voortvloeit uit artikel 6, lid 2, van het op 4 november 1950 te Rome ondertekende Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM"), dat deel uitmaakt van de fundamentele rechten die volgens de rechtspraak van het Hof binnen de rechtsorde van de Unie worden beschermd. Gelet op de aard van de betrokken inbreuken alsook op de aard en de ernst van de daaraan verbonden sancties, is het beginsel van het vermoeden van onschuld inzonderheid van toepassing op procedures betreffende inbreuken op de voor ondernemingen geldende mededingingsregels die tot het opleggen van geldboetes of dwangsommen kunnen leiden (zie arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 178, en arrest Gerecht van 5 april 2006, Degussa/Commissie, T-279/02, Jurispr. blz. II-897, punt 115, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

203 Het beginsel van het vermoeden van onschuld houdt in dat eenieder tegen wie vervolging is ingesteld, voor onschuldig wordt gehouden totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan (arrest Gerecht van 6 oktober 2005, Sumitomo Chemical en Sumika Fine Chemicals/Commissie, T-22/02 en T-23/02, Jurispr. blz. II-4065, punt 106).

204 Zoals reeds in herinnering is gebracht in punt 142 hierboven, volgt in de onderhavige zaak uit de bestreden beschikking dat de betrokken ondernemingen in 1975 een schriftelijke marktverdelingsovereenkomst zijn aangegaan, bestaande uit de MEGAL-overeenkomst en de bijlagen en sideletters daarbij, inhoudende dat de nationale markt van de ander niet — of slechts beperkt — zou worden betreden en dat de nationale markten dus werden beschermd door geen via de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas op de nationale markt van de andere partij te verkopen. Geen van de door verzoekster aangevoerde argumenten kan aan deze vaststelling afdoen, zoals volgt uit het onderhavige arrest in zijn geheel. Ook volgt uit punt 143 hierboven dat er niets is dat kan aantonen dat de MEGAL-overeenkomst en de bijlagen en sideletters daarbij vóór 1999, of zelfs vóór 2000, zijn ontbonden. Het feit dat het Gerecht na onderzoek van het eerste onderdeel van het eerste middel artikel 1 van de bestreden beschikking nietig verklaart voor zover dit het bestaan van een vóór 1998 gepleegde inbreuk in Duitsland betreft, doet er als zodanig niet aan af dat een marktverdelingsovereenkomst heeft bestaan, wel aan de begindatum van de inbreukmakende aard ervan.

205 Daarnaast volgt uit het onderzoek van de tweede en de derde grief die ter ondersteuning van het onderhavige onderdeel wordt aangevoerd, dat er geen element is dat kan afdoen aan de overwegingen in punt 163 van de bestreden beschikking dat de betrokken ondernemingen na de liberalisering hun overeenkomst niet formeel hebben beëindigd en niet uitdrukkelijk hebben verklaard dat zij was achterhaald, en dat noch de interne verkoopstrategieën van de beide ondernemingen op de nationale markt van de andere partij, noch de daadwerkelijke verkopen van gas op die markten het bewijs vormt dat de conclusie kan verwerpen dat zij hun marktverdelingsovereenkomst in stand hebben gelaten.

206 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat de Commissie, anders dan verzoekster beweert, geen fout heeft begaan door niet te vermoeden dat vanaf augustus 2000 van de sideletters „afstand” was gedaan.

207 De door verzoekster in het kader van de onderhavige grief aangevoerde rechtspraak is irrelevant. Anders dan de feiten die hebben geleid tot het arrest van het Gerecht van 29 juni 1995, Solvay/Commissie (T-30/91, Jurispr. blz. II-1775), beschikte de Commissie in de onderhavige zaak immers over direct schriftelijk bewijs van het bestaan van de vermeende overeenkomst en/of de onderling afgestemde feitelijke gedraging na augustus 2000, op basis waarvan kan worden aangetoond dat de betrokken ondernemingen zich nog steeds gebonden achtten aan de marktverdelingsovereenkomst die in 1975 was overeengekomen. Dit bewijs is met name in de punten 61 tot en met 136 van de bestreden beschikking onderzocht. Het bewijs, waarvan sommige onderdelen naar de sideletters verwijzen, berust meer bepaald op briefwisseling of notulen van vergaderingen tussen de betrokken ondernemingen, alsmede interne documenten van hen, waarvan sommige verwijzen naar de vergaderingen tussen bedoelde ondernemingen. Zoals volgt uit het onderzoek van de tweede en de derde grief van het onderhavige onderdeel, heeft verzoekster niet aangetoond dat deze elementen bewijskracht ontberen of dat de Commissie ten onrechte heeft geoordeeld dat de betrokken ondernemingen geen „afstand” van de sideletters hadden gedaan na 2000. Wat het ontbreken van bewijs van het bestaan van onrechtmatige gedragingen tussen 1980 en 1999 betreft, is de relevantie van deze omstandigheden in het kader van het onderzoek van het derde onderdeel van het eerste middel weerlegd. Hieruit volgt dat de Commissie afdoende het bestaan van de aanvankelijke overeenkomst en de latere voortzetting daarvan heeft aangetoond, en dat zij, anders dan de omstandigheden in de zaak die heeft geleid tot het arrest Solvay/Commissie, reeds aangehaald, het gebruik van de oude overeenkomsten niet als bewijs van het bestaan van een latere inbreuk naar voren heeft geschoven.

208 Uit een en ander volgt dat ook de eerste grief dient te worden afgewezen.

209 Daar geen van grieven ter ondersteuning van het tweede onderdeel slaagt, moet dit laatste in zijn geheel worden afgewezen.

b) Derde onderdeel

210 In het kader van het onderhavige onderdeel geeft verzoekster te kennen dat de Commissie de vergaderingen en de wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen tussen 1999 en 2005 onjuist uitlegt en dat de bestreden beschikking dus berust op een kennelijke onjuiste beoordeling.

211 Het begrip onderling afgestemde feitelijke gedragingen betreft een vorm van coördinatie tussen ondernemingen die, zonder dat het tot een eigenlijke overeenkomst komt, de risico's van de onderlinge concurrentie welbewust vervangt door een feitelijke samenwerking. De criteria coördinatie en samenwerking, die voorwaarden zijn voor onderling afgestemde feitelijke gedragingen, dienen te worden verstaan in het licht van de grondgedachte van de mededingingsvoorschriften van het Verdrag, die inhoudt dat iedere ondernemer zelfstandig moet bepalen welk beleid hij op de gemeenschappelijke markt zal voeren (zie arresten Hof van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie, 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punt 26; 31 maart 1993, Ahlström Osakeyhtiö e.a./Commissie, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 en C-125/85-C-129/85, Jurispr. blz. I-1307, punt 63, en 28 mei 1998, Deere/Commissie, C-7/95 P, Jurispr. blz. I-3111, punt 86).

212 Deze eis van zelfstandigheid sluit weliswaar niet uit dat de ondernemer zijn beleid zo goed mogelijk aan het vastgestelde of te verwachten gedrag van zijn concurrenten mag aanpassen, maar staat onverbiddelijk in de weg aan ieder al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemers waardoor het marktgedrag van een bestaande of mogelijke concurrent wordt beïnvloed of deze wordt geïnformeerd over beslissingen of afwegingen wat het eigen marktgedrag betreft, wanneer dit contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die, gelet op de aard van de producten of verleende diensten, de grootte en het aantal van de ondernemingen en de omvang van de betrokken markt, niet met de normale voorwaarden van die markt overeenkomen (zie in die zin arresten Suiker Unie e.a./Commissie, punt 211 supra, punt 174, en Deere/Commissie, punt 211 supra, punt 87).

213 Uit de rechtspraak volgt dat de uitwisseling van informatie op een oligopolistische markt met een hoge concentratiegraad, de ondernemingen in staat stelt kennis te krijgen van de marktposities en de marketingstrategie van hun concurrenten en daardoor de nog resterende mededinging tussen de ondernemers merkbaar beïnvloedt (arrest Hof van 4 juni 2009, T-Mobile Netherlands e.a., C-8/08, Jurispr. blz. I-4529, punt 34).

214 Bijgevolg kan de uitwisseling van informatie tussen concurrenten in strijd zijn met de mededingingsregels wanneer zij de mate van onzekerheid over de werking van de betrokken markt vermindert of wegneemt en als gevolg daarvan de mededinging tussen ondernemingen beperkt (zie arrest Deere/Commissie, punt 211 supra, punt 90, en arrest Hof van 2 oktober 2003, Thyssen Stahl/Commissie, C-194/99 P, Jurispr. blz. I-10821, punt 81).

215 Ten slotte volstaat het volgens vaste rechtspraak om de deelneming van een onderneming aan een mededingingsregeling te bewijzen, dat wordt aangetoond dat de betrokken onderneming heeft deelgenomen aan bijeenkomsten tijdens welke mededingingsverstorende overeenkomsten zijn gesloten, en zich daar niet duidelijk tegen heeft verzet. Wanneer de deelneming aan dergelijke bijeenkomsten is aangetoond, staat het aan deze onderneming om aanwijzingen te verstrekken waaruit blijkt dat haar deelneming aan die bijeenkomsten geen mededingingsbeperkende bedoeling had, en wel door aan te

tonen dat zij haar concurrenten duidelijk had gemaakt dat zij vanuit een andere optiek dan zij aan die bijeenkomsten deelnam (zie arrest Hof van 7 januari 2004, Aalborg Portland e.a./Commissie, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P en C-219/00 P, Jurispr. blz. I-123, punt 81).

216 In het licht van deze overwegingen moeten de door verzoekster ter ondersteuning van het onderhavige onderdeel aangevoerde grieven worden onderzocht, die in wezen strekken tot bestrijding van het oordeel van de Commissie ten aanzien van het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging houdende in de eerste plaats de verdeling van de Duitse en de Franse gasmarkt in verband met de sideletters en in de tweede plaats de uitwisseling van gevoelige gegevens tussen concurrenten.

– Eerste grief

217 Verzoekster beweert dat op basis van de vergaderingen en de wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen tussen 1999 en 2005 niet het bestaan kan worden aangetoond van een onderling afgestemde feitelijke gedraging houdende de verdeling van de Duitse en de Franse gasmarkten in verband met de sideletters.

218 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de Commissie in punt 163 van de bestreden beschikking heeft geoordeeld dat de vergaderingen tussen de betrokken ondernemingen dezelfde doelstelling als de sideletters nastreefden, namelijk de verdeling van de markten en de beperking van de toegang tot hun markt tot hetgeen zij strikt noodzakelijk achtten.

219 Verzoekster bestrijdt deze stelling met de bewering dat de Commissie dit niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond. Zij voert in dit verband in wezen vier argumenten aan.

220 Wat in de eerste plaats verzoeksters argument aangaat dat de door de Commissie vermelde documenten ter ondersteuning van haar beweringen bijzonder zwakke bewijskracht hebben, moet er om te beginnen aan worden herinnerd dat zelfs wanneer de Commissie stukken ontdekt waaruit met zoveel woorden onrechtmatig overleg tussen marktdeelnemers blijkt, zoals verslagen van een bijeenkomst, zijn die doorgaans slechts fragmentarisch en schaars, zodat vaak bepaalde details via deductie moeten worden gereconstrueerd. In de meeste gevallen moet het bestaan van een mededingingsverstorende gedraging of overeenkomst dus worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden (arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 215 supra, punt 57). Ook moet eraan worden herinnerd dat, zoals volgt uit de hierboven in punt 161 aangehaalde rechtspraak, bij de beoordeling van de bewijskracht van een stuk moet worden gekeken naar de mate van waarschijnlijkheid van de daarin vervatte informatie. Daarbij dient met name rekening te worden gehouden met de herkomst van het stuk, de omstandigheden waaronder het tot stand is gekomen, en degene tot wie het is gericht, en voorts moet worden onderzocht of het stuk, gelet op zijn inhoud, redelijk en geloofwaardig overkomt.

221 In casu moet ten eerste verzoeksters stelling dat er geen „direct bewijs” van de betrokken onderling afgestemde feitelijke gedraging is aangevoerd, niet ter zake dienend worden verklaard. Daar het immers gebruikelijk is dat de activiteiten die met mededingingsverstorende gedragingen en overeenkomsten verband houden, clandestien worden verricht, dat de bijeenkomsten in het geheim worden gehouden en dat de desbetreffende documentatie tot een minimum wordt beperkt (arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 215 supra, punt 55), kan van de Commissie niet worden verlangd dat zij zich noodzakelijkerwijs op direct bewijs van deze gedragingen en overeenkomst baseert. Bovendien volgt uit de hierboven in punt 220 aangehaalde rechtspraak dat in de meeste gevallen het bestaan van een mededingingsverstorende gedraging of overeenkomst moet worden afgeleid uit een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen die in hun totaliteit beschouwd, bij gebreke van een andere coherente verklaring, het bewijs kunnen leveren dat de mededingingsregels zijn geschonden. Hoe dan ook is de stelling in kwestie ongegrond. Zoals immers uit de bestreden

beschikking volgt, heeft de Commissie zich gebaseerd op vele interne nota's en notulen van vergaderingen tussen de betrokken ondernemingen, waaronder de „Tour d'horizon"-vergaderingen die meerdere malen per jaar tussen de bestuurders van genoemde onderneming werd georganiseerd, die als direct bewijs van de betrokken gedragingen moeten worden beschouwd. Uit deze documenten vloeit immers voort, met name die welke in punt 180 van de bestreden beschikking zijn aangehaald, dat de betrokken ondernemingen tijdens verscheidene vergaderingen hun optreden coördineerden met het oog op de verdeling van de Duitse en de Franse gasmarkten.

222 Ten tweede zal verzoeksters betoog aangaande de documenten waaruit de beweerde zelfstandigheid van de strategieën van de betrokken ondernemingen blijkt, hierna in de punten 259 tot en met 269 hierna worden weerlegd.

223 Ten derde moet verzoeksters stelling van de hand worden gewezen dat de door de Commissie aangevoerde elementen, die vaak algemeen zijn, „in het merendeel van de gevallen" geen betrekking hebben op de betrokken inbreuk. Deze is immers niet ter zake dienend, daar verzoekster niet beweert dat geen van de door de Commissie aangevoerde documenten op de inbreuk in kwestie betrekking heeft en zij slechts verwijst naar de door de Commissie „in het merendeel van de gevallen" aangevoerde elementen. Hoe dan ook is deze stelling ongegrond. Er dient immers aan te worden herinnerd dat de omstandigheid dat in een document slechts sprake is van bepaalde van de in andere bewijsstukken genoemde feiten, nog niet betekent dat de Commissie verplicht is dit stuk te weren uit de reeks tegen verzoeksters gebruikte aanwijzingen (arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 238). Ook al hebben bepaalde documenten niet direct betrekking op de marktverdeling die de betrokken ondernemingen tot uitvoering hebben gebracht, zij kunnen niettemin het bestaan van die verdeling bevestigen en ter illustratie van de samenspanning tussen deze onderneming dienen. In ieder geval hebben sommige van de door de Commissie aangehaalde documenten direct betrekking op de betrokken inbreuk. Dit is met name het geval bij de door E.ON opgestelde notulen van een vergadering van 23 mei 2002 waaruit blijkt, zoals hierboven in punt 197 is opgemerkt, dat verzoekster aan E.ON te kennen had gegeven dat zij op die datum niet het voornemen had om gas uit de MEGAL-pijpleiding in het zuiden van Duitsland te verkopen. Datzelfde geldt voor de interne notulen van E.ON betreffende de „Tour d'horizon"-vergadering van 29 maart 2004, die door verzoekster wordt genoemd, waaruit blijkt dat zij aan het PVG wilde meedoen uit angst dat het Russische gas „in de verkeerde handen" terecht zou komen en dat zich nog meer concurrentie zou ontwikkelen langs de MEGAL-pijpleiding. Wat de algemeenheid van de betrokken informatie betreft, moet worden benadrukt dat het al te gemakkelijk zou zijn voor een onderneming die zich aan een inbreuk schuldig heeft gemaakt, om zich aan elke sanctie te onttrekken, indien zij zich kon beroepen op de vaagheid van de informatie die met betrekking tot de werking van een ongeoorloofde overeenkomst is verstrekt, hoewel het bestaan van de overeenkomst en het mededingingsverstorend doel ervan genoegzaam zijn aangetoond (zie in die zin en naar analogie arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 203), zoals in de onderhavige zaak het geval is.

224 Ten vierde is irrelevant dat de andere gegevens dan de begeleidende brieven waarop de bestreden beschikking berust, geen gemeenschappelijke of tussen de betrokken ondernemingen uitgewisselde documenten zijn, maar interne documenten van deze ondernemingen. Om te beginnen moet immers worden opgemerkt dat de Commissie in de bestreden beschikking heeft aangegeven dat zij ook over „niet-intern" bewijs beschikte, dat wordt genoemd in voetnoot 199 en waarvan verzoekster de relevantie niet in twijfel heeft kunnen trekken. Hoe dan ook verbiedt geen enkele bepaling en geen enkel algemeen beginsel van gemeenschapsrecht de Commissie om zich tegenover een onderneming te beroepen op de verklaringen van andere beschuldigde ondernemingen. Anders zou de op de Commissie rustende bewijslast met betrekking tot gedragingen die in strijd zijn met de artikelen 81 EG en 82 EG onoverkomelijk zwaar zijn en onverenigbaar met de haar door het EG-Verdrag opgedragen taak van toezicht op de juiste toepassing van deze bepalingen (zie arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 192, en aldaar aangehaalde rechtspraak, en arrest Gerecht van 8 juli 2008, Lafarge/Commissie, T-54/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 57, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Datzelfde geldt voor interne documenten van een andere

beschuldigde onderneming. Interne notulen die worden gevonden tijdens een controle ten kantore van een beschuldigde onderneming, mogen immers worden gebruikt als bewijs ten opzichte van een andere beschuldigde onderneming (zie in die zin arresten Gerecht van 24 oktober 1991, Atochem/Commissie, T-3/89, Jurispr. blz. II-1177, punten 31-38, en 11 december 2003, Ventouris/Commissie, T-59/99, Jurispr. blz. II-5257, punt 91). Bovendien kan de Commissie niet worden verplicht, gelet op de aard van de betrokken praktijken en de daarmee samenhangende moeilijkheden op het gebied van de bewijslevering, zoals hierboven in punt 221 in herinnering is gebracht, zich dwingend te baseren op stukken die tussen de betrokken ondernemingen zijn uitgewisseld of die zij gemeen hebben. Zij kan zich dus baseren op interne stukken van bedoelde ondernemingen, wanneer daarmee een inbreuk kan worden aangetoond.

225 Uit het arrest Dresdner Bank e.a./Commissie, punt 161 supra, waarop verzoekster zich in het kader van haar betoog baseert, kan niet in het algemeen worden afgeleid dat een intern document van een onderneming dat niet aan een andere onderneming is toegezonden, om die reden zwakke bewijskracht heeft. Dit volgt niet uitdrukkelijk uit dit arrest en wordt hoe dan ook tegengesproken door de arresten Atochem/Commissie en Ventouris/Commissie, punt 224 supra. In het arrest Dresdner Bank e.a./Commissie, punt 161 supra, is alleen vastgesteld dat de betrokken notulen een nota voor zuiver intern gebruik waren, die tot aan de administratieve procedure niet onder de verzoeksters in die zaak was verspreid, zodat zij niet de kans hadden gehad om van de inhoud daarvan afstand te nemen. Deze omstandigheid is echter maar een van de elementen die in dat arrest in aanmerking zijn genomen om te oordelen dat deze notulen een aanwijzing waren op grond waarvan wilsovereenstemming kon worden vermoed. Anders dan de zaak die tot dat arrest heeft geleid, heeft de Commissie in de onderhavige zaak vele documenten overgelegd die zowel van verzoekster als E.ON afkomstig waren, die ondubbelzinnig bevestigen dat de betrokken gedragingen hebben plaatsgevonden.

226 Aangaande het feit, ten slotte, dat de Commissie zich heeft gebaseerd op voorbereidende briefingnota's, ten aanzien waarvan er geen bewijs bestaat dat de inhoud daarvan is uitgewisseld tijdens de vergaderingen waarop zij betrekking hebben, moet worden opgemerkt dat dit onvermijdelijk tot gevolg heeft dat de bewijskracht van deze nota's dient te worden gerelativeerd, maar de Commissie niet kan beletten om deze nota's als bewijselement à charge ter ondersteuning van de conclusies die zij op andere documenten baseert. Het feit dat de betrokken ondernemingen wilde ingaan op bepaalde onderwerpen die met de marktverdeling tussen hen verband hielden, is op zich reeds een aanwijzing dat deze verdeling ook daadwerkelijk bestond (zie in die zin en naar analogie arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 231). Deze documenten ontberen dus geen bewijskracht en zijn, anders dan verzoekster stelt, relevant.

227 Ten vijfde moet verzoeksters stelling worden verworpen dat de documenten waarop de bestreden beschikking berust, in het merendeel van de gevallen slechts persoonlijke en subjectieve analyses en beoordelingen bevatten, die afkomstig zijn van meer of minder hoog geplaatste werknemers, die niet altijd bevoegd waren om de onderneming te vertegenwoordigen of namens haar verbintenissen aan te gaan. De Commissie heeft zich immers niet enkel gebaseerd op dergelijke documenten, maar ook op notulen van de „Tour d'horizon"-vergaderingen waarop de bestuurders van de betrokken ondernemingen aanwezig waren. Verzoekster laat overigens na, aan te tonen dat de Commissie zich uitsluitend op dergelijke documenten heeft gebaseerd, nu zij slechts vermeld dat dit „in het merendeel" van de gevallen zo is, zonder nauwkeurig de documenten waarnaar zij wil verwijzen aan te halen. Zelfs gesteld dat verzoekster met haar stelling verwijst naar de e-mail van 16 maart 2004, moet er overigens aan worden herinnerd dat de bewijskracht daarvan reeds is bevestigd in punt 174 hierboven. Gesteld voorts dat zij verwijst naar de e-mail van 27 februari 2003, waarin verslag wordt gedaan van een privéontmoeting van een van haar werknemers met een werknemer van E.ON, volgt daaruit duidelijk dat de werknemer van verzoekster tijdens deze ontmoeting aan die van E.ON bepaalde informatie wilde doorgeven die zowel voor verzoekster als voor E.ON van belang kon zijn, over de ambities van verzoekster in Duitsland. Gelet op de gedetailleerdheid, de inhoud en de hoedanigheid van de opsteller van hetgeen in de e-mail is opgenomen, lijkt dit alleszins plausibel te

zijn en de inhoud van het gesprek objectief weer te geven. Ten slotte bevestigt dit document duidelijk het bestaan van een marktverdeling, aangezien daaruit met name blijkt dat verzoekster ervan overtuigd leek dat zij waakzaam moest blijven wat haar benadering van de Duitse markt betrof en dat, ook als zij zou kunnen proberen om gas te verkopen in het gebied van E.ON, dit eerder zou zijn om marktinformatie te verzamelen dan om een directe frontale aanval uit te voeren.

228 Ten zesde moet verzoeksters stelling dat de elementen waarop de Commissie zich baseert onderling geen verband houden worden verworpen. Verzoekster stelt immers niet meer dan dat het onderwerp van het ene document verschilt van dat van het andere, zonder elementen aan te dragen op basis waarvan kan worden overwogen dat de totaalanalyse van de Commissie kennelijk onjuist is. Zoals bovendien uit de hierboven in punt 220 aangehaalde rechtspraak volgt, moet de Commissie zich vaak baseren op een samenloop van omstandigheden en aanwijzingen. Niet kan worden verlangd dat de documenten waarop zij zich in dat verband baseert, stelselmatig een thematisch verband vertonen. Van belang is dus dat het door de Commissie gehanteerd bewijs voldoende nauwkeurig en samenhangend is dat het de vaste overtuiging van het bestaan van de beweerde inbreuk kan dragen. Het volstaat dat de samenloop van omstandigheden en aanwijzingen waarop de instelling zich baseert, in hun geheel beschouwd kunnen aantonen dat de mededingingsregels zijn geschonden. Zoals reeds is opgemerkt, beschikte de Commissie in casu hoe dan ook niet alleen over de aanwijzingen en het bewijs van de betrokken gedragingen, maar ook over de schriftelijke overeenkomst die daaraan ten grondslag lag, ten aanzien waarvan verzoekster niet heeft aangetoond dat deze was ontbonden.

229 In die omstandigheden moet verzoeksters argument ten aanzien van de zwakke bewijskracht van de documenten waarop de bestreden beschikking berust, van de hand worden gewezen.

230 Wat in de tweede plaats verzoeksters argument aangaat dat op basis van de vergaderingen en de wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen van 1999 tot 2005 niet kan worden aangetoond dat er tussen hen wilsovereenstemming was om de Duitse en de Franse gasmarkt in de geest van de sideletters te verdelen, moet eraan worden herinnerd dat verzoeksters betoog ten aanzien van de documenten betreffende de vergaderingen en wederzijdse mededelingen van 4 februari 1999, 24 juni 1999, 23 mei 2002, 27 februari 2003, 19 februari 2004 en 16 maart 2004 is weerlegd in het kader van het onderzoek van het onderhavige middel. Gelet op de inhoud ervan, kunnen deze elementen op zich het bestaan van wilsovereenstemming tussen bedoelde ondernemingen in de context van de betrokken inbreuk aantonen. Hieruit volgt dat dit betoog op louter die grondslag kan worden verworpen.

231 Ten overvloede moet worden vastgesteld dat, zoals volgt uit de punten 232 tot en met 238 hierna, verzoeksters betoog waarmee zij de overwegingen van de Commissie in de punten 114 tot 122 van de bestreden beschikking wil bestrijden, namelijk dat de betrokken ondernemingen zich ertoe hebben verbonden om zich niet agressief te gedragen en dat zij soms de verkopen of de prijs van de ander hebben betreurd, hoe dan ook ongegrond is.

232 Anders dan verzoekster betoogt, heeft de Commissie immers geen onjuiste uitlegging gegeven aan de documenten waarop zij zich heeft gebaseerd, te weten de briefingnota van E.ON over de „Tour d'horizon"-vergadering van 20 december 2001, de interne briefingnota van verzoekster van 29 augustus 2003 over de vergadering van 2 september 2003, de notulen van E.ON van de „Tour d'horizon"-vergadering van 29 maart 2004, de notulen van E.ON van de „Tour d'horizon"-vergadering van 27 mei 2004 en de briefingnota van E.ON over de vergadering van 2 juli 2004. Geen van de door verzoekster aangevoerde elementen kan afdoen aan de stellingen van de Commissie die op deze documenten zijn gebaseerd.

