Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (femte avdelningen)

den 29 juni 2012*

”Konkurrens — Konkurrensbegränsande samverkan — Den tyska och den franska naturgasmarknaden — Beslut i vilket en överträdelse av artikel 81 EG konstateras — Uppdelning av marknaden — Överträdelsens varaktighet — Böter”

I mål T-370/09,

GDF Suez SA, Paris (Frankrike), företrätt av advokaterna J.-P. Gunther och C. Breuvart,

sökande,

mot

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

svarande,

angående, i första hand, en talan om delvis ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2009) 5355 slutligt av den 8 juli 2009 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/39.401 – E.ON/GDF) och, i andra hand, en talan om ogiltigförklaring eller nedsättning av de böter som påförts sökanden,

meddelar

TRIBUNALEN (femte avdelningen),

sammansatt av S. Papasavvas (referent), ordföranden samt domarna V. Vadapalas och K. O’Higgins,

justitiesekreterare: handläggaren C. Kristensen,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 21 september 2011,

följande

Dom

Tillämpliga bestämmelser

1. *Unionsrätten*

1 I Europaparlamentets och rådets direktiv 98/30/EG av den 22 juni 1998 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas (EGT L 204, s. 1) (nedan kallat första gasdirektivet) fastställs gemensamma regler för överföring, distribution, leverans och lagring av naturgas. I direktivet fastställs regler om naturgassektorns organisation och funktion, inbegripet kondenserad naturgas (LNG), tillträde till marknaden och drift av systemen, samt de kriterier och förfaranden som ska tillämpas vid beviljande av tillstånd för överföring, distribution, leverans och lagring av naturgas.

* Rättegångsspråk: franska.

2 Enligt första gasdirektivet är medlemsstaterna skyldiga att stegvis konkurrensutsätta marknaden för leverans av naturgas till storkonsumenter och att ge tredjeman tillträde till befintliga överföringssystem.

3 Enligt artiklarna 29.1 och 30 i första gasdirektivet skulle medlemsstaterna sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 10 augusti 2000.

4 Första gasdirektivet upphävdes och ersattes från och med den 1 juli 2004 av Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/55/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 98/30/EG (EUT L 176, s. 57).

2. *Nationell rätt*

Fransk rätt

5 I artikel 1 i lag nr 46-628 av den 8 april 1946 om nationalisering av elektricitet och gas (loi sur la nationalisation de l'électricité et du gaz) (JORF av den 9 april 1946, s. 2651) (nedan kallad 1946 års lag), som upphävdes genom beslut 2011-504 av den 9 maj 2011 om en kodifiering av energibestämmelserna (ordonnance portant codification de la partie législative du code de l'énergie) (JORF av den 10 maj 2011, s. 7954), föreskrevs följande:

”Från och med antagandet av denna lag nationaliseras:

…

2° Produktion, överföring, distribution, import och export av brännbar gas.

…”

6 Före ändringen genom lag 2004-803 av den 9 augusti 2004 om allmännyttiga tjänster för elektricitet och gas samt om elektricitets- och gasföretag (loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières) (JORF av den 11 augusti 2004, s. 14256), föreskrevs följande i artikel 3 första stycket i 1946 års lag:

”Förvaltningen av nationaliserade gasföretag ska anförtros ett offentligt industriellt och kommersiellt organ kallat Gaz de France (GDF), Service National.”

7 Fram till dess att lag 2003-8 av den 3 januari 2003 om marknaderna för gas och elektricitet samt om allmännyttiga tjänster för energiförsörjning (loi relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie) (JORF av den 4 januari 2003, s. 265) (nedan kallad 2003 års lag) trädde i kraft, hade Gaz de France enligt 1946 års lag monopol på import och export av gas.

8 2003 års lag, som syftade till att genomföra första gasdirektivet, innebar att den franska gasmarknaden öppnades upp för konkurrens. Lagen öppnade bland annat för tillträde till gasnät och leverans av naturgas till kunder som uppfyller vissa kriterier samt upphävde monopolet beträffande import och export av gas.

9 Gaz de France ombildades till ett aktiebolag genom lag 2004-803.

Tysk rätt

10 Lag om energiförsörjningen (Energiewirtschaftsgesetz) (nedan kallad EnWG från år 1935) av den 13 december 1935 (RGBl. I, s. 1451) innehöll bestämmelser om myndigheternas tillståndsgivning och tillsyn i förhållande till tyska gasbolag.

11 Enligt 103 § i lag om förbud mot konkurrensbegränsningar (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) (nedan kallad GWB) av den 27 juli 1957 (BGBl. I, s. 1081) var vissa överenskommelser mellan bolag för energidistribution samt mellan sådana bolag och kommuner undantagna från förbudet mot att ingå avtal som snedvrider konkurrensen. Detta undantag omfattade bland annat så kallade avgränsningsavtal, genom vilka företagen hade träffat överenskommelse om att inte leverera elektricitet eller gas till varandras territorier, samt exklusiva koncessionsavtal genom vilka en kommun beviljade ett bolag en exklusiv koncession som gav bolaget möjlighet att använda offentlig mark för att bygga och driva gasnät för överföring av elektricitet och gas. För att kunna genomföras skulle dessa avtal inges till den behöriga konkurrensmyndigheten, vilken hade befogenhet att förbjuda avtalen om den ansåg att de utgjorde ett missbruk av det lagstadgade undantaget.

12 Lag om nya bestämmelser rörande energiförsörjningen (Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrecht) av den 24 april 1998 (BGBl. 1998 I, s. 730) upphävde med omedelbar verkan det undantag som var tillämpligt på avgränsningsavtalen och de exklusiva koncessionsavtalen enligt 103 § GWB. Denna lag ersatte även EnWG från år 1935 med lag om rationell energiförsörjning (Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung – Energiewirtschaftsgesetz) (nedan kallad EnWG från år 1998).

13 Genom lag om ändring av lagen om nya bestämmelser rörande energiförsörjningen (Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts) av den 20 maj 2003 (BGBl. 2003 I, s. 685) ändrades EnWG från år 1998 i syfte att genomföra första gasdirektivet.

Bakgrund till tvisten

1. *De berörda företagen*

14 Sökanden, GDF Suez SA, är resultatet av sammanslagningen mellan Gaz de France (nedan kallat GDF) och Suez den 22 juli 2008. Det är ett franskt företag som har verksamhet inom hela energikedjan inom elektricitet och naturgas, både i grossistledet och i detaljhandelsledet. Företaget är historiskt aktör i Frankrike och den främsta leverantören av naturgas i landet. Företaget är även en av de främsta leverantörerna av naturgas i Europa.

15 E.ON AG är ett tyskt företag som producerar, överför, distribuerar och tillhandahåller energi, främst naturgas och elektricitet.

16 E.ON Ruhrgas AG, som är resultatet av sammanslagningen av E.ON och Ruhrgas AG och som ägs till 100 procent av E.ON sedan den 31 januari 2003, är den största leverantören av naturgas i Tyskland och en av de främsta aktörerna på den europeiska marknaden. I beslutet av den 18 september 2002 om att godkänna denna sammanslagning uppställde tyska myndigheter krav på att E.ON Ruhrgas skulle genomföra ett program för avyttring av gas (nedan kallat avyttringsprogrammet) avseende sammanlagt 200 TWh. Denna kvantitet skulle säljas genom sex årliga auktioner på vardera 33,33 TWh. De första leveranserna skulle ske den 1 oktober 2003.

2. *MEGAL-avtalet*

17 Genom en överenskommelse av den 18 juli 1975 (nedan kallat MEGAL-avtalet), beslutade Gaz de France och Ruhrgas att gemensamt bygga och driva gasledningen MEGAL. Denna gasledning, som är i fullt bruk sedan den 1 januari 1980, är en av de huvudsakliga gasledningarna som gör det möjligt att importera gas till Tyskland och Frankrike. Ledningen, som är 461 kilometer lång, går genom södra Tyskland och förbinder den tjeckisk-tyska gränsen med den fransk-tyska gränsen mellan Waidhaus (Tyskland) och Medelsheim (Tyskland).

18 I bilaga 2 till MEGAL-avtalet definieras inmatnings- och uttagspunkterna för gas som köps av Gaz de France respektive Ruhrgas. I överenskommelsen fastställs för Ruhrgas ett visst antal uttagspunkter från MEGAL-ledningen och ytterligare uttagspunkter kan läggas till vid behov. När det gäller Gaz de France

anges uttagspunkten för nämnda gasledning, beträffande samtliga kvantiteter gas som transporteras i denna gasledning för detta företags räkning, som en punkt belägen på gränsen mellan Tyskland och Frankrike nära Habkirchen (Tyskland), så länge som parterna till MEGAL-avtalet inte träffar någon annan överenskommelse.

19 I enlighet med MEGAL-avtalet bildade Gaz de France och Ruhrgas det gemensamma företaget MEGAL GmbH Mittel-Europäische Gasleitungsgesellschaft, numera MEGAL Mittel-Europäische Gasleitungsgesellschaft mbH & Co. KG (nedan kallat MEGAL). Detta företag anförtroddes uppgiften att bygga och driva MEGAL-ledningen samt att sköta överföringen av gas genom gasledningen. Äganderätten till gasledningen tillkom MEGAL.

20 Med tillämpning av MEGAL-avtalet bildade Gaz de France och Ruhrgas även det gemensamma företaget MEGAL Finance Co. Ltd (nedan kallat MEGAL Finco). Detta företag hade till uppgift att anskaffa och förvalta det kapital som var nödvändigt för byggandet av MEGAL-ledningen.

21 Den 18 juli 1975 undertecknade Ruhrgas och Gaz de France tretton skrivelser (nedan kallade följeskrivelserna) i syfte att precisera vissa tekniska, finansiella och operationella aspekter gällande förvaltningen av MEGAL-ledningen. Bland dessa skrivelser återfinns skrivelsen kallad ”Direktion I” och skrivelsen kallad ”Direktion G”.

22 Skrivelsen kallad Direktion G har följande lydelse:

”…

Den överföringskapacitet som har tilldelats eller kommer att tilldelas Gaz de France inom ramen för ett avtal avseende överföring av gas avser den gas som har köpts eller som ska köpas av Gaz de France och som ska levereras till [MEGAL] och/eller till [MEGAL Finco] för Gaz de France räkning för transit till Frankrike och avsedd för förbrukning i Frankrike.

Den överföringskapacitet som har tilldelats eller kommer att tilldelas Ruhrgas inom ramen för ett avtal avseende överföring av gas avser överföring för övriga transitändamål samt transport av gas genom gasledningen och gas som tas ut från gasledningen i Förbundsrepubliken Tyskland, vilken är avsedd för förbrukning i Förbundsrepubliken Tyskland eller vilken köps av Ruhrgas för transit genom Förbundsrepubliken Tyskland.

…”

23 Skrivelsen kallad Direktion I har följande lydelse:

”…

Gaz de France åtar sig att inom ramen för [MEGAL-avtalet] inte leverera eller tillhandahålla gas i någon form, direkt eller indirekt, till kunder i Förbundsrepubliken Tyskland.

…”

24 Den 22 juni 1976 anmälde Ruhrgas och Gaz de France bildandet av MEGAL och MEGAL Finco till Bundeskartellamt (den tyska konkurrensmyndigheten).

25 Genom ett avtal av den 13 augusti 2004 (nedan kallad 2004 års avtal) bekräftade Gaz de France och E.ON Ruhrgas att de sedan länge ansåg att skrivelserna Direktion G och Direktion I var ”ogiltiga”. Nämnda avtal upphävde dessa skrivelser med retroaktiv verkan.

26 Den 5 september 2005 undertecknade Gaz de France och E.ON Ruhrgas ett konsortieavtal (nedan kallat 2005 års avtal) som trädde i kraft den 13 oktober 2005. I avtalet omformulerades deras avtalsförhållande beträffande MEGAL. I konsortieavtalet stipulerades att MEGAL-parterna förfogar över ”nyttjanderättigheter” i förhållande till sin andel i MEGAL-ledningens kapacitet. Detta avtal kompletterades av ett tillfälligt avtal av den 9 september 2005 (nedan kallat det tillfälliga avtalet).

27 Den 23 mars 2006 ingick Gaz de France och E.ON ett avtal som innebar att alla övriga avtal rörande MEGAL som ingåtts mellan dessa parter före 2005 års avtal upphörde att gälla.

3. *Det administrativa förfarandet*

28 Den 5 maj 2006 antog kommissionen flera beslut riktade till Gaz de France och E.ON samt till deras dotterbolag angående deras skyldighet att underkasta sig en inspektion i enlighet med artikel 20 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1). Inspektioner ägde rum den 16 och den 17 maj 2006.

29 Med tillämpning av artikel 18 i förordning nr 1/2003 skickade kommissionen vid flera tillfällen begäran om upplysningar till Gaz de France, E.ON och E.ON Ruhrgas (nedan gemensamt kallade de aktuella företagen).

30 Den 18 juli 2007 inledde kommissionen ett förfarande i enlighet med artikel 11.6 i förordning nr 1/2003.

31 Den 9 juni 2008 skickade kommissionen ett meddelande om invändningar till de aktuella företagen. Som svar på detta meddelande ingav företagen skriftliga yttranden och redogjorde för deras inställning vid ett muntligt hörande som ägde rum den 14 oktober 2008.

32 Den 27 mars 2009 underrättade kommissionen de aktuella företagen om sådana ytterligare faktiska omständigheter som beaktats efter antagandet av meddelandet om invändningar och anmodade företagen att yttra sig skriftligt angående dessa omständigheter. Kommissionen medgav även de aktuella företagen tillgång till icke-konfidentiella versioner av deras respektive svar på meddelandet om invändningar samt de handlingar som kommissionen samlat in efter antagandet av detta meddelande. De aktuella företagen inkom med sina yttranden den 4 maj 2009 (sökanden) och den 6 maj 2009 (E.ON och E.ON Ruhrgas).

Det angripna beslutet

33 Den 8 juli 2009 antog kommissionen beslut K(2009) 5355 slutligt om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/39.401 – E.ON/GDF) (nedan kallat det angripna beslutet). En sammanfattning av beslutet offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 16 oktober 2009 (EUT C 248, s. 5).

34 I det angripna beslutet angav kommissionen att det berörda beteendet bestod i ett avtal och/eller ett samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 81 EG mellan de aktuella företagen. Det berörda beteendet bestod i ett åtagande att inte träda in på varandras hemmamarknader – eller att endast göra det i begränsad utsträckning – och att således skydda sina nationella marknader genom att avstå från att sälja den gas som överförs genom MEGAL-ledningen på den andra partens nationella marknad.

35 Kommissionen konstaterade bland annat att MEGAL-avtalet, dess bilaga 2 och skrivelserna Direktion G och Direktion I utgjorde avtal i den mening som avses i artikel 81.1 EG, eftersom de aktuella företagen hade uttryckt en vilja att anta ett visst beteende på marknaden. Enligt kommissionen begränsade dessa avtal företagens kommersiella beteende genom att begränsa deras användning av den gas som överförs genom MEGAL-ledningen.

36 Kommissionen framhöll även att de aktuella företagen hade träffats vid flera tillfällen för att diskutera deras ömsesidiga försäljningsstrategier i Frankrike och i Tyskland beträffande den gas som överförs genom MEGAL-ledningen och för att utbyta upplysningar om deras respektive strategi. Enligt

kommissionen syftade dessa kontakter och detta utbyte av kommersiellt känsliga upplysningar till att påverka företagens kommersiella beteende, att genomföra innehållet i skrivelserna Direktion G och Direktion I samt att anpassa skrivelsernas innehåll till de nya villkoren på marknaden med anledning av avregleringen av de europeiska gasmarknaderna (nedan kallad avregleringen), utan att de inskränkningar som fastställts i skrivelserna för den skull upphävdes.

37 Kommissionen ansåg följaktligen att de aktuella företagens beteende, som bestod i ett ursprungligt avtal om uppdelning av marknaderna och samordnade förfaranden i form av regelbundna möten i syfte att träffa överenskommelser och att genomföra nämnda avtal under mer än 25 år, utgjorde en enda fortlöpande överträdelse och ”var till sitt syfte konkurrensbegränsande”.

38 När det gäller tidpunkten då överträdelsen inleddes, fann kommissionen att överträdelsen i Tyskland hade inletts från och med den dag då MEGAL-ledningen togs i drift, det vill säga den 1 januari 1980. I Frankrike ansåg kommissionen att överträdelsen hade inletts den dag då första gasdirektivet borde ha genomförts, det vill säga den 10 augusti 2000. På grund av det lagstadgade monopolet avseende import och leverans av gas, som följde av 1946 års lag, ansåg kommissionen nämligen att det aktuella beteendet inte hade kunnat inskränka konkurrensen före avregleringen av gasmarknaden. Även om första gasdirektivet hade genomförts i Frankrike år 2003, framhöll kommissionen att konkurrensen hade kunnat inskränkas från och med den 10 augusti 2000, eftersom sökandens konkurrenter från och med detta datum hade kunnat genomföra leveranser till berättigade kunder i Frankrike.