233 Wat om te beginnen de stelling van de Commissie in punt 115 van de bestreden beschikking betreft, dat de marktverdelingsovereenkomst in stand is gelaten met de overweging dat een beperkte en gecontroleerde toetreding van elke onderneming tot de nationale markt van de andere te bevoorkeuren was boven de concurrentie van nieuwe toetreders en een middel was om de autoriteiten

te tonen dat zich enige concurrentie op de markt ontwikkelde, kan verzoekster deze niet weerleggen op basis van een kritiek die in de notulen van de „Tour d'horizon"-vergadering van 29 maart 2004 is geuit. De Commissie heeft deze immers niet gebruikt om deze stelling te onderbouwen, daar deze is gebaseerd op een interne nota van verzoekster van 24 september 2002, waarin volgens dat punt met name is aangegeven dat de grote Duitse spelers in Duitsland alibi's nodig hadden om aan te tonen dat de markt open was en dat de betrokken ondernemingen er belang bij konden hebben om een „deal" met een hoge strategische inzet te sluiten, op basis waarvan zij hun posities in Europa konden uitwisselen. Anders dan verzoekster stelt, was de Commissie ook niet van oordeel dat haar wil om zich in Duitsland bij voorrang door middel van externe groei te ontwikkelen, hetgeen uit de betrokken notulen blijkt, verband hield met het bestaan van een mededingingsregeling met E.ON. Verzoeksters betoog dienaangaande is dus niet ter zake dienend.

234 Dit betoog is hoe dan ook ongegrond. Uit de notulen van de „Tour d'horizon"-vergadering van 29 maart 2004 volgt immers dat verzoekster aan het PVG wilde meedoen, onder meer uit angst dat zich nog meer concurrentie langs de MEGAL-pijpleiding zou ontwikkelen, hetgeen, anders dat verzoekster betoogt, verband houdt met de betrokken inbreuk. Ten aanzien van verzoeksters stelling dat genoemde notulen blijk geven van haar wil om zich in Duitsland te ontwikkelen zonder de belangen van E.ON te ontzien, moet worden opgemerkt dat, ook als dit het geval zou zijn, deze notulen er niettemin van getuigen dat zij wilde controleren hoe veel concurrentie er zou zijn. Het feit dat verzoekster blijk van haar ongenoegen aan E.ON heeft gegeven na haar poging om de deelneming van E.ON in [*vertrouwelijk*] over te nemen en haar wil om zich in Duitsland te ontwikkelen via externe deelnemingen, kunnen aan die vaststelling niet afdoen. De Commissie heeft dus geen fout begaan door uit deze notulen in punt 98 van de bestreden beschikking af te leiden dat verzoekster had getracht om met E.ON een consensus te bereiken over de gemeenschappelijke doelstelling om te voorkomen dat gas [*vertrouwelijk*] dat in het PVG werd verkocht, door derde-concurrenten van de betrokken ondernemingen langs de MEGAL-pijpleiding zou worden gekocht.

235 Wat vervolgens de stelling van de Commissie in punt 116 van de bestreden beschikking betreft, dat E.ON verzoekster er onophoudelijk van heeft verzekerd dat zij niet de intentie had om haar agressief te beconcurreren op de Franse markt, moet worden opgemerkt dat, gelet op de briefingnota van E.ON over de „Tour d'horizon"-vergadering van 20 december 2001 en de notulen van E.ON van de „Tour d'horizon"-vergadering van 27 mei 2004 waarop de Commissie zich heeft gebaseerd, deze stelling niet onjuist blijkt te zijn. Dat de briefingnota niet is bevestigd in correspondentie tussen de betrokken ondernemingen of een intern document van verzoekster, is van geen belang in de onderhavige zaak, zoals volgt uit de rechtspraak die hierboven in punt 224 is aangehaald. Ook als niet kan worden bewezen dat E.ON daadwerkelijk aan verzoekster te kennen heeft gegeven dat het verkoopkantoor dat zij in Parijs had geopend diende om haar aanwezigheid te tonen en niet om agressief tot de markt door te dringen, neemt dit niet weg dat deze voorbereidende nota duidelijk aantoont dat E.ON verzoekster gerust wilde stellen ten aanzien van haar commerciële strategie in Frankrijk. Deze nota vormt dus een relevante aanwijzing in het kader van de vaststelling dat er tussen de betrokken ondernemingen samenspanning is geweest. Wat de notulen van E.ON van de vergadering van 27 mei 2004 betreft, erkent verzoekster dat de informatie over het feit dat E.ON haar te kennen had gegeven dat de westelijke grens van haar optreden in Continentaal Europa de westgrens van Duitsland was en dat zij geen duidelijke interesse voor onder meer Frankrijk had, een weergave was van de commerciële strategie van E.ON in Europa. Zij betwist evenwel dat zij voor deze beslissing eerst toestemming heeft gegeven. De Commissie heeft echter niet beweerd dat dit het geval was. Zij heeft slechts aangegeven dat E.ON verzoekster er onophoudelijk van heeft verzekerd dat zij niet de intentie had om haar agressief te beconcurreren op de Franse markt. Het door verzoekster aangehaalde feit dat E.ON deze informatie openbaar heeft gemaakt, kan, zelfs gesteld dat dit zou zijn bewezen, niet aan deze beoordeling afdoen. Verzoeksters betoog ten aanzien van deze documenten moet dus worden afgewezen.

236 Wat tot slot de stelling van de Commissie in punt 117 van de bestreden beschikking betreft, dat de betrokken ondernemingen de op elkaars nationale markt gerealiseerde verkopen betreurden, blijkt deze niet onjuist te zijn, gelet op de interne briefingnota van verzoekster van 29 augustus 2003 over de vergadering van 2 september 2003, de notulen van de vergadering van 27 mei 2004 en de briefingnota van E.ON voor de vergadering van 2 juli 2004, waarop zij zich baseert.

237 Wat immers de briefingnota van 29 augustus 2003 aangaat, moet verzoeksters argument worden verworpen dat dit document oordelen bevat die alleen de persoonlijke en subjectieve opvatting van de opstellers ervan weergeven, aangezien daaruit blijkt dat op objectieve wijze een vergelijkende analyse van de activiteiten van de betrokken ondernemingen is gemaakt. Aangaande verzoeksters argument dat uit niets blijkt dat de punten die in bedoelde briefingnota zijn vermeld ook daadwerkelijk zijn besproken of uiteengezet, moet worden opgemerkt dat in deze briefingnota in ieder geval de punten zijn vermeld die verzoekster op die vergadering ter sprake wilde brengen. Vervolgens vormt deze nota, anders dan verzoekster stelt, een aanwijzing van het bestaan van de mededingingsregeling, nu daaruit blijkt dat het commerciële optreden van verzoekster in Duitsland te plaatsen was in een strikt gecontroleerd en redelijk kader van compensatie in andere landen van de marktaandelen die in Frankrijk waren verloren. Daaruit volgt bovendien dat E.ON op het eerste gezicht in de lijn ligt van een model van frontale concurrentie op de Franse markt, terwijl verzoekster eerder in de lijn ligt van partnerschap, in het perspectief van verstandige concurrentie op beide markten. In dat verband is verduidelijkt dat het essentieel was om de discussie met E.ON naar de marktprijzen te sturen. Op basis van de betrokken briefingnota kan worden geoordeeld dat verzoekster betreurde dat de offertes van E.ON in Frankrijk concurrerend waren en dat zij een houding van verstandige concurrentie wilde aannemen en met deze onderneming wilde afstemmen over de marktprijzen, hetgeen geen concurrentiegedrag is, niettegenstaande de offertes die verzoekster in Duitsland heeft kunnen doen en de moeilijke context waarmee zij daar mogelijk is geconfronteerd. Tot slot heeft de Commissie terecht op basis van de betrokken briefingnota geoordeeld dat verzoekster naar aanleiding van de offerte van E.ON om een afnemer te bevoorraden een tegenaanbod had gedaan zonder haar manoeuvreerruimte volledig te benutten. Uit dit document blijkt immers dat verzoekster wat deze aanbieding aangaat niet de volledige manoeuvreerruimte had gebruikt die het commerciële kader haar bood, nu deze marges eerder werden ingezet wanneer zij werd geconfronteerd met concurrentie van bijvoorbeeld [*vertrouwelijk*]. Het door verzoekster genoemde feit dat [*vertrouwelijk*] op basis van een eigen strategie [*vertrouwelijk*] kan niet verklaren dat zij per concurrent die zij tegenkwam een ander gedrag vertoonde.

238 Wat voorts de notulen van de vergadering van 27 mei 2004 en de nota daarover van 2 juli 2004 betreft, is er geen element op basis waarvan kan worden geoordeeld dat de door de Commissie aangehouden uitlegging onjuist is. Uit genoemde notulen blijkt immers dat verzoekster nog steeds werd gezien als zou zij agressief en gevaarlijk commercieel gedrag op de Duitse markt vertonen. Uit genoemde nota blijkt daarnaast dat het standpunt van E.ON in de discussies tussen E.ON en verzoekster was dat de waarde van het gas op de Duitse markt door te agressieve offertes teniet werd gedaan, terwijl verzoeksters standpunt was dat zij te kennen gaf dat zij had moeten toegeven aan de druk van de Commissie die met alle middelen grensoverschrijdende concurrentie wilde en dat de Duitse markt, gezien zijn omvang en geografische liggen, voor haar van groot belang was. De Commissie kon zich dus op deze documenten baseren voor het oordeel dat de betrokken ondernemingen de gerealiseerde verkopen op elkaars nationale markt betreurden. Ook als deze documenten enige vorm concurrentie aantonen, laten zij voor het overige ook zien dat deze ondernemingen informatie uitwisselden over hun respectievelijke commerciële strategie. Zij vormen ook een aanwijzing van het bestaan van een overeenkomst over de verdeling van de nationale markt (of van onderling afgestemde toetreding daartoe), aangezien daaruit blijkt dat, vanwege verzoeksters activiteiten in Duitsland, de verkoopactiviteiten van E.ON in Frankrijk waren toegenomen. Een dergelijke symmetrische toetreding is slechts mogelijk wanneer er een dergelijke overeenkomst is. Gelet op de bewoordingen ervan, heeft de Commissie geen fout begaan door deze documenten te gebruiken om de betrokken inbreuk vast te stellen.

239 Wat in de derde plaats verzoeksters argument aangaat dat stukken in het dossier die buiten beschouwing zijn gelaten of verkeerd zijn uitgelegd, aantonen dat er geen onderling afgestemde feitelijke gedraging was, stelt zij dat deze stukken laten zien dat de betrokken ondernemingen een autonome strategie hadden in Duitsland en in Frankrijk, dat er tussen hen op de respectievelijke thuismarkt frontale concurrentie was en dat verzoekster de omvorming van de MEGAL-overeenkomst zo snel mogelijk tot een einde wilde brengen om volledig als transporteur in Duitsland te opereren. Dit betoog moet van de hand worden gewezen. Het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging om de markten te verdelen, zoals die volgt uit de vergaderingen en wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen tussen 1999 en 2005, is, afgezien van de overwegingen ten aanzien van de Franse markt in de periode na augustus 2004, die hierna in het kader van het vierde middel zullen worden onderzocht, rechtens genoegzaam door de Commissie aangetoond, meer bepaald door middel van de documenten van 4 februari 1999, 24 juni 1999, 23 mei 2002, 27 februari 2003, 19 februari 2004 en 16 maart 2004, die op deze vergaderingen en wederzijdse mededelingen betrekking hebben. Voorts heeft verzoekster, met uitzondering van de interne notulen van verzoekster van 19 januari 2004 en het ondernemingsplan Duitsland van GDF Deutschland van 30 april 2004, ter ondersteuning van haar argument slechts verwezen naar haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar en voert zij in haar verzoekschrift geen enkel specifiek betoog ten aanzien van deze documenten aan. Behalve voor de beide genoemde documenten kan een dergelijke verwijzing naar documenten in de bijlagen bij het verzoekschrift niet ontvankelijk worden geacht om de hierboven in punt 175 uiteengezette redenen. Wat daarnaast de interne notulen van verzoekster van 19 januari 2004 betreft, kan worden volstaan met de opmerking dat deze slechts betrekking hebben op tien leveringscontracten die bovendien afnemers betreffen die uitsluitend zijn gevestigd in het noordwesten van Duitsland (en dus buiten het bevoorradingsgebied van de MEGAL-pijpleiding), en dat daarin is aangegeven dat de benadering van het gebied door de andere partijen wordt bemoeilijkt door de hoge kosten voor TPA of de huidige onmogelijkheid om vanuit de MEGAL-pijpleiding te bevoorraden. Ver van dat dit document het bestaan van frontale concurrentie tussen de betrokken ondernemingen aantoont, zoals verzoekster stelt, bevestigt dit documenten dat er tussen hen geen concurrentie was in het bevoorradingsgebied van de MEGAL-pijpleiding en dat het voor verzoekster onmogelijk was om zich via deze pijpleiding te bevoorraden. De reden waarom dit onmogelijk was is niet aangegeven, maar uit de betrokken notulen kan worden afgeleid, dat deze losstond van de moeilijkheden die met TPA verbonden waren, die ook worden genoemd. Wat tot slot het ondernemingsplan Duitsland van GDF Deutschland van 30 april 2004 betreft, is daarin aangegeven dat het sluiten van nieuwe contracten aanzienlijk sneller verliep vanaf de tweede helft van 2003 en dat dit het resultaat is van twee jaar aanwezigheid op het terrein, [*vertrouwelijk*]. Daaruit blijkt ook dat elke aanwezigheid van verzoekster op de Duitse markt haar in een confronterende positie ten opzicht van de grote marktdeelnemers plaatst. In het document is echter niet aangegeven of de betrokken contracten het bevoorradingsgebied van de MEGAL-pijpleiding betreffen. Het bevestigt integendeel dat verzoekster haar offertes heeft geconcentreerd op het noordwesten van Duitsland, [*vertrouwelijk*]. Deze documenten kunnen dus niet afdoen aan het betoog van de Commissie.

240 Wat in de vierde plaats verzoeksters argument aangaat dat de betrokken vergaderingen hun rechtvaardiging vonden in de structurele en commerciële banden die de betrokken ondernemingen verenigden, moet worden opgemerkt dat hoewel de rechtmatigheid van dergelijke banden niet door de Commissie is bestreden, dit niet wegneemt dat deze vergaderingen die ook tot een bij artikel 81, lid 1, EG verboden onderling afgestemde feitelijke gedraging leidden, niet kunnen rechtvaardigen. In de onderhavige zaak is de Commissie van oordeel, zoals blijkt uit de punten 50, 63 en 158 van de bestreden beschikking, dat ook als een groot deel van deze vergaderingen bedoeld waren om legitieme discussieonderwerpen aan te snijden, de betrokken ondernemingen deze contacten vaak hebben gebruikt om de tenuitvoerlegging van de marktverdelingsovereenkomst te bespreken. Er is in het dossier geen element dat aan dat oordeel kan afdoen, zodat verzoeksters argument moet worden verworpen.

241 Gelet op een en ander geeft verzoekster ten onrechte te kennen dat de vergaderingen en wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen van 1999 tot 2005 het bestaan van de onderlinge uitwisseling van gevoelige gegevens in verband met de sideletters niet konden aantonen.

242 De eerste grief moet dus worden afgewezen.

– Tweede grief

243 Verzoekster stelt dat de Commissie de feiten en het recht heeft geschonden door te oordelen dat de vergaderingen en wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen van 1999 tot 2005 het bestaan van de onderlinge uitwisseling tussen de betrokken ondernemingen van gevoelige gegevens konden aantonen, of dit nu in verband met de sideletters is of los daarvan.

244 Voor zover verzoekster om te beginnen met deze grief verwijst naar een onderling afgestemde feitelijke gedraging die losstaat van de sideletters, moet worden geconstateerd dat haar betoog niet ter zake dienend is. De Commissie heeft immers in de bestreden beschikking niet expliciet overwogen dat de contacten tussen 1999 en 2005 inbreuken vormden die losstonden van genoemde sideletters. Uit de bestreden beschikking, in haar geheel gelezen, volgt namelijk dat zij de betrokken onderling afgestemde feitelijke gedragingen heeft beschouwd als verband houdend met de tenuitvoerlegging van de marktverdelingsovereenkomst die uit de MEGAL-overeenkomst en de sideletters voortvloeit.

245 Vervolgens moet worden geconstateerd dat verzoeksters betoog ter ondersteuning van de onderhavige grief ongegrond is, ongeacht of dit verwijst naar een onderling afgestemde feitelijke gedraging in verband met de sideletters of los daarvan.

246 Wat in de eerste plaats verzoeksters argument inzake een tegenstrijdigheid in de bestreden beschikking betreft, moet worden opgemerkt dat de Commissie in punt 161 van genoemde beschikking stelt dat de betrokken ondernemingen geen gedetailleerde gegevens over de afzet, de prijzen, de kosten, de marges of de klanten hebben uitgewisseld en dat een dergelijke gegevensuitwisseling in casu niet nodig was om tot een gemeenschappelijk standpunt te komen over het niet gebruiken van het via de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas om op de nationale markt van de andere partij te gaan concurreren en meer in het algemeen over een „meer redelijke” concurrentie. In punt 186 van diezelfde beschikking geeft de Commissie aan dat de betrokken ondernemingen commercieel gevoelige informatie hebben uitgewisseld, namelijk over de prijzen en de strategieën, dat zij op regelmatige basis hun respectievelijke toekomstige strategieën eerst hebben onderzocht en daarover hebben afgestemd en dat zij in overeenstemming met de verwachtingen van de andere partij hebben gehandeld. Anders dan verzoekster stelt, zijn deze beide stellingen niet tegenstrijdig. Het feit dat de betrokken ondernemingen geen „gedetailleerde commerciële gegevens” hebben uitgewisseld verzet zich er namelijk niet tegen dat zij „commercieel gevoelige informatie” hebben uitgewisseld. De betrokken ondernemingen hebben immers gegevens kunnen uitwisselen die, zonder gedetailleerd te zijn, van algemene aard konden zijn en niettemin belangrijk voor de bepaling van hun commerciële strategie.

247 In de tweede plaats moet verzoeksters argument worden verworpen waarmee zij de analyse van de Commissie in punt 161 van de bestreden beschikking bestrijdt, namelijk dat een uitwisseling van gedetailleerde gegevens niet nodig was, aangezien de gevestigde aanbieder een quasi-monopolie bezat op zijn traditionele nationale markt en dat het volstond om de andere partij te kennen te geven dat er geen voornemen bestond om (actief) de nationale markt van die partij te betreden. Zoals immers volgt uit de hierboven in punt 213 aangehaalde rechtspraak, stelt de uitwisseling van informatie op een oligopolistische markt met een hoge concentratiegraad, de ondernemingen in staat kennis te krijgen van de marktposities en de marketingstrategie van hun concurrenten en wordt daardoor de nog resterende mededinging tussen de ondernemers merkbaar beïnvloed. Deze rechtspraak verlangt niet dat de betrokken informatie gedetailleerd is. In de context van een oligopolistische markt, zoals die aan de orde in de onderhavige zaak, kan de uitwisseling van informatie, zelfs van algemene aard, over de commerciële

strategie van een onderneming de mededinging schade berokkenen. Ook als verzoekster stelt dat een dergelijk scenario in de praktijk uiterst zelden voorkomt, erkent zij in haar repliek dat de rechtspraak niet uitsluit dat de uitwisseling van gegevens „van algemene aard" laakbaar is wanneer zij de mate van onzekerheid over de werking van de betrokken markt vermindert of wegneemt en dus de mededinging tussen ondernemingen beperkt. Daaraan moet nog worden toegevoegd dat in de rechtspraak is aanvaard dat voor zover de onderneming die aan de afstemming deelneemt, op de betrokken markt actief blijft, het vermoeden van causaliteit tussen de afstemming en het marktgedrag van deze onderneming ook geldt wanneer slechts één bijeenkomst van de betrokken ondernemingen aan de afstemming ten grondslag ligt (arrest T-Mobile Netherlands e.a., punt 213 supra, punt 62). In de onderhavige zaak liggen aan de afstemming vele vergaderingen ten grondslag.

248 De door verzoekster ingeroepen omstandigheid dat de betrokken ondernemingen beperkt tot de markt van de ander zijn doorgedrongen, kan niet afdoen aan het feit dat een uitwisseling van gedetailleerde informatie niet nodig was, aangezien de mededinging hoe dan ook werd aangetast door de informatie-uitwisseling, nu de onzekerheid die er tussen de concurrenten had moeten bestaan, door de afstemming werd weggenomen. In die omstandigheden stelt verzoekster ten onrechte dat de analyse van de Commissie de bewijsstandaard voor het vaststellen van een inbreuk verlaagt.

249 Wat in de derde plaats verzoeksters argument aangaat dat de betrokken ondernemingen geen vertrouwelijke en strategische informatie in de zin van de rechtspraak hebben uitgewisseld, kan dit niet slagen. De door verzoekster aangevoerde omstandigheid dat de betrokken ondernemingen geen informatie over de kosten, de prijzen, de marges, de afzetvolumes of de klanten hebben uitgewisseld, is immers irrelevant, aangezien het in de context van een sterk geconcentreerde oligopolistische markt zoals de gasmarkt volstaat dat er een uitwisseling van informatie in de zin van de hierboven in punt 213 aangehaalde rechtspraak heeft plaatsgevonden. Zoals met name volgt uit de punten 84, 87, 120, 121 of 180 van de bestreden beschikking zijn er meerdere contacten geweest tijdens dewelke informatie over de respectievelijke strategieën van de betrokken ondernemingen op de nationale markt van de ander is uitgewisseld.

250 Anders dan verzoekster stelt, moet worden geconstateerd dat de discussies tussen de betrokken ondernemingen geen „vage intentieverklaringen" waren. Zo volgt bijvoorbeeld uit de notulen van 27 mei 2002 betreffende een vergadering op 23 mei 2002 dat verzoekster tijdens een ontmoeting met E.ON heeft verzekerd dat er thans geen voornemen bestond om gas in Duitsland af te zetten. Ook uit de notulen van de vergadering van 27 mei 2004 volgt dat de westelijke grens van het optreden van E.ON in Continentaal Europa de westgrens van Duitsland was en dat E.ON geen duidelijke interesse voor onder meer Frankrijk had. Voor het overige geeft verzoekster in haar verzoekschrift niet aan naar welke specifieke discussie zij verwijst en volstaat zij met een verwijzing naar haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar.

251 In de vierde plaats moet verzoeksters argument worden verworpen waarmee zij de relevantie bestrijdt van de documenten waarop de Commissie zich heeft gebaseerd.

252 Ten aanzien van de e-mail van 27 februari 2003 moet eraan worden herinnerd dat daarin is aangegeven dat, ook als verzoekster zou kunnen proberen om gas te verkopen in het gebied van E.ON, dit eerder zou zijn om marktinformatie te verzamelen dan om een directe frontale aanval uit te voeren. Bovendien is verzoeksters bezwaar dat dit document betrekking heeft op persoonlijke en subjectieve meningen reeds hierboven in punt 227 verworpen. Verzoeksters argument dat zij geen wetenschap had van deze privéontmoeting moet van de hand worden gewezen, nu uit genoemde e-mail blijkt dat haar vertegenwoordiger om een ontmoeting met die van E.ON had verzocht in de context van de voorbereiding van een vergadering die later tussen de betrokken ondernemingen zou plaatsvinden en dat hij enkele gegevens wilde doorgeven die een belang voor zowel haarzelf als voor E.ON hadden. Anders dan verzoekster aangeeft, is er in het dossier bovendien geen steun voor te vinden dat zij een

directe frontale aanval op de Duitse markt heeft uitgevoerd, nu zij in de litigieuze periode in wezen niet meer heeft gedaan dan de hoeveelheden gas af te zetten die zij in het kader van het PVG had verworven.

253 Daarnaast volgt uit de e-mail van 16 maart 2004 dat een werknemer van verzoekster tijdens een ontmoeting met een werknemer van E.ON heeft aangegeven dat de door E.ON gehanteerde prijzen voor bepaalde klanten te laag waren. Hieruit volgt tevens dat de werknemers van de betrokken ondernemingen gegevens hebben uitgewisseld over hun relatie met bepaalde klanten wat betreft de bij hen toegepaste prijzen. Hieruit blijkt bovendien dat de vertegenwoordiger van verzoekster aan de vertegenwoordiger van E.ON te kennen heeft gegeven dat verzoekster het niveau van haar prijzen voor „middelgrote/kleine" klanten in het oosten van Frankrijk niet wilde wijzigen, terwijl dat voor de grotere klanten zou kunnen worden verlaagd. Anders dan verzoekster stelt, konden deze gegevens voor E.ON van belang zijn, nu zij volgens de bestreden beschikking in 2003 is begonnen met de verkoop van gas in Frankrijk. Ook als dergelijke inlichtingen niet erg gedetailleerd zijn, hebben zij E.ON in staat gesteld om kennis te nemen van de algemene prijsstrategie die verzoekster ten aanzien van verschillende soorten klanten wilde volgen in de context van de komst van concurrenten in haar gebied. De omstandigheid dat [*vertrouwelijk*], kan niet de gegevensuitwisseling rechtvaardigen waarnaar in de e-mail van 16 maart 2004 is verwezen, die in ieder geval de mate van onzekerheid die normaal tussen concurrenten moet bestaan, heeft verminderd. Het betoog ten aanzien van de beweerde subjectiviteit van de weergave is reeds hierboven in de punten 174 en 227 van de hand gewezen.

254 Derhalve vormen de e-mails van 27 februari 2003 en 16 maart 2004 het bewijs van een uitwisseling van strategische informatie.

255 Tot slot en anders dan verzoekster in haar repliek te kennen geeft, was de Commissie niet verplicht om een „lijst" op te stellen van de algemene strategische informatie die is uitgewisseld, nu uit de bestreden beschikking blijkt dat dergelijke informatie inderdaad is uitgewisseld. De omstandigheid dat de communicatie tussen de betrokken ondernemingen heeft plaatsgevonden in de context van de onderhandelingen over een nieuwe MEGAL-overeenkomst, kan niet rechtvaardigen dat een gegevensuitwisseling heeft plaatsgevonden die de mededinging kon aantasten. Hoe dan ook gaat de betrokken informatie, met name die in de notulen van 27 mei 2002 of de e-mail van 27 februari 2003, verder dan de informatie in verband met de heronderhandeling van de MEGAL-overeenkomst.