39 När det gäller tidpunkten för överträdelsens upphörande, framhöll kommissionen att även om de aktuella företagen officiellt hade upphävt skrivelserna Direktion G och Direktion I från och med den 13 augusti 2004, upphörde de inte att tillämpa de inskränkningar som hindrade sökanden från att använda uttagspunkterna från MEGAL-ledningen i Tyskland förrän i slutet av september 2005, med undantag för sådana volymer som köpts inom ramen för avyttringsprogrammet. Kommissionen ansåg vidare att det förhållandet att sökanden från och med år 2004 hade köpt gas från E.ON Ruhrgas som härrörde från MEGAL-ledningen med avsikt att leverera den i Tyskland inte innebar att överträdelsen hade upphört, eftersom sökandens försäljning av gas i Tyskland som härrörde från MEGAL-ledningen motsvarade de volymer som sökanden hade köpt inom ramen för avyttringsprogrammet.

40 Mot denna bakgrund ansåg kommissionen att den överträdelse som sökanden och E.ON Ruhrgas gjort sig skyldiga till åtminstone hade pågått från och med den 1 januari 1980 till och med den 30 september 2005 såvitt avser den överträdelse som begåtts i Tyskland och åtminstone från och med den 10 augusti 2000 till och med den 30 september 2005 såvitt avser den överträdelse som begåtts i Frankrike. Eftersom E.ON förvärvade kontrollen över E.ON Ruhrgas den 31 januari 2003 var E.ON enligt kommissionen ”gemensamt och solidariskt ansvarigt” med E.ON Ruhrgas för en överträdelse som pågått från och med den 31 januari 2003 till och med den 30 september 2005.

41 Kommissionen påförde således de aktuella företagen böter med stöd av artikel 23.2 i förordning nr 1/2003. För detta ändamål tillämpade kommissionen den metod som anges i riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 (EUT C 210, 2006, s. 2) (nedan kallade 2006 års riktlinjer).

42 Kommissionen ansåg härvid att den försäljning som berördes av överträdelsen var försäljning av gas som överfördes av de aktuella företagen genom MEGAL-ledningen till kunder i Tyskland och till berättigade kunder i Frankrike, med undantag för försäljning som genomfördes inom ramen för avyttringsprogrammet.

43 Med hänsyn till överträdelsens allvar, tillämpade kommissionen en utgångsandel på 15 procent av den berörda försäljningen.

44 När det gäller den tid som överträdelsen pågick och som beaktades för fastställandet av bötesbeloppet, fastställde kommissionen, såvitt avser Frankrike, perioden 10 augusti 2000–30 september 2005, det vill säga fem år, en månad och 20 dagar. Kommissionen ansåg, såvitt avser Tyskland, att det fanns

anledning att begränsa den period för vilken böter skulle påföras. Denna period ansågs löpa från den 24 april 1998, det datum då den tyska lagstiftaren upphävde det faktiska monopol som förelåg i landet på grund av det undantag som gällde för avtalen om uppdelning av marknaden, till och med den 30 september 2005, det vill säga sju år och fem månader.

45 När det gäller den aktuella överträdelsens art tillämpade kommissionen avseende kartellen även tillägg på 15 procent av den berörda försäljningen.

46 Med hänsyn till de särskilda omständigheterna i det aktuella fallet, ansåg kommissionen att det fanns anledning att undantagsvis fastställa ett identiskt grundbelopp för de båda aktuella företagen. För att inte förfördela något av företagen, fastställde kommissionen grundbeloppet till ett belopp som motsvarade det lägsta försäljningsvärdet. Kommissionen fastställde således samma grundbelopp för böterna för samtliga aktuella företag, det vill säga 553 miljoner euro.

47 Eftersom kommissionen inte konstaterade några försvårande eller förmildrande omständigheter, gjordes inte någon justering av grundbeloppet.

48 Kommissionen ålade således E.ON och E.ON Ruhrgas (såsom gemensamt och solidariskt ansvariga) att betala böter på 553 miljoner euro samt ålade sökanden att betala böter till samma belopp.

49 Artiklarna 1 och 2 i det angripna beslutets artikeldel har följande lydelse:

”*Artikel 1*

[De aktuella företagen] har begått en överträdelse av artikel 81.1 [EG] genom att ingå ett avtal och delta i samordnade förfaranden inom naturgassektorn.

I fråga om [sökanden] och E.ON Ruhrgas …, pågick överträdelsen i Tyskland från den 1 januari 1980 till åtminstone den 30 september 2005, och i Frankrike från den 10 augusti 2000 till åtminstone den 30 september 2005. E.ON:s … överträdelse pågick mellan den 31 januari 2003 och den 30 september 2005.

Artikel 2

För överträdelsen och överträdelserna enligt artikel 1 fastställs följande böter:

a) E.ON Ruhrgas … och E.ON …, åläggs gemensamt och solidariskt 553 000 000 EUR

b) [sökanden] … åläggs 553 000 000 EUR

…”

Förfarandet och parternas yrkanden

50 Sökanden väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 18 september 2009.

51 I skrivelse som ingavs den 25 september 2009 begärde sökanden att vissa avsnitt i ansökan skulle behandlas konfidentiellt i förhållande till tredjeman.

52 I skrivelse som ingavs den 8 juli 2010 begärde sökanden att vissa avsnitt i bilagorna till ansökan, till svaromålet och till repliken skulle behandlas konfidentiellt i förhållande till tredjeman.

53 I skrivelse som ingavs den 25 september 2009 begärde sökanden att vissa avsnitt i dupliken skulle behandlas konfidentiellt i förhållande till tredjeman.

54 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (femte avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och, som processledande åtgärd enligt artikel 64 i tribunalens rättegångsregler, anmoda parterna att skriftligen besvara en fråga och att inge vissa handlingar. Parterna efterkom denna anmodan inom utsatt tid.

55 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens frågor vid förhandlingen den 21 september 2011. På tribunalens begäran ingav sökanden dessutom en handling vid förhandlingen.

56 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

— i första hand, helt eller delvis ogiltigförklara artikel 1 i det angripna beslutet i den mån sökanden tillskrivs ansvar för att ha överträtt artikel 81.1 EG genom att ha deltagit i ett avtal och samordnande förfaranden inom naturgassektorn, och detta åtminstone avseende perioden 1 januari 1980–30 september 2005 såvitt avser den överträdelse som begåtts i Tyskland och åtminstone perioden 10 augusti 2000–30 september 2005 såvitt avser den överträdelse som begåtts i Frankrike, och följaktligen även ogiltigförklara artikel 3 i det angripna beslutet där sökanden förpliktas upphöra med de överträdelser som fastställts i artikel 1 eller som har ett identiskt eller liknande syfte eller en sådan verkan,

— i andra hand, undanröja eller väsentligt nedsätta de böter som påförts sökanden enligt artikel 2 i det angripna beslutet,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

57 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

58 Sökanden har i första hand yrkat att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras och i andra hand att de böter som påförts sökanden genom detta beslut ska undanröjas eller sättas ned.

A – *Yrkandet om att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras till viss del*

59 Till stöd för yrkandet om att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras till viss del har sökanden åberopat fyra grunder. I den första grunden görs gällande att kommissionen vid tillämpningen av artikel 81 EG gjorde en felaktig rättstillämpning och en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna när det gäller frågan huruvida det förelåg ett avtal och/eller ett samordnat förfarande före augusti 2000. I den andra grunden görs gällande att kommissionen vid tillämpningen av artikel 81 EG gjorde en felaktig rättstillämpning och en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna när det gäller frågan huruvida det förelåg ett avtal och/eller ett samordnat förfarande efter augusti 2000. I den tredje grunden anförs en uppenbar avsaknad av bevisning när det gäller förekomsten av ett avtal och/eller ett samordnat förfarande som syftade till att begränsa E.ON:s och E.ON Ruhrgas (i fortsättningen utan åtskillnad kallade E.ON när det är fråga om Ruhrgas) användning i Frankrike av gas som transporteras i MEGAL-ledningen. I den fjärde grunden görs gällande att kommissionen vid tillämpningen av artikel 81 EG gjorde en felaktig rättstillämpning och en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna när det gäller frågan huruvida det förelåg ett avtal och/eller ett samordnat förfarande mellan de aktuella företagen efter augusti 2004.

1. *Den första grunden: Huruvida kommissionen vid tillämpningen av artikel 81 EG gjorde en felaktig rättstillämpning och en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna när det gäller frågan huruvida det förelåg ett avtal och/eller ett samordnat förfarande före augusti 2000*

60 Denna grund, i vilken sökanden har gjort gällande att kommissionen gjorde en felaktig tillämpning av artikel 81 EG när den ansåg att följeskrivelserna innebar en överträdelse av denna artikel före augusti 2000, är uppdelad i tre delar. Den första delen avser ett åsidosättande av artikel 81 EG med hänsyn till att de aktuella skrivelserna saknade ett konkurrensbegränsande syfte eller konkurrensbegränsande resultat (ens potentiellt) före augusti 2000. Den andra delen avser ett åsidosättande av artikel 81 EG med hänsyn till att det inte förelåg någon påverkan på handeln mellan medlemsstaterna före augusti 2000. Den tredje delen avser ett åsidosättande av artikel 81 EG, reglerna om bevisningen och motiveringsskyldigheten med hänsyn till att det inte förelåg någon bevisning som styrkte förekomsten av den påstådda överträdelsen från januari 1980 till och med februari 1999.

a) Den första delen

61 I denna del av den aktuella grunden har sökanden gjort gällande att kommissionen åsidosatte artikel 81 EG med hänsyn till att följeskrivelserna varken hade till syfte eller resultat (ens potentiellt) att begränsa konkurrensen på de tyska och franska gasmarknaderna före augusti 2000.

62 Tribunalen erinrar om att det följer av artikel 81.1 EG att alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen inom den gemensamma marknaden är oförenliga med den gemensamma marknaden och förbjudna.

63 Villkoren att ett samordnat förfarande måste ha ett konkurrensbegränsande syfte respektive ett konkurrensbegränsande resultat utgör inte kumulativa utan alternativa villkor vid bedömningen av huruvida ett sådant avtal omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG. Enligt fast rättspraxis leder emellertid den omständigheten att detta villkor är alternativt, vilket markeras genom konjunktionen ”eller”, till att man först måste beakta själva syftet med avtalet med hänsyn till det ekonomiska sammanhang i vilket det ska tillämpas. Om en analys av avtalets innehåll inte påvisar ett tillräckligt stort ingrepp i konkurrensen bör sedan avtalets resultat prövas. För att avtalet ska kunna omfattas av förbudet bör det krävas att sådana omständigheter föreligger som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits. Det framgår även av rättspraxis att det inte är nödvändigt att undersöka vad ett avtal har för resultat, om det redan framgår att det har ett konkurrensbegränsande syfte (se domstolens dom av den 6 oktober 2009 i de förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen m.fl., REG 2009, s. I-9291, punkt 55 och där angiven rättspraxis).

64 Vid bedömningen av frågan om huruvida ett avtal ska anses vara konkurrensbegränsande ska ledning sökas i innehållet i avtalets bestämmelser, de mål som detta strävar efter att uppnå och det ekonomiska och juridiska sammanhang avtalet ingår i. Dessutom är det så att även om partsavsikten inte är av avgörande betydelse för att fastställa ett avtals begränsande syfte, så föreligger det inte något hinder för kommissionen eller unionsdomstolarna att beakta densamma (se domen i de ovan i punkt 63 nämnda förenade målen GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen m.fl., punkt 58 och där angiven rättspraxis).

65 Ett avtal kan för övrigt anses ha ett begränsande syfte även om det inte har som enda syfte att begränsa konkurrensen utan även eftersträvar andra legitima syften (se domstolens dom av den 6 april 2006 i mål C-551/03 P, General Motors mot kommissionen, REG 2006, s. I-3173, punkt 64 och där angiven rättspraxis).

66 Slutligen påpekar tribunalen att domstolen vid flera tillfällen har fastställt att avtal som avskärmar de nationella marknaderna vid de nationella gränserna eller försvårar integrationen av de nationella marknaderna, och särskilt avtal som innebär ett förbud för eller en begränsning av parallellexport,

utgör avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 81 EG (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 63 nämnda förenade målen GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen m.fl., punkt 61 och där angiven rättspraxis).

67 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som tribunalen ska pröva de två anmärkningar som riktats mot kommissionen i denna del, nämligen en felaktig rättstillämpning och en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna samt en uppenbart oriktig bedömning.

68 Sökanden har för det första gjort gällande att kommissionen gjorde en felaktig rättstillämpning och en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna när den fann att följeskrivelserna hade ett konkurrensbegränsande syfte från januari 1980 till och med augusti 2000. Sökanden har härvid anfört två uppsättningar argument, vilka avser att kommissionen inte beaktade de rättsliga och ekonomiska förhållanden som rådde vid tidpunkten för undertecknandet av följeskrivelserna (se nedan punkterna 76–111), och att kommissionen inte beaktade ändamålet med MEGAL-ledningen och dessa skrivelser (se nedan punkterna 73–75).

69 Sökanden har för det andra hävdat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den ansåg att det förhållandet att sökanden inte hade någon försäljning i Tyskland mellan åren 1980 och 2000 berodde på att det förelåg en konkurrensbegränsande samverkan till följd av följeskrivelserna. Till stöd för detta har sökanden i huvudsak anfört tre uppsättningar argument, vilka avser att kommissionens ställningstagande är motsägelsefullt (se nedan punkt 71), att exemplen Wingas och Mobil (se nedan punkterna 102 och 103) inte är relevanta och att kommissionen genom att enbart intressera sig för den tyska marknaden och genom att inte ha visat att den franska marknaden, ens potentiellt, var konkurrensutsatt år 1975, eller till och med före år 2000, inte har styrkt att själva syftet med följeskrivelserna, som påståtts vara att skydda vart och ett av de berörda företagens hemmamarknad, utgjorde ett konkurrensbegränsande avtal för uppdelning av marknader (se nedan punkt 70).

70 Inledningsvis konstaterar tribunalen att de argument som anförts inom ramen för den tredje uppsättningen argument, vilka anförts till stöd för den andra anmärkningen mot kommissionen och vilka framfördes för första gången i samband med repliken, inte kan godtas. Det är därvid inte nödvändigt att pröva huruvida argumenten kan upptas till sakprövning. Det förhållandet att det avtal som grundas på följeskrivelserna – till följd av det monopol som förelåg på den franska marknaden – enbart omfattade den tyska gasmarknaden fram till och med den 10 augusti 2000, och således inte var ömsesidigt fram till och med detta datum, utgör nämligen inte hinder för ståndpunkten att de aktuella företagen hade ingått ett avtal som syftade till en uppdelning av marknaderna. Även om den franska gasmarknaden var monopolistisk, existerade emellertid denna marknad, vilket innebär att avsaknaden av konkurrens på denna marknad på grund av ett monopol inte leder till slutsatsen att det inte fanns någon marknad. Det aktuella avtalet hade således, såsom kommissionen påpekade i skäl 244 i det angripna beslutet, till syfte att förstärka monopolen före avregleringen och att försena dess verkan. Mot denna bakgrund kunde kommissionen med rätta göra bedömningen att följeskrivelserna utgjorde ett avtal om uppdelning av marknaderna. Det saknar för övrigt betydelse, när det gäller förekomsten av överträdelsen, huruvida det avtal som ingåtts genom följeskrivelserna hade ingåtts i de aktuella företagens kommersiella intresse, om det på grundval av bevisningen i kommissionens handlingar i ärendet kan styrkas att de aktuella företagen verkligen ingick detta avtal (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i de förenade målen T-67/00, T-68/00, T-71/00 och T-78/00, JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-2501, punkt 185), vilket är fallet i förevarande mål. Även det förhållandet att E.ON, på grund av det monopol som förelåg på den franska gasmarknaden, i ett första skede inte kunde dra fördel av detta avtal eller saknade ett intresse av att ingå detta avtal, påverkar inte det aktuella avtalets konkurrensbegränsande syfte.

71 Tribunalen godtar inte heller de argument som anförts inom ramen för den första uppsättningen argument till stöd för den andra anmärkningen genom vilken sökanden har gjort gällande att kommissionens resonemang – att den tyska gasmarknaden var öppen för konkurrens mellan åren 19

80 och 2000 – står i strid med det förhållandet att kommissionen medgav att det förelåg flera hinder för inträde på denna marknad före avregleringen och bedömningen att följeskrivelserna inte hade kunnat ha någon väsentlig inverkan på konkurrensen före åren 1998–2000. En marknad kan nämligen vara öppen för konkurrens samtidigt som det föreligger hinder för inträde på marknaden. Det förhållandet att ett avtal har väsentlig inverkan först från och med ett visst datum innebär inte att avtalet inte har någon inverkan före detta datum.