256 Hieruit volgt dat, anders dan verzoekster beweert, de door de Commissie in de bestreden beschikking genoemde informatie-uitwisseling dusdanig was dat deze de onzekerheid van de betrokken ondernemingen over de werking van de Duitse en de Franse gasmarkt en ieders gedrag op die markten kon verkleinen, en dus de mededinging tussen hen aanzienlijk wijzigen.

257 Uit een en ander volgt dat verzoeksters betoog dat de vergaderingen en de wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen tussen 1999 en 2005 niet het bestaan van een uitwisseling van gevoelige gegevens tussen hen kon aantonen, ongeacht of dit verband met de sideletters hield of niet, moet worden verworpen.

258 Derhalve moeten ook de tweede grief en bijgevolg het derde onderdeel in zijn geheel worden afgewezen.

c) Vierde onderdeel

259 In het kader van het onderhavige onderdeel stelt verzoekster dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd en artikel 81 EG schendt, doordat de betrokken gedragingen daarin als een overeenkomst en/of onderling afgestemde feitelijke gedraging zijn gekwalificeerd zonder onderzoek van het tijdens de administratieve procedure overgelegde bewijs dat moest aantonen dat

verzoekster zich in Duitsland zelfstandig heeft gedragen en E.ON in Frankrijk. Meer bepaald heeft de Commissie volgens haar niet de economische argumenten onderzocht die het eigenlijke bestaan van de inbreuk moesten weerleggen.

260 Verzoekster voert in wezen twee reeksen van argumenten aan, de eerste ontleend aan het niet in aanmerking nemen van het bewijs van de zelfstandigheid van het gedrag van de beide betrokken ondernemingen op de markt van de ander en de tweede aan het niet in aanmerking nemen van het economisch bewijs.

261 In de eerste plaats zijn de door de verzoekster aangevoerde argumenten ten aanzien van het beweerdelijk niet door de Commissie onderzochte bewijs van de zelfstandigheid van het gedrag van betrokken ondernemingen ongegrond.

262 Ten eerste moet ten aanzien van verzoeksters argumenten inzake de zelfstandigheid van haar gedrag vooraf worden opgemerkt dat het door haar aangedragen bewijs algemeen is en niet kan aantonen dat specifiek het gedrag ten aanzien van de levering van via de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas autonoom was, nu de in casu vastgestelde inbreuk tot die sector beperkt was, zoals volgt uit punt 199 van de bestreden beschikking.

263 Wat vervolgens de beweerde [*vertrouwelijk*] betreft, stelt verzoekster ten onrechte dat zij [*vertrouwelijk*] heeft gevoerd, aangezien er documenten zijn, zoals de e-mail van 27 februari 2003, die aantonen dat zij niet die intentie had. Bovendien wordt het bestaan van een [*vertrouwelijk*] tegengesproken door een interne nota van verzoekster van april 2005, die is opgesteld naar aanleiding van klachten van E.ON [*vertrouwelijk*]. Hoe dan ook, ook gesteld dat zij [*vertrouwelijk*] heeft gevoerd, neemt die niet weg dat er, zoals volgt uit het door de Commissie aangevoerde bewijs, meerdere malen contact met E.ON hierover is geweest, waarbij de betrokken ondernemingen het tijdens diverse vergaderingen over en weer hebben betreurd dat [*vertrouwelijk*] en hebben getracht elkaar ten aanzien hiervan gerust te stellen (zie punt 164 hierboven). Wat daarnaast de beweerde door verzoekster verkregen [*vertrouwelijk*] betreft, kan ermee worden volstaan dat uit punt 101 van de bestreden beschikking volgt dat de afzet vanuit de MEGAL-pijpleiding door verzoekster is gestart in oktober 2004 en de volumes daarvan in wezen vergelijkbaar waren met de volumes die in het kader van het PVG waren afgenomen, op zijn minst tot oktober 2005.

264 Wat tot slot [*vertrouwelijk*] betreft, kan het betoog van verzoekster dat [*vertrouwelijk*], niet aantonen dat haar gedrag autonoom was en de overwegingen van de Commissie die het bestaan van de betrokken inbreuk aantonen in twijfel trekken. Uit de rechtspraak volgt immers dat het aantonen van omstandigheden die een ander licht werpen op de door de Commissie vastgestelde feiten en een andere plausibele verklaring van de feiten bieden die in de plaats kan worden gesteld van die op basis waarvan de Commissie tot de conclusie is gekomen dat er sprake is van een schending van de communautaire mededingingsregels, slechts relevant is wanneer de Commissie uitsluitend op basis van het marktgedrag van de betrokken ondernemingen een inbreuk vaststelt (zie in die zin arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 186, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Dit is in casu niet het geval, aangezien de Commissie zich heeft gebaseerd op vele schriftelijke bewijzen, ten aanzien waarvan verzoekster niet in staat is gebleken, zoals volgt uit het voorgaande, om aan te tonen dat zij bewijskracht ontbeerden. Wat specifiek de toetredingsdrempels [*vertrouwelijk*] betreft, kunnen deze omstandigheden als zodanig in ieder geval niet het bestaan van de betrokken inbreuk uitsluiten.

265 Ten tweede moet ten aanzien van verzoeksters argumenten ontleend aan de zelfstandigheid van het gedrag van E.ON in Frankrijk worden opgemerkt dat het betoog dat E.ON ervoor heeft gekozen om haar nationale markt te verdedigen en zich slechts marginaal in andere Europese landen te ontwikkelen en dat E.ON de Franse markt nooit als een markt met prioriteit heeft gezien, overeenkomstig de in het vorige punt aangehaalde rechtspraak niet kan afdoen aan de overwegingen van de Commissie die het bestaan van de inbreuk aantonen. Daarnaast kan ten aanzien van verzoeksters stelling dat E.ON zich, ondanks haar beperkte interesse voor de Franse markt, agressief

in Frankrijk heeft gedragen, worden volstaan met in herinnering te brengen dat, zoals uit punt 198 hierboven blijkt, E.ON's afzet in Frankrijk niet kan aantonen dat zij zich niet aan de sideletters gebonden achtte.

266 Wat in de tweede plaats de niet door de Commissie onderzochte economische argumenten betreft, moet worden opmerkt dat laatstgenoemde zich in de onderhavige zaak primair heeft gebaseerd op de mededingingsbeperkende strekking van de overeenkomst en de onderling afgestemde feitelijke gedragingen die in artikel 1 van de bestreden beschikking als inbreuk zijn aangemerkt. Zij heeft overigens gewezen op vele schriftelijke bewijzen die zowel het bestaan van deze overeenkomst en deze onderling afgestemde feitelijke gedragingen als hun mededingingsbeperkende strekking aantonen. Wat het specifieke geval betreft van overeenkomsten die zoals in casu de eerbiediging van de thuismarkten beogen, volgt uit de rechtspraak dat deze op zich een mededingingsbeperkende strekking hebben en behoren tot een groep overeenkomsten die uitdrukkelijk door artikel 81, lid 1, EG zijn verboden, en dat deze strekking, die op basis van schriftelijke bewijzen ontegensprekelijk is aangetoond, niet kan worden gerechtvaardigd op basis van een analyse van de economische context waarbinnen de betrokken mededingingsverstorende gedragingen zijn te plaatsen (zie in die zin arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 184, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

267 Zoals volgt uit het onderzoek van het eerste middel en van het tweede en het derde onderdeel van het onderhavige middel, is verzoekster niet in staat gebleken om het schriftelijke bewijs in twijfel te trekken, op basis waarvan de Commissie in casu het bestaan van de overeenkomst en de onderling afgestemde feitelijke gedragingen alsook de mededingingsverstorende strekking ervan heeft kunnen aantonen gedurende de gehele periode waarop het onderhavige middel betrekking heeft. In die omstandigheden kan het de Commissie niet worden verweten dat zij de sector en het gedrag van de betrokken ondernemingen niet heeft onderworpen aan een globale en diepgaande economische beoordeling. De verwijzing naar het arrest Solvay/Commissie, punt 207 supra, is voor de onderhavige zaak irrelevant, nu de Commissie, anders dan de feiten die tot dit arrest hebben geleid, zich in de onderhavige zaak heeft kunnen baseren op meerdere stukken die de periode betreffen waarop het onderhavige middel betrekking heeft, onder voorbehoud van de overwegingen in het kader van het laatste onderdeel van het vierde middel.

268 Voor zover verzoekster de Commissie tot slot ook verwijt dat zij niet het bewijs heeft onderzocht dat zij zich in Duitsland zelfstandig heeft gedragen, en E.ON in Frankrijk, kan worden volstaan met een verwijzing naar de overwegingen in de punten 259 tot en met 267 hierboven, waarin verzoeksters betoog ten aanzien van de autonomie van de betrokken ondernemingen is verworpen.

269 Uit een en ander volgt dat het vierde onderdeel moet worden afgewezen.

d) Eerste onderdeel

270 Verzoekster benadrukt dat bij gebreke van een enkele en voortdurende inbreuk in de gehele periode van 1980 tot en met 2005, de sideletters hoe dan ook waren verjaard overeenkomstig artikel 25 van verordening nr. 1/2003.

271 In dat verband zij eraan herinnerd dat overeenkomstig de eerste twee leden van artikel 25 van verordening nr. 1/2003, de bevoegdheid van de Commissie om geldboetes op te leggen wegens inbreuken op het mededingingsrecht in beginsel onderworpen is aan een verjaringstermijn van vijf jaar, die ingaat op de dag waarop de inbreuk is gepleegd, of bij voortdurende of voortgezette inbreuken op de dag waarop de inbreuk is beëindigd. Volgens het derde en het vierde lid van die bepaling wordt de verjaring gestuit door elke handeling van de Commissie ter instructie of vervolging van de inbreuk, waarbij de stuiting van de verjaring intreedt op de dag waarop van de handeling kennis wordt gegeven aan ten minste één onderneming die aan de inbreuk heeft deelgenomen, en geldt ten aanzien van alle ondernemingen die aan de inbreuk hebben deelgenomen. Tot slot volgt uit

het vijfde lid van datzelfde artikel dat na iedere stuiting een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen, maar dat de verjaring ten laatste intreedt op de dag waarop een termijn gelijk aan tweemaal de verjaringstermijn is verstreken zonder dat de Commissie een geldboete of een sanctie heeft opgelegd, waarbij deze termijn wordt verlengd met de periode gedurende welke de verjaring is geschorst.

272 Daarnaast moet worden vastgesteld dat een beschikking tot vaststelling van een inbreuk geen sanctie in de zin van artikel 25 van verordening nr. 1/2003 vormt en dus niet valt onder de in deze bepaling bedoelde verjaring (zie naar analogie arrest Sumitomo Chemical et Sumika Fine Chemicals/Commissie, punt 203 supra, punt 61). Hoofdstuk VI van verordening nr. 1/2003, over de sancties, ziet immers enkel op de geldboeten en de dwangsommen, en er is geen bepaling in deze verordening op basis waarvan kan worden overwogen dat de beschikkingen van de Commissie bedoeld in artikel 7, waarbij zij het bestaan van een inbreuk op artikel 81 EG of 82 EG vaststelt, vallen onder de sancties die in genoemd hoofdstuk worden genoemd. De verjaring van de bevoegdheid om geldboeten en dwangsommen op te leggen kan dus niet de verjaring van de impliciete bevoegdheid om de inbreuk vast te stellen inhouden (zie naar analogie arrest Sumitomo Chemical en Sumika Fine Chemicals/Commissie, punt 203 supra, punten 62 en 63).

273 Verzoeksters argument dat de Commissie een legitiem doel moet aantonen om een inbreuk in de vorm van de verjaarde sideletters vast te stellen, moet worden verworpen. Uit het voorgaande volgt immers dat de verjaring van de mogelijkheid om sancties op te leggen, niet die van de mogelijkheid om een inbreuk vast te stellen inhoudt. Hoe dan ook hoeft de Commissie volgens de door verzoekster aangevoerde rechtspraak alleen wanneer zij een inbreuk wil vaststellen die de betrokken onderneming reeds heeft beëindigd, een gewettigd belang te hebben om dit te doen (zie in die zin arrest Sumitomo Chemical en Sumika Fine Chemicals/Commissie, punt 203 supra, punt 37). In het kader van het onderhavige onderdeel is verzoeksters betoog uitsluitend gebaseerd op een beweerde verjaring van de inbreuk — of zelfs, zoals zij in haar repliek te kennen geeft, alleen op de begindatum van de inbreuk — en niet het feit dat de inbreuk in het verleden is gepleegd.

274 In die omstandigheden is verzoeksters betoog niet ter zake dienend voor zover het de verjaring van de sideletters of de inbreuk betreft.

275 Ook voor zover verzoeksters betoog betrekking heeft op het feit dat geen sprake is van een enkele en voortdurende inbreuk, moet dit worden verworpen. Er zij aan herinnerd dat een schending van artikel 81 EG niet alleen kan voortvloeien uit een op zichzelf staande handeling, maar eveneens uit een reeks handelingen of een voortgezette gedraging (arrest Hof van 8 juli 1999, Commissie/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Jurispr. blz. I-4125, punt 81). In het kader van een inbreuk die zich over verschillende jaren uitstrekt, doet het voor het bestaan van een mededingingsregeling niet ter zake dat deze regeling met meer of minder lange tussenpozen in verschillende tijdvakken aan het licht treedt, zolang met de verschillende handelingen die deel uitmaken van deze inbreuk, hetzelfde doel wordt nagestreefd en deze handelingen passen in het kader van één enkele, voortdurende inbreuk (arrest Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Commissie, punt 136 supra, punt 98).

276 In de onderhavige zaak is de Commissie er in punt 203 van de bestreden beschikking van uitgegaan dat de overeenkomsten en de onderling afgestemde feitelijke gedragingen waren te plaatsen in het kader van een algemene strategie die de gedragslijnen van de betrokken ondernemingen op de markt bepaalt en hun commerciële vrijheid beperkt, met eenzelfde mededingingsverstorende strekking en één enkel economisch doel, namelijk om enige mededinging tussen hen te beperken wat het via de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas betreft. Zij heeft in wezen in punt 211 van diezelfde beschikking de conclusie getrokken dat het gedrag van de ondernemingen een enkele en voortdurende inbreuk en een „restrictie die de strekking had de mededinging te beperken” vormde.

277 Zoals volgt uit het onderzoek van het eerste middel (zie punten 142 en 143 hierboven), is verzoekster niet in staat gebleken om het bestaan van de in casu in geding zijnde marktverdelingsovereenkomst vóór 2000 in twijfel te trekken of om aan te tonen dat genoemde overeenkomst was beëindigd, ook al is vastgesteld dat de begindatum waarvan de Commissie voor Duitsland is uitgegaan onjuist was.

278 Zoals bovendien blijkt uit het onderzoek van met name het tweede onderdeel van het onderhavige middel, stelt verzoekster ten onrechte dat de Commissie niet heeft aangetoond dat er tussen de betrokken ondernemingen wilsovereenstemming was om de sideletters na 2000 toe te passen. Ook slaagt geen van de argumenten waarmee verzoekster te kennen wil geven dat de vergaderingen en de wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen tussen 1999 en 2005 niet het bestaan kunnen aantonen van een onderling afgestemde feitelijke gedraging in de zin van marktverdeling in verband met de sideletters en de uitwisseling van gevoelige informatie tussen concurrenten.

279 In die omstandigheden heeft de Commissie geen fout begaan door te oordelen dat de betrokken gedragingen een enkele en voortdurende inbreuk en een „restrictie die de strekking had de mededinging te beperken” vormden, ook al is de duur van de inbreuk onjuist voor zover betrekking hebbend op de Duitse markt.

280 Aangaande verzoeksters argument dat de liberalisering een „belangrijk keerpunt” heeft gebracht dat de gemeenschappelijke doelstelling die in 1975 voor ogen stond op de helling heeft gezet, moet worden opgemerkt dat zij niet heeft aangetoond dat de gedragingen van de betrokken ondernemingen niet alle hetzelfde doel nastreefden, namelijk om elke mededinging voor hun klanten te verhinderen — of tot een maximum te beperken — door te aanvaarden dat zij niet tot de andere markt voor de levering van gas via de MEGAL-pijpleiding zouden toetreden, zoals de Commissie heeft opgemerkt in punt 205 van de bestreden beschikking. Voor het overige volgt uit het voorgaande dat het bewijs dat de Commissie heeft aangedragen, aantoont dat deze ondernemingen zich ook na de datum voor omzetting van de eerste gasrichtlijn in nationaal recht op het gezag van de sideletters hebben beroepen en deze sideletters nog als bindend beschouwden.

281 Uit een en ander volgt dat het derde onderdeel moet worden afgewezen, zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over de verwijzing van verzoekster naar de bijlagen bij het verzoekschrift.

282 Het tweede middel moet dus in zijn geheel worden afgewezen.

3. *Derde middel, ontleend aan het kennelijke ontbreken van bewijs wat het bestaan betreft van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging ter beperking van het gebruik door E.ON van door de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas in Frankrijk*

283 Dit middel, dat subsidiair wordt aangevoerd en waarmee verzoekster te kennen geeft dat geen inbreuk op artikel 81 EG op de Franse markt kon worden aangewezen, valt uiteen in drie onderdelen. Het eerste onderdeel is ontleend aan schending van artikel 81 EG, omdat er geen inbreuk op de Franse markt als gevolg van de Direktion G-sideletter is. Het tweede onderdeel is ontleend aan schending van artikel 81 EG wegens een kennelijk onjuiste uitlegging van de vergaderingen en wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen wat Frankrijk betreft. Het derde onderdeel, dat subsidiair wordt aangevoerd, is ontleend aan schending van artikel 81 EG wegens de uitzondering voor het overheidsoptreden in Frankrijk vóór januari 2003.

a) Eerste onderdeel

284 Verzoekster stelt in het kader van het onderhavige onderdeel dat op basis van de Direktion G-sideletter geen inbreuk op artikel 81 EG kon worden aangewezen wat de Franse markt betreft. Zij voert in dat verband in wezen drie grieven aan. De eerste is ontleend aan een gebrek aan duidelijkheid van deze

sideletter en de schending van het beginsel van de onschuldpresumptie. De tweede is ontleend aan een kennelijk onjuiste uitlegging van bedoelde sideletter. De derde is eraan ontleend dat de Commissie geen overtuigend bewijs ter onderbouwing van haar uitlegging van deze sideletter heeft aangedragen.

285 Wat in de eerste plaats verzoeksters grief aangaat dat de Direktion G-sideletter onduidelijk is en dat het beginsel van de onschuldpresumptie is geschonden, voert zij een tegenstrijdigheid tussen de mededeling van punten van bezwaar en de bestreden beschikking op het punt van de bij deze sideletter opgelegde beperkingen aan.

286 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat de Commissie in punt 50 van de mededeling van punten van bezwaar heeft aangegeven dat „[de sideletters] tot aan de inwerkingtreding van de eerste [gas]richtlijn [...] in 2000 geen duidelijke limiet aan [E.ON] oplegden, nu [verzoekster] het monopolie op de invoer van gas in Frankrijk bezat". Uit de bestreden beschikking volgt dat de Commissie daarin heeft geoordeeld dat de Direktion G-sideletter beperkingen voor E.ON bevatte. In punt 222 was de Commissie van oordeel dat deze sideletter „tot doel had te voorkomen dat E.ON [...] de Franse klanten zou beleveren met via de MEGAL[-pijpleiding] getransporteerd gas, hetgeen voor [E.ON] de belangrijkste toegangsweg was om via Duitsland gas op de Franse markt in te voeren".

287 In casu moet worden vastgesteld, zonder dat uitspraak behoeft te worden gedaan over het bestaan van een verschil tussen de mededeling van punten van bezwaar en de bestreden beschikking en zonder dat de door de Commissie daarbij gegeven toelichting behoeft te worden onderzocht, dat verzoeksters betoog in dit verband niet ter zake dienend is. Meer bepaald kan er niet als zodanig uit worden afgeleid dat de Direktion G-sideletter dubbelzinnig is en dat deze niet het bestaan van een marktverdelingsovereenkomst kon aantonen zonder de onschuldpresumptie te schenden.

288 De mededeling van punten van bezwaar is immers enkel een voorbereidend document met zuiver voorlopige beoordelingen feitelijk en rechtens. De latere beschikking hoeft niet noodzakelijkerwijs gelijkluidend te zijn met de mededeling van punten van bezwaar, daar de Commissie rekening moet houden met wat tijdens de administratieve procedure aan het licht is gekomen, hetzij om ongegrond gebleken punten van bezwaar te laten vallen, hetzij om haar argumentatie ter onderbouwing van de door haar gehandhaafde punten van bezwaar zowel feitelijk als rechtens aan te passen en aan te vullen (zie in die zin arresten Hof van 7 juni 1983, Musique Diffusion française e.a./Commissie, 100/80-103/80, Jurispr. blz. 1825, punt 14, en 17 november 1987, BAT en Reynolds/Commissie, 142/84 en 156/84, Jurispr. blz. 4487, punt 70, en arrest Aalborg Portland e.a./Commissie, punt 215 supra, punt 67).

289 Wat in de tweede plaats verzoeksters grief ontleend aan een kennelijk onjuiste uitlegging van de Direktion G-sideletter betreft, moet ten eerste ten aanzien van het ontbreken van symmetrie tussen de bewoordingen van de sideletters worden opgemerkt dat de Commissie niet heeft overwogen dat deze sideletters symmetrisch waren verwoord. Daarnaast is de omstandigheid dat de tekst van de Direktion G-sideletter niet identiek en symmetrisch aan de Direktion I-sideletter is verwoord, als zodanig niet van invloed op de mogelijkheid voor de Commissie om te oordelen dat deze sideletters een vergelijkbaar doel hebben, namelijk een verdeling van de nationale gasmarkten tot stand te brengen en de respectievelijke toegang van de betrokken ondernemingen tot de nationale markt van de ander in te perken.

290 Ten tweede moet dus worden nagegaan of de Commissie, gelet op de inhoud van de Direktion G-sideletter, terecht kon overwegen dat genoemde sideletter ertoe strekte om het E.ON te verbieden om gas dat door de MEGAL-pijpleiding werd getransporteerd, in Frankrijk op de markt te brengen.

291 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat de Direktion G-sideletter als volgt is verwoord:

„[...]

De transmissiecapaciteiten die aan [GDF] zijn of zullen worden toegekend in het kader van een contract voor de transmissie van gas, betreffen gas dat door [GDF] is of zal worden aangekocht en dat zal worden geleverd aan [MEGAL] en/of [MEGAL Finco] met het oog op doorvoer voor rekening van [GDF] naar Frankrijk en dat voor verbruik in Frankrijk is bestemd.

De transmissiecapaciteiten die aan [E.ON] zijn of zullen worden toegekend in het kader van een contract voor de transmissie van gas, betreffen de transmissie voor enig ander doel dan voor doorvoer, alsook de transmissie van gas via de pijpleiding en gas dat in de Bondsrepubliek Duitsland uit de pijpleiding is genomen, dat bestemd is voor verbruik in Duitsland, of door [E.ON] is aangekocht ten behoeve van doorvoer door de Bondsrepubliek Duitsland.

[...]"

292 Inderdaad moet worden vastgesteld dat de Direktion G-sideletter, gelet op de bewoordingen ervan, [E.ON] niet uitdrukkelijk verbiedt om gas dat door de MEGAL-pijpleiding wordt gevoerd in Frankrijk te leveren of te bezorgen.

293 Zoals de Commissie heeft opgemerkt in punt 198 van de bestreden beschikking, kan uit de Direktion G-sideletter echter worden afgeleid dat daar waar het door verzoekster door de MEGAL-pijpleiding getransporteerde gas naar Frankrijk moet worden gebracht, het gas dat door E.ON door deze pijpleiding wordt getransporteerd, hetzij in Duitsland uit de pijpleiding moet worden gehaald hetzij moet worden getransporteerd voor enig ander doel dan voor doorvoer, hetgeen betekent dat het E.ON niet mag worden toegestaan om gas dat met deze pijpleiding wordt getransporteerd, naar Frankrijk te brengen. De uitdrukking „transmissie voor enig ander doel dan doorvoer" moet immers worden gelezen in het licht van het voorafgaande lid, dat aan verzoekster transmissiecapaciteit toekent voor gas dat „met het oog op doorvoer voor [haar] rekening [...] naar Frankrijk" wordt getransporteerd. Deze uitdrukking betekent dus dat E.ON transmissiecapaciteit kan gebruiken voor doorvoer van gas dat bestemd is voor levering in andere landen dan Frankrijk. Volgens genoemde sideletter moest het gas dat door E.ON door de MEGAL-pijpleiding werd getransporteerd, bestemd zijn voor verbruik in Duitsland of voor doorvoer naar andere landen dan Frankrijk.

294 Zelfs indien de Direktion G-sideletter het E.ON niet uitdrukkelijk verbiedt om gas in Frankrijk te verkopen, beperkt hij dus niettemin de mogelijkheden om gas naar dit land te transporteren via de MEGAL-pijpleiding en bijgevolg ook om daar gas uit deze pijpleiding te verkopen. Genoemde sideletter kan dus niet eenvoudigweg worden geacht tot doel te hebben, zoals verzoekster stelt, om de voorwaarden voor het transport ten behoeve van derden via de MEGAL-pijpleiding nader te regelen.

295 Deze uitlegging wordt bevestigd indien de Direktion G-sideletter tezamen met bijlage 2 bij de MEGAL-overeenkomst wordt gelezen. [*vertrouwelijk*] Het voor E.ON getransporteerde gas kwam dus niet voor een exit in Frankrijk in aanmerking, zodat het niet in dit land kon worden verkocht. [*vertrouwelijk*].

296 De Commissie heeft dus geen fout begaan door in punt 222 van de bestreden beschikking te oordelen dat de Direktion G-sideletter tot doel had te voorkomen dat E.ON Franse klanten met door de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas zou verzorgen. Ten aanzien van verzoeksters betoog in het stadium van de repliek, dat er een plausibele alternatieve verklaring voor de feiten was in vergelijking met die waarvan de Commissie is uitgegaan, moet er wederom aan worden herinnerd dat de rechtspraak waarop dit betoog is gebaseerd, ziet op de situatie waarin de Commissie uitsluitend op basis van het marktgedrag van de betrokken ondernemingen een inbreuk vaststelt (zie in die zin arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 186) en waarin de Commissie niet over schriftelijk bewijs beschikt. Dit is in de onderhavige zaak niet het geval. Gelet op de vorm en de

bewoordingen ervan, moet de Direktion G-sideletter immers worden beschouwd als schriftelijk bewijs, zodat bedoelde rechtspraak niet van toepassing is. Datzelfde geldt voor de elementen die de inhoud ervan bevestigen, te weten de MEGAL-overeenkomst en bijlage 2 daarbij.

297 Tot slot moet verzoeksters grief, die eraan is ontleend dat de Commissie geen bewijs heeft aangedragen dat kan aantonen dat de Direktion G-sideletter als strekking en/of gevolg had om de ontwikkeling van E.ON in Frankrijk te beperken, worden afgewezen. Uit het voorgaande volgt immers dat de uitlegging die de Commissie aan deze sideletter heeft gegeven, niet onjuist is. Zelfs gesteld dat de door de Commissie in de bestreden beschikking aangevoerde elementen haar uitlegging niet kunnen ondersteunen, dan heeft dit geen invloed op genoemde uitlegging, die overigens wordt bevestigd door de gecombineerde lezing van de MEGAL-overeenkomst en van bijlage 2 daarbij.

298 Hoe dan en ook, en ten overvloede, moet worden vastgesteld dat uit de punten 299 tot en met 303 hierna volgt dat verzoeksters argumenten niet kunnen afdoen aan de door de Commissie in de bestreden beschikking aangevoerde elementen ter ondersteuning van haar uitlegging.

299 Ten eerste moet verzoeksters argument worden verworpen dat de Commissie, door in punt 198 van de bestreden beschikking te erkennen dat ten tijde van de ondertekening van de sideletters eventuele concurrentie van E.ON juridisch was uitgesloten wegens het door verzoekster gehouden monopolie, bevestigt dat de strekking en/of het gevolg van de Direktion G-sideletter in principe niet kon zijn om de afzet van E.ON in Frankrijk te beperken. De redenen voor de verwerping van dit argument zijn hierboven in punt 70 uiteengezet.

300 Ten tweede moeten ook verzoeksters argumenten ter weerlegging van de relevantie van de verwijzing naar bijlage 2 bij de MEGAL-overeenkomst worden verworpen, om de in punt 295 hierboven uiteengezette redenen.

301 Ten derde moet ten aanzien van de stelling van de Commissie in punt 198 van de bestreden beschikking, dat de contacten die de betrokken ondernemingen sinds 1999 hebben onderhouden aantonen dat er een verband was tussen het gedrag van E.ON op de Franse markt en dat van verzoekster op de Duitse markt, om te beginnen worden opgemerkt dat de Commissie zich niet specifiek op die constatering heeft gebaseerd om haar uitlegging van de Direktion G-sideletter te bevestigen. Zoals uit bedoeld punt blijkt is het in feite een van de elementen die in aanmerking zijn genomen om in het algemeen te onderbouwen dat de overeenkomst en/of de onderling afgestemde feitelijke gedraging ook betrekking had op de verkopen door E.ON van gas uit de MEGAL-pijpleiding in Frankrijk. Verzoeksters betoog ten aanzien van deze onderbouwing is dus in het kader van het onderhavige onderdeel niet ter zake dienend. Vervolgens moet worden vastgesteld dat er geen element is dat kan aantonen dat de stelling van de Commissie „gebreken vertoont", zoals verzoekster beweert. Laatstgenoemde voert er overigens ook geen aan in haar verzoekschrift. De stelling van de Commissie wordt integendeel bevestigd door een briefingnota ten behoeve van de „Tour d'horizon"-vergadering van 2 juli 2004, waarin is aangegeven dat E.ON er tot de zomer van 2003 met opzet van had afgezien om op de Franse markt actief te zijn en dat, vanwege verzoeksters activiteiten in Duitsland, de afzet in Frankrijk toenam, hetgeen aantoont dat er een verband was tussen de afzet van de ondernemingen op de andere markt. Dit is ook het geval bij de briefingnota van E.ON van 5 oktober 2005 over een vergadering van 11 oktober 2005, waaruit blijkt dat het vanwege de activiteiten van verzoekster in Duitsland was dat E.ON aan het eind van 2003 was gestart met gas in Frankrijk te verkopen.

302 Ten vierde heeft de Commissie geen fout begaan, anders dan verzoekster stelt, met haar oordeel dat haar uitlegging van de Direktion G-sideletter overeenstemde met die van de afdeling juridische zaken van verzoekster. Het is juist dat uit de e-mails van 9 en 17 februari 2000 blijkt dat genoemde afdeling juridische zaken er vraagtekens bij plaatste of E.ON gas ten behoeve van derden zou kunnen transporteren via de MEGAL-pijpleiding en opmerkte dat deze in het verleden op voor E.ON gunstige wijze was gelezen doordat E.ON meende dat zij een derde die gas via deze pijpleiding wilde transporteren, kon dwingen om met haar en niet met MEGAL Finco een contract te sluiten. Naast

deze vraagtekens heeft deze afdeling evenwel uitdrukkelijk bevestigd dat de inhoud van deze brief overeenstemde met een uitvoerige „marktverdeling" tussen de betrokken ondernemingen. Dit impliceert dus dat de afdeling juridische zaken van verzoekster meende dat deze brief de mogelijkheden voor E.ON om vanaf de MEGAL-pijpleiding gas in Frankrijk op de markt te brengen beperkte. Verzoekster beweert dus ten onrechte dat deze e-mails haar uitlegging kunnen bevestigen.

303 Ten vijfde moeten verzoeksters argumenten worden verworpen die ertoe strekken het door de Commissie overgelegde schriftelijke bewijs ter onderbouwing van haar stellingen, namelijk de briefuitwisseling van 13 en 21 mei 2002 en de e-mail van 16 maart 2004, te weerleggen. Om te beginnen moet worden opgemerkt dat de Commissie, zoals blijkt uit de punten 81 en 96 van de bestreden beschikking, deze documenten niet heeft gebruikt ter bevestiging van haar uitlegging van de Direktion G-sideletter, maar in wezen voor het oordeel dat de betrokken overeenkomst nog steeds van kracht was. Vervolgens moeten de argumenten ten aanzien van de briefwisseling van 13 en 21 mei 2002 worden verworpen om de redenen die hierboven in punt 168 zijn uiteengezet. Tot slot moeten de argumenten ten aanzien van de e-mail van 16 maart 2004, voor zover betrekking hebbend op de bewijskracht van bedoelde e-mail, worden verworpen om de redenen die hierboven in punt 174 zijn uiteengezet. Daarnaast moeten zij van de hand worden gewezen voor zover zij de relevantie van het voorhanden zijn van ongebruikte capaciteit in twijfel willen trekken. Het is immers onder uitdrukkelijke verwijzing naar de MEGAL-overeenkomsten en in het licht van de constatering dat alle capaciteit door verzoekster was voorbehouden, dat de invoer van E.ON in Frankrijk in de e-mail van 16 maart 2004 als „illegaal" is gekwalificeerd. Wat [*vertrouwelijk*] betreft, heeft de Commissie zich niet op een dergelijk element gebaseerd om haar betoog te onderbouwen, zodat hetgeen verzoekster dienaangaande stelt irrelevant is.

304 Uit een en ander volgt dat het eerste onderdeel moet worden afgewezen.

b) Tweede onderdeel

305 Verzoekster geeft in het kader van het onderhavige onderdeel te kennen dat op basis van de vergaderingen en de wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen, geen inbreuk op artikel 81 EG aangaande de Franse markt kan worden aangewezen. Zij betwist in dat verband de relevantie van vijf vergaderingen waarop de Commissie zich heeft gebaseerd om het bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging aan te tonen.

306 Daar verzoeksters argumenten ten aanzien van de documenten betreffende deze vijf vergaderingen van respectievelijk 27 februari 2003, 2 september 2003, 16 maart 2004, 27 mei 2004 en 2 juli 2004 zijn verworpen (zie met name punten 237, 238, 252 en 253 hierboven), moet het onderhavige onderdeel worden afgewezen.

c) Derde onderdeel

307 Verzoekster meent op grond van het beginsel dat het overheidsoptreden van de toepassing van artikel 81 EG is uitgezonderd, dat de Commissie de begindatum van de inbreuk op de Franse markt niet op een tijdstip eerder dan januari 2003 kon vaststellen, de datum waarop de eerste gasrichtlijn in Frans recht is omgezet en de wet van 2003 is vastgesteld waarmee juridisch een einde is gekomen aan haar wettelijk monopolie op de invoer en de uitvoer van gas, en de Franse markt is opengesteld voor mededinging voor daarvoor in aanmerking komende afnemers.

308 Dienaangaande moet er om te beginnen aan worden herinnerd dat de Commissie ten aanzien van de in Frankrijk gepleegde inbreuk heeft geoordeeld, zoals volgt uit artikel 1 van de bestreden beschikking, dat deze op zijn minst van 10 augustus 2000 tot 30 september 2005 heeft geduurd. Hieruit volgt dat het onderhavige onderdeel moet worden afgewezen voor zover het betrekking zou kunnen hebben op de periode vóór 10 augustus 2000, aangezien de Commissie voor die periode niet is uitgegaan van een

inbreuk in Frankrijk. Meer in het bijzonder moet verzoeksters argument worden verworpen dat de Commissie geen consequenties heeft getrokken uit haar vaststelling in het kader van het beroep wegens niet-nakoming dat heeft geleid tot het arrest van het Hof van 23 oktober 1997, Commissie/Frankrijk (C-159/94, Jurispr. blz. I-5815), namelijk dat het wettelijk monopolie op invoer van verzoekster elke mededinging van buitenlandse aanbieders in Frankrijk verbood, nu deze vaststelling betrekking heeft op periode voorafgaand aan de periode die in de onderhavige zaak in geding is.

309 Onderzocht moet dus worden of voor de periode tussen 10 augustus 2000 en januari 2003, een schending van artikel 81 EG door de betrokken ondernemingen kan worden uitgesloten voor zover het Frankrijk betreft.

310 In dat verband zij eraan herinnerd dat de Commissie in punt 289 van de bestreden beschikking heeft aangegeven dat het wettelijke monopolie van verzoekster op invoer pas met de inwerkingtreding van de wet van 2003 in het Franse recht is afgeschaft. Zij heeft evenwel benadrukt dat de Franse autoriteiten op grond van het recht van de Unie verplicht waren om dit monopolie te beëindigen na het verstrijken van de termijn voor de tenuitvoerlegging van de eerste gasrichtlijn, dus op 10 augustus 2000. Zij voegt hieraan toe dat verzoekster, als openbaar bedrijf, niet het feit kan inroepen dat de Franse autoriteiten de eerste gasrichtlijn niet tijdig in nationaal recht hebben omgezet. Zij is dan ook in punt 291 van oordeel dat, wat de levering van gas in Frankrijk aangaat, het gedrag dat voorwerp van onderzoek was, met artikel 81 van het EG-Verdrag in strijd was vanaf op zijn minst 10 augustus 2000.

311 Deze beoordeling moet worden bekrachtigd.

312 Volgens vaste rechtspraak hebben de artikelen 81 EG en 82 EG immers enkel betrekking op mededingingsverstorende gedragingen waartoe de ondernemingen op eigen initiatief hebben besloten. Indien een mededingingsverstorende gedraging bij een nationale wettelijke regeling aan de ondernemingen wordt voorgeschreven, of indien deze wettelijke regeling een rechtskader creëert dat zelf iedere mogelijkheid van concurrerend gedrag voor deze ondernemingen uitsluit, zijn de artikelen 81 EG en 82 EG niet van toepassing. In een dergelijke situatie vindt de beperking van de mededinging namelijk niet, zoals in deze bepalingen besloten ligt, haar oorsprong in autonome gedragingen van de ondernemingen. Daarentegen kunnen de artikelen 81 EG en 82 EG van toepassing zijn indien blijkt dat de nationale wettelijke regeling ruimte laat voor mededinging die door autonome gedragingen van de ondernemingen kan worden verhinderd, beperkt of vervalst (arresten Hof van 11 november 1997, Commissie en Frankrijk/Ladbroke Racing, C-359/95 P en C-379/95 P, Jurispr. blz. I-6265, punten 33 en 34, en 11 september 2003, Altair Chimica, C-207/01, Jurispr. blz. I-8875, punten 30 en 31).

313 In de onderhavige zaak moet er om te beginnen aan worden herinnerd dat de Franse autoriteiten vanaf het verstrijken van de termijn voor omzetting van de eerste gasrichtlijn, die de instelling van een gasmarkt die voor mededinging openstond tot doel had, elke daarmee strijdige bepaling buiten toepassing moesten laten. Met name konden zij zich niet op dergelijke bepalingen beroepen tegenover concurrenten van verzoekster die tot de Franse gasmarkt wilden toetreden. De voorrang van het recht van de Unie vereist dat iedere bepaling van een nationale wet die in strijd is met een regel van de Unie, buiten toepassing wordt gelaten, of deze nu van eerdere of latere datum dan laatstgenoemde regel is (arrest Hof van 9 september 2003, CIF, C-198/01, Jurispr. blz. I-8055, punt 48).

314 Daarnaast moet worden benadrukt dat tot de rechtssubjecten jegens welke de bepalingen van een richtlijn die rechtstreekse werking kunnen hebben kunnen worden ingeroepen, een orgaan behoort, ongeacht zijn rechtsvorm, dat krachtens een handeling van het openbaar gezag onder toezicht van dat gezag met de uitvoering van een dienst van openbaar belang is belast en daartoe over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels (arrest Hof van 12 juli 1990, Foster e.a., C-188/89, Jurispr. blz. I-3313, punt 18), zoals bij verzoekster het geval is.

315 Vervolgens moet worden vastgesteld dat, zoals de Commissie terecht heeft opgemerkt in punt 290 van de bestreden beschikking, dat de gasleveranciers vanaf augustus 2000 tot de Franse markt konden toetreden en dat ten aanzien van sommige afnemers is verklaard dat zij in aanmerking kwamen. Verzoekster erkent overigens dat zij vanaf augustus 2000 het initiatief heeft genomen om een overgangsbepaling ten aanzien van de toegang van derden tot het net vast te stellen, op de basis waarvan de Franse markt in toenemende mate voor mededinging kon worden opengesteld. De Franse autoriteiten hebben eveneens verklaard, in het kader van de zaak die heeft geleid tot het arrest van het Hof van 28 november 2002, Commissie/Frankrijk (C-259/01, Jurispr. blz. I-11093, punten 12 en 13), dat op basis van de overgangsregeling die voor de toegang tot het transmissie- en distributienet voor gas is ingevoerd, die vanaf 10 augustus 2000 van kracht was, in aanmerking komende afnemers in de zin van artikel 18 van de richtlijn door middel van transportovereenkomsten van ten minste een jaar toegang konden krijgen tot het gasnet. Door de toepassing van deze regeling konden de in aanmerking komende afnemers hun gasleveringsovereenkomsten aanpassen en zelfs van leverancier wisselen. Een jaar na de invoering van deze regeling is 14 % van de in aanmerking komende afnemers op de Franse markt reeds van leverancier gewisseld en zijn vier nieuwe marktdeelnemers op deze markt verschenen.

316 Ten slotte volgt uit de voorbereidende nota voor de „Tour d'horizon"-vergadering van 20 december 2001, die in punt 116 van de bestreden beschikking is genoemd, dat E.ON een verkoopkantoor in Frankrijk heeft geopend. Dit zou zij niet hebben gedaan indien de Franse markt op die datum geheel voor mededinging gesloten zou zijn geweest. Ook volgt uit briefingnota ten behoeve van de „Tour d'horizon"-vergadering van 2 juli 2004 dat E.ON er tot de zomer van 2003 opzettelijk van had afgezien om op de Franse markt actief te worden. Haar inactiviteit op de Franse markt was dus, tot op zijn minst deze datum, niet te wijten aan een beperking van wetgevende aard.

317 In die omstandigheden moet worden vastgesteld dat, ook als zij formeel nog van kracht was, de wet van 1946 vanaf 10 augustus 2000 niet meer kon worden geacht om tot het betrokken mededingingsbeperkend gedrag te dwingen of een rechtskader te creëren waarbinnen elk concurrerend gedrag van de betrokken ondernemingen in de zin van de hierboven in punt 312 aangehaalde rechtspraak was uitgesloten. Verzoekster beweert dus ten onrechte dat de Commissie er niet van uit mocht gaan dat de betrokken inbreuk op 10 augustus 2000 had aangevangen en dat verzoekster krachtens de wet van 1946 een wettelijk monopolie ter zake van de invoer en de levering van gas genoot, en dat die situatie onveranderd was gebleven. Anders dan verzoekster te kennen geeft, is deze situatie niet onveranderd gebleven tot aan de vaststelling van de wet van 2003, aangezien de Franse autoriteiten de eerste gasrichtlijn vanaf 10 augustus 2000 in nationaal recht moesten omzetten. Verzoekster erkent zelf ook dat zij vanaf augustus 2000 het initiatief heeft genomen om een overgangsbepaling ten aanzien van de toegang van derden tot het net vast te stellen, op de basis waarvan de Franse markt in toenemende mate voor mededinging kon worden opengesteld.

318 Aan de hierboven genoemde conclusies wordt niet afgedaan door het feit dat uit het arrest van 28 november 2002, Commissie/Frankrijk, punt 315 supra (punt 21), volgt dat de gedragingen van de marktdeelnemers, in casu verzoekster, vanaf 10 augustus 2000 niet meer konden worden geacht een correcte uitvoering van de verplichtingen van het Verdrag te zijn. De in casu enige relevante vraag is immers of de wet van 1946 vanaf die datum nog dwong tot het mededingingsverstorende gedrag in kwestie of een rechtskader creëerde dat zelf elke mogelijkheid van concurrerend gedrag uitsloot, om na te gaan of artikel 81 EG van toepassing is. Dit is in de onderhavige zaak niet het geval, zoals blijkt uit het bovenstaande. Hoe dan ook kan een entiteit als verzoekster, die onder overheidszeggenschap staat, zich niet beroepen op de niet-naleving door de overheid van de verplichtingen die uit het VWEU voortvloeien om een door dat Verdrag verboden mededingingsverstorende gedraging te rechtvaardigen.

319 Ook moet verzoeksters argument worden verworpen dat de „openstelling" waarvan zij vanaf augustus 2000 blijk heeft gegeven niet gelijk is te stellen aan het einde van het wettelijke monopolie of dat de overgangsregels over TPA niet door de wetgever waren bekrachtigd. De Commissie moest

immers de situatie op de Franse gasmarkt objectief beoordelen, om na te gaan of de wet van 1946, in weerwil van het formele behoud van het in die wet voorziene monopolie op de invoer, het bestaan van enige concurrentie op de markt kon verhinderen. De oorsprong en de aard van de maatregelen die deze openstelling mogelijk hebben gemaakt, kan geen invloed hebben op de vaststelling in punt 290 van de bestreden beschikking, dat inderdaad concurrentie op de Franse markt mogelijk was.

320 Anders dan verzoekster stelt, er is ook niets „paradoxaals" aan dat de Commissie zich heeft beroepen op het feit dat haar concurrenten vanaf 10 augustus 2000 afnemers die daar in Frankrijk voor in aanmerking kwamen hebben kunnen bevoorraden, terwijl deze situatie uitsluitend uit haar gedrag voortvloeit. Ook meent verzoekster ten onrechte dat dit erop neerkomt dat zij wordt veroordeeld voor haar deelname aan de liberalisering, en tegen de doelstellingen van de Unie en het mededingingsbeleid ingaat. Overigens heeft de Commissie in de onderhavige zaak sancties opgelegd voor de betrokken overeenkomst en de onderling afgestemde feitelijke gedragingen en niet het feit dat verzoekster vanaf 10 augustus 2000 gedeeltelijk en beperkt uitvoering heeft gegeven aan de eerste gasrichtlijn. Verzoekster was hoe dan ook op grond van de hierboven in punt 313 bedoelde rechtspraak gehouden om tot de uitvoering van de eerste gasrichtlijn bij te dragen, hetgeen zij, ook al is het onvolkomen, met haar gedrag vanaf 10 augustus 2000 heeft gedaan.

321 Zoals verzoekster te kennen geeft, volgt bovendien uit de rechtspraak dat het rechtszekerheidsbeginsel tot gevolg heeft dat een onderneming geen strafrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke sanctie kan worden opgelegd voor een gedraging in het verleden die door een nationale wet werd voorgeschreven, waardoor deze wet de mogelijkheid uitsluit van mededinging die door autonome gedragingen van ondernemingen kan worden belemmerd, beperkt of vervalst (zie in die zin arrest CIF, punt 313 supra, punt 53). Deze rechtspraak is echter op de onderhavige zaak niet van toepassing, aangezien er, zoals reeds is aangegeven, in weerwil van het formele behoud van de wet van 1946 een feitelijke mogelijkheid was om mededinging te belemmeren. Bovendien verplichtte deze wet niet tot het in de onderhavige zaak in geding zijnde gedrag.

322 Ook verzoeksters argument dat het wetgevend en bestuursrechtelijke kader vóór de uitvoering van de eerste gasrichtlijn aan de nieuwe concurrenten onvoldoende rechtszekerheid bood, moet van de hand worden gewezen nu, zoals is vastgesteld, ondanks het behoud van de wet van 1946, niet elke mogelijkheid van concurrerend gedrag hunnerzijds was uitgesloten en E.ON met opzet ervan heeft afgezien om op de Franse markt actief te worden tot aan de zomer van 2003. Daarboven volgt uit de hierboven in punt 313 aangehaalde rechtspraak duidelijk dat de bepalingen van de wet van 1946 vanaf 10 augustus 2000 niet meer konden worden ingeroepen ten aanzien van buitenlandse aanbieders die in Frankrijk gas wilden leveren op grond van de onvoorwaardelijk en nauwkeurige bepalingen van de eerste gasrichtlijn. In die omstandigheden kan niet een beweerde rechtsonzekerheid vóór de daadwerkelijke omzetting van de eerste gasrichtlijn worden ingeroepen als rechtvaardiging voor het gedrag van de betrokken ondernemingen. Dienaangaande moet ook worden opgemerkt dat een aanbieder met de omvang van E.ON over de noodzakelijke middelen beschikte om vanaf 10 augustus 2000 het beste uit de liberalisering te halen door de rechtstreeks werkende bepalingen van de richtlijn in te roepen, zelfs indien deze niet in het Franse recht was omgezet. Voor het overige volgt uit punt 290 van de bestreden beschikking dat E.ON gas in België heeft geleverd na het verstrijken van de omzettingstermijn van de eerste gasrichtlijn en vóór de vaststelling van de maatregelen tot omzetting daarvan. Anders dan verzoekster met haar betoog te kennen geeft, heeft de Commissie E.ON niet het verwijt gemaakt dat zij zich pas vanaf januari 2003 op de Franse markt heeft ontwikkeld, maar heeft zij uitsluitend de betrokken ondernemingen verweten dat zij een met artikel 81 EG strijdige marktverdelingsovereenkomst hebben gesloten.

323 Uit een en ander volgt dat de Commissie een op Frankrijk betrekking hebbende inbreuk op artikel 81 EG van de betrokken ondernemingen kon vaststellen tijdens de periode tussen 10 augustus 2000 en januari 2003. De Commissie heeft dus in casu niet deze bepaling geschonden door de begindatum van de inbreuk op de Franse markt op 10 augustus 2000 vast te stellen.

324 Het derde onderdeel moet derhalve worden afgewezen en daarmee ook het derde middel in zijn geheel.

4. *Vierde middel, ontleend aan schending van de feiten en het recht bij de toepassing van artikel 81 EG wat het bestaan van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen de betrokken onderneming na augustus 2004 betreft*

325 Dit middel, dat meer subsidiair wordt aangevoerd en waarmee verzoekster betoogt dat de Commissie niet rechtens genoegzaam het bestaan heeft aangetoond van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen de betrokken ondernemingen na 13 augustus 2004, valt uiteen in drie onderdelen. Het eerste is ontleend aan schending van artikel 81 EG vanwege het ontbreken van wilsovereenstemming tussen de betrokken ondernemingen om de sideletters na augustus 2004 toe te passen. Het tweede is ontleend aan schending van artikel 81 EG wegens een kennelijk onjuiste beoordeling van de vergaderingen en wederzijdse mededelingen tussen deze ondernemingen na augustus 2004. Het derde, dat subsidiair wordt aangevoerd, is ontleend aan schending van artikel 81 EG, van de regels inzake de bewijsvoering en de motiveringsplicht vanwege het ontbreken van bewijs van de inbreuk op de Franse markt na augustus 2004.

326 Voordat deze onderdelen worden onderzocht, wordt eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het mededingingsstelsel van de artikelen 81 EG en 82 EG meer het oog heeft op de economische gevolgen van overeenkomsten — en van iedere vergelijkbare vorm van onderlinge afstemming of coördinatie — dan op de rechtsvorm ervan. Bij mededingingsregelingen die niet meer van kracht zijn, volstaat het derhalve voor de toepasselijkheid van artikel 81 EG, dat zij effect blijven hebben na hun formele beëindiging. De duur van een inbreuk mag dus niet worden beoordeeld aan de hand van de periode tijdens welke een overeenkomst van kracht was, maar aan de hand van de periode tijdens welke de betrokken ondernemingen zich gedroegen op een door artikel 81 EG verboden wijze (zie arrest Gerecht van 12 december 2007, BASF en UCB/Commissie, T-101/05 en T-111/05, Jurispr. blz. II-4949, punt 187, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

327 In de onderhavige zaak was de Commissie van oordeel, in punt 299 van de bestreden beschikking, dat de inbreuk is beëindigd toen de betrokken ondernemingen daadwerkelijk waren opgehouden de Direktion I- en de Direktion G-sideletter toe te passen, evenals de contractuele bepaling die verzoekster belette de exitpunten van de MEGAL-pijpleiding in Duitsland te benutten om afnemers met gas te beleveren. Ook als deze sideletters officieel zijn ingetrokken bij de overeenkomst van 2004, heeft de Commissie in punt 300 van de bestreden beschikking geoordeeld dat de contractuele beperking in kwestie op zijn vroegst eind september 2005 is geëindigd. Zij heeft rekening gehouden met het feit dat de interimovereenkomst van 9 september 2005 het voor verzoekster mogelijk heeft gemaakt om transmissiecapaciteit op de MEGAL-pijpleiding in de markt te zetten vanaf 1 oktober 2005 en dat de overeenkomst van 2005 op 13 oktober 2005 van kracht is geworden. Ook heeft zij opgemerkt, in hetzelfde punt, dat tegelijkertijd de verkopen van verzoekster van gas uit deze pijpleiding aan in Duitsland gevestigde afnemers pas vanaf oktober 2005 gevoelig de hoeveelheden gas die zij in het kader van het PVG aankocht zijn gaan overstijgen. Zij was dus van oordeel dat artikel 81 EG van toepassing was, aangezien de afstemming heeft voortgeduurd na de beëindiging van de MEGAL-overeenkomst en gevolgen is blijven sorteren tot aan de vervanging daarvan.