72 Tribunalen ska därefter pröva de argument som framförts till stöd för den första anmärkningen, vilka syftar till att visa att kommissionen gjorde en felaktig rättstillämpning och en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna när den fann att följeskrivelserna hade ett konkurrensbegränsande syfte från januari 1980 till och med augusti 2000.

73 När det för det första gäller ändamålet med MEGAL-ledningen och följeskrivelserna godtar tribunalen inte sökandens argumentation.

74 När det gäller ändamålet med MEGAL-ledningen erinrar tribunalen om att det följer av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 65 att ett avtal kan anses ha ett begränsande syfte även om det inte har som enda syfte att begränsa konkurrensen utan även eftersträvar andra legitima syften. Även om det antas att byggandet av MEGAL-ledningen kan ha haft till syfte att säkerställa och diversifiera gasförsörjningen i Frankrike, kan det inte uteslutas att avtalet avseende denna ledning inte desto mindre kan ha ett konkurrensbegränsande syfte eller konkurrensbegränsande verkningar. Det förstnämnda antagandet är således inte tillräckligt för att avtalet ska anses rättsenligt i enlighet med artikel 81 EG. Av samma skäl godtar tribunalen inte sökandens argument angående det avtal som ingåtts mellan sökanden och MEGAL Finco den 20 juli 1981, vars rättsliga karaktär sökanden, mot bakgrund av syftet att säkerställa och diversifiera gasförsörjningen, anser är jämförbart med ett transitavtal och följaktligen rättsenligt. Detta avtal omfattas inte av det angripna beslutet och kommissionen ansåg inte att det utgjorde en konkurrensbegränsande samverkan eller bidrog till den samverkan som konstaterats i förevarande fall.

75 När det gäller ändamålet med följeskrivelserna är det tillräckligt att konstatera att, även om det antas att dessa, såsom sökanden har påstått, avsåg [*konfidentiellt*] [1], kan det mot bakgrund av denna omständighet inte uteslutas att dessa skrivelser även kunde ha haft ett konkurrensbegränsande syfte eller en konkurrensbegränsande verkan. Under alla omständigheter har sökanden inte åberopat någon direkt bevisning som härrör från tidpunkten för deras undertecknande som kan visa att följeskrivelserna syftade till [*konfidentiellt*]. De handlingar som åberopats av sökanden i detta avseende i svaret på meddelandet om anmärkningar och i dess inlagor till tribunalen, härrör nämligen från år 2004 och år 2006, varvid den sistnämnda skrivelsen hänvisar till [*konfidentiellt*]. Av lydelsen i skrivelserna Direktion G eller Direktion I framgår inte någon omständighet som stöder slutsatsen att skrivelserna motsvarade [*konfidentiellt*].

76 När det gäller de rättsliga och ekonomiska förhållanden som rådde vid tidpunkten för undertecknandet av följeskrivelserna, har sökanden grundat sina argument på att det saknades ett avregleringsperspektiv och det förhållandet att de aktuella företagen inte kunde vara konkurrenter på den tyska och den franska gasmarknaden före år 2000.

77 När det gäller avregleringsperspektivet vid undertecknandet av följeskrivelserna, godtar tribunalen inte sökandens argumentation angående avsaknaden av sådana perspektiv.

78 Det finns visserligen ingenting som stöder ståndpunkten att en avreglering var förutsebar på kort eller medellång sikt. I synnerhet de omständigheter som åberopats av kommissionen i sina inlagor kan inte styrka att så hade varit fallet. Kommissionen har nämligen hävdat att de första stegen som ledde till en

1 — Dolda uppgifter.

avreglering togs under åttiotalet. Kommissionen har för detta ändamål hänvisat till olika texter, varvid den äldsta är vitboken av den 14 juni 1985 om slutförandet av den inre marknaden. Denna text utkom mer än tio år efter det att följeskrivelserna undertecknats, och behandlar för övrigt inte energisektorn. Kommissionens argument om att denna vitbok kunde ligga till grund för ståndpunkten att det i inledningen av projektet att bygga MEGAL-ledningen kunde förväntas att nya områden skulle avregleras, är inte relevant i ett kort eller medellångt perspektiv. När det gäller de övriga texter som åberopats av kommissionen är dessa av senare datum än den aktuella vitboken och är från år 1990, såvitt avser rådets direktiv 90/377/EEG av den 29 juni 1990 om ett gemenskapsförfarande för att främja öppenheten beträffande prissättningen på gas och el levererad till industriella slutanvändare (EGT L 185, s. 16; svensk specialutgåva, område 15, volym 9, s. 236), från år 1991, såvitt avser rådets direktiv 91/296/EEG av den 31 maj 1991 om transitering av naturgas genom gasledningsnät (EGT L 147, s. 37; svensk specialutgåva, område 12, volym 2, s. 143) och år 1994, såvitt avser Europaparlamentets och rådets direktiv 94/22/EG av den 30 maj 1994 om villkoren för beviljande och utnyttjande av tillstånd för prospektering efter samt undersökning och utvinning av kolväten (EGT L 164, s. 3; svensk specialutgåva, område 6, volym 4, s. 237). Förslaget som ledde till det första gasdirektivet är från år 1992.

79 I förevarande fall påpekar tribunalen, i likhet med vad kommissionen har anfört, att byggandet av en gasledning såsom MEGAL-ledningen utgör en investering som är avsedd att brukas under mycket lång tid. Kommissionen har anfört, utan att motsägas av sökanden, att en gasledning i allmänhet har en livslängd på 45 till 65 år. Tribunalen konstaterar vidare att mot bakgrund av artiklarna 2 EG och 3 EG, i deras lydelse vid tidpunkten för undertecknandet av följeskrivelserna, hade gemenskapen redan vid denna tidpunkt som mål att upprätta en gemensam marknad. Genomförandet av detta mål innebar bland annat ett förbud mot kvantitativa restriktioner mellan medlemsstaterna vid import och export av varor samt mot alla övriga åtgärder med motsvarande verkan. Även domstolen hade redan vid denna tidpunkt haft tillfälle att framhålla att en isolering av de nationella marknaderna är oförenlig med ett av fördragets viktigaste mål, nämligen förenandet av de nationella marknaderna till en enda inre marknad (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 3 juli 1974 i mål 192/73, Van Zuylen, REG 1974, s. 731, punkt 13, svensk specialutgåva, volym 2, s. 331).

80 Mot denna bakgrund finner tribunalen att vid tidpunkten för undertecknandet av följeskrivelserna, kunde en avreglering inte uteslutas på lång sikt och utgjorde en del av de rimligen förutsebara framtidsutsikterna. Detta förhållande har för övrigt i huvudsak bekräftats av E.ON, som i sitt svar på meddelandet om invändningar, vilket framgår av skäl 245 i det angripna beslutet, angav att skrivelsen Direktion I hade antagits ”som en försiktighetsåtgärd … för att undvika att även rent teoretiska risker, förknippade med en sådan förändring av de rättsliga och ekonomiska villkoren som det var omöjligt att helt utesluta, inte äventyrade projektet”. Även om sökanden vid förhandlingen inte ställde sig bakom detta uttalande, visar det åtminstone att en rättslig och ekonomisk utveckling för ett av de aktuella företagen inte var fullständigt utesluten och att skrivelsen Direktion I syftade till att gardera sig mot denna utveckling.

81 När det gäller påståendet att det inte förelåg någon konkurrens på den tyska och den franska gasmarknaden före år 2000 påpekar tribunalen att artikel 81.1 EG, med hänsyn till villkoren i denna artikel beträffande påverkan på handeln mellan medlemsstaterna och inverkan på konkurrensen, endast är tillämplig på sektorer som är öppna för konkurrens (se analogt, när det gäller liknande villkor i artikel 87.1 EG, förstainstansrättens dom av den 15 juni 2000 i de förenade målen 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 och T-23/98, Alzetta m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-2319, punkt 143).

82 Tribunalen framhåller att bedömningen av konkurrensvillkoren på en given marknad inte bara ska baseras på den nuvarande konkurrensen mellan de företag som redan finns på den aktuella marknaden, utan även på den potentiella konkurrensen, för att fastställa om det finns verkliga och konkreta möjligheter för de berörda företagen att konkurrera med varandra med hänsyn till marknadens struktur och det ekonomiska och rättsliga sammanhang som råder på marknaden, eller om en ny konkurrent kan träda in på den

relevanta marknaden och konkurrera med de etablerade företagen (domstolens dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, Delimitis, REG 1991, s. I-935, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-65, förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, European Night Services m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. II-3141, punkt 137, och tribunalens dom av den 14 april 2011 i mål T-461/07, Visa Europe och Visa International Service mot kommissionen, REU 2011, s. II-1729, punkt 68).

83 För att undersöka om ett företag utgör en potentiell konkurrent på en marknad, ska kommissionen pröva huruvida företaget skulle ha haft faktiska och konkreta möjligheter att inträda på nämnda marknad och konkurrera med där etablerade företag om det aktuella avtalet inte hade tillämpats. Sådan bevisning får inte enbart vila på ett antagande utan måste ha stöd i de faktiska omständigheterna eller en analys av den relevanta marknadens struktur. Således kan ett företag inte kvalificeras som en potentiell konkurrent om inte dess marknadsinträde åtföljs av en hållbar ekonomisk strategi (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 82 nämnda målet Visa Europe och Visa International Service mot kommissionen, punkterna 166 och 167).

84 Härav följer med nödvändighet att även om ett företags avsikt att inträda på en marknad eventuellt är av betydelse för prövningen av huruvida företaget kan betraktas som en potentiell konkurrent på denna marknad, är den grundläggande omständighet som en sådan kvalificering ska grundas på likväl dess förmåga att inträda på denna marknad (domen i det ovan i punkt 82 nämnda målet Visa Europe och Visa International Service mot kommissionen, punkt 168).

85 I förevarande fall ska situationen på den franska gasmarknaden särskiljas från situationen på den tyska gasmarknaden.

86 När det gäller den franska marknaden är det utrett att det monopol på import och leverans av gas som sökanden åtnjöt sedan år 1946 upphävdes först den 1 januari 2003, och detta trots att fristen för att införliva det första gasdirektivet med nationell rätt löpte ut den 10 augusti 2000. Fram till och med åtminstone sistnämnda datum förelåg således ingen konkurrens, inte ens potentiell, på den franska gasmarknaden, och det aktuella beteendet kunde inte på denna marknad omfattas av artikel 81 EG. När det gäller den situation som förelåg efter detta datum kommer tribunalen att pröva denna i samband med den tredje grunden.

87 När det gäller den tyska marknaden, tillbakavisade kommissionen i skäl 30 i det angripna beslutet påståendet att sökanden aldrig var en potentiell konkurrent till E.ON före avregleringen. Kommissionen framhöll att tysk rätt aldrig har förbjudit nya leverantörer från att inträda på marknaden. Däremot var det tillåtet för befintliga aktörer att uppställa betydande hinder för marknadsinträde genom att ingå avtal som var undantagna från en tillämpning av konkurrenslagstiftningen. Vidare angav kommissionen att undantaget för dessa avtal inte var absolut, utan att det var underkastat vissa villkor. De avtal för vilka ett undantag åberopades måste ha anmälts till den behöriga konkurrensmyndigheten, vilken kunde förbjuda ett avtal om den ansåg att detta utgjorde ett missbruk av det lagstadgade undantaget. Slutligen framhöll kommissionen med hänvisning till ärendena Wingas och Mobil att möjligheten att leverera i konkurrens, trots de mycket betydande hindren för inträde på marknaden, inte endast var teoretisk. Kommissionen drog slutsatsen att det var möjligt för sökanden att sälja gas på E.ON:s traditionella försörjningsområde, trots de betydande hindren för marknadsinträde, vilket innebar att sökanden kunde anses som en potentiell konkurrent till E.ON under hela den berörda perioden. Kommissionen angav vidare i skäl 240 i det angripna beslutet att den inte bestred vare sig hindren för marknadsinträde eller det förhållandet att den gränsöverskridande konkurrensen var marginell mellan de befintliga aktörerna. Vidare framhöll kommissionen i skäl 294 i det angripna beslutet att varken EnWG från år 1935 eller 103 § GWB föreskrev något lagstadgat monopol för E.ON eller för någon annan befintlig aktör på tyskt territorium.

88 Sökanden har ifrågasatt dessa bedömningar och gjort gällande att den tyska gasmarknaden var helt stängd för konkurrens på grund av hinder i lag och andra författningar, marknadens struktur och att det inte förelåg någon rätt för tredjeman att få tillgång till gasnätet. Sökanden var således inte en konkurrent till E.ON på denna marknad.

89 Det ska således göras en åtskillnad mellan å ena sidan perioden 1980 till 1998 och å andra sidan perioden 1998 till 2000.

90 När det gäller perioden 1980 till 1998, påpekar tribunalen att fram till och med den 1 januari 1990 föreskrevs det i 103 § femte stycket GWB att en vägran att medge tillträde till ett gasnät i allmänhet inte var oskälig om begäran om tillträde syftade till att leverera gas till en kund belägen inom det geografiska område som betjänas av den distributör till vilken begäran framställdes. Såsom kommissionen har påpekat gällde detta slags presumtion om att en vägran att medge tillträde till gasnätet är rättsenlig, visserligen enbart som allmän regel och på vissa villkor. Såsom sökanden har hävdat utan att ifrågasättas av kommissionen, har Bundesgerichtshof (högsta domstolen i Tyskland) i en dom av den 15 november 1994 (NJW 1995, s. 2718), fastställt att det på grundval av 103 § GWB, i dess lydelse före år 1990, i praktiken var uteslutet att kontrollera om det förelåg missbruk av dominerande ställning när det gäller anslutningar till gasnät för överföring.

91 Vidare konstaterar tribunalen att det inte råder någon tvist mellan parterna om att avgränsningsavtalen, det vill säga de avtal genom vilka bolag för offentliga tjänster mellan sig överenskommer om att inte leverera gas till ett visst territorium, och avtalen om exklusiv koncession, det vill säga avtal genom vilka en lokal myndighet beviljar en exklusiv koncession till ett bolag som tillhandahåller offentliga tjänster varigenom detta bolag tillåts använda offentlig mark för att bygga och driva nät för gasförsörjning, fram till och med den 24 april 1998 var undantagna från bestämmelserna som förbjuder konkurrensbegränsande avtal i GWB med stöd av 103 § första stycket i denna lag.

92 Det framgår visserligen av skäl 23 i det angripna beslutet att dessa avtal måste anmälas till Bundeskartellamt för att kunna genomföras och att denna myndighet hade befogenhet att förbjuda avtalen om den ansåg att de aktuella avtalen utgjorde missbruk av bestämmelserna. Såsom kommissionen har anfört fanns det emellertid inte någon skyldighet för något företag att delta i avgränsningsavtalen och dessa var endast bindande för avtalsparterna. Avtalen kunde således inte användas för att förbjuda tredjeman, såsom sökanden, att sälja gas.

93 Det framgår emellertid av skäl 24 i det angripna beslutet att en kumulerad tillämpning av avgränsningsavtal och exklusiva koncessionsavtal de facto hade lett till ett system med exklusiva försörjningsområden inom vilka ett enda gasföretag skötte leveransen till gaskunder. Det förelåg dock inte något rättsligt förbud för andra bolag att leverera gas.

94 Kommissionen medgav för övrigt, i skäl 371 i det angripna beslutet, att de befintliga tyska leverantörerna hade ett faktiskt monopol inom deras respektive försörjningsområde. Kommissionen har även i sina inlagor bekräftat detta och där angett att det under åren 1980 till 1998 förelåg ”geografiska de facto-monopol” eller ”rent faktiska monopol”.

95 Mot denna bakgrund finner tribunalen att den tyska gasmarknaden, åtminstone till och med den 24 april 1998, kännetecknades av att det förelåg faktiska geografiska monopol. Denna avskärmning av den tyska gasmarkanden stöds för övrigt, såvitt avser denna period, av de omständigheter som anförts av sökanden, det vill säga att marknaden var strukturerad i tre nivåer och att dessa utgjorde tre separata marknader som gjorde det nödvändigt att ingå flera överföringsavtal för att nå den slutliga kunden, samt att det inte förelåg någon bestämmelse som avsåg tredjemans rätt att få tillgång till gasnätet.