328 Hieruit volgt dat de Commissie van oordeel was dat de inbreuk na de overeenkomst van 2004 is voortgezet, waarbij zij zich niet alleen baseert op het bewijs dat de betrokken ondernemingen, ondanks de formele intrekking van de sideletters, zijn doorgegaan met het toepassen daarvan, maar ook op het feit dat de contractuele beperkingen die het verzoekster beletten om de exitpunten van de MEGAL-pijpleiding in Duitsland te gebruiken, opgenomen in bijlage 2 bij de MEGAL-overeenkomst, nog steeds golden na de overeenkomst van 2004.

329 In het licht van deze overwegingen moeten de verschillende onderdelen van het onderhavige middel worden onderzocht.

a) Eerste onderdeel

330 In het kader van dit onderdeel doet verzoekster opmerken dat de bestreden beschikking artikel 81 EG schendt, omdat er geen wilsovereenstemming tussen de betrokken ondernemingen was om de sideletters na augustus 2004 toe te passen.

331 Verzoekster voert in dit verband in wezen twee grieven aan, ontleend aan een kennelijk onjuiste beoordeling en een gebrek aan bewijskracht van de door de Commissie aangevoerde elementen.

– Eerste grief

332 Verzoekster benadrukt dat de Commissie haar deelname aan het PVG kennelijk onjuist heeft beoordeeld, meer bepaald met het oordeel dat het feit dat zij in 2004 gas in het zuiden van Duitsland heeft verkocht, niet volstond om aan te tonen dat er geen marktverdeling meer was.

333 Dienaangaande moet in de eerste plaats worden opgemerkt dat, anders dan verzoekster stelt, het bestaan van gasverkopen vanaf de MEGAL-pijpleiding in Duitsland vanaf oktober 2004, niet als zodanig het bewijs kan leveren dat de sideletters niet langer als bindend werden beschouwd. Er dient immers aan te worden herinnerd dat, zoals volgt uit punt 73 van de bestreden beschikking, [*vertrouwelijk*]. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, heeft verzoekster dus slechts beperkt vanaf 2003 gas in Duitsland afgezet. Bovendien vertegenwoordigden de verkopen van gas uit de MEGAL-pijpleiding, die pas in 2004 zijn gestart, een relatief klein deel (of zoals de Commissie in punt 101 van de bestreden beschikking heeft aangegeven, een „relatief miniem" deel) van de totale verkopen van verzoekster in Duitsland en kunnen zij niet, zoals zij stelt, als aanzienlijk worden beschouwd. Immers, in 2004 en in 2005, [*vertrouwelijk*]. Tot slot volgt uit punt 101 van de bestreden beschikking dat de volumes van gas uit de MEGAL-pijpleiding die door verzoekster in Duitsland zijn verkocht tussen 2004 en september 2005 vrijwel uitsluitend bij E.ON zijn aangekocht in het kader van het PVG, die verplicht moesten worden vervreemd op grond van de beschikking van de Duitse autoriteiten waarbij de fusie tussen E.ON en Ruhrgas is goedgekeurd.

334 Gezien al deze kenmerken kunnen de verkopen van gas uit de MEGAL-pijpleiding inderdaad aantonen dat er commerciële stappen zijn ondernomen, zoals verzoekster heeft betoogd. Niettemin kunnen zij, op zich genomen, niet aantonen dat er geen bindende kracht van de sideletters uitging. Bovendien wijst het schriftelijke bewijs er in wezen op dat, zoals de Commissie heeft opgemerkt in punt 102 van de bestreden beschikking, verzoekster in de overtuiging verkeerde dat zij niet meer volume kon afzetten dan de volumes die zij in het kader van het PVG had verkregen vanwege de contractuele bepalingen die zij met E.ON was overeengekomen (zie met name punten 337-339 hierna). Aangaande het argument dat de Commissie rekening had moeten houden met de offertes die verzoekster had gedaan, volstaat het eraan te herinneren dat deze, alleen beschouwd, niet kunnen aantonen dat er concurrentie was (zie punt 196 hierboven), dit temeer daar verzoekster in haar antwoord op de mededeling van punten van bezwaar zelf heeft erkend dat geen van de offertes die zij heeft genoemd, tot een contract hebben geleid. Ten aanzien van verzoeksters argument dat de Commissie geen rekening heeft gehouden met het feit dat de gasleveringen die zij vanaf september 2005 heeft verricht, gedeeltelijk overeenstemden met contracten waarover vanaf 2004 was onderhandeld, wordt verwezen naar de overwegingen in punt 350 hierna.

335 In de tweede plaats is niet ter zake dienend, het argument dat de Commissie niet heeft toegelicht waarom het feit dat zij actief aan het PVG heeft deelgenomen en de in dat kader gekochte hoeveelheden heeft gebruikt voor wederverkoop in Duitsland, niet bewijst dat er geen mededingingsregeling was, nu de Commissie moest aantonen dat er sprake van een inbreuk was en niet dat er geen sprake van was. Hoe dan ook kan de deelname aan het PVG niet aantonen dat er geen marktverdelingsovereenkomst was, daar de omstandigheid dat verzoekster er vrijwillig voor heeft gekozen aan het PVG deel te nemen en de in het kader van die deelname gekochte hoeveelheden te

gebruiken om zich in het zuiden van Duitsland te ontwikkelen, in dat verband zonder invloed is. Vooraf moet er immers aan worden herinnerd dat het gas dat door verzoekster in Duitsland is verkocht in het kader van het PVG geen voorwerp van de betrokken inbreuk is, zoals volgt uit punt 346 van de bestreden beschikking. Vervolgens blijkt zowel uit de analyse van de verkopen van verzoekster als uit het schriftelijk bewijs, dat zij haar activiteiten in werkelijkheid tot de in het kader van het PVG verworven hoeveelheden heeft beperkt. Zij heeft dus geen verkopen die ver boven deze volumes uitstijgen gerealiseerd. Dit toont derhalve aan dat zij, niettegenstaande haar deelname aan het PVG, nog steeds de contractuele beperkingen respecteerde die bij de MEGAL-overeenkomst waren overlegd. Bovendien volgt uit de interne notulen van E.ON van de „Tour d'horizon"-vergadering van 29 maart 2004 dat verzoekster aan het PVG wilde deelnemen uit angst dat het Russische gas in de verkeerde handen terecht zou komen en er meer concurrentie zou komen.

336 Verzoeksters argument dat de verkopen uit de MEGAL-pijpleiding de in het kader van het PVG verworven hoeveelheden overstegen, moet van de hand worden gewezen, nu de Commissie, hoewel zij dit feit niet heeft betwist, niettemin in punt 113 van de bestreden beschikking heeft opgemerkt dat genoemde verkopen deze hoeveelheden niet in significante mate hebben overstegen, zoals verzoekster ook heeft erkend. Ook als deze afzetvolumes van verzoekster licht hoger hebben kunnen zijn dan die welke in het kader van het PVG waren verworven, zoals volgt uit de tabel in punt 101 van de bestreden beschikking, kan dit hoe dan ook niet aantonen, gezien het beperkte verschil daartussen, dat verzoekster zich niet aan de sideletters gebonden achtte.

337 In de derde plaats is er niets dat kan aantonen dat de Commissie ten onrechte in punt 102 van de bestreden beschikking heeft gesteld, zich daarbij baserend op verzoeksters e-mail van 21 juli 2004, waarvan de inhoud hierboven in punt 189 is weergegeven, dat laatstgenoemde meende dat zij geen gas uit de MEGAL-pijpleiding kon halen vanwege de contractuele bepalingen die zij met E.ON was overeengekomen. Er zijn geen aanknopingspunten voor het oordeel dat, zoals verzoekster beweert, de onmogelijkheid om gas uit genoemde pijpleiding te halen, met uitzondering van de hoeveelheden die in het kader van het PVG waren verworven, wordt verklaard door [*vertrouwelijk*]. Wat meer bepaald verzoeksters argument aangaat dat haar groei in het zuiden van Duitsland werd geremd om technische redenen [*vertrouwelijk*], terwijl dit niet het geval was in het kader van het PVG, moet worden opgemerkt dat dergelijke redenen niet in de betrokken e-mail worden genoemd als rechtvaardiging voor het door verzoekster ingenomen standpunt.

338 In deze context moet worden benadrukt dat het feit dat deze e-mail niet naar de sideletters verwijst niet doorslaggevend is. De Commissie heeft dit overigens ook niet beweerd. De omstandigheid dat deze e-mail aangeeft dat het, in afwachting van een alomvattend akkoord over de MEGAL-pijpleiding, uitgesloten is dat andere exitpunten van de pijpleiding worden gebruikt dan die welke zijn opgesomd en het feit dat genoemde e-mail de voorwaarden voor de voorziening van de klanten in het zuiden van Duitsland vanaf genoemde pijpleiding uiteenzet, zijn daarentegen eerder een aanwijzing dat de situatie zoals omschreven het resultaat is van de bestaande MEGAL-overeenkomst [*vertrouwelijk*].

339 Tot slot moet worden opgemerkt dat verzoeksters nota van 10 mei 2004, die wordt genoemd in voetnoot 98 van de bestreden beschikking, de stelling van de Commissie in punt 102 bevestigt. Hieruit volgt immers dat verzoekster, wat de entry- en exitpunten op de MEGAL-pijpleiding betreft, alleen het recht had om gas afkomstig uit de veilingen (en alleen dat gas op die datum) bij om het even welk entry- of exitpunt uit genoemde pijpleiding te halen. In deze nota is tevens aangegeven dat de toevoer van gas [*vertrouwelijk*] naar eindafnemers in Duitsland via een exitpunt op de MEGAL-pijpleiding op die datum niet realiseerbaar was, aangezien verzoekster niet over dergelijke exitpunten op deze pijpleiding beschikte in het westen.

340 In de vierde plaats moet worden vastgesteld dat de Commissie zich niet op het land van herkomst van het gas heeft gebaseerd om de inbreuk te omschrijven. Uit punt 199 van de bestreden beschikking blijkt immers dat de inbreuk in kwestie betrekking heeft op de levering van gas dat via de MEGAL-pijpleiding is getransporteerd, zonder enige vermelding van de herkomst van het gas. In punt 349 van de bestreden beschikking geeft de Commissie eveneens aan dat de verkopen waarop de inbreuk betrekking heeft, de

gasverkopen zijn die door E.ON en door verzoekster zijn getransporteerd onder gebruikmaking van de MEGAL-pijpleiding, en verkocht aan afnemers in Duitsland en daarvoor in aanmerking komende afnemers in Frankrijk, met uitzondering van de gasverkopen die E.ON in het kader van het PVG heeft gerealiseerd voor levering in Waidhaus, en de verkopen van gas dat door verzoekster in het kader van het PVG is gekocht voor levering in Waidhaus. [*vertrouwelijk*]. In die omstandigheden moet verzoeksters argument dat de Commissie zichzelf heeft tegengesproken door een inbreuk [*vertrouwelijk*] te constateren, worden verworpen. Datzelfde geldt voor verzoeksters argument dat de Commissie niet heeft toegelicht waarom de herkomst van het gas een invloed kon hebben op de kwalificatie van genoemde inbreuk.

341 Wat tot slot verzoeksters stelling aangaat, dat de redenering van de Commissie erop neerkomt dat de sideletters op zijn hoogst moeten worden beschouwd als een bestemmingsclausule [*vertrouwelijk*], volstaat het om met de Commissie vast te stellen dat een dergelijke clausule een verticale overeenkomst is, die in het algemeen wordt overeengekomen tussen een leverancier en zijn afnemer in het kader van een gasleveringscontract, die tot doel heeft de afnemer te verbieden om het van de leverancier gekochte gas weer uit te voeren, terwijl de overeenkomst die in de onderhavige zaak aan de orde is een horizontale overeenkomst is, gesloten tussen twee leveranciers in het kader van de aanleg van infrastructuur van de transmissie van gas, die tot doel heeft de verkopen van door deze infrastructuur getransporteerd gas binnen het gebied van de ander te beperken. De stelling moet dus worden verworpen.

342 Uit een en ander volgt dat de eerste grief moet worden afgewezen.

– Tweede grief

343 Verzoekster komt op tegen de bewijskracht van de door de Commissie aangevoerde elementen om aan te tonen dat het verbod om gas uit de MEGAL-pijpleiding te halen na augustus 2004 is gehandhaafd. Volgens haar heeft de Commissie geen nauwkeurig en overeenstemmend bewijs gebruikt ter onderbouwing van haar stellingen dat de betrokken ondernemingen de sideletters, ondanks de overeenkomst van 2004, zijn blijven toepassen na deze datum.

344 Wat in de eerste plaats bijlage 2 bij de MEGAL-overeenkomst betreft, moet eraan worden herinnerd dat in die bijlage de entry- en exitpunten zijn gedefinieerd die de betrokken ondernemingen op de MEGAL-pijpleiding mochten gebruiken. Aan verzoekster is in punt 2.1 van die bijlage slechts een enkel exitpunt bij de Frans-Duitse grens toegewezen voor alle ten behoeve van haar getransporteerde hoeveelheden, behalve wanneer de betrokken ondernemingen anderszins zouden overeenkomen. Aan verzoekster is dus geen exitpunt in Duitsland toegekend en haar werd het dus belet om voor Duitse klanten bestemd gas uit de MEGAL-pijpleiding te halen. Er is geen aanknopingspunt voor het oordeel dat de betrokken bijlage is ontbonden of zonder voorwerp is geraakt als gevolg van de overeenkomst van 2004, noch voor het bewijs dat deze laatste overeenkomst een door de betrokken ondernemingen overeengekomen wijziging van de bijlage was. Zoals de Commissie immers heeft opgemerkt in punt 107 van de bestreden beschikking, is deze bijlage niet vermeld in de overeenkomst van 2004, hetgeen verzoekster overigens ook niet betwist. Uit de bewoordingen van de overeenkomst van 2004 volgt immers expliciet dat deze slechts betrekking heeft op bepaalde sideletters, zonder enige vermelding van de MEGAL-overeenkomst of de bijlagen daarbij. Verzoekster voert voor het overige geen enkel element aan dat kan afdoen aan de stelling van de Commissie in genoemd punt dat indien de betrokken ondernemingen op het vraagstuk van bijlage 2 bij de MEGAL-overeenkomst hadden willen ingaan in de overeenkomst van 2004, zij dit expliciet zouden hebben gedaan. Wat verzoeksters stelling betreft dat de betrokken ondernemingen reeds vanaf 2001, en vervolgens bij de overeenkomst van 2004, het feit hebben erkend dat de Direktion I-sideletter „van nul en gener waarde" was, die volgens verzoekster een met bedoelde bijlage vergelijkbaar bepaling bevatte, kan bij gebreke van een uitdrukkelijke vermelding in die zin betreffende deze bijlage (waaronder in de telefax van 7 januari 2002 of in de overeenkomst van 2004), hieruit niet worden afgeleid dat deze bijlage achterhaald was. Verzoeksters betoog ten aanzien van de bijlage in kwestie moet dus worden afgewezen.

345 Wat in de tweede plaats het tijdschriftartikel van 23 augustus 2004 betreft, dat in punt 108 van de bestreden beschikking wordt genoemd, moet om te beginnen worden opgemerkt dat dit slechts een van de bewijzen is waarop de Commissie haar analyse heeft gebaseerd dat verzoekster na de overeenkomst van 2004 de overtuiging was toegedaan dat zij geen gas uit de MEGAL-pijpleiding kon halen vanwege de contractuele bepalingen die zij met E.ON was overeengekomen. Zoals immers blijkt uit de punten 111 en 112 van de bestreden beschikking, heeft zij zich ook gebaseerd op een interne nota van verzoekster van januari 2005, over haar ontwikkelingsplan voor Duitsland en haar gedrag.

346 Vervolgens moet worden vastgesteld dat het tijdschriftartikel van 23 augustus 2004 uit een gespecialiseerd blad komt. Daarin wordt verteld over de uitlatingen van verzoeksters verkoopdirecteur in Duitsland en daarin zijn zeer nauwkeurige gegevens opgenomen over de beperkingen aan de mogelijkheden voor verzoekster om gas uit de MEGAL-pijpleiding te halen. Hieruit blijkt dat verzoekster op de datum van het tijdschriftartikel, nog geen definitieve regeling met E.ON had getroffen over het halen van gas uit genoemde pijpleiding en dat er voor verzoekster beperkte mogelijkheden waren geweest om gas uit de pijpleiding te halen. In dit tijdschriftartikel is gepreciseerd dat verzoekster overal gas mocht halen waar dit op basis van een gemeenschappelijke uitlegging van de bestaande regels mogelijk was. In die omstandigheden kan de bewijskracht van het tijdschriftartikel niet als zwak of niet-bestaand worden beschouwd en mocht de Commissie zich op dit document baseren om haar stelling te onderbouwen dat bepaalde delen van het bewijs aantoonden dat verzoekster de overtuiging was toegedaan dat zij geen gas uit diezelfde pijpleiding mocht halen vanwege haar contractuele relatie met E.ON. Het feit dat het betrokken tijdschriftartikel slechts tien dagen ouder is dan de overeenkomst van 2004, is niet direct relevant, aangezien de persoon wiens woorden worden weergegeven, gezien zijn functie, noodzakelijkerwijs en nauwkeurig op de hoogte moest zijn van de situatie rond de pijpleiding in kwestie.

347 Tot slot stelt verzoekster ten onrechte dat de Commissie heeft geweigerd rekening te houden met de brief van 26 augustus 2004, waarin E.ON op het betrokken artikel heeft gereageerd en eraan heeft herinnerd dat de Direktion I-sideletter was achterhaald. De Commissie heeft immers in punt 110 van de bestreden beschikking aangegeven dat in punt 4.3.1 van genoemde beschikking op deze brief zou worden ingegaan, in de algemene context van E.ON's argument dat zij het verzoekster toestond om in Duitsland gas uit de MEGAL-pijpleiding te halen. Zo heeft de Commissie aangegeven in punt 149 van de bestreden beschikking, dat onderdeel is van punt 4.3.1 daarvan, dat de stelling dat E.ON heeft aanvaard dat verzoekster het recht had om gas uit de MEGAL-pijpleiding te halen, wordt weersproken door het bewijs dat verzoekster zowel intern als in publieke verklaringen de overtuiging was toegedaan dat zij niet het recht had om meer gas uit de pijpleiding te halen dan de hoeveelheden die zij in het kader van het PVG had gekocht. Geoordeeld moet worden dat de Commissie daarmee impliciet maar noodzakelijkerwijs heeft geantwoord op het argument dat op de brief van E.ON van 26 augustus 2004 was gebaseerd. Ten aanzien van de argumenten die verzoekster ontleent aan het feit dat de brief van 26 augustus 2004 aantoont dat er tussen de betrokken ondernemingen geen wilsovereenstemming was, dat de „afstand" die van de sideletters is gedaan niet samenviel met de overeenkomst van 2005 en dat de moeilijkheden die verzoekster ondervond bij het op de markt brengen van het gas voortvloeiden uit drempels die onafhankelijk van haar wil bestonden, kan worden volstaan met de vaststelling dat deze worden tegengesproken door elementen die dateren van na bedoelde brief (zie in het bijzonder de documenten genoemd in de punten 349, 361 en 362 hierna) en door verzoeksters marktgedrag (zie punt 350 hierna). Deze tonen aan dat de inbreuk na de overeenkomst van 2004 is voortgezet, zodat genoemde argumenten moeten worden verworpen. Bovendien volgt uit deze brief dat E.ON meerdere malen heeft bevestigd dat verzoekster gas uit de MEGAL-pijpleiding mocht halen, [*vertrouwelijk*], hetgeen erop wijst dat de mogelijkheden voor verzoekster om gas in Duitsland af te nemen, destijds nog op zijn minst beperkt waren. Zoals tot slot de Commissie heeft aangegeven, volgt uit dit document duidelijk dat E.ON aan verzoekster te kennen heeft gegeven dat het niet constructief was dat een omschrijving of discussies over de mogelijkheden om gas uit de MEGAL-pijpleiding te halen in het openbaar waren gebracht, hetgeen aantoont dat het door E.ON nagestreefde doel er vooral in bestond verzoekster duidelijk te maken dat het de voorkeur had geen publieke verklaringen over dit onderwerp af te leggen.

348 Verzoeksters betoog ten aanzien van het betrokken tijdschriftartikel moet dus worden verworpen.

349 In de derde plaats valt uit verzoeksters ontwikkelingsplan voor Duitsland, in de versie van 2 september 2005, af te leiden dat verzoekster om contractuele redenen bij verschillende exitpunten van de MEGAL-pijpleiding geen gas mocht afnemen, en evenmin direct de transmissiecapaciteit waarover zij beschikte in de markt mocht zetten. De verwachte sluiting van een nieuw contract met E.ON over het gebruik van de leiding kon verandering in deze situatie brengen. Zelfs in de veronderstelling dat dit waar is, kan het feit dat dit ontwikkelingsplan zich slechts in de fase van een concept bevond, zoals verzoekster beweert, niet afdoen aan de juistheid van de inhoud ervan, die door verzoeksters eigen diensten is uitgewerkt, en dus aan de bewijskracht ervan. Datzelfde geldt voor verzoeksters stelling dat het als sinds vele jaren niet meer wordt bijgewerkt of intern wordt nagekeken. Deze stelling lijkt overigens haaks te staan op het feit dat in dit document expliciet is aangegeven dat het om de „versie van 2 september 2005" gaat. Voor het overige heeft verzoekster geen definitief document overgelegd, waarvan de inhoud zou zijn bijgewerkt en nagekeken en dat zou verschillen van het door de Commissie genoemde.

350 Wat in de vierde plaats de stelling van de Commissie in punt 300 van de bestreden beschikking betreft, dat verzoeksters verkopen van gas uit de MEGAL-pijpleiding aan in Duitsland gevestigde afnemers niet beduidend omvangrijker waren dan de hoeveelheden die verzoekster pas vanaf oktober 2005 in het kader van het PVG had gekocht, moet verzoeksters argument dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft begaan door hiermee rekening te houden bij het bepalen van de einddatum van de inbreuk worden verworpen. Afgezien van het feit dat de Commissie volgens haar zonder redelijke rechtvaardiging afwijzend stond tegenover haar alternatieve verklaringen dat de afzet in Duitsland in de loop van oktober beduidend is toegenomen en dat de leveringen die vanaf oktober 2005 in gang waren gezet vervolgen waren op leveringscontracten die ruim voor die datum werden gesloten, voert verzoekster immers geen argument aan dat een kennelijke beoordelingsfout moet aantonen. Om tot de conclusie te komen dat een dergelijk fout is gemaakt, moet verzoekster elementen aandragen op basis waarvan kan worden geoordeeld dat de redenering van de Commissie onjuist is, hetgeen zij in casu heeft nagelaten. Hoe dan ook heeft de Commissie geantwoord op de verklaring van verzoekster. De Commissie heeft immers in punt 302 van de bestreden beschikking aangegeven, in antwoord op de verklaring ten aanzien van de structuur van de gasjaren, dat verzoekster wist dat alle jaarcontracten voor de leveringen van kracht werden in oktober en dat zij redelijkerwijs had kunnen anticiperen op een nieuwe overeenkomst met E.ON. Verzoekster heeft niet uitdrukkelijk argumenten aangedragen die deze stelling weerleggen. De Commissie heeft in punt 113 van de bestreden beschikking ook aangegeven dat, ook als verzoekster in een eerder stadium leveringscontracten met de afnemers had gesloten, dit niet wegnam dat zij vóór oktober 2005 niet daadwerkelijk gas uit de pijpleiding had gehaald en dat zij dus het verbod om in Duitsland gas uit de MEGAL-pijpleiding te halen respecteerde. Deze beoordeling moet worden bekrachtigd, aangezien, zoals reeds is opgemerkt, tot oktober 2005 de door verzoekster in Duitsland verkochte hoeveelheden gas uit de MEGAL-pijpleiding een uiterst miniem deel van het Duitse verbruik vertegenwoordigden en slechts zeer beperkt de hoeveelheden gas overstegen die waren verworven in het kader van het PVG, die E.ON moest vervreemden.

351 Hieruit volgt dat de tweede grief moet worden afgewezen, en daarmee ook het eerste onderdeel.

b) Tweede onderdeel

352 In het kader van dit onderdeel komt verzoekster op tegen de beoordeling van de Commissie van de vergaderingen en wederzijdse mededelingen na de overeenkomst van 2004. Volgens haar heeft de Commissie de vergaderingen en de wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen van na de overeenkomst van 2004 volledig onjuist uitgelegd. Zij voert in dat verband vijf argumenten aan.

353 Wat in de eerste plaats verzoeksters argument aangaat dat E.ON na de overeenkomst van 2004 is blijven klagen over de concurrentie die zij van haar ondervond in Duitsland, moet om te beginnen worden opgemerkt dat de Commissie niet heeft geoordeeld, zoals de ondertoon van verzoeksters betoog lijkt te zijn, dat dit feit niet kan afdoen aan het bestaan van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging om de sideletters te blijven toepassen. In de punten 130 tot en met 136 van de bestreden beschikking heeft de Commissie hiermee slechts rekening gehouden, tezamen met andere elementen, om in wezen aan te tonen dat na de overeenkomst van 2004 sprake was van samenspanning, en meer bepaald van contacten tussen de ondernemingen die eerder getuigden van afstemming dan van concurrentie.

354 Vervolgens moet worden vastgesteld dat het bestaan van dergelijke klachten op zich genomen niet volstaat om het bestaan van een mededingingsregeling uit te sluiten. Zoals de Commissie in wezen te kennen geeft, zou er integendeel, indien er niet een reeds bestaande mededingingsverstorende marktverdelingsovereenkomst tussen de beide concurrerende ondernemingen zou zijn geweest, geen aanleiding voor een van deze ondernemingen zijn geweest om zich tijdens regelmatig gehouden vergaderingen te beklagen over de concurrentie die zij van de andere onderneming ondervond. Zoals volgt uit punt 195 van de bestreden beschikking toont het hier en daar te vinden bewijs van de onenigheid over onderwerpen die in een concurrerende omgeving niet zouden mogen worden besproken tussen concurrenten, aan dat de betrokken ondernemingen in het kader van een gemeenschappelijk standpunt hebben gehandeld, ook als zij bij gelegenheid elkaar wederzijds ervan hebben beschuldigd van dat standpunt af te wijken.