96 Tribunalen konstaterar att denna situation på den tyska gasmarknaden fram till och med den 24 april 1998 kunde leda till att all konkurrens, såväl den faktiska som den potentiella, var utesluten på denna marknad. Tribunalen framhåller att den tidigare har fastställt att geografiska monopol som innehades av lokala distributionsbolags hindrade all konkurrens dem emellan vid den aktuella tidpunkten (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 21 september 2005 i mål T-87/05, EDP mot kommissionen, REG 2005, s. II-3745, punkt 117).

97 Varken mot bakgrund av det angripna beslutet eller handlingarna i målet kan det anses styrkt att det fram till och med den 24 april 1998 fanns en faktisk och konkret möjlighet för sökanden att träda in på den tyska gasmarknaden och konkurrera med de etablerade företagen – såsom fordras enligt den rättspraxis som angetts ovan i punkterna 82 och 83 – om det aktuella avtalet inte hade tillämpats och trots de ovan i punkterna 90–95 beskrivna förhållandena som kännetecknade den tyska gasmarknaden.

98 Den omständighet som anförts i skäl 294 i det angripna beslutet, det vill säga att det i Tyskland inte förelåg något lagstadgat monopol, saknar således relevans. För att fastställa om det på en marknad föreligger en potentiell konkurrens, måste kommissionen nämligen undersöka de faktiska och konkreta möjligheterna för de berörda företagen att konkurrera med varandra eller för en ny konkurrent att träda in på denna marknad och konkurrera med de etablerade företagen. Kommissionens undersökning ska göras på grundval av en objektiv bedömning av dessa möjligheter. Det saknar därför betydelse huruvida den omständigheten att det inte finns några sådana möjligheter beror på ett monopol som grundar sig direkt på den nationella lagstiftningen eller, indirekt, på den faktiska situation som är en följd av genomförandet av denna lagstiftning.

99 Påståendet i skäl 30 i det angripna beslutet att sökanden inte bara hade en rätt, ur juridisk synvinkel, att sälja gas inom E.ON:s traditionella försörjningsområde utan att detta faktiskt var möjligt (trots de ansenliga hinder som förelåg för tillträde), kan inte i sig utgöra tillräcklig bevisning för en potentiell konkurrens. Den rent teoretiska möjligheten för sökanden att träda in på marknaden utgör nämligen inte en tillräcklig omständighet för att visa att det föreligger en sådan konkurrens. Dessutom vilar ett sådant påstående endast på ett antagande och utgör inte en bevisning som stöds av faktiska omständigheter eller en bedömning av den relevanta marknadens struktur i enlighet med den rättspraxis som angetts ovan i punkt 83. De exempel som åberopats till stöd för påståendet saknade för övrigt relevans, vilket framgår nedan av punkterna 102 och 103.

100 Detsamma gäller den omständighet som anförts i skäl 240 i det angripna beslutet. Där hävdades att de berörda företagen utgjorde viktiga aktörer inom den europeiska gassektorn, vilka borde anses utgöra nya naturliga konkurrenter på varandras marknader eller konkurrenter som var väl placerade och som i princip hade alla möjligheter att lyckas träda in på den angränsande marknaden. Slutligen angavs att Tyskland och Frankrike utgör angränsande marknader som är nära sammanlänkade, vilket ökar möjligheterna att lyckas. Sådana allmänna och abstrakta uppgifter kan nämligen inte utgöra bevisning som styrker att sökanden, trots den konkurrenssituation som förelåg på den tyska gasmarknaden, hade kunnat träda in på denna marknad, om det aktuella avtalet inte hade tillämpats.

101 Samma skäl kan även anföras mot de omständigheter som angavs i punkt 240 i det angripna beslutet angående det förhållandet att de aktuella företagen hade den styrka, de fördelar och den infrastruktur som utgör nödvändiga förutsättningar för att kunna träda in på marknaden, samt det förhållandet att sökandens dotterbolag EEG och PEG och dess minoritetsandelar i GASAG och VNG innebar väsentliga fördelar för att stärka dess position på denna marknad.

102 Vidare finner tribunalen – i likhet med vad sökanden har anfört inom ramen för den andra uppsättningen argument som anförts till stöd för den andra anmärkningen mot kommissionen i denna del – att exemplen i form av ärendena Wingas och Mobil, som anförts i skälen 30 och 243 i det angripna beslutet för att visa att det är möjligt att träda in på den tyska gasmarknaden, inte framstår som relevanta till stöd för kommissionens resonemang. Det framgår nämligen av skäl 30 i beslutet att Wingas var ett gemensamt företag som innehades av BASF och Gazprom. Det lyckades få tillträde till den tyska gasmarknaden på 1990-talet tack vare sistnämnda bolags gasförsörjning och byggandet av ett vidsträckt nät av nya gasledningar parallellt med de gasledningar som tillhörde E.ON och andra befintliga leverantörer. Såsom sökanden har gjort gällande ansåg kommissionen i beslut av den 29 september 1999 i ärende nr IV/M.1383 – Exxon/Mobil (nedan kallat beslutet i ärendet Exxon/Mobil) att Wingas erfarenheter hade små möjligheter att kunna återupprepas, eftersom detta företag var en lyckad förening mellan en mycket stor (eller till och med den största) industriella gaskonsumenten i Tyskland och en mycket stor rysk producent (se skäl 100 i beslutet i ärendet

Exxon/Mobil). Dessutom framgår det av rapporten från kommissionens utredning av energisektorn (SEC/2006/1724), som åberopats av sökanden, att kommissionen i denna rapport betecknade Wingas som ”befintlig aktör” och inte som ”ny aktör” på grund av dess unika ställning på den tyska marknaden. Även Mobil trädde in på den tyska gasmarknaden på 1990-talet genom att förhandla sig till en tillgång till de gasnät som tillhörde de befintliga förvaltarna av överföringsnät. Tribunalen konstaterar dock att kommissionen själv påpekade att Mobil befann sig i en något speciell situation i Tyskland (se skäl 251 i beslutet i ärendet Exxon/Mobil). Kommissionen framhöll bland annat att detta företag producerade en betydande del av tysk gas och tillhörde det tyska gasetablissemanget, vilket enligt kommissionen utan tvivel var skälet till att företaget hade kunnat importera gas till Tyskland utan att förfoga över ett eget gasnät av högtrycksledningar, och detta genom en rätt för tredjeman att få tillgång till gasnätet. Kommissionen angav även att Mobil befann sig i en unik position (se skäl 219 i beslutet i ärendet Exxon/Mobil).

103 Såsom kommissionen har gjort gällande hade visserligen även sökanden fördelar och befann sig inte i en typisk situation. Med hänsyn till de specifika och unika omständigheter som, enligt vad kommissionen själv har medgett, kännetecknade ärendena Wingas och Mobil finner tribunalen att dessa exempel inte i sig visar att det förelåg en faktisk och konkret möjlighet för en ny marknadsaktör att träda in på den tyska gasmarknaden och konkurrera med etablerade företag. Tribunalen påpekar härvid, i likhet med vad sökanden har gjort gällande, att sådana aktörer, i förevarande fall [*konfidentiellt*], som befann sig i samma situation som sökanden, det vill säga aktörer som har en dominerande ställning i angränsande länder och som innhar en gasledning i Tyskland, inte kunde träda in på den tyska gasmarknaden. Kommissionen medgav detta förhållande samtidigt som den erinrade om att Mobil och Wingas trätt in på denna marknad.

104 Under alla förhållanden innehåller det angripna beslutet inte någon bevisning, inte heller på ett allmänt plan, som beträffande perioden 1 januari 1980–24 april 1998 visar – trots de omständigheter som rörde förekomsten av regionala monopol på den tyska gasmarknaden – att byggandet av anslutningsledningar eller ingåendet av avtal om tillgång till gasnät med befintliga aktörer längs MEGAL-ledningens sträckning inte motsvarade en ekonomiskt hållbar strategi, i den mening som avses i den rättspraxis som angetts ovan i punkt 83, och utgjorde en faktisk och konkret möjlighet för en aktör såsom sökanden, som är delägare i MEGAL-ledningen, att träda in på denna marknad och konkurrera med de företag som är etablerade där. I synnerhet finns det inte någon bevisning för att sökandens inträde på marknaden, på nämnda sätt, hade kunnat genomföras tillräckligt snabbt för att hotet om ett potentiellt inträde på marknaden skulle ha kunnat påverka marknadsdeltagarnas beteenden eller för att inträdet hade kunnat genomföras till ekonomiskt godtagbara kostnader. Tribunalen konstaterar således att det angripna beslutet inte innehåller någon uppgift av vilken det framgår att kommissionen gjort en undersökning av förekomsten av en potentiell konkurrens i enlighet med de krav som uppställs i den rättspraxis som nämns ovan i punkt 83.

105 Med hänsyn till det ovanstående konstaterar tribunalen att kommissionen inte har visat att det förelåg en potentiell konkurrens på den tyska gasmarknaden under perioden 1 januari 1980–24 april 1998.

106 Kommissionen framhöll i skäl 372 i det angripna beslutet att den tyska lagstiftaren, genom att den 24 april 1998 upphäva det undantag från konkurrensrätten som gällde för avgränsningsavtal, klart hade fastställt att gassektorn skulle öppnas upp för konkurrens från och med detta datum. Genom detta påpekande tycks kommissionen för övrigt medge, åtminstone underförstått, att den tyska lagstiftaren före detta datum själv ansåg att gassektorn inte var öppen för konkurrens och att det följaktligen inte förelåg någon potentiell konkurrens.

107 När det gäller perioden 24 april 1998–10 augusti 2000, erinrar tribunalen om att de begränsningar som följde av att en vägran att medge tillgång till ett gasnät presumerades vara rättsenlig, och det undantag som var tillämpligt på avgränsningsavtal och exklusiva koncessionsavtal, inte längre gällde under denna period på grund av de lagändringar som genomförts före nämnda period.

108 Sökanden har emellertid gjort gällande att fram till och med år 2000 fanns det inte någon bestämmelse i Tyskland som reglerade rätten för tredjeman att få tillgång till gasnät. De första avtalen om rätt för tredjeman att få tillgång till gasnät undertecknades nämligen detta år.

109 Tribunalen påpekar inledningsvis att det förhållandet att det inte finns någon bestämmelse som reglerar tredjemans tillträde till gasnät såvitt avser överföring och distribution av gas visserligen utgör ett hinder för inträde på den tyska gasmarknaden, men det förhållandet kan inte medföra ett fullständigt hinder för marknadsinträde. Detta gäller i synnerhet, eftersom presumtionen om att en vägran att medge tillträde till ett gasnät är rättsenligt, såsom framgår ovan av punkt 90, upphävdes från och med den 1 januari 1990. Det förhållandet att det inte fanns något krav på en innehavare som driver ett gasnät att bevilja en av dess konkurrenter tillträde till nätet – i avsaknad av bestämmelser som reglerar tredjemans tillträde till gasnät under den aktuella perioden – medför således inte att det saknades möjlighet att förhandla fram ett sådant tillträde. Under alla förhållanden framgår det av det angripna beslutet att tredjeman, sedan den 1 januari 1999, har rätt att få tillträde till gasnät enligt 19 § fjärde stycket fjärde punkten GWB, såvitt avser tillgång till väsentlig infrastruktur. Sökanden har inte bestritt detta förhållande.

110 När det gäller frågan huruvida den tyska marknadens struktur även kunde utgöra ett hinder för marknadsinträde under perioden 24 april 1998–10 augusti 2000, konstaterar tribunalen inte desto mindre att det, beträffande den aktuella perioden som avser tiden efter lagändringarna år 1998, inte föreligger någon omständighet av vilken det framgår att marknadens struktur som sådan eller strukturen tillsammans med en avsaknad av bestämmelser om tredjemans tillträde till gasnät, helt utesluter en potentiell konkurrens på den tyska marknaden. Sökanden har för övrigt enbart gjort gällande att denna struktur utgjorde ett allvarligt hinder för marknadsinträde, vilket förstärktes av en vertikal integration av grossisterna över regionerna.

111 Mot denna bakgrund konstaterar tribunalen att det inte åberopats någon omständighet som kan visa att kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den fastställde att det förelåg en potentiell konkurrens på den tyska gasmarknaden under perioden 24 april 1998–10 augusti 2000.

112 Med hänsyn till det ovanstående ska talan bifallas på den första delen av denna grund, såvitt avser perioden 1 januari 1980–24 april 1998. Talan kan inte vinna bifall när det gäller perioden 24 april 1998–10 augusti 2000.

113 Eftersom talan ska bifallas enbart såvitt avser en del av den första delen av denna grund, ska tribunalen pröva de övriga delar som anförts till stöd för den aktuella grunden i den mån de avser perioden 24 april 1998–10 augusti 2000.

b) Den andra delen

114 I denna del har sökanden bestritt kommissionens bedömning att den konkurrensbegränsande samverkan kunde ha en märkbar inverkan, faktiskt eller potentiellt, på gashandeln mellan Frankrike och Tyskland före augusti 2000.

115 Sökanden har i denna del anfört två anmärkningar mot kommissionen, nämligen en bristande motivering samt en oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna och en felaktig rättstillämpning.

– Den första anmärkningen

116 Sökanden har hävdat att det angripna beslutet innehåller en bristande motivering, eftersom det i beslutet inte visades i vilken mån den konkurrensbegränsande samverkan kunde påverka gashandeln mellan Frankrike och Tyskland redan från och med den 1 januari 1980 och att villkoren för att tillämpa artikel 81 EG var uppfyllda vid denna tidpunkt.

117 Tribunalen erinrar om att motiveringsskyldigheten är en väsentlig formföreskrift som ska särskiljas från frågan huruvida motiveringen är välgrundad, vilken hör till frågan om den omtvistade rättsaktens lagenlighet (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 67, och förstainstansrättens dom av den 4 juli 2006 i mål T-304/02, Hoek Loos mot kommissionen, REG 2006, s. II-1887, punkt 54). Enligt fast rättspraxis ska motiveringen i ett beslut som går någon emot göra det möjligt för unionsdomstolen att pröva beslutets lagenlighet och ge den som berörs av beslutet de upplysningar som är nödvändiga för att denne ska kunna bedöma huruvida beslutet är välgrundat. Frågan huruvida kravet på motivering är uppfyllt ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälen och det intresse av att få förklaringar som de vilka rättsakten riktar sig till kan ha (förstainstansrättens dom av den 28 april 1994 i mål T-38/92, AWS Benelux mot kommissionen, REG 1994, s. II-211, punkt 26, och av den 14 maj 1998 i mål T-31/94, Gruber + Weber mot kommissionen, REG 1998, s. II-1043, punkt 209).

118 I förevarande fall erinrade kommissionen i skäl 261 i det angripna beslutet om följande rättspraxis. För att ett avtal ska anses kunna påverka handeln mellan medlemsstater, krävs att det med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av en rad objektiva rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att avtalet direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt inverkar på handelsflödet mellan medlemsstater. I skäl 162 i det angripna beslutet angav kommissionen vidare att i enlighet med riktlinjerna om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EUT C 101, 2004, s. 81) kan avtal om uppdelning av marknader som omfattar flera medlemsstater normalt sett genom själva sin art harmonisera konkurrensvillkoren och påverkar handelsintegrationen genom att befästa traditionella handelsmönster, vilket således påvekar handeln mellan medlemsstater. I skäl 263 i det aktuella beslutet påpekade kommissionen vidare att tillämpningen av artikel 81.1 EG på ett avtal om uppdelning av marknader och på ett samordnat förfarande inte inskränker sig till den del av deltagarnas försäljning som faktiskt innebär en överföring av varor från en medlemsstat till en annan. Vidare påpekades att det förhållandet att varorna, på grund av sina egenskaper, enkelt kan bli föremål för gränsöverskridande handel utgör en god indikation när det gäller frågan huruvida handeln mellan medlemsstaterna kan påverkas. I samma skäl fastställde kommissionen att avtalet och de aktuella företagens konkurrensbegränsande beteende i förevarande fall hindrade nämnda företag från att försöka göra affärer på varandras nationella marknader och att avtalet och det konkurrensbegränsande beteendet således hade en inverkan eller hade åtminstone kunnat ha en märkbar inverkan på handeln mellan medlemsstater på grund av att de syftade till att frysa konkurrenssituationen före avregleringen genom att begränsa leveransen av gas via MEGAL-ledningen – vilken utgör den huvudsakliga importvägen för naturgas till Tyskland och Frankrike – och genom att hindra den gränsöverskridande konkurrensen på den tyska och den franska gasmarknaden.

119 Mot denna bakgrund finner tribunalen att kommissionen har angett tillräckliga skäl för sin bedömning att den konkurrensbegränsande samverkan hade kunnat påverka handeln mellan Frankrike och Tyskland redan från och med den 1 januari 1980 och att villkoren för att tillämpa artikel 81 EG var uppfyllda. Tribunalen påpekar härvid att det angripna beslutet även uttryckligen hänvisar till situationen ”före avregleringen”, det vill säga före den 10 augusti 2000. Sökanden har således felaktigt påstått att kommissionens redogörelse enbart avser perioden efter detta datum.

120 Den första anmärkningen kan således inte godtas.

– Den andra anmärkningen

121 Sökanden har gjort gällande att beslutet innehåller en oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna och en felaktig rättstillämpning. Enligt sökanden kunde följeskrivelserna inte ha haft en, faktisk eller potentiell, märkbar påverkan på handeln mellan Tyskland och Frankrike före augusti 2000, eftersom den tyska och den franska marknaden, ur faktisk eller rättslig synvinkel, var stängda för konkurrens före detta datum. Handeln med naturgas mellan dessa länder hade således inte sett annorlunda ut utan de aktuella förfarandena.

122 Det ska erinras om att artikel 81.1 EG endast är tillämplig på avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. För att ett beslut, ett avtal eller ett förfarande ska anses kunna påverka handeln mellan medlemsstater, krävs enligt fast rättspraxis att det med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av en rad objektiva rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att beslutet, avtalet eller förfarandet direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt inverkar på handelsflödet mellan medlemsstater, på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstater (dom av den 23 november 2006 i mål C-238/05, Asnef-Equifax och Administración del Estado, REG 2006, s. I-11125, punkt 34 och där angiven rättspraxis).

123 Påverkan på handeln mellan medlemsstater följer i allmänhet av flera faktorer i förening, som var för sig inte nödvändigtvis är avgörande. För att fastställa huruvida en konkurrensbegränsande samverkan märkbart påverkar handeln mellan medlemsstater är det nödvändigt att bedöma den i dess ekonomiska och rättsliga sammanhang (se domen i det ovan i punkt 122 nämnda målet Asnef-Equifax och Administración del Estado, punkt 35 och där angiven rättspraxis). Det saknar i detta avseende betydelse huruvida den konkurrensbegränsande samverkans påverkan på handeln varit negativ, neutral eller positiv. En konkurrensbegränsning anses nämligen kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna när den kan avleda handelsflödena, bort från den riktning som de annars skulle ha haft (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78-215/78 och 218/78, Van Landewyck m.fl. mot kommissionen, REG 1980, s. 3125, svensk specialutgåva, volym 5, s. 345, punkt 172).

124 Dessutom är risken för att en konkurrensbegränsande samverkan ska påverka handeln mellan medlemsstaterna, det vill säga dess potentiella verkan, tillräcklig för att den ska omfattas av tillämpningsområdet för artikel 81 EG, och det är inte nödvändigt att visa en faktisk påverkan på samhandeln (domstolens dom av den 21 januari 1999 i de förenade målen C-215/96 och C-216/96, Bagnasco m.fl., REG 1999, s. I-135, punkt 48, och förstainstansrättens dom av den 14 december 2006 i de förenade målen T-259/02-T-264/02 och T-271/02, Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mot kommissionen, REG 2006, s. II-5169, punkt 166). Det krävs emellertid att samverkans potentiella påverkan på samhandeln är märkbar eller, med andra ord, inte obetydlig (domstolens dom av den 28 april 1998 i mål C-306/96, Javico, REG 1998, s. I-1983, punkterna 12 och 17).

125 En konkurrensbegränsande samverkan som berör en medlemsstats hela territorium har dessutom genom själva sin karaktär till resultat att avskärmningen av marknaderna på nationell nivå förstärks och att den ekonomiska integration som eftersträvas i EG-fördraget följaktligen hindras (domen i det ovan i punkt 122 nämnda målet Asnef-Equifax och Administración del Estado, punkt 37).

126 Tribunalen konstaterar att kommissionen således felaktigt fastställde att de aktuella avtalen och samordnade förfarandena kunde ha en märkbar inverkan på handeln mellan medlemsstaterna före den 24 april 1998, eftersom kommissionen inte hade visat att det förelåg någon potentiell konkurrens på den tyska gasmarknaden under perioden 1 januari 1980–24 april 1998 (se ovan punkt 104) och det är utrett att den franska marknaden var stängd för konkurrens åtminstone fram till augusti 2000.

127 Detta gäller i ännu högre grad med hänsyn till att kommissionen bland annat grundade sin slutsats i detta hänseende, såsom framgår av skäl 263 i det angripna beslutet, på det förhållandet att detta avtal och dessa förfaranden hindrade den gränsöverskridande konkurrensen på den tyska och den franska gasmarknaden. Eftersom det inte förelåg någon konkurrens på dessa båda marknader, kunde konkurrensen inte hindras och följaktligen kunde handeln mellan medlemsstaterna inte påverkas.

128 För perioden 24 april 1998–10 augusti 2000 kan förevarande anmärkning däremot inte godtas, eftersom sökanden inte har lyckats ifrågasätta förekomsten av en potentiell konkurrens på den tyska gasmarknaden (se ovan punkt 111). Begränsningen av denna potentiella konkurrens kunde således ha en märkbar påverkan på handeln mellan medlemsstater.

129 Dessa överväganden påverkas inte av sökandens argument som grundar sig på riktlinjerna om begreppet påverkan på handeln i artiklarna 81 EG och 82 EG. Sökanden har nämligen bestritt påståendena i skäl 262 i det angripna beslutet (se ovan punkt 118) och har därvid hävdat att avsaknaden av planer på en framtida

avreglering och ett genomförande av den gemensamma gasmarknaden före (åtminstone) augusti 2000 utgör en objektiv omständighet i den mening som avses i rättspraxis som gör det möjligt att med tillräcklig grad av sannolikhet fastställa att avtalet om uppdelning av de aktuella marknaderna inte kunde ha någon märkbar påverkan på handeln mellan medlemsstater. Såsom tribunalen har påpekat i samband med prövningen av den första delen av denna grund kunde det vid tidpunkten för undertecknandet av följeskrivelserna emellertid inte uteslutas att en framtida avreglering skulle ske på lång sikt (se ovan punkt 80). Det förhållandet i sig att den gemensamma gasmarknaden inte hade genomförts utesluter för övrigt inte att handeln med gas inom gemenskapen kunde påverkas, eftersom sådan handel faktiskt kan föreligga trots att förverkligandet av den inre marknaden inte har slutförts. Sökandens kritik kan således inte godtas. Tribunalen godtar inte heller argumentet som grundar sig på uttalandet i riktlinjerna att ”[o]m det finns absoluta hinder för gränsöverskridande handel mellan medlemsstater, som ligger utanför avtalet eller förfarandet, kan handeln endast påverkas om det är troligt att dessa hinder kommer att försvinna inom den närmaste framtiden”. Det var nämligen inte uteslutet att dessa hinder skulle försvinna på lång sikt.

130 Med hänsyn till det ovanstående ska talan delvis bifallas med stöd av den andra anmärkningen som riktats mot kommissionen i den andra delen av denna grund, såvitt avser perioden 1 januari 1980–24 april 1998. Talan kan inte vinna bifall på denna del av den aktuella grunden när det gäller perioden 24 april 1998–10 augusti 2000.

c) Den tredje delen

131 I denna del av den aktuella grunden har sökanden gjort gällande att det angripna beslutet strider mot artikel 81 EG, reglerna om bevisningen och motiveringsskyldigheten, med hänsyn till att det inte förelåg någon bevisning som styrkte förekomsten av den påstådda överträdelsen från januari 1980 till och med februari 1999.

132 Tribunalen påpekar inledningsvis att eftersom kommissionen inte har konstaterat någon överträdelse i Frankrike före den 10 augusti 2000 och det följer av prövningen av den första delen av den aktuella grunden att kommissionen felaktigt hade konstaterat en överträdelse i Tyskland under perioden 1 januari 1980–24 april 1998, ska prövningen i förevarande del enbart avse perioden från och med sistnämnda datum och februari 1999.

133 Vidare påpekar tribunalen att när det gäller en komplex överträdelse, i vilken flera producenter varit inblandade under lång tid och som syftat till att åstadkomma en gemensam reglering av marknaden, kan det inte krävas att kommissionen, i förhållande till varje företag och vid varje tidpunkt, ska kunna kvalificera överträdelsen, antingen som avtal eller som samordnat förfarande, i synnerhet som artikel 81 EG under alla omständigheter omfattar båda dessa slag av överträdelse (förstainstansrättens dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-931, punkt 696).

134 Kommissionen har således rätt att kvalificera en sådan komplicerad överträdelse som avtal ”och/eller” samordnat förfarande i den mån överträdelsen innefattar såväl omständigheter som ska kvalificeras som ”avtal” som omständigheter som ska kvalificeras som ”samordnat förfarande” (domen i de ovan i punkt 133 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkt 697).

135 Den dubbla kvalifikationen kan i en sådan situation inte anses kräva att det samtidigt och kumulativt ska föreligga bevis för att var och en av de faktiska omständigheterna uppfyller förutsättningarna för både ett avtal och ett samordnat förfarande. Den dubbla kvalifikationen ska i stället anses gälla en rad faktiska omständigheter, varav vissa kan kvalificeras som avtal och andra som samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 81.1 EG. Det föreskrivs ingen särskild kvalifikation i denna bestämmelse för detta slags komplexa överträdelser (domen i de ovan i punkten 133 nämnda förenade målen Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, punkt 698).

136 Enligt fast rättspraxis måste dessutom förekomsten av ett konkurrensbegränsande förfarande eller avtal fastställas på grundval av flera olika sammanträffanden och indicier vilka tillsammans, i brist på en annan rimlig förklaring, visar att konkurrensbestämmelserna har åsidosatts (se domstolens dom av den 21 september 2006 i mål C-105/04 P, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen, REG 2006, s. I-8725, punkterna 94 och 135 och där angiven rättspraxis).

137 Sådana indicier och sammanträffanden kan ge upplysning inte bara om förekomsten av konkurrensbegränsande beteenden eller avtal, utan också om hur länge fortlöpande konkurrensbegränsande beteenden har pågått eller om hur länge ett avtal som har ingåtts i strid med konkurrensreglerna har varit tillämpligt (domen i det ovan i punkt 136 nämnda målet Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen, punkt 95).

138 Slutligen erinrar tribunalen om att den rättssäkerhet som de ekonomiska aktörerna har krav på, förutsätter – vid tvist angående förekomsten av en överträdelse av konkurrensreglerna – att kommissionen, som har bevisbördan för de överträdelser som den fastställer, lägger fram tillfredsställande bevisning för de faktiska omständigheter som utgör överträdelsen. I fråga om en påstådd överträdelses varaktighet kräver samma rättssäkerhetsprincip att kommissionen, i brist på bevisning som gör det möjligt att direkt styrka överträdelsens varaktighet, åtminstone åberopar bevisning som avser omständigheter som ligger tillräckligt nära i tiden, så att det skäligen kan anses att överträdelsen fortlöpt oavbrutet mellan två specifika datum (förstainstansrättens dom av den 7 juli 1994 i mål T-43/92, Dunlop Slazenger mot kommissionen, REG 1994, s. II-441, punkt 79).

139 I förevarande fall ansåg kommissionen, såsom framgår av skäl 211 i det angripna beslutet, att de aktuella företagens beteende, som bestod i ett ursprungligt avtal om uppdelning av marknaderna och samordnade förfaranden i form av regelbundna möten i syfte att träffa överenskommelser och att genomföra nämnda avtal under mer än 25 år, utgjorde en enda fortlöpande överträdelse och att den var ”konkurrensbegränsande på grund av sitt syfte”. Kommissionen framhöll att det skulle framstå som konstlat att dela upp detta fortlöpande beteende, vilket kännetecknas av ett gemensamt mål, i flera separata överträdelser. Det var nämligen tvärtom fråga om en enda överträdelse som gradvis konkretiserades genom såväl avtal som samordnade förfaranden.

140 Såsom sökanden har gjort gällande har kommissionen inte åberopat någon bevisning för den aktuella överträdelsen såvitt avser perioden januari 1980–4 februari 1999. Detta har inte bestritts av kommissionen som i svarsinlagan medgav att den, förutom följeskrivelserna, inte hade åberopat någon specifik bevisning före år 1999. Inledningsvis påpekar tribunalen att den inte godtar den förklaring som kommissionen lämnat. Efter att kommissionen i samband med sina inspektioner hade beslagtagit handlingar avseende tiden efter år 1999, ansåg den inte att det var nödvändigt att av de aktuella företagen begära handlingar för tiden dessförinnan. Det är nämligen inte godtagbart att kommissionen lägger sina egna tillkortakommanden i bevisföringen till grund för att inte uppfylla de skyldigheter som åligger den i detta avseende.

141 Emellertid hindrar inte den omständigheten att ett bevis om förekomsten av en fortlöpande överträdelse inte har lagts fram beträffande vissa bestämda perioder att överträdelsen kan anses omfatta en samlad period som är längre än förstnämnda perioder, om ett sådant konstaterande grundar sig på objektiva och samstämmiga indicier (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 136 nämnda målet Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied mot kommissionen, punkt 98).

142 Tribunalen erinrar om att det framgår av det angripna beslutet att de aktuella företagen år 1975 ingick ett avtal om uppdelning av marknader, i form av MEGAL-avtalet samt dess bilagor och följeskrivelserna. Avtalet bestod i ett åtagande från företagens sida att inte träda in på varandras hemmamarknader – eller att endast göra det i begränsad utsträckning – och att således skydda sina

nationella marknader genom att avstå ifrån att sälja den gas som överförs genom MEGAL-ledningen på den andra partens nationella marknad. Inget av de argument som sökanden har framfört kan, såsom det framgår av förevarande dom i sin helhet, påverka detta konstaterande. Detta avtal har inte ingåtts för viss tid, eftersom det inte finns någon bestämmelse i avtalet som anger när det upphör att gälla.

143 Det har inte visats att MEGAL-avtalet samt dess bilagor och följeskrivelserna upphörde att gälla före år 1999. Sökanden har för övrigt inte åberopat någon omständighet före detta datum till styrkande av detta förhållande. Tribunalen påpekar i detta sammanhang att det förhållandet att tribunalen – i samband med prövningen av den första delen av förevarande grund – ogiltigförklarade artikel 1 i det angripna beslutet i den mån det konstateras att det förelåg en överträdelse i Tyskland före år 1998, påverkar inte som sådant förekomsten av ett avtal om uppdelning av marknader, utan enbart den tidpunkt från vilken avtalet var rättsstridigt. Det förhållandet att det i 2004 års avtal anges att de aktuella företagen ”sedan länge” ansåg att följeskrivelserna var ”ogiltiga” ger inte någon exakt uppgift med stöd av vilken det aktuella avtalet kan anses ha upphört att gälla före år 1999. Det framgår tvärtom av handlingar från tiden efter detta datum att sökanden fortsatte att hänvisa till detta avtal, vilket tyder på att avtalet inte hade upphört att gälla år 2000. Detta framgår särskilt av e-postmeddelanden från sökandens rättstjänst av den 9 och den 17 februari 2000 – vars bevisvärde kommer att bedömas nedan i punkt 163 – där det uttryckligen hänvisades till skrivelserna Direktion G och Direktion I.

144 Mot denna bakgrund måste MEGAL-avtalet, dess bilagor och följeskrivelserna anses ha varit i kraft mellan åren 1975 och 1999. Det var således i kraft under den period som är relevant för prövningen av förevarande del av den aktuella grunden, såsom den definierats ovan i punkt 132, det vill säga åren 1998 och 1999. Det är därför inte nödvändigt för kommissionen att åberopa ytterligare bevisning angående avtalets genomförande under denna period. Tribunalen påpekar att den aktuella situationen skiljer sig från den som prövats i domen i det ovan i punkt 138 nämnda målet Dunlop Slazenger mot kommissionen, vilken åberopats av sökanden. I det målet hade kommissionen nämligen bland annat konstaterat att det förelåg två skrivelser från år 1977 och år 1985 genom vilka de aktuella företagen ömsesidigt förbjöd export till varandra. Förstainstansrätten konstaterade att kommissionen inte hade styrkt att tidpunkten för överträdelsens början skulle anses vara 1977, eftersom kommissionen inte kunde åberopa bevisning som kunde styrka den fortgående överträdelse som lades företagen till last mellan åren 1977 och 1985. Såsom framgår av punkt 45 i domen i nämnda mål innehöll skrivelsen från år 1977, i motsats till situationen i förevarande fall, emellertid ett engångserbjudande och utgjorde inte en åtgärd på obestämd tid såsom är fallet i MEGAL-avtalet och följeskrivelserna.

145 Härav följer att talan inte kan bifallas på den tredje delen av förevarande grund.

146 Det följer av det ovanstående att talan delvis ska bifallas på den första och den andra delen av förevarande grund. Talan kan inte bifallas på den tredje delen av denna grund.