355 De door verzoekster genoemde omstandigheid dat bepaalde elementen het bestaan van scherpe concurrentie aantonen, kan de hierboven genoemde overwegingen niet tegenspreken. De niet-eerbiediging van een kartel verandert immers niets aan het eigenlijke bestaan ervan (zie arrest Gerecht van 15 juni 2005, Tokai Carbon e.a./Commissie, T-71/03, T-74/03, T-87/03 en T-91/03, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 74, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Hoe dan ook moet worden vastgesteld dat, zelfs in de veronderstelling dat van dergelijke concurrentie sprake was, dit niet wegneemt dat de betrokken ondernemingen wederzijds de afzet of de gehanteerde prijzen hebben betreurd en dat zij op die klachten hebben gereageerd, zoals blijkt uit punten 123, 124 en 130 tot en met 136 van de bestreden beschikking.

356 Ofschoon, zoals volgt uit een nota van verzoekster van 9 februari 2005, E.ON verzoekster ervan beschuldigde de waarde van het gas in Duitsland te „vernietigen” en een prijsverschil [*vertrouwelijk*] te gebruiken om nieuwe klanten te werven, hetgeen een zekere mate van concurrerend gedrag van de zijde van verzoekster in Duitsland zou kunnen aantonen, neemt dit niet weg dat laatstgenoemde meende dat zij „zich moest bezighouden met dit vraagstuk”. In een context van normale concurrentie gaat een onderneming zich niet „bezighouden” met de beschuldigingen van haar concurrent ten aanzien van haar prijzen. Dit toont dus aan dat verzoekster tegemoet wilde komen aan de bezorgdheid van E.ON.

357 In dat verband moet eraan worden herinnerd dat wanneer een ondernemer klachten waarmee een andere ondernemer zich tot hem richt en die betrekking hebben op de mededinging die hij van door eerstgenoemde ondernemer afgezette producten ondervindt, zonder meer aanvaardt, het gedrag van betrokkenen een onderling afgestemde feitelijke gedraging behelst (arrest Suiker Unie e.a./Commissie, punt 211 supra, punt 283). In casu moet worden geoordeeld dat, door aan te geven dat zij „zich moest bezighouden met dit vraagstuk” van de klachten van E.ON over haar prijsbeleid in Duitsland, en door na deze klachten van E.ON Ruhrgas over haar tariefstelling voor gemeentebedrijven in april 2005 een nota uit te werken, verzoekster genoemde klachten in de zin van genoemde rechtspraak heeft aanvaard, ook al meende zij, zoals met name uit deze nota van april 2005 blijkt, dat de zienswijze van E.ON moest worden gerelativeerd.

358 Daarnaast moet worden opgemerkt dat verzoekster niet betwist dat het feit dat de partijen bij een marktverdelingsovereenkomst deze bij gelegenheid niet nakomen of dat zij zich beklagen over de niet-nakoming door de andere partij, geenszins aantoont dat deze overeenkomst niet in stand blijft of niet wordt toegepast. Zij meent evenwel dat een dergelijk beginsel in de onderhavige zaak niet opgaat, omdat de betrokken ondernemingen in de overeenkomst van 2004 hebben herhaald dat de sideletters van „nul en gener waarde" waren en dat de Commissie geen wilsovereenstemming tussen de betrokken ondernemingen na augustus 2004 heeft aangetoond.

359 Verzoeksters betoog waarmee zij het bestaan van wilsovereenstemming na die datum betwist, is echter in het kader van het eerste onderdeel van het onderhavige middel weerlegd. Overigens, ook als de betrokken ondernemingen in de overeenkomst van 2004 hebben verklaard dat zij de sideletters als „van nul en gener waarde" beschouwden, doet dit er niet aan af dat zij de daaruit voortvloeiende marktverdelingsovereenkomst zijn blijven nakomen, aangezien E.ON verzoeksters gedrag is blijven betreuren, hetgeen laatstgenoemde heeft proberen te relativeren, zoals met name blijkt uit de nota's van 9 februari en april 2005. Wat bovendien specifiek verzoekster aangaat, heeft zij tot september 2005 geen beduidende hoeveelheden gas uit de MEGAL-pijpleiding gehaald bovenop de hoeveelheden die zij in het kader van het PVG had verworven, zoals volgt uit de punten 101 tot en met 103 van de bestreden beschikking.

360 Wat in de tweede plaats verzoeksters argument aangaat dat de bezorgdheid van E.ON over haar groei in Duitsland na augustus 2004 overduidelijk was, volstaat de opmerking dat de Commissie niet heeft geoordeeld dat deze klachten „overduidelijk" waren zoals verzoekster betoogt. Hoe dan ook kan die bezorgdheid niet aantonen dat er geen overeenkomst was, en dit om dezelfde redenen als die waarom de argumenten ten aanzien van de klachten van E.ON van de hand zijn gewezen (zie punten 353-359 hierboven). In die context moet worden benadrukt dat, zoals hierboven in punt 263 is opgemerkt, verzoeksters nota van april 2005 geen voorbeeld kan zijn van haar agressief prijsbeleid in Duitsland. Voor het overige moet eraan worden herinnerd dat het volgens de hierboven in punt 357 aangehaalde rechtspraak, in een context van normale concurrentie ondenkbaar is dat een onderneming reageert op kritiek van haar concurrent op haar prijsbeleid en de indruk dat zij een agressieve positie op het gebied van de prijs zou innemen probeert te relativeren, zoals verzoekster in die nota heeft gedaan, die is opgesteld na klachten van E.ON. Deze nota is dus niet relevant voor het bewijs dat er geen mededingingsregeling was. Zoals de Commissie te kennen geeft, wijzen de klachten van E.ON er in de omstandigheden van de onderhavige zaak in feite op dat de betrokken ondernemingen erop toezagen dat de overeenkomst werd nageleefd, om de redenen die hierboven in punt 354 zijn uiteengezet. Anders dan verzoekster stelt, komt dit er niet op neer dat de bewijslast wordt omgekeerd, aangezien deze vaststelling moet worden gelezen in samenhang met het andere bewijs dat na augustus 2004 nog steeds sprake is van inbreukmakend gedrag.

361 Anders dan verzoekster beweert, heeft de Commissie in de derde plaats terecht in punt 124 van de bestreden beschikking geoordeeld dat zij op de klachten van E.ON over haar prijsbeleid op het segment [*vertrouwelijk*] in Duitsland had gereageerd, zich daarbij baserend op de nota's van 9 februari en april 2005. Dienaangaande volstaat het eraan te herinneren dat de nota van 9 februari 2005 aangeeft dat men zich met het vraagstuk van de beschuldigingen van E.ON moest bezighouden en dat de nota van april 2005 is opgesteld na klachten van E.ON over de verzoeksters tariefstelling in het kader van verkopen aan [*vertrouwelijk*], hetgeen de waarde van het gas in Duitsland teniet deed. Er is dus wel degelijk een verband tussen de klachten van E.ON over verzoeksters beleid en de reacties van laatstgenoemde. In die omstandigheden kan niet worden volgehouden dat de lezing van de Commissie onjuist is. In dat verband moet worden benadrukt dat, anders dan verzoekster stelt, de Commissie in de bestreden beschikking niet van oordeel was dat er in de nota van april 2005 op is aandrongen verzoeksters agressiviteit in Duitsland te temperen. Tot slot moet worden gepreciseerd dat, anders dan verzoekster stelt, niet kan worden geoordeeld dat een dergelijke reactie een aanwijzing van goed bestuur is. Uit bedoelde nota blijkt immers duidelijk dat het doel was de zienswijze van E.ON te relativeren en niet om de mate van winstgevendheid van verzoekster in Duitsland op hetzelfde niveau te houden, zoals zij beweert.

362 Wat in de vierde plaats de documenten betreffende de vergadering van 21 september 2005 betreft, namelijk een briefingnota van 20 september 2005 die ten behoeve van deze vergadering is opgesteld en een e-mail van 22 september 2005 waarin een samenvatting daarvan is weergegeven, waarnaar in de punten 132 en 133 van de bestreden beschikking wordt verwezen, moet om te beginnen worden vastgesteld dat, zoals zij uiteindelijk heeft erkend in antwoord op een vraag van het Gerecht ter terechtzitting, de Commissie zich daarop heeft gebaseerd voor het oordeel dat E.ON is blijven klagen over de concurrentie die zij van verzoekster ondervond in Duitsland en dat hun gedrag eerder getuigde van afstemming dan concurrentie. Anders dan de Commissie aanvankelijk had aangegeven in haar geschriften, zijn deze documenten dus ten laste gebruikt.

363 Vervolgens moet worden vastgesteld dat verzoeksters betoog dienaangaande moet worden verworpen. Zonder dat de briefingnota van 20 september 2005 ten behoeve van de vergadering van de dag erna behoeft te worden onderzocht, volstaat het immers vast te stellen dat deze hoegenaamd niet laat zien dat [*vertrouwelijk*], zoals verzoekster stelt, aangezien op basis van de notulen van deze vergadering kan worden aangetoond dat het gedrag van de betrokken onderneming afstemming behelst. Daaruit blijkt immers dat verzoekster te kennen heeft gegeven dat zij Duitsland niet als een sleutelmarkt zag en dat recentelijk negen offertes maar tot een enkele klant hadden geleid. Zij heeft ook aangegeven dat zij zelfs klanten had verloren. Nog enkele dagen voor de einddatum van de inbreuk waarvan de Commissie is uitgegaan, heeft verzoekster met E.ON informatie uitgewisseld over haar commercieel beleid in Duitsland. Dergelijke informatie kon het marktgedrag van E.ON beïnvloeden, die daardoor verzoeksters positie ten aanzien van de Duitse klanten kon kennen, en bracht haar op de hoogte van het gedrag dat zij op die markt wilde aannemen. Het vereiste van de zelfstandigheid van het beleid van iedere marktdeelnemer, dat onlosmakelijk verbonden is met de bepalingen van het Verdrag inzake mededinging, staat echter onverbiddelijk in de weg aan elk al dan niet rechtstreeks contact tussen ondernemers, waardoor hetzij het marktgedrag van een bestaande of potentiële concurrent wordt beïnvloed, hetzij die concurrent op de hoogte wordt gebracht van het aangenomen of voorgenomen marktgedrag, wanneer dat contact tot doel of ten gevolge heeft dat mededingingsvoorwaarden ontstaan die niet met de normale voorwaarden van de betrokken markt overeenkomen. In dat opzicht moet — behoudens door de betrokken ondernemers te leveren tegenbewijs — worden vermoed dat de ondernemingen die aan de afstemming deelnemen en op de markt actief blijven, bij de bepaling van hun gedrag op de markt rekening houden met de met hun concurrenten uitgewisselde informatie (zie in die zin arrest Commissie/Anic Partecipazioni, punt 275 supra, punten 117 en 121). Gelet op deze rechtspraak moet worden aangenomen dat de vergadering van 21 september 2005 diende als kader voor met artikel 81, lid 1, EG strijdige afstemmingen, nu verzoekster zelfs niet heeft getracht het bewijs te leveren dat met de betrokken informatie geen rekening is gehouden.

364 De Commissie heeft dus geen fout begaan door rekening te houden met de documenten betreffende de vergadering van 21 september 2005 om te overwegen dat de wederzijdse mededelingen die tussen de betrokken ondernemingen waren gedaan, eerder vielen onder afstemming dan onder mededinging.

365 Tot slot zijn verzoeksters argumenten waarmee zij het bestaan van een informatie-uitwisseling betwist, reeds in het kader van het onderzoek van het tweede middel verworpen, zodat daarnaar wordt verwezen. Er wordt tevens aan herinnerd dat de notulen van de vergadering van 21 september 2005 op zich aantonen dat de betrokken ondernemingen onderling informatie hebben uitgewisseld die hun marktgedrag kon beïnvloeden en hen daarvan op de hoogte brachten. Een dergelijke uitwisseling is krachtens artikel 81 EG verboden.

366 Gelet op een en ander moet het tweede onderdeel worden afgewezen.

c) Derde onderdeel

367 Verzoekster betoogt in het kader van het onderhavige onderdeel dat de bestreden beschikking artikel 81 EG en de regels inzake de bewijsvoering schendt en dat zij ontoereikend is gemotiveerd, omdat daarin geen bewijs wordt aangedragen van het bestaan van de inbreuk op de Franse markt na 13 augustus 2004.

368 Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat uit artikel 1 van de bestreden beschikking volgt dat de inbreuk heeft geduurd van 1 januari 1980 tot op zijn minst 30 september 2005, wat de in Duitsland gepleegd inbreuk betreft, en van 10 augustus 2000 tot op zijn minst 30 september 2005, wat de in Frankrijk gepleegde inbeuk betreft.

369 Om te beginnen moet evenwel worden vastgesteld dat er geen enkel schriftelijk bewijs voor is dat de betrokken inbreuk na 13 augustus 2004 is voortgezet, of dit nu in de vorm van een overeenkomst of een onderling afgestemde feitelijke gedraging is. Het laatste document betreffende de Franse markt is de interne briefingnota van E.ON van 26 juni 2004 voor de „Tour d'horizon"-vergadering van 2 juli 2004, welke datum ligt vóór 13 augustus 2004, de datum van de overeenkomst van 2004. Wat meer bepaald de vergaderingen en wederzijdse mededelingen van na augustus 2004 betreft, tijdens dewelke de betrokken ondernemingen volgens punt 307 van de bestreden beschikking hun respectieve strategieën en elkaars nationale markten bespraken, moet worden opgemerkt dat de Commissie in genoemd punt niet naar enig specifiek document verwijst betreffende een vergadering die betrekking zou hebben gehad op de Franse markt. Bovendien hebben de documenten betreffende de vergaderingen van na 13 augustus 2004, die worden aangehaald in de punten 123, 124 en 130 tot en met 136 van genoemde beschikking, slechts betrekking op de Duitse gasmarkt en niet de Franse markt.

370 Vervolgens voert de Commissie niet het gedrag van E.ON op de Franse markt aan om aan te tonen dat de mededingingsregeling op die markt is voortgezet. Meer bepaald heeft zij niet verwezen naar de verkopen van E.ON in Frankrijk, terwijl zij dit in punt 300 van de bestreden beschikking wel heeft gedaan wat verzoeksters verkopen in Duitsland betreft.

371 Voor het overige worden de beperkingen ten aanzien van de exitpunten van de MEGAL-pijpleiding die in Frankrijk op E.ON van toepassing konden zijn, met name die welke uit bijlage 2 bij de MEGAL-overeenkomst konden voortvloeien, zelfs niet door de Commissie aangevoerd. Laatstgenoemde verwijst in de punten 299, 300 en 307 van de bestreden beschikking slechts naar contractuele beperkingen die verzoekster beletten om de exitpunten van de MEGAL-pijpleiding in Duitsland te gebruiken om afnemers met gas te verzorgen. Hoe dan ook heeft E.ON, ondanks de bepalingen van bijlage 2 bij de MEGAL-overeenkomst die op haar betrekking hadden, gas uit de MEGAL-pijpleiding kunnen halen om dit in Frankrijk te verkopen, ook al vertegenwoordigden deze afzetten slechts een klein marktaandeel en betroffen zij slechts een paar afnemers, zoals volgt uit de punten 73 en 101 van de bestreden beschikking.

372 Ten slotte moet worden opgemerkt dat de stelling van de Commissie in punt 304 van de bestreden beschikking, dat het feit dat de betrokken ondernemingen over een nieuwe overeenkomst hebben onderhandeld aangeeft dat zij zich nog steeds door de bestaande overeenkomst gebonden achtten, of de stelling van de Commissie dat zonder een nieuwe overeenkomst de oude nog steeds van kracht was, niet kan worden beschouwd als bewijs dat haar conclusies ten aanzien van de Franse markt rechtens genoegzaam kan onderbouwen. Dergelijke algemene overwegingen kunnen niet als voldoende nauwkeurig en overeenstemmend bewijs worden beschouwd dat de inbreuk na de overeenkomst van 2004 in Frankrijk is voortgezet.

373 Vastgesteld moet dus worden dat de Commissie in de bestreden beschikking niets heeft aangedragen dat de conclusie kan dragen dat de betrokken inbreuk na de overeenkomst van 2004 op de Franse markt heeft voortgeduurd. De Commissie heeft ter terechtzitting overigens erkend dat zij wat de situatie op de Franse markt betreft, niet over vergelijkbaar bewijs als dat ten aanzien van de situatie op de Duitse markt beschikte.

374 Daar in artikel 1 van de bestreden beschikking een onderscheid wordt gemaakt tussen de duur van de inbreuk op de Duitse markt en die op de Franse markt, moest de Commissie ook haar conclusie ten aanzien van deze laatste markt onderbouwen. Anders gezegd, doordat zij in artikel 1 een onderscheiden duur voor de Duitse markt en voor de Franse markt heeft opgenomen, moest de Commissie de noodzakelijke bewijzen overleggen om rechtens genoegzaam aan te tonen dat de inbreuk op deze beide markten heeft plaatsgevonden en zulks gedurende de twee tijdvakken die zij noemt. De bewijslast omtrent het bestaan, en dus de duur, van de inbreuk rust immers op haar (zie arrest JFE Engineering e.a./Commissie, punt 70 supra, punt 341, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

375 Aan deze overwegingen wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat de inbreuk één enkele en voortgezette inbreuk vormde. Deze omstandigheid, die betrekking heeft op de aard van de geconstateerde inbreuk, is immers niet van invloed op het feit dat, daar waar zij in het dispositief van de bestreden beschikking opzettelijk een onderscheiden duur voor de Franse markt en voor de Duitse markt heeft vermeld, de Commissie verplicht was om rechtens genoegzaam de duur waarvan zij is uitgegaan te bewijzen.

376 Ook kan het argument van de Commissie dat niets aantoont dat de betrokken inbreuk voortijdig is beëindigd op alleen de Franse markt niet worden aanvaard, aangezien zij niet aan de op haar rustende bewijslast kan hebben voldaan door eenvoudigweg vast te stellen dat niets erop wijst dat genoemde inbreuk niet is beëindigd, ondanks de overeenkomst van 2004.

377 Wat overigens de stelling van de Commissie betreft dat voortijdige beëindiging met een marktverdelingsovereenkomst in tegenspraak is of onlogisch is, kan worden volstaan met de opmerking dat een dergelijke stelling niet kan aantonen dat de inbreuk in kwestie in stand is gehouden op de beide betrokken markten. Voor het overige is zij, zoals verzoekster heeft opgemerkt, in tegenspraak met de eigen vaststelling van de Commissie dat de betrokken inbreuk niet op dezelfde data is aangevangen. Het betoog van de Commissie dat de asymmetrie van de begindata uitsluitend wordt verklaard door het feit dat de overeenkomst in kwestie geen effect kon sorteren op de Franse markt zolang deze niet voor mededinging openstond en dat de asymmetrie wat de einddatum betreft een feitelijke vraag is, is in dat verband niet overtuigend. Overigens is de verklaring van de Commissie dat de betrokken ondernemingen de sideletters zijn blijven respecteren na de overeenkomst van 2004 in zowel Duitsland als Frankrijk, in het geheel niet onderbouwd wat dit laatste land aangaat.

378 Hieruit volgt dat de Commissie rechtens niet genoegzaam heeft aangetoond dat de betrokken inbreuk in Frankrijk heeft voortgeduurd in de periode van 13 augustus 2004 tot 30 september 2005.

379 Derhalve moet artikel 1 van de bestreden beschikking nietig worden verklaard voor zover daarin is geconstateerd dat de inbreuk gedurende deze periode heeft voortgeduurd in Frankrijk.

### B – *Conclusies strekkende tot intrekking of verlaging van het bedrag van de geldboete*

#### 1. *Conclusies strekkende tot intrekking van de geldboete*

380 Verzoekster voert ter ondersteuning van haar conclusies strekkende tot intrekking van de geldboete een enkel middel aan, ontleend aan schending van de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid en het verbod van terugwerkende kracht.

381 Verzoekster geeft in wezen te kennen dat de Commissie de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid en het verbod van terugwerkende kracht heeft geschonden door haar een geldboete op te leggen, terwijl zij dat in vergelijkbare eerdere zaken niet heeft gedaan.

382 In dat verband moet worden beklemtoond dat artikel 23, lid 2, van verordening nr. 1/2003 tot doel heeft de Commissie de bevoegdheid te verlenen om geldboeten op te leggen teneinde haar in staat te stellen de haar door het Unierecht toevertrouwde toezichthoudende taak uit te oefenen (arrest Musique diffusion française e.a./Commissie, supra punt 288, punt 105, en arrest Gerecht van 9 juli 2003, Archer Daniels Midland en Archer Daniels Midland Ingredients/Commissie, T-224/00, Jurispr. blz. II-2597, punt 105). Deze taak omvat de verplichting om individuele inbreuken te onderzoeken en te bestraffen, alsook de verplichting om een algemeen beleid te voeren dat erop gericht is, op het gebied van de mededinging toepassing te geven aan de door het Verdrag vastgelegde beginselen en het gedrag van de ondernemingen in overeenstemming met deze beginselen te sturen. Hieruit volgt dat de Commissie ervoor moet zorgen dat de geldboeten afschrikkende werking hebben (arrest Gerecht van 28 april 2010, Gütermann en Zwicky/Commissie, T-456/05 en T-457/05, Jurispr. blz. II-1443, punt 79).

383 In de onderhavige zaak heeft de Commissie in punt 320 van de bestreden beschikking geoordeeld dat het opleggen van geldboeten niet in strijd komt met het beginsel van gelijke behandeling. Volgens haar verschillen de omstandigheden die hebben geleid tot de eerdere beschikkingen die door de betrokken ondernemingen tijdens de administratieve procedure zijn genoemd met die in de onderhavige zaak, zodat er geen sprake is van een vergelijkbare situatie die anders wordt behandeld. Zij heeft in dat verband in punt 321 van genoemde beschikking rekening gehouden met de aard van de inbreuk en in punt 322 van die beschikking met de context, de werkingssfeer en de duur ervan. Tot slot heeft zij de argumenten van de betrokken ondernemingen weerlegd dat zij er gewettigd op konden vertrouwen dat de Commissie geen geldboete zou opleggen, op grond dat zij tot aan de beschikkingen in de zaken GDF/ENI en GDF/ENEL niet wisten dat zij een inbreuk begingen of op grond dat in de eerste beschikking geen geldboete is opgelegd (zie punten 323-325 van de bestreden beschikking).

384 In het licht van deze elementen moeten de in het kader van het onderhavige middel door verzoekster aangevoerde grieven worden onderzocht.

385 Wat in de eerste plaats de grief ontleend aan schending van het beginsel van gelijke behandeling aangaat, moet eraan worden herinnerd dat volgens vaste rechtspraak de vroegere beschikkingspraktijk van de Commissie op zichzelf niet geldt als rechtskader voor de geldboeten in mededingingszaken, aangezien dit kader uitsluitend in verordening nr. 1/2003 en in de richtsnoeren is vastgelegd (zie in die zin arrest Gerecht van 30 september 2003, Michelin/Commissie, T-203/01, Jurispr. blz. II-4071, punt 254, en aldaar aangehaalde rechtspraak). De beschikkingen in andere zaken hebben dus slechts een indicatieve waarde wat het eventuele bestaan van discriminatie betreft, omdat het niet erg waarschijnlijk is dat de omstandigheden van die zaken, zoals de markten, de producten, de ondernemingen en de betrokken tijdvakken, identiek zullen zijn (zie in die zin arrest Hof van 7 juni 2007, Britannia Alloys & Chemicals/Commissie, C-76/06 P, Jurispr. blz. I-4405, punt 60).

386 Wanneer de Commissie aan een onderneming wegens een inbreuk op de mededingingsregels een geldboete oplegt, dient zij niettemin, zoals elke instelling in het kader van al haar activiteiten, het beginsel van gelijke behandeling in acht te nemen, dat zich ertegen verzet dat vergelijkbare situaties verschillend en verschillende situaties gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is (zie arrest Gerecht van 13 januari 2004, JCB Service/Commissie, T-67/01, Jurispr. blz. II-49, punt 187, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

387 Dit neemt niet weg dat eerdere beschikkingen van de Commissie op boetegebied voor de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling slechts relevant kunnen zijn indien wordt aangetoond dat de wezenlijke omstandigheden van de zaken waarover het ging in die andere beschikkingen, zoals de

betrokken markten, producten, landen, ondernemingen en periodes, vergelijkbaar zijn met die van de zaak die in geding is (zie in die zin arrest Gerecht van 27 september 2006, Archer Daniels Midland/Commissie, T-59/02, Jurispr. blz. II-3627, punt 316, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

388 Zoals zal volgen uit de punten 389 tot en met 396 hierna, zijn de wezenlijke omstandigheden van de zaken waarover het ging in de door verzoekster ingeroepen eerdere beschikkingen niet vergelijkbaar met die van de onderhavige zaak, zodat genoemde beschikkingen niet relevant zijn voor de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling, overeenkomstig de hierboven in punt 387 aangehaalde rechtspraak.

389 Ten eerste is in de zaken Sonatrach, E.ON/Gazprom, OMV/Gazprom, ENI/Gazprom en NLNG immers geen geldboete opgelegd, vanwege het feit dat de Commissie deze zaken heeft afgedaan zonder een formele beschikking vast te stellen waarin het bestaan van een inbreuk wordt geconstateerd, meer in het bijzonder gelet op de door de betrokken ondernemingen aanvaarde verbintenissen. De situatie in de onderhavige zaak is anders, nu de Commissie de procedure heeft afgesloten met een beschikking waarin een inbreuk op artikel 81 EG is geconstateerd.

390 Ten tweede verschilt de situatie in de onderhavige zaak van die in de zaken GDF/ENI en GDF/ENEL, anders dan verzoekster stelt.

391 Om te beginnen kan het feit dat de betrokken gedragingen zich in de gassector hebben voorgedaan in eenzelfde periode, die gekenmerkt werd door de liberalisering en dus een vergaande ontwikkeling van de sector, niet als zodanig aantonen dat de omstandigheden van de zaken GDF/ENI en GDF/ENEL vergelijkbaar zijn met de onderhavige.

392 Vervolgens heeft de Commissie in de zaken GDF/ENI en GDF/ENEL rekening gehouden met het feit dat het de eerste beschikking over territoriale beperkingen in de gassector betrof. Dit is niet langer het geval in de onderhavige zaak.

393 Bovendien waren de betrokken beperkingen naar hun aard verschillend. Die welke in geding waren in de zaken GDF/ENI en GDF/ENEL waren immers verticaal, daar zij enerzijds voortvloeiden uit een doorvoercontract en anderzijds konden worden beschouwd als een transmissiecontract of een aan- en verkoopcontract. Voor het overige volgt uit het onderzoek van de Commissie in die zaken van de toepasbaarheid van artikel 81, lid 3, EG dat zijzelf de beperkingen als verticaal zag. Dit is niet het geval in de onderhavige zaak waar de beperking horizontaal is, aangezien zij voortspruit uit een overeenkomst tussen twee leveranciers betreffende het gebruik van een gaspijpleiding en betrekking heeft op hun beider mogelijkheden om gas op de markt van de ander af te zetten. Het feit dat de Commissie heeft geconstateerd dat de eventuele juridische kwalificatie van de in de zaak GDF/ENEL aan de orde zijnde overeenkomst als een overeenkomst voor diensten/transport er niet aan in de weg stond de bepaling „over het gebruik van het gas in Italië” als een beperking van de wederverkoop te beschouwen, kan in dat verband niet afdoen aan de omstandigheid dat het om een andersoortige restricties gaat. Deze constatering heeft immers betrekking op de gevolgen ervan, niet hun aard. Daarenboven verschillen de zaken GDF/ENI en GDF/ENEL van de onderhavige zaak, zoals de Commissie heeft opgemerkt, omdat deze zaken betrekking hadden op een contractuele bepaling die eenzijdig het gebied beperkte waarin ENI en ENEL het gas dat voorwerp van de overeenkomst was, mochten gebruiken, terwijl dit niet het geval is in de onderhavige zaak, waar de beperking de respectieve gebieden van de betrokken ondernemingen betreft. In dat verband moet worden gepreciseerd dat verzoekster niet aangeeft in welke mate dit verschil irrelevant zou zijn, en dat haar argumenten ten aanzien van de vermeende asymmetrie van de sideletters reeds zijn weerlegd.

394 Anders dan in het onderhavige geval werd er overigens geen onderling afgestemde feitelijke gedraging geïdentificeerd in de zaken GDF/ENI en GDF/ENEL. Aan de relevantie van dit verschil kan niet worden afgedaan door het door verzoekster aangevoerde feit dat de begrippen overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen volgens de bestreden beschikking flexibel zijn en elkaar

kunnen overlappen, zodat er geen precies verschil tussen deze beide begrippen behoeft te worden gemaakt. De omstandigheid dat niet tussen deze beide soorten inbreuk behoeft te worden onderscheiden, kan immers niet afdoen aan het feit dat zij in de onderhavige zaak beide zijn geconstateerd, terwijl zij dat niet waren in de zaken GDF/ENI en GDF/ENEL. Verzoeksters argument dat op basis van de vergaderingen en de wederzijdse mededelingen tussen de betrokken ondernemingen van 1999 tot en met 2005 niet het bestaan van een autonome inbreuk in de vorm van de uitwisseling van gevoelige informatie, die losstaat van de sideletters, kon worden aangetoond, is reeds verworpen zoals volgt uit de punten 243 tot en met 258 hierboven.

395 Niettegenstaande de onjuistheid ten aanzien van de begindatum van de inbreuk in Duitsland en die ten aanzien van de einddatum van de inbreuk in Frankrijk, moet tot slot worden benadrukt dat de inbreuk in de zaken GDF/ENI en GDF/ENEL in een relatief korte periode is gepleegd, te weten ongeveer 2 jaar, terwijl dit niet het geval is in de onderhavige zaak, waar de inbreuk ten minste 7 jaar heeft geduurd in Duitsland en 4 jaar in Frankrijk. Verzoekster argumenten waarmee dit verschil wordt betwist, moeten dus eveneens van de hand worden gewezen.

396 Uit een en ander volgt dat de grief ontleend aan schending van het beginsel van gelijke behandeling moet worden afgewezen.

397 In de tweede plaats moet de grief ontleend aan schending van het verbod van terugwerkende kracht van straffen worden afgewezen, aangezien verzoekster in die context geen zelfstandig argument aandraagt in vergelijking met die welke zij ter ondersteuning van haar grief ontleend aan schending van het beginsel van gelijke behandeling heeft aangevoerd. Deze grief moet hoe dan ook worden afgewezen, omdat iedere onderneming die betrokken is bij een administratieve procedure die tot de oplegging van een geldboete kan leiden rekening dient te houden met de mogelijkheid dat de Commissie te allen tijde kan besluiten het niveau van de geldboete te verhogen ten opzichte van het niveau dat zij in het verleden heeft toegepast (zie in die zin arrest Hof van 28 juni 2005, Dansk Rørindustri e.a./Commissie, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P en C-213/02 P, Jurispr. blz. I-5425, punt 229) en het feit dat de Commissie in het kader van de uitvoering van een ander mededingingsbeleid het algemene niveau van de geldboeten op elk moment kan herzien, dus redelijkerwijs voorzienbaar is voor de betrokken ondernemingen. Aan deze beoordeling kan niet worden afgedaan door de aanwijzing waarop verzoekster zich beroept, die in het perscommuniqué over de beschikkingen GDF/ENI en GDF/ENEL voorkomt, dat de Commissie veel minder clement zal zijn indien zou blijken dat na de vaststelling ervan nog beperkingen van hetzelfde soort zouden voorkomen in andere gascontracten. Hieruit kan immers niet worden afgeleid, nu dit in genoemd perscommuniqué of in genoemde beschikkingen niet uitdrukkelijk is vermeld, dat de Commissie niet van plan was om inbreuken die vóór deze beschikking hadden aangevangen te beboeten. Voor het overige is reeds opgemerkt dat de situatie in de onderhavige zaak verschilt van die in de zaken GDF/ENI en GDF/ENEL (zie punten 390-396 hierboven). Verzoekster stelt dus ten onrechte dat de Commissie overeenkomstig het beginsel van gelijke behandeling en het verbod van terugwerkende kracht van straffen, akte had genomen van het feit dat de verharding van haar sanctiebeleid in elk geval slechts kon opgaan voor handelingen die na deze beschikking hadden plaatsgevonden.

398 Wat in de laatste plaats de grief ontleend aan schending van het evenredigheidsbeginsel betreft, is irrelevant het betoog van verzoekster dat de Commissie geen geldboete kan opleggen voor een inbreuk waarvan de kenmerken in een vergelijkbare eerdere zaak hebben gerechtvaardigd dat geen geldboete wordt opgelegd, maar waar het integendeel evenredig werd geacht geen geldboete op te leggen en dit geen schending van het evenredigheidsbeginsel opleverde. Wanneer de Commissie in het ene geval van overtreding van de mededingingsregels geen boete oplegt, behoeft dat haar op zichzelf immers niet te beletten in een ander, gelijksoortig geval wel een boete op te leggen (zie in die zin arrest Gerecht van 28 februari 2002, Compagnie générale maritime e.a./Commissie, T-86/95, Jurispr. blz. II-1011, punt 487). Bovendien zijn de omstandigheden van de zaken die hebben geleid tot de andere door verzoekster aangevoerde beschikking niet vergelijkbaar met die van de onderhavige zaak (zie punten 389-396 hierboven). Verzoeksters stelling dat de Commissie impliciet heeft geoordeeld dat het in een tijdvak waarin het recht nog niet was

verduidelijkt met dit beginsel in strijd zou zijn om geldboeten op te leggen voor gedragingen als die aan de orde in deze zaak, moet worden verworpen. Een dergelijk standpunt van de Commissie kan immers niet worden afgeleid, anders dan verzoekster lijkt te betogen, uit het feit dat zij in een perscommuniqué over de zaak GDF/ENEL heeft aangeven dat zij het recht wilde verduidelijken, niet alleen ten behoeve van de ondernemingen in die zaken, maar ook voor alle andere ondernemingen in de sector. Een dergelijke noodzaak om het recht te verduidelijken is door de Commissie immers slechts aangevoerd in dit perscommuniqué, om te rechtvaardigen dat zij een belang had bij de vaststelling van een formele beschikking over een inbreuk uit het verleden. Een dergelijke omstandigheid is daarentegen niet relevant in het kader van de vaststelling van de geldboete in de onderhavige zaak. Datzelfde geldt voor de vaststelling van de Commissie in de beschikkingen GDF/ENI en GDF/ENEL dat moet worden voorkomen dat de ondernemingen in de sector ten onrechte menen of blijven menen dat gedrag zoals dat in de onderhavige zaak met het recht van de Unie in overeenstemming is. De grief ontleend aan schending van het evenredigheidsbeginsel moet dus ook worden afgewezen.

399 Tot slot is er geen andere reden waarom het Gerecht de bestreden beschikking op het punt van het bedrag van de geldboete zou moeten herzien om rekening te houden met de beginselen van gelijke behandeling en evenredigheid en het verbod van terugwerkende kracht.

400 Gelet op een en ander moet het middel ter ondersteuning van de conclusies strekkende tot intrekking van de geldboete worden afgewezen.

401 Het Gerecht meent voor het overige dat er geen reden is, gelegen in een middel van openbare orde dat de rechter ambtshalve moet opwerpen (zie in die zin arrest Hof van 8 december 2011, KME Germany e.a./Commissie, C-389/10 P, Jurispr. blz. I-13125, punt 131), die rechtvaardigt dat het gebruikmaakt van zijn bevoegdheid tot herziening om de geldboete in te trekken.

2. *Conclusies strekkende tot verlaging van het bedrag van de geldboete*

402 Ter ondersteuning van haar conclusie strekkende tot verlaging van het bedrag van de geldboete voert verzoekster, na van een deel te hebben afgezien in het stadium van de repliek, vijf middelen aan. Het eerste is eraan ontleend dat de vermeende inbreuk op de Franse gasmarkt niet rechtens genoegzaam is bewezen en dat de bestreden beschikking op dat punt ontoereikend is gemotiveerd. Het tweede is ontleend aan een onjuiste beoordeling van de duur van de inbreuk, het derde aan een onjuiste beoordeling van ernst van de inbreuk, het vierde aan een onjuiste beoordeling van de noodzaak om leergeld van 15 % toe te passen en het vijfde aan een onjuiste beoordeling van de verzachtende omstandigheden.

a) Eerste middel, dat eraan is ontleend dat de vermeende inbreuk op de Franse gasmarkt niet rechtens genoegzaam is bewezen en dat de bestreden beschikking op dat punt ontoereikend is gemotiveerd

403 Verzoekster geeft te kennen dat, aangezien de Commissie het bestaan van een inbreuk ten aanzien van de Franse gasmarkt niet rechtens genoegzaam heeft bewezen en dat de bestreden beschikking op dat punt ontoereikend is gemotiveerd, het bedrag van de aan haar opgelegde geldboete evenredig aan haar verkopen in Frankrijk moet worden verlaagd.

404 In dat verband kan worden volstaan met de opmerking dat verzoeksters argumenten ten aanzien van het bewijs van het bestaan van een inbreuk betreffende de Franse gasmarkt en het daarop betrekking hebbende deel van de motivering van de bestreden beschikking, zijn verworpen in het kader van het onderzoek van het derde middel ter ondersteuning van de conclusies strekkende tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, en dat het onderhavige middel geen autonome strekking heeft in vergelijking met genoemde argumenten.

405 Voor het overige is het Gerecht van oordeel dat er geen reden is waarom het gebruik zou moeten maken van zijn bevoegdheid tot herziening van het bedrag van de geldboete om rekening te houden met het bestaan van de inbreuk op de Franse markt.

406 Het eerste middel moet derhalve worden afgewezen.

b) Tweede middel, ontleend aan een onjuiste beoordeling van de duur van de inbreuk

407 Met het onderhavige middel geeft verzoekster te kennen dat de Commissie de duur van de inbreuk onjuist heeft beoordeeld. Volgens haar was er vóór augustus 2000 geen inbreuk in Duitsland en vóór januari 2003 geen inbreuk in Frankrijk. Bovendien was er na augustus 2004 geen inbreuk in Frankrijk en in Duitsland of, subsidiair, na augustus 2004 in Frankrijk. Verzoekster meent dat de duur en de waarde van de verkopen waarop de vermeende inbreuk betrekking heeft, navenant moeten worden teruggebracht en het bedrag van de geldboete verlaagd.

408 In dat verband moet er vooraf aan worden herinnerd dat, zoals volgt uit het onderzoek van het derde onderdeel van de vierde middel ter ondersteuning van de conclusies strekkende tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, de Commissie niet rechtens genoegzaam heeft aangetoond dat de betrokken inbreuk heeft voortgeduurd na 10 augustus 2004, en dit tot en met 30 september 2005, voor zover deze betrekking heeft op de Franse gasmarkt. Het komt dus geraden voor dat het Gerecht van zijn bevoegdheid tot herziening gebruikmaakt om het bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete te verlagen om rekening te houden met de duur van de inbreuk op genoemde markt. De concrete gevolgen van de uitoefening van deze bevoegdheid zullen hierna in de punten 458 tot en met 466 worden uiteengezet.

409 Daar vervolgens verzoeksters argumenten die ertoe strekten aan te tonen dat er geen inbreuk op de Duitse markt heeft plaatsgehad vóór augustus 2000 en op de Franse markt vóór januari 2003 en dat er geen inbreuk kon worden vastgesteld na augustus 2004 op de Duitse markt, reeds zijn verworpen in het kader van het onderzoek van de middelen ter ondersteuning van de conclusies strekkende tot nietigverklaring van de bestreden beschikking, moet het onderhavige middel worden afgewezen voor zover het bedoelde argumenten betreft, nu zij geen autonome strekking ten opzichte daarvan hebben.

410 Tot slot moet verzoeksters argument worden verworpen dat het Gerecht het bedrag van de aan haar opgelegde geldboete in de uitoefening van zijn volledige rechtsmacht kan verlagen omdat de Commissie niet heeft aangetoond waarom de redenering die haar ertoe heeft gebracht om geen rekening te houden met de periode na april 1998 om het bedrag van de geldboete voor de Duitse markt te berekenen (terwijl de inbreuk op 1 januari 1980 had aangevangen), niet kon worden toegepast op de periode tussen eind april 1998 en augustus 2000, ondanks dat er in die periode geen TPA was. In punt 372 van de bestreden beschikking heeft de Commissie immers ten aanzien van de periode van 1998 tot 2000 aangegeven dat de Duitse wetgever, door intrekking van de vrijstelling van het mededingingsrecht voor de grensakkoorden op 24 april 1998, heeft vastgesteld dat de gassector na die datum open moest staan voor mededinging. Bovendien is in het kader van het onderzoek van het eerste middel ter ondersteuning van de conclusies strekkende tot nietigverklaring van de bestreden beschikking niet gebleken van enig element op basis waarvan kan worden overwogen dat de Commissie ten onrechte heeft geoordeeld dat er in Duitsland sprake was van potentiële concurrentie na 1998.

411 Tot slot meent het Gerecht dat er geen reden is waarom het, zoals verzoekster suggereert, gebruik zou moeten maken van zijn bevoegdheid tot herziening van het bedrag van de geldboete om rekening te houden met de duur van de inbreuk, anders dan de consequenties die hierboven in punt 408 zijn genoemd.

412 Uit het voorgaande volgt dat dit middel, behalve voor zover het betrekking heeft op de Franse markt, moet worden afgewezen.

c) Derde middel, ontleend aan een onjuiste beoordeling van de ernst van de inbreuk

413 Met het onderhavige middel geeft verzoekster te kennen dat de bestreden beschikking de ernst van de inbreuk onjuist bepaalt en dat zij in dat verband het evenredigheidsbeginsel schendt. Onder verwijzing naar de aard ervan en het feit dat zij niet ten uitvoer is gelegd en geen gevolgen heeft gehad, stelt zij dat het percentage van de waarde van de verkopen waarvan de Commissie is uitgegaan om het basisbedrag van de geldboete te bepalen, in casu 15 %, buitensporig is en door het Gerecht moet worden verlaagd.

414 Dienaangaande moet eraan worden herinnerd dat volgens de rechtspraak van het Hof het bedrag van de boete moet worden gegradueerd met inachtneming van de omstandigheden van de schending en de zwaarte van de inbreuk en dient de waardering van de zwaarte van de inbreuk voor de vaststelling van het bedrag van de boete te geschieden onder afweging van in het bijzonder de aard van de beperkingen van de mededinging (zie arrest Gerecht van 23 februari 1994, CB en Europay/Commissie, T-39/92 en T-40/92, Jurispr. blz. II-49, punt 143, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

415 Ter beoordeling van de zwaarte van de aan een onderneming toe te rekenen inbreuken op de communautaire mededingingsregels kan de Commissie, teneinde de geldboete vast te stellen op een bedrag dat evenredig is aan deze zwaarte, rekening houden met de bijzonder lange duur van bepaalde inbreuken, met het aantal en het uiteenlopende karakter van de inbreuken, die alle of nagenoeg alle producten van de betrokken onderneming betroffen en waarvan sommige van invloed waren in alle lidstaten, met de bijzondere zwaarte van de inbreuken, die een welbewuste en coherente strategie aantoonde, die erop was gericht, door verschillende op uitschakeling van concurrenten gerichte praktijken en door een klantenbindingsbeleid, kunstmatig de machtspositie van de onderneming op de markten waarop de concurrentie reeds beperkt was, te handhaven of te versterken, en met de bijzonder schadelijke gevolgen van de misbruiken voor de mededinging en de door de onderneming uit haar inbreuken behaalde voordelen (zie in die zin arrest Gerecht van 6 oktober 1994, Tetra Pak/Commissie, T-83/91, Jurispr. blz. II-755, punten 240 en 241).

416 Krachtens de punten 19 en 21 van de richtsnoeren van 2006 wordt voor de vaststelling van het basisbedrag van de geldboete een deel van de waarde van de verkopen, dat tot 30 % kan oplopen, bepaald door de ernst van de inbreuk, vermenigvuldigd met het aantal jaren dat de inbreuk geduurd heeft. Volgens punt 20 van bedoelde richtsnoeren wordt de ernst van de inbreuk daarnaast per geval beoordeeld, waarbij rekening wordt gehouden met alle relevante omstandigheden.

417 Om de ernst van de inbreuk te beoordelen heeft de Commissie in casu met name rekening gehouden, zoals volgt uit punt 364 van de bestreden beschikking, met het feit dat marktverdelingsovereenkomsten naar hun aard een van de zwaarste inbreuken op artikel 81 EG vormen, met het feit dat de ondernemingen tijdens regelmatig gehouden vergaderingen hebben afgestemd over een geheim en geïnstitutionaliseerd plan om de mededinging in de gassector te beperken, met het feit dat de overeenkomst en de onderling afgestemde feitelijke gedragingen zijn bedacht, aangestuurd en aangemoedigd door de hoogste echelons binnen elke onderneming en geheel in het belang van die ondernemingen en ten nadele van hun klanten en uiteindelijk de eindafnemer zijn uitgevoerd alsook met het feit dat de inbreuk betrekking had op het naar Frankrijk en Duitsland getransporteerd gas via de MEGAL-pijpleiding, dus een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. In punt 365 van genoemde beschikking trekt zij daaruit de conclusie dat een percentage van 15 % van de betrokken verkopen moest worden toegepast, rekening houdend met de aard van de inbreuk.

418 Geen van de door verzoekster aangevoerde elementen kan die beoordeling in twijfel trekken.

419 Het onderzoek van de middelen ter ondersteuning van de conclusies strekkende tot nietigverklaring van de bestreden beschikking heeft immers geen ander licht geworpen op de deelname van de betrokken ondernemingen, die in punt 2 van de bestreden beschikking is vastgesteld, aan een complexe, enkele en voortdurende inbreuk op artikel 81 EG, die tot gevolg had de mededinging op hun respectieve nationale markten te beperken en die meer bepaald de verdeling van de markten en de uitwisseling van vertrouwelijke gegevens over het via de MEGAL-pijpleiding getransporteerd aardgas met zich meebracht. In dat verband moet worden opgemerkt dat verzoeksters stelling ten aanzien van de aard van de inbreuk en haar stellingen dat de sideletters geen horizontale overeenkomst voor de verdeling van de markten vormden, maar hoogstens een bestemmingsclausule, en dat op basis van de vergaderingen en de overige contacten tussen de betrokken ondernemingen niet een van de zwaarste beperkingen kon worden aangewezen, ook als zij los van de sideletters werden geanalyseerd, reeds zijn verworpen in het kader van het onderzoek van de middelen ter ondersteuning van de conclusies strekkende tot nietigverklaring van de bestreden beschikking (zie met name punten 243-258 en 341 hierboven). Voor het overige heeft de afdeling juridische zaken van verzoekster in haar e-mails van 9 en 17 februari 2000 erkend dat de Direktion G-sideletter gelijk was te stellen met een „uitvoerige marktverdeling", hetgeen aantoont dat verzoekster zich zeer wel bewust was van de mededingingsbeperkende aard ervan.

420 Een dergelijke klaarblijkelijke inbreuk op het mededingingsrecht is naar zijn aard bijzonder zwaar. De meest fundamentele doelstellingen van de Gemeenschap en in het bijzonder de verwezenlijking van één enkele markt worden daardoor tegengewerkt (zie in die zin arrest Gerecht van 22 april 1993, Peugeot/Commissie, T-9/92, Jurispr. blz. II-493, punt 42). Dit wordt bevestigd door punt 23 van de richtsnoeren van 2006 waarin is gepreciseerd dat horizontale overeenkomsten inzake prijzen, de verdeling van markten en de beperking van de productie, die meestal geheim zijn, naar hun aard tot de ernstigste mededingingsbeperkingen behoren.

421 In punt 23 van de richtsnoeren van 2006 is tevens vermeld dat zij in het kader van het mededingingsbeleid streng moeten worden bestraft en dat het aandeel van de verkopen dat voor dergelijke inbreuken in aanmerking wordt genomen dus doorgaans hoog zal zijn, namelijk tussen 0 en 30 %, overeenkomstig punt 21 van bedoelde richtsnoeren.

422 In die omstandigheden heeft de Commissie geen fout begaan door in de bestreden beschikking te oordelen dat een percentage van 15 % van de betrokken verkopen moest worden toegepast om rekening te houden met de aard van de inbreuk.

423 Ook verzoeksters argumenten ten aanzien van de tenuitvoerlegging en de gevolgen van de inbreuk moeten worden verworpen, aangezien de Commissie ingevolge punt 23 van de richtsnoeren van 2006 een bedrag aan de hand van slechts het criterium van de aard van de inbreuk mocht vaststellen. Hoe dan ook volgt wat de tenuitvoerlegging betreft uit punt 228 van de bestreden beschikking dat de betrokken ondernemingen in de loop der jaren uitvoering hebben gegeven aan de betrokken overeenkomst en een onderling afgestemde feitelijke gedraging, hetgeen niet in twijfel is getrokken bij het onderzoek van de conclusies strekkende tot nietigverklaring van genoemde beschikking. Wat daarnaast de gevolgen op de markt betreft, was de Commissie in datzelfde punt van oordeel dat ten aanzien van de heimelijke afspraken, aangezien zij ten uitvoer zijn gelegd, kon worden vermoed dat zij concrete mededingingsbeperkende gevolgen voor de markt hebben gehad, in die zin dat de inbreuk de vóór de liberalisering bestaande monopolies heeft versterkt en de gevolgen daarvan heeft vertraagd.

424 Tot slot is er geen reden waarom het Gerecht van zijn bevoegdheid tot herziening van het bedrag van de geldboete gebruik zou moeten maken om rekening te houden met de ernst van de inbreuk.

425 Bijgevolg moet het derde middel worden afgewezen.

d) Vierde middel, ontleend aan een onjuiste beoordeling van de noodzaak om leergeld van 15 % toe te passen

426 Met het onderhavige middel betoogt verzoekster dat de Commissie geen leergeld van 15 % mocht toepassen op grond dat de marktverdelingsovereenkomsten meestal, vanwege hun aard, de toepassing van leergeld van ten minste 15 % rechtvaardigen.

427 Ten aanzien van de berekening van het bedrag van de geldboeten voorziet punt 25 van de richtsnoeren van 2006 erin dat, onafhankelijk van de duur van de deelname van een onderneming aan de inbreuk, de Commissie aan het basisbedrag een bedrag van tussen 15 en 25 % van de waarde van de verkopen toevoegt om ondernemingen ervan te weerhouden deel te nemen aan horizontale overeenkomsten inzake prijzen, marktverdeling en productiebeperking. De Commissie kan ook bij andere inbreuken een dergelijk extra bedrag toevoegen.

428 Voor het bepalen van het aandeel van de waarde van de verkopen dat in een bepaald geval in aanmerking moet worden genomen, preciseert genoemd punt dat de Commissie rekening houdt met een aantal factoren, met name die welke in punt 22 van de richtsnoeren van 2006 worden genoemd, te weten de aard van de inbreuk, het gecumuleerde marktaandeel van alle betrokken partijen, de geografische reikwijdte van de inbreuk, en de vraag of de inbreuk daadwerkelijk is geïmplementeerd.

429 In de onderhavige zaak heeft de Commissie in punt 375 van de bestreden beschikking aangegeven dat marktverdelingsovereenkomsten doorgaans naar hun aard rechtvaardigen dat leergeld van ten minste 15 % wordt toegepast en dat het in de onderhavige zaak niet nodig was om leergeld van meer dan 15 % toe te passen. Deze beoordeling moet worden bekrachtigd.

430 Het volstaat immers eraan te herinneren dat de Commissie terecht heeft geoordeeld dat genoemde gedragingen een horizontale marktverdelingsovereenkomst vormden (zie met name punt 419 hierboven), daar het geen clausule inzake territoriale beperkingen betrof waarvan de Commissie pas sinds kort had vastgesteld dat zij laakbaar waren, zoals verzoekster betoogt (zie met name punten 341 en 393 hierboven). Voor dit soort inbreuk is in de richtsnoeren van 2006 voorzien dat aan het basisbedrag van de geldboete een bedrag tussen 15 en 25 % van de waarde van de verkopen wordt toegevoegd. In die omstandigheden heeft de Commissie geen blijk van een kennelijk onjuiste beoordeling gegeven door leergeld van 15 % op te leggen.

431 Zelfs gesteld dat de betrokken inbreuk niet horizontaal van aard was, moet hoe dan ook worden vastgesteld dat de Commissie op grond van punt 25 van de richtsnoeren van 2006 leergeld voor andere inbreuken dan die van dat soort mag toepassen.

432 Verzoeksters argumenten dat het met de beginselen van gelijke behandeling en de evenredigheid in strijd zou zijn om dergelijk leergeld te billijken, terwijl zaken van vergelijkbare aard zijn afgedaan zonder een formele beschikking vast te stellen, moeten ook worden verworpen. Anders dan in het onderhavige geval, heeft de Commissie in de andere door verzoekster aangevoerde gevallen immers geen inbreuk vastgesteld. Zij kon dus geen sanctie opleggen en dergelijk leergeld toepassen. Bovendien hadden de door verzoekster genoemde gevallen betrekking op verticale beperkingen, en niet zoals in casu op horizontale, zoals is opgemerkt in punt 389 hierboven.