147 Tribunalen ogiltigförklarar följaktligen artikel 1 i det angripna beslutet i den del det konstateras att en överträdelse begåtts i Tyskland under perioden 1 januari 1980–24 april 1998.

2. *Den andra grunden: Huruvida kommissionen vid tillämpningen av artikel 81 EG gjorde en felaktig rättstillämpning och en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna när det gäller frågan huruvida det förelåg ett avtal och/eller ett samordnat förfarande efter augusti 2000*

148 I denna grund har sökanden gjort gällande att kommissionen vid tillämpningen av artikel 81 EG gjorde en felaktig rättstillämpning och en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna när det gäller frågan huruvida det förelåg ett avtal och/eller ett samordnat förfarande efter augusti 2000. Denna grund är uppdelad i fyra delar. För det första ett åsidosättande av artikel 81 EG på grund av att det inte förelåg en enda, fortlöpande överträdelse mellan den 1 januari 1980 och den 30 september 2005 och att följeskrivelserna följaktligen är preskriberade. För det andra ett åsidosättande av artikel 81 EG

och reglerna om bevisning på grund av att det inte fanns någon gemensam vilja hos de aktuella företagen att tillämpa följeskrivelserna efter augusti 2000. För det tredje ett åsidosättande av artikel 81 EG på grund av en uppenbart oriktig bedömning avseende mötena och utbytet mellan de aktuella företagen under perioden 1999–2005. För det fjärde ett åsidosättande av artikel 81 EG och motiveringsskyldigheten på grund av att det saknas en bedömning av huruvida sökandens och E.ON:s beteende var självständigt i Tyskland respektive Frankrike.

149 Tribunalen ska pröva den första delen sist.

a) Den andra delen

150 I denna del har sökanden hävdat att kommissionen inte har styrkt att det fanns en gemensam vilja hos de aktuella företagen att tillämpa följeskrivelserna efter augusti 2000.

151 Tribunalen erinrar om att det ankommer på kommissionen att förete bevisning om de överträdelser som den har konstaterat och att anföra den bevisning som krävs för att styrka förekomsten av de faktiska omständigheter som utgör en överträdelse (se domen i de ovan i punkt 70 nämnda målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 173 och där angiven rättspraxis).

152 Vid en talan om ogiltigförklaring enligt artikel 230 EG, åligger det dessutom unionsdomstolarna att endast pröva den angripna rättsaktens lagenlighet (domen i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 174 och där angiven rättspraxis).

153 När en talan om ogiltigförklaring har väckts mot ett beslut i vilket kommissionen konstaterat att konkurrensbestämmelserna överträtts och påför dem till vilka beslutet riktar sig böter, åligger det således den domstol vid vilken talan har väckts att bedöma om den bevisning som kommissionen har åberopat i beslutet är tillräcklig för att fastställa att den påtalade överträdelsen föreligger (se domen i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 175 och där angiven rättspraxis).

154 Om domstolen anser att det föreligger tvivel ska företräde ges åt den lösning som gynnar det företag till vilket beslutet om fastställelse av överträdelsen riktar sig. Domstolen kan således inte fastställa att kommissionen har styrkt att den aktuella överträdelsen förelegat om denna fråga enligt domstolen fortfarande är föremål för tvivel, särskilt i samband med en talan om ogiltigförklaring av ett beslut om påförande av böter (se domen i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 177 och där angiven rättspraxis).

155 Kommissionen måste således införskaffa tillräckligt exakt och konsekvent bevismaterial som utgör övertygande stöd för att den påstådda överträdelsen har ägt rum (se domen i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 179 och där angiven rättspraxis).

156 Det ska emellertid framhållas att varje del av den bevisning som kommissionen har åberopat inte nödvändigtvis måste motsvara dessa kriterier med avseende på varje del av överträdelsen. Det är tillräckligt att en samlad bedömning av alla indicier som institutionen har åberopat motsvarar detta krav (se domen i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 180 och där angiven rättspraxis).

157 I förevarande fall framgår det av skäl 163 i det angripna beslutet att kommissionen ansåg att de aktuella företagen år 1975 hade ingått ett avtal enligt vilket sökanden inte skulle sälja gas som överförs via MEGAL-ledningen till kunder i Tyskland och E.ON inte skulle sälja gas som överförs via MEGAL-ledningen i Frankrike. Kommissionen bedömde att när de europeiska gasmarknaderna öppnades upp och när avtalet om uppdelning av marknaderna följaktligen ”kunde ha en märkbar

inverkan på marknaden åren 1998/2000”, hade dessa företag inte officiellt upphävt avtalet och inte uttryckligen förklarat det som obsolet. Kommissionen påpekade därvid bland annat att såväl de aktuella företagens interna handlingar som utbytet mellan dessa företag visade att de ansåg att det förbud som gällde för sökanden mot att använda uttagspunkter på MEGAL-ledningen i Tyskland och förbudet som gällde E.ON mot att transitera gas genom denna gasledning i Frankrike var bindande.

158 Det är mot bakgrund av dessa omständigheter som tribunalen ska pröva de tre anmärkningar som sökanden har anfört mot kommissionen till stöd för den aktuella delen av förevarande grund. Sökanden har anfört följande. Ett åsidosättande av principen om oskuldspresumtion och att följeskrivelserna saknar bevisvärde efter augusti 2000. Den bevisning som kommissionen åberopade för att visa att de aktuella företagen hade kommit överens om att anse att följeskrivelserna var bindande efter detta datum saknar bevisvärde. Sökanden hade åberopat bevisning som visar att följeskrivelserna hade ”övergetts” efter avregleringen.

159 Tribunalen anser det lämpligt att först pröva den andra anmärkningen, därefter den tredje och slutligen den första anmärkningen.

– Den andra anmärkningen

160 Sökanden har i huvudsak hävdat att de omständigheter som kommissionen grundade sig på är oklara och tvetydiga. De är inte tillräckliga för att styrka en gemensam vilja som kan grunda det aktuella avtalet, i förevarande fall tillämpningen av följeskrivelserna, efter avregleringen.

161 Tribunalen erinrar om att när en handlings bevisvärde bedöms måste det kontrolleras huruvida uppgifterna i handlingen är tillförlitliga och hänsyn bland annat tas till handlingens ursprung, omständigheterna kring dess tillkomst, till vem den är ställd och huruvida dess innehåll verkar rimligt och trovärdigt (se förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i de förenade målen T-44/02 OP, T-54/02 OP och T-56/02 OP, T-60/02 OP och T-61/02 OP, Dresdner Bank m.fl. mot kommissionen, REG 2006, s. II-3567, punkt 121 och där angiven rättspraxis).

162 I förevarande fall finns det ingen omständighet som är ägnad att ifrågasätta bevisvärdet på de handlingar som kommissionen åberopade till stöd för sin bedömning att följeskrivelserna var bindande efter augusti 2000.

163 När det gäller handlingarna från sökandens rättstjänst, påpekar tribunalen att kommissionen i skälen 64 och 65 i det angripna beslutet redogjorde för innehållet i en anteckning från den 3 december 1999 och e-postmeddelanden av den 9 och den 17 februari 2000. När det gäller anteckningen av den 3 december 1999 framgår det i huvudsak av denna att nämnda rättstjänst ansåg att sökanden inte kunde åberopa de nya rättsliga reglerna rörande avregleringen för att förse kunder i Tyskland med gas som transiteras via MEGAL-ledningen. Det framgick av denna anteckning att för det fall sökanden kunde ta ut gas som transiteras för att leverera till sådana kunder, skulle det snedvrida avtalen om denna gasledning. När det gäller e-postmeddelandena av den 9 och 17 februari 2000, hänvisar dessa uttryckligen till skrivelserna Direktion G och Direktion I. Av e-postmeddelandena framgår att den första av dessa skrivelser innebar en ”betydande uppdelning av marknaden” mellan de aktuella företagen, ”vilket reser frågan om det juridiska värdet av en sådan handling (inget alls!)” och att den andra av dessa skrivelser, vilken ansågs vara ”utmärkt”, innebar en överenskommelse mellan de båda företagen om att sökanden inte skulle leverera gas (direkt eller indirekt) till en kund i Tyskland. Tribunalen godtar härvid inte sökandens argument att dessa e-postmeddelanden bekräftar svårigheten i att tolka följeskrivelserna. Det framgår visserligen av dessa e-postmeddelanden att sökandens rättstjänst ställde sig frågande till huruvida E.ON kunde överföra gas till tredjeman via MEGAL-ledningen och påpekade att rättstjänsten tidigare hade tolkat de aktuella skrivelserna till E.ON:s förmån genom att anse att E.ON kunde uppställa krav på tredjeman som önskade överföra gas via denna gasledning att ingå avtal med E.ON. Inte desto mindre framgår det av lydelsen i dessa

handlingar att den analys av följeskrivelserna som gjordes av sökandens rättstjänst är uttrycklig och otvetydig när det gäller de inskränkningar som dessa skrivelser innebär. Mot denna bakgrund gjorde kommissionen inte något fel och kunde lägga dessa tre handlingar till grund för sin bedömning, vilken i huvudsak grundade sig på dessa handlingar, att sökanden hade kännedom om att avtalet var rättsstridigt, men att den trots detta fortsatte att iaktta avtalet, såsom framgår av punkt 4.2.2.2 i det angripna beslutet.

164 När det gäller E.ON:s protokoll från mötena den 4 februari och den 24 juni 1999 framgår det av protokollet från det första av dessa möten att E.ON med oro hade noterat vissa anmärkningar som framförts under föregående möten. Vissa personer hos sökanden hade nämligen åtminstone planerat för en separat försäljning av gas i Tyskland med användning av MEGAL-ledningen. Enligt denna handling hade sökanden som svar på detta angett att dess syfte var att optimera sin ställning som leverantör och aktieägare och att sökanden, när de nya reglerna om tredjemans tillträde till gasnätet träder i kraft, avsåg att försvara sina intressen samtidigt som den fortsatte att ta hänsyn till sina historiskt nära förbindelser med E.ON. Sökanden lovade även att hålla E.ON noga informerat om sina avsikter. Det framgår vidare av protokollet från det andra mötet att sökanden angav att den eventuellt planerade att dra fördel av kommersiella möjligheter i Tyskland, även om detta inte riktade sig mot E.ON. Enligt protokollet angavs där även, rörande ämnet om det aktuella kontraktsförhållandet avseende MEGAL-ledningen, att sökanden inte kunde använda denna ledning som en transitledning och att sökanden inte hade rätt att ta ut gas i Tyskland. E.ON svarade härvid att en möjlighet för sökanden att ta ut gas från MEGAL-ledningen skulle innebära att en allmän ändring av det kontraktsförhållande som gäller MEGAL-ledningen. Detta bekräftar inte bara att sökanden försökte lugna E.ON beträffande dess avsikter i Tyskland, utan även att de aktuella företagen ansåg sig vara bundna av bestämmelserna i det aktuella avtalet.

165 Kommissionen gjorde således inte något fel när den i punkt 70 i det angripna beslutet påpekade att dessa handlingar visserligen visar att E.ON ansåg att vissa personer hos sökanden planerade för ett inträde på marknaden i södra Tyskland, men att de även styrker att E.ON försökte få sökanden att avstå från detta och att sökanden lovade att beakta de historiskt nära relationerna med E.ON och hålla E.ON noga informerad om sina avsikter. Kommissionen gjorde även en riktig bedömning, med hänsyn till innehållet i dessa handlingar, när den ansåg att de aktuella företagen hade kommit överens om att sökandens eventuella inträde på marknaden inom MEGAL-ledningens område måste bli föremål för en gemensam överenskommelse mellan de båda företagen.

166 Det stämmer visserligen såsom sökanden har påpekat att ingen av dessa båda handlingar uttryckligen hänvisar till att följeskrivelserna ska ges fortsatt tillämpning. Det framgår emellertid klart, och särskilt av den handling som avser mötet den 24 juni 1999, att de aktuella företagen fortfarande ansåg sig vara bundna av det avtalsförhållande som reglerade MEGAL-ledningen och vilket följeskrivelserna utgjorde en del av, samt av de inskränkningar som dessa följeskrivelser innebar när det gäller möjligheten för sökanden att ta ut gas i Tyskland från denna gasledning. Under alla omständigheter framgår det inte av skälen 67–70 i det angripna beslutet, i motsats till vad sökanden har gjort gällande, att kommissionen åberopar dessa handlingar för att visa att företagen ansåg dessa skrivelser vara bindande, eftersom slutsatserna i skäl 70 varken behandlar frågan om huruvida följeskrivelserna är obsoleta eller huruvida de är bindande. När det slutligen gäller punkt 4.2.2.4 i det angripna beslutet, i vilken kommissionen utvecklade övervägandet om att ”[sökanden] lovade att inte angripa [E.ON] i Tyskland”, påpekar tribunalen att även om ett sådant övervägande kan framstå som förenklat, är det dock i huvudsak inte felaktigt. De aktuella handlingarna visar nämligen att sökanden avsåg att beakta sitt förhållande till E.ON och hålla detta bolag underrättat om sina avsikter angående eventuell försäljning i Tyskland samt att de kommersiella möjligheter som sökanden planerade att utnyttja inte skulle rikta sig mot E.ON.

167 När det vidare gäller E.ON:s interna anteckning av den 8 juni 2001, vilken upprättades inför ett möte med sökanden den 12 juni 2001, drog kommissionen, såsom framgår av skäl 77 i det angripna beslutet, av denna anteckning slutsatsen att E.ON var medveten om att det förbud som gällde för sökanden att ta ut gas från

MEGAL-ledningen stred mot konkurrensrätten. Tribunalen konstaterar härvid att denna anteckning bland annat ingick i diskussionerna angående omarbetningen av avtalskonstruktionen för MEGAL-ledningen. Härav följer att enligt den nya avtalsmodellen var det tänkt att sökanden skulle få en rätt att leda in och ta ut gas längs hela MEGAL-ledningen, vilket bolaget ur juridisk synvinkel i praktiken under alla omständigheter inte kunde förvägras enligt GWB eller EnWG. E.ON hade således vetskap om att den tyska lagstiftningen inte medgav att sökanden förvägrades en rätt att ta ut gas från MEGAL-ledningen. Det var först i ett framtida sammanhang där MEGAL-avtalet skulle omförhandlas, varvid begreppet nyttjanderätt infördes, som det planerades för att bevilja sökanden en sådan rätt. Under alla omständigheter framgår det även av nämnda anteckning att sökanden krävde en möjlighet att utnyttja uttagspunkter på MEGAL-ledningen i Tyskland, vilket innebär att sökanden inte hade någon sådan rätt enligt det befintliga avtalsförhållandet. Sökanden har således felaktigt hävdat att kommissionen borde ha funnit att det av denna anteckning framgick att följeskrivelserna inte längre var i kraft.

168 När det gäller skriftväxlingen mellan de aktuella företagen av den 13 och 21 maj 2002, fann kommissionen i skäl 81 i det angripna beslutet att den bekräftade att E.ON ansåg att skrivelsen Direktion G var bindande och att inget av de aktuella företagen hade låtit förstå att vare sig denna skrivelse eller skrivelsen Direktion I var obsoleta. Tribunalen konstaterar att den skrivelse som E.ON riktade till sökanden den 21 maj 2002 som svar på en skrivelse av den 13 maj 2002 uttryckligen hänvisar till skrivelsen Direktion G. Där anges nämligen att den överföring som skett för ett annat företags räkning via MEGAL-ledningen är helt förenlig med nämnda skrivelse. Om denna skrivelse ansågs vara obsolet och icke bindande för de aktuella företagen, hade E.ON inte angett att den aktuella överföringen var förenlig med denna skrivelse. Sökandens invändning, nämligen att sökanden inte hänvisade till skrivelsen Direktion G eller skrivelsen Direktion I i sin skrivelse av den 13 maj 2002, har ingen avgörande betydelse för att visa att dessa bestämmelser var obsoleta och att det inte förelåg någon överensstämmande partsvilja. Även om sökanden där inte hänvisade till nämnda skrivelser, hade emellertid inte E.ON, såsom kommissionen påpekade i skäl 83 i det angripna beslutet, grundat sig på skrivelsen Direktion G för att hävda en rätt att genomföra en överföring för en kunds räkning om denna skrivelse inte tidigare hade åberopats till stöd för att denna typ av överföring var förbjuden. Även om E.ON under alla omständigheter ensidigt hade kunnat hänvisa till denna skrivelse, saknar det betydelse för slutsatsen att denna skrivelse – åtminstone för detta företag – framstår som bindande och det kan inte utgöra grund för ståndpunkten att följeskrivelserna inte längre var bindande för sökanden. När det gäller sökandens påstående att E.ON hänvisade till skrivelsen Direktion G för att stärka sin förhandlingsposition såvitt avser rätten att göra överföringar för tredjemans räkning, kan detta påstående under alla omständigheter inte påverka kommissionens slutsatser. Sökandens argument att denna skriftväxling hänför sig till villkoren för tredjemans överföring och inte till en uppdelning av marknaderna, kan slutligen inte påverka det förhållandet att nämnda skriftväxling även belyser den bindande karaktären på skrivelsen Direktion G, åtminstone för E.ON. Dessa argument kan inte heller läggas till grund för ståndpunkten att sökanden ansåg att följeskrivelserna var obsoleta. Mot bakgrund av lydelsen av den aktuella skriftväxlingen kunde kommissionen, såsom den påpekade i skäl 83 i det angripna beslutet, av denna utläsa att sökanden ansåg att MEGAL-avtalet, i dess vid denna tidpunkt gällande form, innebar ett förbud för E.ON att leverera gas i Frankrike via MEGAL-ledningen, och även för en tredjemans räkning. En sådan ståndpunkt är för övrigt förenlig med den tolkning av skrivelsen Direktion G som sökandens rättstjänst gjorde och vilken kom till uttryck i e-postmeddelandena av den 9 och 17 februari 2000.

169 När det gäller ett protokoll från E.ON från ett möte den 23 maj 2002, ett e-postmeddelande från E.ON av den 27 februari 2003 och ett protokoll från E.ON från ett möte den 19 februari 2004, påpekar tribunalen inledningsvis, i likhet med vad sökanden har gjort gällande, att dessa handlingar inte innehåller någon specifik hänvisning till följeskrivelserna. Kommissionen har emellertid i det angripna beslutet inte heller påstått att så skulle vara fallet.

170 Tribunalen påpekar vidare att det klart framgår av E.ON:s protokoll från mötet den 23 maj 2002 mellan företrädare för sökanden och företrädare för E.ON att sökanden vid detta möte garanterade att sökanden vid denna tidpunkt inte planerade att sälja gas från MEGAL-ledningen i södra Tyskland. I

e-postmeddelandet av den 27 februari 2003 som en företrädare för E.ON i Frankrike skickade till en direktör på E.ON i Tyskland hänvisas till ett möte av privat karaktär som ägde rum mellan förstnämnda person och en företrädare för sökanden. Det framgår av detta meddelande att företrädaren för sökanden vid detta möte bland annat uppgett att sökanden var övertygad om vikten av att begränsa sitt agerande på den tyska marknaden. Det följer även av detta meddelande att även om sökanden kunde börja sälja gas inom E.ON:s område, skulle det främst vara ett sätt att skaffa sig uppgifter om marknaden snarare än ett direkt frontalangrepp. Slutligen framgår det av E.ON:s protokoll från mötet den 19 februari 2004 mellan företrädare för sökanden och företrädare för E.ON att sökanden vid detta möte uppgav för E.ON att sökanden hade förstått att E.ON var och ville fortsätta att vara den främsta leverantören för [*konfidentiellt*] och att sökanden hade för avsikt att respektera E.ON:s gällande leveransavtal.

171 Mot denna bakgrund konstaterar tribunalen att det av dessa tre handlingar, i förening, klart framgår att de aktuella företagen utbytte uppgifter angående deras utvecklingsstrategier och i synnerhet att sökanden hade redogjort för sin avsikt att inte vidta något frontalangrepp på E.ON på den tyska marknaden och att inte sälja gas i södra Tyskland. Även om dessa handlingar således inte innehåller någon direkt hänvisning till följeskrivelserna, styrker de att de aktuella företagen iakttog den uppdelning av marknaderna som följer av MEGAL-avtalet och nämnda skrivelser. Tribunalen godtar således inte sökandens påstående att de förklaringar som det redogjorts för i dessa handlingar helt saknar samband med den påstådda överträdelsen.

172 När det gäller bevisvärdet av dessa handlingar har sökanden gjort gällande att det är fråga om interna handlingar från E.ON som inte stöds av någon skriftväxling mellan de aktuella företagen. Tribunalen påpekar att den i punkterna 224–226 har tillbakavisat relevansen i detta påstående. Vidare påpekar tribunalen att dessa handlingar har upprättats av E.ON efter möten eller möten som ägt rum mellan företrädare för de aktuella företagen. De är dessutom riktade till ansvariga personer på E.ON. Uppgifterna i handlingarna, vilka är exakta och inte oklara såsom sökanden har hävdat, överlappar varandra och bekräftar förekomsten av en uppdelning av marknaden. Mot denna bakgrund ska dessa handlingar anses vara rimliga och trovärdiga, och inte såsom sökanden har hävdat utan bevisvärde eller trovärdighet. När det gäller den omständigheten att en av dessa handlingar, nämligen e-postmeddelandet av den 27 februari 2003, återger vad som förekommit under en privat konversation, saknas det någon omständighet som skulle kunna ge intryck av att det är felaktigt. Den exakta formuleringen visar tvärtom på dess riktighet. Slutligen finns det ingenting som tyder på att upphovsmännen till dessa handlingar, och särskilt e-postmeddelandet av den 27 februari 2003, har lämnat en personlig tolkning av de faktiska omständigheterna eller att det funnits ett personligt intresse av att förbättra dessa omständigheter för att gentemot de överordnade presentera ett resultat som motsvarar deras förväntningar, vilket var fallet i domen i det ovan i punkt 161 nämnda målet Dresdner Bank m.fl. mot kommissionen (punkt 132), som åberopats av sökanden.

173 När det gäller e-postmeddelandet av den 16 mars 2004, påpekar tribunalen att den försäljningsansvariga personen på E.ON i Frankrike genom detta meddelande underrättade två anställda vid E.ON i Tyskland om ett möte som denne haft med en person anställd hos sökanden (som är en tidigare klasskamrat) angående frågor om överlåtelse av gas i Frankrike och E.ON:s och sökandens eventuella intresse av att försöka hitta lösningar som gör det möjligt att uppnå en ”rimlig konkurrens”. Av detta framgår att sökanden, trots att den inte ville framstå som att den fruktade det tryck som utövades av den nationella energimyndigheten, inte bortsåg ifrån detta och inte hade uppskattat att alltför öppet bli föremål för kritik. Om det fanns ett sätt att visa att de nya marknadsaktörerna kunde få tillträde till området södra Frankrike, skulle det uppskattas av företaget. Av e-postmeddelandet framgår även att eftersom sökanden önskade efterkomma kraven från denna myndighet, hade den vid sökanden anställda personen föreslagit ett utbyte enligt vilket sökanden mot vederlag skulle leverera gas till E.ON i området södra Frankrike. Den vid sökanden anställda personen avsåg enligt e-postmeddelandet härvid främst att behandla frågor rörande MEGAL. Det framgår även av detta e-postmeddelande att den vid sökanden anställda personen angett att enligt dennes

kännedom om MEGAL-avtalet var all kapacitet som fanns i MEGAL-ledningen i Medelsheim reserverad för sökanden, vilket i själva verket innebar att även de volymer som E.ON importerade vid denna tidpunkt var olagliga.

174 I motsats till vad sökanden har påstått finns det inte någon omständighet som utgör stöd för ståndpunkten att detta e-postmeddelande endast skulle återspegla upphovsmannens privata känslor. Det framgår nämligen tydligt av lydelsen i denna handling att upphovsmannen, den försäljningsansvariga personen för E.ON i Frankrike, hade för avsikt att för de ansvariga för E.ON i Tyskland redogöra för sådana uppgifter som han erhållit vid ett privat sammanträffande med en anställd vid sökanden och att det inte var hans egen tolkning av de uppgifter som lämnats. Det framstår nämligen som att dessa uppgifter motsvarar sökandens ståndpunkt och inte den anställdes ståndpunkt vid det aktuella mötet. Detta möte ägde för övrigt rum på begäran av den anställda hos sökanden som ville diskutera vissa frågor före ett möte på hög nivå som skulle äga rum senare mellan de aktuella företagen angående problem som direkt berör sökanden, nämligen frågor angående överlåtelse av gas i Frankrike och de aktuella företagens eventuella intresse av att undersöka lösningar som gjorde det möjligt att uppnå en ”rimlig konkurrens”. Dessutom är de upplysningar som återgetts tillräckligt uttryckliga och detaljerade, så att det inte föreligger några tvivel angående deras tolkning. För att denna handling skulle kunna beaktas var det således inte nödvändigt att den hade överlämnats till sökanden för att sökanden skulle ha möjlighet att ta avstånd från den, vilket var fallet i det ovan i punkt 161 nämnda målet Dresdner Bank m.fl. mot kommissionen, som åberopats av sökanden. Såsom tribunalen har framhållit nedan i punkt 225, hävdade sökanden dessutom felaktigt att det framgår av domen i det sistnämnda målet att ett protokoll från ett möte som består av en anteckning för rent internt bruk som inte spridits inom bolaget före det administrativa förfarandet har ett ytterst svagt bevisvärde.

175 Sökanden har påstått att de uttalanden som återgetts inte är sannolika och borde mana till viss försiktighet. Sökanden har emellertid inte anfört någon omständighet i ansökan till stöd för detta påstående och har endast hänvisat till svaret på meddelandet om invändningar. Även om innehållet i ansökan kan understödjas och kompletteras i specifika avseenden, genom hänvisning till vissa avsnitt i bifogade handlingar, kan en generell hänvisning till andra handlingar, även sådana som bilagts ansökan, inte kompensera avsaknaden av väsentliga delar av den rättsliga argumentering som ska återfinnas i själva ansökan (domstolens dom av den 31 mars 1992 i mål C-52/90, kommissionen mot Danmark, REG 1992, s. I-2187, punkt 17, och förstainstansrättens dom av den 21 maj 1999 i mål T-154/98, Asia Motor France m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-1703, punkt 49). Eftersom sökandens påstående inte stöds av någon annan omständighet i ansökan, kan tribunalen inte godta detta. Med hänsyn till i vilken egenskap upphovsmannen och den person vilken har återgett uppgifterna har uppträtt samt med hänsyn till deras innehåll och särskilt noggrannheten i uppgifterna, framstår dessa uttalanden som verkliga, rimliga och trovärdiga.

176 Denna handling, som för övrigt uttryckligen hänvisar till ”MEGAL-avtalen”, stöder under alla omständigheter de slutsatser som kan dras av andra handlingar på vilka kommissionen grundade sin slutsats att det förelåg ett avtal om uppdelning av den tyska och den franska gasmarknaden. Tvärtemot vad sökanden har påstått, kan denna handling således åberopas till styrkande av den aktuella överträdelsen. Tribunalen godtar således inte sökandens argumentation rörande denna handling.

177 Beträffande de ytterligare handlingar som beaktades efter meddelandet om invändningar har sökanden endast gjort gällande att den har påvisat handlingarnas otydlighet och tvetydighet, utan att för den skull ange i vilken mån kommissionen gjorde en oriktig tolkning av dessa. Under alla omständigheter konstaterar tribunalen att kommissionen endast har nämnt dessa handlingar i fotnot 98 i det angripna beslutet såsom exempel, i likhet med e-postmeddelandet av den 21 juli 2004 som nämns i skäl 102 i det angripna beslutet, till stöd för dess påstående att sökandens interna handlingar visar att sökanden ansåg att den inte kunde ta ut gas från MEGAL-ledningen på grund av ett avtalsförhållande med E.ON, trots att sökanden önskade sig en sådan möjlighet. Tribunalen godtar således inte heller sökandens argument angående dessa ytterligare handlingar.

178 Vidare godtar inte tribunalen sökandens argument som går ut på att sökanden har anfört en annan logisk förklaring till de omständigheter som kommissionen fastställt eller att parterna är fria att ersätta de faktiska omständigheter som kommissionen fastställt med en sannolik förklaring när ett bevis är otydligt och måste tolkas. En sådan argumentation grundar sig nämligen på rättspraxis som utvecklats från fall då kommissionen enbart grundar sig på det aktuella företagets uppträdande på marknaden för att fastställa en överträdelse. I förevarande fall har kommissionen åberopat flera fall av skriftlig bevisning till stöd för sitt konstaterande att det förelåg ett konkurrensbegränsande avtal. Denna bevisning är för övrigt inte oklar och är av tillräckligt otvetydig beskaffenhet. Härav följer att den rättspraxis som sökanden åberopat endast är relevant i förevarande fall för det fall kommissionen inte har lyckats styrka förekomsten av en överträdelse på grundval av den skriftliga bevisning som åberopas (se, för ett liknande resonemang, domen i de i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkterna 186 och 187 och där angiven rättspraxis). Med hänsyn till vad som anförts ovan är detta inte fallet i förevarande mål, eftersom den bevisning som åberopats av kommissionen, i förening med MEGAL-avtalet, dess bilagor och följeskrivelser, är tillräcklig för att ligga till grund för kommissionens bedömning.

179 Av det ovanstående följer att sökandens argument inte kan påverka kommissionens slutsatser. Detta gäller slutsatserna om att såväl de interna handlingarna från de aktuella företagen som utbytet av uppgifter mellan dessa företag visar att dessa ansåg att förbudet för sökanden att använda uttagspunkterna från MEGAL-ledningen i Tyskland och förbudet för E.ON att transitera gas via denna gasledning i Frankrike var bindande. De indicier som kommissionen anfört till stöd för detta är för övrigt tillräckliga, i sin helhet, för att ligga till grund för kommissionens bedömning.

180 Tribunalen godtar således inte den andra anmärkningen.

– Den tredje anmärkningen

181 Sökanden har hävdat att den har visat dels att de aktuella företagen offentligt och uttryckligen hade förklarat att följeskrivelserna var obsoleta från och med avregleringen och att de vid flera tillfällen hade upprepat detta ställningstagande, dels att dessa företag från och med detta datum inte längre ansåg sig vara bundna av dessa skrivelser. Enligt sökanden beaktade kommissionen inte dessa omständigheter eller bedömde dem på ett uppenbart oriktigt sätt.

182 När det gäller den påstådda förklaringen att följeskrivelserna var obsoleta, erinrar tribunalen om att kommissionen i skäl 163 i det angripna beslutet ansåg att de aktuella företagen inte undanröjde det aktuella avtalet och inte gjorde någon uttrycklig förklaring om att nämnda skrivelser var obsoleta i samband med att de europeiska gasmarknaderna öppnades för konkurrens.

183 Sökanden har gjort gällande att den från E.ON erhöll ett telefax den 7 januari 2002 i vilket MEGAL-avtalet räknades upp och det angavs hur detta skulle tillämpas. I faxet angavs särskilt att skrivelserna Direktion G och Direktion I skulle anses vara ”obsoleta”, vilket enligt sökanden visar att de aktuella företagen officiellt inte ansåg att följeskrivelserna var bindande i det nya lagstiftningssammanhanget.

184 Tribunalen påpekar inledningsvis att det fax som Ruhrgas skickade till sökanden den 7 januari 2002 skickades med anledning av ett möte mellan de aktuella företagen som ägde rum den 14 december 2001. Enligt sökanden var avsikten med mötet att placera MEGAL-avtalet i det nya lagstiftningssammanhanget. På försättsbladet till nämnda fax anges att det bifogats ett utkast till förteckning över avtalen mellan de aktuella företagen och hur bestämmelserna i dessa avtal skulle tillämpas när det gäller konceptet ”nyttjanderätt”. En förteckning över bestämmelserna i MEGAL-avtalet, över dess bilagor och följeskrivelser, däribland skrivelserna Direktion G och Direktion I, återfinns i bilaga till det berörda faxet. Denna bilaga har som förtryckt text överst på varje sida lydelsen ”Ny MEGAL-struktur – Omvandling av grundavtalet och tillhörande avtal till ett nytt

konsortieavtal”. Skrivelsen Direktion G beskrivs där som att den avser de aktuella företagens ”kapacitetsåtaganden”, varvid frågan ställdes huruvida det är möjligt att ”ingå avtal om överföring genom MEGAL med tredjeman”. Skrivelsen Direktion I beskrivs där som att den reglerar det förhållandet att ”någon leverans eller försörjning från [sökanden] inte ska äga rum i Tyskland”. När det gäller frågan hur dessa skrivelser ska tillämpas, används i faxet beträffande hänvisningen till nämnda skrivelser termen ”obsolet”.