433 Tot slot is het Gerecht van oordeel dat er geen andere reden is waarom het gebruik zou moeten maken van zijn bevoegdheid tot herziening van het bedrag van de geldboete om rekening te houden met het leergeld dat is toegepast.

434 Uit het voorgaande volgt dat het vierde middel moet worden afgewezen.

e) Vijfde middel, ontleend aan een onjuiste beoordeling van de verzachtende omstandigheden

435 Met het onderhavige middel betoogt verzoekster dat de Commissie een fout heeft begaan door haar niet het voordeel van verzachtende omstandigheden te gunnen, die verband houden met het feit dat zij slechts beperkt aan de betrokken inbreuk heeft deelgenomen en dat haar gedrag door de overheidsinstanties of de regelgeving is toegestaan of aangemoedigd.

436 Dienaangaande moet worden opgemerkt dat uit punt 29 van de richtsnoeren van 2006 volgt dat het basisbedrag van de boete kan worden verlaagd wanneer de Commissie vaststelt dat er sprake is van verzachtende omstandigheden, zoals wanneer het mededingingsbeperkende gedrag door de overheidsinstanties of de regelgeving werd toegestaan of aangemoedigd, of wanneer de betrokken onderneming aantoont dat haar deelname aan de inbreuk zeer beperkt was en zij vervolgens bewijst dat zij, in de periode waarin zij aan de inbreukmakende overeenkomsten heeft deelgenomen, geen van deze overeenkomsten daadwerkelijk heeft toegepast doch zich concurrerend op de markt heeft gedragen.

437 Wat in de eerste plaats de verzachtende omstandigheid in verband met de beperkte deelname aan de betrokken inbreuk betreft, was de Commissie in punt 383 van de bestreden beschikking van oordeel dat het bewijs de stelling van de betrokken ondernemingen weerlegde dat de marktverdelingsovereenkomst en de onderling afgestemde feitelijke gedragingen niet waren toegepast.

438 Verzoekster brengt hier evenwel tegen in dat de Commissie heeft verzuimd rekening te houden met de elementen die aantonen dat zij zich concurrerend gedroeg.

439 In de onderhavige zaak moet worden opgemerkt dat verzoekster, om voor de verzachtende omstandigheid in verband met de beperkte deelname aan de betrokken inbreuk in aanmerking te komen, moet aantonen dat zij zich in de periode waarin zij heeft deelgenomen aan de overeenkomsten die tot de inbreuk hebben geleid, daadwerkelijk aan de toepassing ervan heeft onttrokken door op de markt de concurrentie aan te gaan, of, althans, dat zij zo duidelijk en in aanzienlijke mate is tekortgeschoten in haar verplichting tot toepassing van deze mededingingsregeling dat zij de werking van deze laatste heeft verstoord (arrest Gerecht van 15 maart 2006, Daiichi Pharmaceutical/Commissie, T-26/02, Jurispr. blz. II-713, punt 113). Anders gezegd, moet zij aantonen dat zij de litigieuze overeenkomsten niet heeft toegepast, waarbij zij in dat opzicht op de markt gedrag vertoonde dat tegen de mededingingsverstorende gevolgen van de vastgestelde inbreuk kon werken (zie in die zin arrest Gerecht van 26 april 2007, Bolloré e.a./Commissie, T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 en T-136/02, Jurispr. blz. II-947, punt 629).

440 Vastgesteld moet worden dat op basis van de door verzoekster aangevoerde elementen niet dergelijk gedrag kan worden aangetoond.

441 Ten eerste moet immers in herinnering worden gebracht dat een onderneming die in weerwil van de onderlinge afstemming met haar concurrenten een hiervan min of meer afwijkend beleid op de markt voert, gewoonweg kan proberen zich het kartel ten nutte te maken (arrest Gerecht van 14 mei 1998, Cascades/Commissie, T-308/94, Jurispr. blz. II-925, punt 230). In die omstandigheden kan het feit dat de Commissie heeft erkend dat verzoekster heeft getracht de betrokken beperking te omzeilen, niet aantonen dat zij op de markt gedrag vertoonde dat tegen de mededingingsverstorende gevolgen van de vastgestelde inbreuk kon werken. Verzoeksters argument dat de Commissie zichzelf heeft tegengesproken door te erkennen dat zij de betrokken beperking heeft trachten te omzeilen, moet dus van de hand worden gewezen.

442 Ten tweede kan geen van de door verzoekster aangevoerde elementen aantonen dat zij zeer beperkt aan de betrokken inbreuk heeft deelgenomen of op de markt gedrag heeft vertoond dat tegen de mededingingsverstorende gevolgen van die inbreuk kon werken. Meer bepaald kunnen verzoeksters verkopen van gas uit de MEGAL-pijpleiding, die, zoals hierboven in de punten 194 en 333 in herinnering is gebracht, als kenmerk hadden dat zij pas in oktober 2004 hadden aangevangen, dat hun

volume beperkt was en dat zij niet substantieel boven de in het kader van het PVG verworven hoeveelheden uitstegen, niet dit bewijs leveren. Het feit dat verzoekster vrijwillig aan het PVG heeft deelgenomen, heeft op die overwegingen geen invloed, zoals volgt uit punt 335 hierboven. Ook het bestaan van offertes, stappen of verzoeken om toegang tot het net kan niet als zodanig het bestaan van concurrerend gedrag aantonen, aangezien deze niet hebben geleid tot aanzienlijke verkopen van gas uit de MEGAL-pijpleiding, met name meer dan de volumes die in het kader van het PVG waren verworven. Bovendien, [*vertrouwelijk*], weerlegd in een interne nota van april 2005 waarin zij zelf erkent dat de zienswijze dat zij op de Duitse markt [*vertrouwelijk*], moet worden gerelativeerd. Zoals reeds is opgemerkt, volgt tot slot uit het schriftelijk bewijs in het dossier met name dat verzoekster met E.ON oplossingen wilde verkennen om tot een verstandige concurrentie te komen of dat zij vreesde dat het Russische gas in de verkeerde handen terecht zou komen en meer concurrentie langs de MEGAL-pijpleiding zou toelaten, hetgeen het bestaan van een beperkte deelname aan de mededingingsregeling door verzoekster weerspreekt. Daarenboven toont geen enkel element aan dat de werking van het kartel door toedoen van verzoekster is verstoord.

443 Ten derde betoogt verzoekster ten onrechte dat de Commissie de bewijslast heeft omgekeerd. Aangezien de Commissie het bestaan van de betrokken inbreuk heeft aangetoond, stond het immers aan verzoekster om overeenkomstig punt 29 van de richtsnoeren van 2006 aan te tonen dat haar deelname aan de inbreuk zeer beperkt was en vervolgens te bewijzen dat zij, in de periode waarin zij aan de inbreukmakende overeenkomsten heeft deelgenomen, geen van deze overeenkomsten daadwerkelijk heeft toegepast doch zich concurrerend op de markt heeft gedragen. Verzoeksters argument dat is ontleend aan het feit dat zij moet aantonen dat haar gedrag de gevolgen van de mededingingsregeling op de markt heeft kunnen tegenwerken, terwijl de Commissie die gevolgen niet heeft aangetoond, moet van de hand worden gewezen. Immers, ook als zij de gevolgen van de betrokken inbreuk niet had behoeven aan te tonen, zoals de rechtspraak overigens toestaat, heeft de Commissie niettemin geoordeeld dat, aangezien het bewijs is geleverd dat de mededingingsverstorende overeenkomsten en de onderling afgestemde feitelijke gedraging in de loop der jaren ten uitvoer zijn gelegd, ten aanzien van de heimelijke afspraken kon worden vermoed dat zij concrete mededingingsbeperkende gevolgen voor de markt hebben gehad, in die zin dat de inbreuk de vóór de liberalisering bestaande monopolies heeft versterkt en de gevolgen daarvan heeft vertraagd.

444 Wat in de tweede plaats de verzachtende omstandigheid in verband met het feit dat het mededingingsverstorende gedrag door de overheidsinstanties of de regelgeving is toegestaan of aangemoedigd betreft, was de Commissie in punt 384 van de bestreden beschikking van mening dat deze niet kon worden toegepast op de periode na het begin van de liberalisering, aangezien de autoriteiten van de Unie en de lidstaten met de vaststelling en tenuitvoerlegging van de eerste gasrichtlijn hun intentie hebben getoond om de gasmarkten competitiever te maken. De Commissie voegt hieraan toe dat, ofschoon de Franse autoriteiten de termijn voor omzetting van deze richtlijn in nationaal recht niet hebben gerespecteerd, zij niet hebben verhinderd dat daarvoor in aanmerking komende afnemers door nieuwe concurrenten werden bevoorraad vanaf 10 augustus 2000, zodat er geen reden is om daarin een maatregel van de Franse autoriteiten te zien die een onrechtmatige marktverdelingsovereenkomst toestaat of aanmoedigt. In punt 385 van de bestreden beschikking heeft de Commissie gepreciseerd dat het weliswaar gerechtvaardigd kon worden geacht te stellen dat de overheidsinstanties de inbreuk gedurende de gehele periode voorafgaand aan de vaststelling van de eerste gasrichtlijn hebben toegestaan of aangemoedigd, maar dat daarmee hoe dan ook reeds naar behoren rekening was gehouden, daar waar de inbreukperiode voor de doelstelling van de vaststelling van de hoogte van de geldboeten voor Duitsland pas in april 1998 is ingegaan en voor Frankrijk op 10 augustus 2000.

445 Verzoekster brengt hier tegen in dat de Commissie had moeten erkennen dat haar gedrag door de overheidsinstantie of de regelgeving was toegestaan of aangemoedigd.

446 Wat ten eerste verzoeksters bewering aangaat dat de Duitse en de Franse wettelijke regelingen de afscherming van de gasmarkten tot aan de daadwerkelijke omzetting van de eerste gasrichtlijn in nationaal recht hebben toegestaan, zij eraan herinnerd dat het rechtskader wat Duitsland betreft niet uitsloot dat er na 24 april 1998 potentiële concurrentie was, zoals volgt uit het onderzoek van het eerste middel ter ondersteuning van de conclusies strekkende tot nietigverklaring van de bestreden beschikking.

447 Wat Frankrijk betreft, volgt uit de punten 312 tot en met 323 hierboven dat niet alleen het Franse rechtskader na 10 augustus 2000 niet langer de afscherming van de markt mocht toestaan of aanmoedigen, maar bovendien dat de in Frankrijk vastgestelde maatregelen ertoe hebben bijgedragen (zij het uiteraard in beperkte mate) dat de afscherming vanaf die datum verdween. Dienaangaande zij opgemerkt dat, anders dan verzoekster beweert, het feit dat rekening is gehouden met de omstandigheid dat de Franse autoriteiten niet de bevoorrading van klanten door nieuwe concurrenten hebben verhinderd, er niet op neerkomt dat het voordeel van de betrokken verzachtende omstandigheid wordt voorbehouden voor het geval waarin de mededingingsverstorende situatie is opgelegd (en niet slechts toegestaan) door de nationale regelgeving. Dit toont in werkelijkheid aan dat de Franse autoriteiten niet langer de afscherming van de Franse markt wilde laten voortbestaan, of toestaan dus.

448 Ook zij opgemerkt dat verzoekster, als openbaar bedrijf, zich na 10 augustus 2000 hoe dan ook niet kon beroepen op de situatie in Frankrijk, aangezien zij onderdeel is van de entiteiten tegen wie de rechtstreeks werkende bepalingen van een richtlijn konden worden ingeroepen, zoals volgt uit de hierboven in punt 314 aangehaalde rechtspraak. Anders dan verzoekster stelt, beoogt deze rechtspraak niet om haar als openbaar bedrijf de mogelijkheid te ontnemen om de betrokken verzachtende omstandigheid in te roepen, maar toont zij aan dat zij zich in die hoedanigheid niet in strijd met de doelstellingen van de richtlijn mocht gedragen, en dus dat het Franse rechtskader het in de onderhavige zaak aan de orde zijnde gedrag noch toestond noch ontmoedigde.

449 Wat het door de Commissie tegen de Franse repliek ingestelde beroep wegens niet-nakoming in de zaken C-159/94 en C-259/01 betreft, kan hieruit niet worden afgeleid dat de Commissie zichzelf tegenspreekt door te weigeren verzoekster in casu het voordeel van de betrokken verzachtende omstandigheid te gunnen. Hieruit kan immers niet worden afgeleid dat het Franse rechtskader de in de onderhavige zaak aan de orde zijnde overeenkomst toestond of aanmoedigde, maar hoogstens dat de Commissie van oordeel was dat de Franse autoriteiten de krachtens de artikelen 30, 34 en 37 van het EG-Verdrag op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen door exclusieve invoer- en uitvoerrechten voor gas en elektriciteit vast te stellen, wat de eerste zaak betreft, of de krachtens de eerste gasrichtlijn op haar rustende verplichtingen niet was nagekomen door daaraan geen correcte uitvoering te geven, wat de tweede betreft. Overigens is het beroep in zaak C-159/94 verworpen. Tot slot kan uit de vaststelling die de Commissie zou hebben gedaan dat het Duitse regelgevingskader geen daadwerkelijke concurrentie van nieuwe toetreders uit het buitenland toestond, niet worden afgeleid dat genoemd kader mededingingsverstorend gedrag toestond of aanmoedigde.

450 In die omstandigheden moet worden geoordeeld dat het betrokken mededingingsverstorende gedrag niet is toegestaan of aangemoedigd door de overheidsinstanties of de regelgeving.

451 Wat in de tweede plaats het feit betreft dat de gassector tijdens de inbreukperiode werd geliberaliseerd en dat er onzekerheid bestond over de toepasselijke regels, kan worden volstaan met de opmerking dat op basis daarvan in geen geval kan worden vastgesteld dat het mededingingsverstorend gedrag is toegestaan of aangemoedigd door de overheidsinstanties of de regelgeving. Ook als de Duitse en de Franse autoriteiten een aanzienlijke mate van onzekerheid voor de aanbieders hebben laten bestaan ten aanzien van de rechtmatigheid van hun gedrag, niet alleen vóór maar ook na de liberalisering, kan op basis van een dergelijke omstandigheid niet worden aangetoond dat zij de in deze zaak aan de orde

zijnde gedragingen hebben toegestaan of aangemoedigd. Verzoekster stelt dus ten onrechte dat een dergelijke vaststelling er een grond voor kan zijn om het regelgevingskader als verzachtende omstandigheid voor de berekening van de geldboete in aanmerking te nemen.

452 Zelfs gesteld bovendien dat verzoekster met haar betoog te kennen wil geven dat zij, gelet op de context van de liberalisering en de daaruit voortvloeiende onzekerheid, de inbreuk uit onachtzaamheid heeft begaan, volstaat het op te merken dat de e-mails van haar afdeling juridische zaken van 9 en 17 februari 2000 er het duidelijke bewijs van zijn dat zij zich bewust was van de inbreukmakende aard van op zijn minst de Direktion G-sideletter.

453 Tot slot moet verzoeksters argument ontleend aan beschikking C(2004) 4030 def. van 20 oktober 2004 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (Zaak COMP/C.38.238/B.2 — Ruwe tabak — Spanje) worden verworpen. De Commissie is immers niet gebonden door haar eerdere beoordelingen (zie arrest Hof van 24 september 2009, Erste Group Bank e.a./Commissie, C-125/07 P, C-133/07 P en C-135/07 P, Jurispr. blz. I-8681, punt 123, en aldaar aangehaalde rechtspraak). Hoe dan ook kan de situatie van de Spaanse tabaksproducenten niet worden vergeleken met die van ondernemingen met een omvang als die in de onderhavige zaak, die belangrijke spelers op de Europese gasmarkt zijn en zich ten tijde van de feiten in een oligopolistische situatie bevonden.

454 In die omstandigheden is er geen element op basis waarvan kan worden overwogen dat de Commissie een fout heeft begaan door ervan uit te gaan dat er geen verzachtende omstandigheden waren.

455 Voor het overige is er geen reden waarom het Gerecht van zijn bevoegdheid tot herziening van het bedrag van de geldboete gebruik zou moeten maken om rekening te houden met verzachtende omstandigheden.

456 Het vijfde middel moet dus worden afgewezen en daarmee ook alle middelen ter ondersteuning van de conclusies strekkende tot verlaging van de geldboete, met uitzondering van het tweede middel dat gedeeltelijk slaagt, hetgeen met zich meebrengt dat het Gerecht gebruikmaakt van zijn bevoegdheid tot herziening (zie punt 408 hierboven).

457 Het Gerecht meent voor het overige dat er geen reden is, gelegen in een middel van openbare orde dat de rechter ambtshalve moet opwerpen (zie in die zin arrest KME Germany e.a./Commissie, punt 401 supra, punt 131), die rechtvaardigt dat de verzoeksters opgelegde geldboete wordt verlaagd.

f) Vaststelling van het uiteindelijke bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete

458 Zoals volgt uit punt 378 hierboven heeft de Commissie niet rechtens genoegzaam aangetoond dat de betrokken inbreuk na 10 augustus 2004 is voortgezet, en dit tot en met 30 september 2005, voor zover betrekking hebbend op de Franse gasmarkt.

459 Bijgevolg moet de bestreden beschikking worden herzien om bij de bepaling van het uiteindelijke bedrag van de geldboete die verzoekster moet worden opgelegd, rekening te houden met de duur van de inbreuk op de Franse markt, zijnde van 10 augustus 2000 (zie punt 323 hierboven) tot 13 augustus 2004 (zie punt 378 hierboven).

460 Indien in dat verband de methode wordt toegepast die de Commissie gebruikt om de geldboete vast te stellen, zoals deze volgt uit de punten 358 tot en met 391 van de bestreden beschikking, te weten (Uitgangspercentage toegepast op gemiddelde jaarlijkse afzet in Frankrijk x duur van inbreuk in Frankrijk) + (Leergeldpercentage toegepast op gemiddelde jaarlijkse afzet in Frankrijk) + (Uitgangspercentage toegepast op gemiddelde jaarlijkse afzet in Duitsland) + (Leergeldpercentage toegepast op gemiddelde jaarlijkse afzet in Duitsland), en daarbij de gecorrigeerde gegevens voor de

inbreuk in Frankrijk worden gebruikt (4 jaren in plaats van 5,5) en de gemiddelde afzet waarop de inbreuk op de Franse markt betrekking heeft, ten einde rekening te houden met [*vertrouwelijk*], zou het bedrag van de geldboete van verzoekster 267 miljoen EUR moeten zijn [*vertrouwelijk*].

461 Er dient evenwel aan te worden herinnerd dat, naast de eenvoudige wettigheidstoetsing, waarbij het beroep tot nietigverklaring slechts kan worden verworpen of de aangevochten handeling nietig kan worden verklaard, het Gerecht op basis van de volledige rechtsmacht die hem krachtens artikel 229 EG is toebedeeld bij artikel 31 van verordening nr. 1/2003, bevoegd is om zijn beoordeling in de plaats van die van de Commissie te stellen en dus om de aangevochten handeling te wijzigen, zelfs als deze niet nietig wordt verklaard, rekening houdend met alle feiten en omstandigheden, bijvoorbeeld om de hoogte van de geldboete te wijzigen wanneer het wordt verzocht de hoogte van de geldboete te beoordelen (zie in die zin arresten Hof van 8 februari 2007, Groupe Danone/Commissie, C-3/06 P, Jurispr. blz. I-1331, punten 61 en 62, en 3 september 2009, Prym en Prym Consumer/Commissie, C-534/07 P, Jurispr. blz. I-7415, punt 86, en aldaar aangehaalde rechtspraak).

462 In dat verband moet worden opgemerkt dat het Gerecht niet gebonden is aan de berekeningen van de Commissie of aan haar richtsnoeren wanneer het op grond van zijn volledige rechtsmacht uitspraak doet (zie in die zin arrest BASF en UCB/Commissie, punt 326 supra, punt 213, en aldaar aangehaalde rechtspraak), maar zijn eigen beoordeling moet maken, rekening houdend met alle omstandigheden van het geval.

463 In de onderhavige zaak is bij de toepassing van de methode die door de Commissie is gevolgd om het bedrag van de geldboete vast te stellen, zoals uiteengezet in punt 460 hierboven, geen rekening gehouden met alle relevante omstandigheden.

464 De toepassing van deze methode op de gecorrigeerde gegevens betreffende de duur van de inbreuk in Frankrijk en het gemiddelde van de afzet waarop de inbreuk op de Franse markt in die periode betrekking heeft, houdt een zeer onevenredige verlaging van de aan verzoekster opgelegde geldboete in, vergeleken met de relatieve omvang van de geconstateerde onjuistheid. Immers, terwijl de onjuistheid van de Commissie slechts betrekking heeft op de Franse markt en op 12,5 maanden van de 5 jaar en 1 maand die de Commissie oorspronkelijk had vastgesteld voor de op die markt begane inbreuk, leidt de toepassing van de methode van de Commissie tot een boeteverlaging van meer dan 50 %.

465 Daarenboven leidt de toepassing van de methode van de Commissie, in het kader van de vaststelling van de geldboete, tot een onderschatting van de relatieve omvang van de inbreuk die op de Duitse markt is begaan in vergelijking met die op de Franse markt.

466 Na ook partijen ter terechtzitting te hebben gehoord over de eventuele consequenties die moesten worden getrokken uit een gedeeltelijke nietigverklaring van de bestreden beschikking wat betreft de bepaling van de hoogte van de geldboete in het licht van de duur van de inbreuk, en gelet op de voorgaande overwegingen, meer bepaald de punten 464 en 465 hierboven, moet het uiteindelijke bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete, in het licht van de omstandigheden van het geval, en in het bijzonder de duur en de ernst van de betrokken inbreuk, worden vastgesteld op 320 miljoen EUR.

**Kosten**

467 Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Ingevolge artikel 87, lid 3, eerste alinea, van genoemd Reglement kan het Gerecht de proceskosten over de partijen verdelen of beslissen dat elke partij haar eigen kosten zal dragen, indien zij onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld, en voorts wegens bijzondere redenen.

468 Erop gelet dat elk van de partijen op een of meer punten in het ongelijk is gesteld, moet worden beslist dat elke partij haar eigen kosten zal dragen.

HET GERECHT (Vijfde kamer),

rechtdoende, verklaart:

**1) Artikel 1 van beschikking C(2009) 5355 definitief van de Commissie van 8 juli 2009 inzake een procedure op grond van artikel 81 [EG] (zaak COMP/39.401 — E.ON/GDF), wordt nietig verklaard voor zover daarin wordt vastgesteld dat de inbreuk van 1 januari 1980 tot op zijn minst 24 april 1998 heeft geduurd wat de inbreuk in Duitsland betreft, en voor zover daarin een inbreuk in Frankrijk tussen 13 augustus 2004 en 30 september 2005 wordt vastgesteld.**

**2) Het bedrag van de geldboete die aan GDF Suez SA is opgelegd bij artikel 2, sub b, van beschikking C(2009) 5355 definitief wordt vastgesteld op 320 miljoen EUR.**

**3) Het beroep wordt verworpen voor het overige.**

**4) Elke partij zal haar eigen kosten dragen.**

Papasavvas Vadapalas O'Higgins

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 29 juni 2012.

Inhoud

Toepasselijke bepalingen ..... 1

1. Recht van de Europese Unie ..... 1

2. Nationaal recht ..... 2

Frans recht ..... 2

Duits recht ..... 3

Voorgeschiedenis van het geding ..... 3

1. Betrokken ondernemingen ..... 3

2. MEGAL-overeenkomst ..... 4

3. Administratieve procedure ..... 5

Bestreden beschikking ..... 6

Procesverloop en conclusies van partijen ..... 8

In rechte ..... 9

A — Conclusies strekkende tot gedeeltelijke nietigverklaring van de bestreden beschikking ..... 9

1. Eerste middel, ontleend aan schending van de feiten en het recht bij de toepassing van artikel 81 EG wat het bestaan van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging vóór augustus 2000 betreft ..... 10

a) Eerste onderdeel ..... 10

b) Tweede onderdeel ..... 19

– Eerste grief ..... 19

– Tweede grief ..... 20

c) Derde onderdeel ..... 21

2. Tweede middel, ontleend aan schending van de feiten en het recht bij de toepassing van artikel 81 EG wat het bestaan van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging na augustus 2000 betreft ..... 24

a) Tweede onderdeel ..... 24

– Tweede grief ..... 25

– Derde grief ..... 31

– Eerste grief ..... 35

b) Derde onderdeel ..... 37

– Eerste grief ..... 38

– Tweede grief ..... 45

c) Vierde onderdeel ..... 47

d) Eerste onderdeel ..... 49

3. Derde middel, ontleend aan het kennelijke ontbreken van bewijs wat het bestaan betreft van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging ter beperking van het gebruik door E.ON van door de MEGAL-pijpleiding getransporteerd gas in Frankrijk ..... 51

a) Eerste onderdeel ..... 51

b) Tweede onderdeel ..... 55

c) Derde onderdeel ..... 55

4. Vierde middel, ontleend aan schending van de feiten en het recht bij de toepassing van artikel 81 EG wat het bestaan van een overeenkomst en/of een onderling afgestemde feitelijke gedraging tussen de betrokken onderneming na augustus 2004 betreft ..... 59

a) Eerste onderdeel ..... 60

– Eerste grief ..... 60

– Tweede grief ..... 62

b) Tweede onderdeel ..... 64

c) Derde onderdeel ..... 68

B — Conclusies strekkende tot intrekking of verlaging van het bedrag van de geldboete ..... 69

1. Conclusies strekkende tot intrekking van de geldboete ..... 69

2. Conclusies strekkende tot verlaging van het bedrag van de geldboete ..... 73

a) Eerste middel, dat eraan is ontleend dat de vermeende inbreuk op de Franse gasmarkt niet rechtens genoegzaam is bewezen en dat de bestreden beschikking op dat punt ontoereikend is gemotiveerd ..... 73

b) Tweede middel, ontleend aan een onjuiste beoordeling van de duur van de inbreuk ..... 74

c) Derde middel, ontleend aan een onjuiste beoordeling van de ernst van de inbreuk ..... 75

d) Vierde middel, ontleend aan een onjuiste beoordeling van de noodzaak om leergeld van 15 % toe te passen ..... 77

e) Vijfde middel, ontleend aan een onjuiste beoordeling van de verzachtende omstandigheden 78

f) Vaststelling van het uiteindelijke bedrag van de aan verzoekster opgelegde geldboete ..... 81

Kosten ..... 82