185 Tribunalen finner att det fax som E.ON skickade till sökanden den 7 januari 2002, med hänvisning till lydelsen i sin helhet och sammanhanget i vilket det ingår, inte alls innehöll uppgifter om att de aktuella företagen ansåg att skrivelserna Direktion G och Direktion I redan var obsoleta, utan endast anger att dessa företag förutsåg att dessa skrivelser skulle bli obsoleta mot bakgrund av det nya avtal som höll på att förhandlas fram. Termen ”obsolet” pekar nämligen på att de aktuella företagen ansåg att det inte var nödvändigt att införa sådana bestämmelser i det nya avtalet. Detta bekräftas av det förhållandet att det, beträffande de bestämmelser vars tillämpning inte betecknats som ”obsolet”, uttryckligen anges att de måste integreras i det nya avtalet eller i dess bilagor, i förekommande fall med ändringar. Dessutom anges i försättsbladet till nämnda fax att det rör ”befintliga avtal”. Kommissionen gjorde således en riktig bedömning i skäl 80 i det angripna beslutet när den fastställde att detta fax hänvisade till den roll som följeskrivelserna borde ha i framtiden med hänvisning till det nya MEGAL-avtalet och begreppet ”nyttjanderätt”. Det av sökanden åberopade förhållandet att den förteckning som bifogades telefaxet innehöll andra följeskrivelser som enligt sökanden var obsoleta vid tidpunkten för telefaxet, saknar betydelse i detta hänseende. Såsom kommissionen fastställde i skäl 80 i det angripna beslutet går det således inte att av nämnda telefax dra slutsatsen att de aktuella företagen ansåg att skrivelserna Direktion G och Direktion I var obsoleta vid tidpunkten då det skickades.

186 Vidare godtar inte tribunalen sökandens argument att den bevisning som avser tiden efter det telefax som E.ON skickade till sökanden den 7 januari 2002 – beträffande tillämpningen av följeskrivelserna – inte har ett tillräckligt bevisvärde. I ansökan har sökanden som stöd för detta argument nämligen endast uttryckligen hänvisat till en skrivelse från E.ON av den 21 maj 2002. Tribunalen har dock redan underkänt påståendena angående denna skrivelse, vilket framgår ovan av punkt 168. Om sökanden till stöd för detta argument även antas ha hänvisat till de handlingar som nämns ovan i punkterna 168–178, är det tillräckligt att konstatera att tribunalen i nämnda punkter redan har underkänt de påståenden som rör dessa handlingar.

187 Slutligen har kommissionen, tvärtemot vad sökanden har påstått, inte uttryckt sig motsägelsefullt genom att hävda att tolkningen av det telefax som E.ON skickade till sökanden den 7 januari 2002 inte är fullständigt klar samtidigt som den gjorde en tolkning till nackdel för sökanden. Även om kommissionen visserligen har medgett att tolkningen av detta telefax inte var helt klar, ansåg kommissionen nämligen att nämnda telefax på grundval av dess innehåll inte gav stöd för ståndpunkten att de aktuella företagen ansåg att följeskrivelserna var obsoleta vid denna tidpunkt. Vidare finner tribunalen att kommissionen inte gjorde en tolkning till sökandens nackdel genom att inte fastställa sökandens tolkning av denna handling och genom att anse att handlingen inte klart visade att de aktuella företagen ansåg att följeskrivelserna var obsoleta. I själva verket tillbakavisade kommissionen i huvudsak endast sökandens ståndpunkt, nämligen att denna handling talade till dess fördel.

188 Sökanden har gjort gällande att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning av flera faktiska omständigheter som bekräftar sökandens tolkning av telefaxet av den 7 januari 2002. Sökanden har härvid i ansökan dels hänvisat till en intern handling av den 19 december 2002 i vilken frågan väcks om inte sökanden hade en automatisk rätt att ta ut gas från MEGAL-ledningen även utan att ändra strukturen, samtidigt som det påpekas att E.ON fortsätter att hävda att innehavaren av ett transitavtal får använda sin gas under hela transitvägen, och dels hänvisat till protokollet från ett möte som ägde rum den 23 juni 2004, där det bland annat antecknas att E.ON på nytt bekräftar att sökanden redan har rätt att få tillgång till alla uttagspunkter på MEGAL-ledningen i den mån det finns tillgänglig kapacitet.

189 Tribunalen konstaterar att dessa handlingar inte kan utgöra stöd för sökandens argumentation. Även om det visserligen är möjligt att utläsa att E.ON i huvudsak angav att det på vissa villkor var möjligt att förfoga över rättigheter till uttag från MEGAL-ledningen, framgår det nämligen inte desto mindre av senare upprättade handlingar, och särskilt ett e-postmeddelande av den 21 juli 2004, att sökanden vid denna tidpunkt ansåg att dess möjligheter att ta ut gas från denna gasledning var begränsade till de kvantiteter som köptes inom ramen för avyttringsprogrammet och att sökanden utöver dessa kvantiteter inte förfogade över några uttagspunkter på denna gasledning. Det framgår nämligen av detta e-postmeddelande att sökanden ansåg att försäljningar var möjliga från uttagspunkter på denna gasledning, men att dessa var begränsade till de gaskvantiteter som erhållits inom ramen för avyttringsprogrammet. Utöver denna kvantitet ansåg sökanden att ytterligare försäljningar inte längre var knutna till de gaskvantiteter som erhållits genom avyttringsprogrammet och att de enda anslutningspunkter som kunda användas för sådan försäljning var de i [*konfidentiellt*]. Det angavs att övriga uttagspunkter inte var tillgängliga i avvaktan på ett heltäckande avtal. Detta e-postmeddelande bekräftar för övrigt det ställningstagande som uttryckts i flera handlingar som härrör från första halvåret 2004, vilka således har upprättats efter handlingen av den 19 december 2002. Det framgår därvid av de handskrivna anteckningar som gjorts under mötet den 28 januari 2004 att uttagspunkterna på MEGAL-ledningen enbart fick användas av E.ON, eftersom sökanden enbart skulle genomföra transitöverföringar och det skulle begäras att sökanden gjorde investeringar för att kunna ta ut gas. Det framgår även av en anteckning från sökanden av den 10 maj 2004 att när det gällde anslutnings- och uttagspunkter på MEGAL-ledningen, hade sökanden vid denna tidpunkt endast rätt ta ut ”gas som köpts på aktioner”, det vill säga gas som köpts inom ramen för avyttringsprogrammet, från alla anslutnings- och uttagspunkter på denna gasledning. I denna anteckning angavs det även uttryckligen att överföring av gas [*konfidentiellt*] fram till slutkund i Tyskland från en uttagspunkt på MEGAL-ledningen inte var genomförbar vid denna tidpunkt, eftersom sökanden inte förfogade över några sådana uttagspunkter på denna gasledning i väst. I protokollet från ett ”Tour d’horizon”-möte den 27 maj 2004, påpekades att sökandens företrädare hade uppgett att denne inte kände till detta ärende, men att han hade hört att sökanden ville leverera gas i södra Tyskland från MEGAL-ledningen, något som inte skulle ha varit fallet om sökanden redan hade en rätt till uttag. När det slutligen gäller handlingen av den 19 december 2002 framgår det av handlingen i sin helhet att den berör möjligheterna att vidarutveckla sökandens rättigheter inom den framtida avtalsramen rörande MEGAL-ledningen. Däremot går det inte att av dessa uppgifter dra slutsatsen att sökanden ansåg sig med säkerhet förfoga över rättigheter till uttag från denna gasledning, och i ännu mindre grad att sökanden ansåg att följeskrivelserna var obsoleta.

190 Dessutom är de omständigheter som anförts av sökanden inte förenliga med avtalsbestämmelserna i bilaga 2 till MEGAL-avtalet, enligt vilka GDF inte har någon rätt att ta ut gas från MEGAL-ledningen i Tyskland med mindre de aktuella företagen kommer överens om något annat. Inte heller föreligger någon omständighet som vid denna tidpunkt kan grunda ståndpunkten att dessa bestämmelser hade upphävts eller att nämnda företag formellt hade kommit överens om att ändra dem.

191 Mot denna bakgrund godtar tribunalen inte sökandens argument om att kommissionen gjort en uppenbart oriktig bedömning av flera faktiska omständigheter som bekräftar sökandens tolkning av telefaxet av den 7 januari 2002.

192 När det sedan gäller sökandens beteende som påstås bekräfta att sökanden inte ansåg sig vara bunden av följeskrivelserna, framhåller tribunalen att kommissionen i skäl 163 i det angripna beslutet påpekade att varken de båda företagens interna försäljningsstrategier på respektive företags nationella marknad, eller den faktiska försäljningen av gas på dessa marknader, utgjorde bevis som tillbakavisar slutsatsen att de fortsatte att tillämpa deras avtal om uppdelning av marknader.

193 Mot detta konstaterande har sökanden anmärkt att kommissionen åsidosatte artikel 81 EG och sin motiveringsskyldighet genom att inte beakta de bevis som styrker förekomsten av erbjudanden att leverera gas till kunder i södra Tyskland från MEGAL-ledningen. Enligt sökanden visar dessa erbjudanden att det inte föreligger någon överensstämmande partsvilja efter avregleringen.

194 Tribunalen kan emellertid inte godta en sådan anmärkning.

195 När det gäller motiveringen, påpekar tribunalen att kommissionen till stöd för påståendet i skäl 163 i det angripna beslutet bland annat i skäl 73 i detta beslut angav att sökanden hade sålt gas i Tyskland först från och med år 2001 och då i mycket begränsad utsträckning. Enligt tabellen som återges i detta skäl framgår att sökandens marknadsandelar i Tyskland uppgick till [*konfidentiellt*]. Enligt samma tabell sålde sökanden gas från MEGAL-ledningen först från och med år 2004 med leverans till [*konfidentiellt*]. Dessutom påpekade kommissionen i skäl 101 i det angripna beslutet att leveranser från denna gasledning motsvarade en relativt minimal andel av sökandens totala försäljning i Tyskland och att de gasvolymer som såldes från denna gasledning i Tyskland mellan år 2004 och september 2005 nästan uteslutande utgjorde volymer som sökanden köpt från E.ON inom ramen för avyttringsprogrammet. Mot denna bakgrund finner tribunalen att det angripna beslutet har motiverats i tillräcklig utsträckning. Det ska inte desto mindre konstateras att det i det angripna beslutet, i detta avseende, inte uttryckligen hänvisas till de erbjudanden som sökanden lämnat till kunder i södra Tyskland avseende leveranser från MEGAL-ledningen. Det följer emellertid av fast rättspraxis att kommissionen är skyldig att motivera sina beslut genom att ange de faktiska omständigheter och rättsliga faktorer som är avgörande för åtgärdens rättsenlighet och de överväganden som ligger till grund för beslutet. Det fordras emellertid inte att den nämner alla de faktiska och rättsliga omständigheter som åberopats av respektive berörd part under det administrativa förfarandet (förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-8/89, DSM mot kommissionen, REG 1991, s. II-1833, punkt 257, och av den 19 maj 1994 i mål T-2/93, Air France mot kommissionen, REG 1994, s. II-323, punkt 92, svensk specialutgåva, volym 15, s. II-49).

196 När det därefter gäller frågan huruvida påståendet i skäl 163 i det angripna beslutet är välgrundat, godtar tribunalen inte sökandens argument att kommissionen åsidosatte artikel 81 EG genom att inte beakta sökandens erbjudanden. [*Konfidentiellt*.] Med hänsyn till de omständigheter som nämns nedan i punkt 197, av vilka det framgår att sökanden själv åtminstone fram till och med andra hälften av år 2003 hade avstått från att genomföra försäljningar från MEGAL-ledningen i södra Tyskland, måste dessutom relevansen av de erbjudanden som sökanden åberopat ställas i relation till dessa omständigheter i den mån erbjudandena omfattar denna period. Eftersom dessa erbjudanden enbart rör Tyskland kan de slutligen inte i sig påverka kommissionens påstående i den mån det berör den franska marknaden. Mot denna bakgrund kan sökandens erbjudanden som sådana inte styrka att kommissionens påstående var oriktigt eller att det saknades en överensstämmande partsvilja hos de berörda företagen.

197 När det gäller de svårigheter som sökanden haft att ta ut gas från MEGAL-ledningen, påpekar tribunalen att i motsats till vad sökanden har hävdat, ansåg inte kommissionen [*konfidentiellt*]. Detta påstående som gjorts i skäl 144 i det angripna beslutet finns nämligen inte med i kommissionens bedömning, utan i en sammanfattning av de aktuella företagens argument. Tribunalen framhåller vidare att de hinder för utveckling som sökanden mötte i södra Tyskland inte enbart var en fråga om tredje mans rätt att få tillgång till gasnätet, [*konfidentiellt*], utan även ett frivilligt beteende från sökandens sida. Tribunalen erinrar om att det i protokollet från mötet den 23 maj 2002 nämligen framhölls att sökanden inte planerade att sälja gas från MEGAL-ledningen i södra Tyskland. Det framgår även av en anteckning från sökanden kallad ”briefing” av den 29 augusti 2003 att sökanden sedan år 2001 avstått från planer på att ta ut gas från MEGAL-ledningen för försäljning i södra Tyskland, vilket var den för E.ON mest lönsamma marknaden. Vidare erinrar tribunalen om att det framgår av ett e-postmeddelande av den 27 februari 2003 att sökanden framstod som övertygad om att det förelåg en skyldighet att hålla igen när det gällde dess inträde på den tyska marknaden och att även om sökanden kunde försöka sälja gas inom E.ON:s område, var det främst för att undersöka marknaden och inte för att genomföra ett direkt frontalangrepp. Det förhållandet [*konfidentiellt*] kan slutligen inte påverka frågan om förekomsten av den aktuella överträdelsen, eftersom denna grundade sig på MEGAL-avtalet, dess bilagor och följeskrivelserna. Det argument som grundar sig på förfarandet i ärendet COMP/39.317 – E.ON Gas, beträffande E.ON:s beteende är således verkningslöst. [*Konfidentiellt*.]

198 När det gäller utvecklingen av E.ON:s försäljning i Frankrike, framgår det av skäl 73 i det angripna beslutet att E.ON inledde sin försäljning av gas i Frankrike först år 2003 och då i mycket begränsad utsträckning. I tabellen som återges i detta skäl anges nämligen E.ON:s marknadsandelar i Frankrike till 0,05 procent år 2003, 0,21 procent år 2004 och 0,5 procent år 2005 samt att E.ON under dessa år hade 3, 4 respektive 8 kunder. Även om E.ON:s försäljningen växte kontinuerligt från år 2003, låg denna försäljning inte desto mindre kvar på en extremt låg nivå och berörde ett mycket begränsat antal kunder. Det framgår dessutom av E.ON:s interna anteckning kallad ”briefing” inför Tour d’horizon-mötet den 20 december 2001, som nämns i skäl 116 i det angripna beslutet, att E.ON vid detta möte önskade uppmärksamma sökanden på att ett försäljningskontor hade öppnats i Paris (Frankrike) och att dess roll var att visa sin närvaro i Frankrike och inte att aggressivt inträda på den franska marknaden. Vidare framgår det av en anteckning från E.ON kallad ”briefing” inför ”Tour d’horizon”-mötet den 27 maj 2004 att den västra gränsen för E.ON:s verksamhet i Kontinentaleuropa var Tysklands västra gräns och att E.ON inte hade något särskilt intresse av Frankrike. Mot denna bakgrund finner tribunalen att E.ON:s försäljning i Frankrike inte kan visa att detta bolag inte ansåg sig vara bundet av följeskrivelserna. De påstådda industriella skälen för E.ON:s svaga utveckling, nämligen den påstådda aggressiva affärspolitiken i Frankrike och de erhållna resultaten eller det förhållandet att försäljningsutvecklingen inte hade något avbrott från och med år 2005, kan inte påverka den skriftliga bevisning som uttryckligen styrker E.ON:s vilja att begränsa sitt inträde på den franska gasmarknaden.

199 Tribunalen vill emellertid framhålla att denna slutsats, såvitt avser den franska marknaden, endast gäller fram till och med 2004 års avtal, genom vilket de aktuella företagen förklarade att följeskrivelserna var ”ogiltiga”. Den situation som avser tiden efter detta datum kommer att prövas inom ramen för den tredje delen av den fjärde grunden (se nedan punkterna 367– 378).

200 Av det ovanstående följer att tribunalen, med denna reservation, inte godtar den tredje anmärkningen.

– Den första anmärkningen

201 Sökanden har anfört att kommissionen åsidosatte principen om oskuldspresumtion genom att anse att följeskrivelserna fortsatte att tillämpas efter avregleringen. Sökanden anser att kommissionen tvärtom borde ha presumerat att följeskrivelserna ”övergetts” från och med augusti 2000 utan att ens kräva något bevis för att de aktuella företagen officiellt sagt upp skrivelserna från och med detta datum.

202 Principen om oskuldspresumtion, såsom den följer av bland annat artikel 6.2 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad i Rom den 4 november 1950 (nedan kallad Europakonventionen), utgör en del av de grundläggande rättigheterna som enligt domstolens fasta rättspraxis erkänns i unionens rättsordning. Med hänsyn till de aktuella överträdelsernas art samt arten och svårighetsgraden av de därtill knutna sanktionsåtgärderna ska principen om oskuldspresumtion bland annat tillämpas i förfaranden angående företags överträdelse av konkurrensreglerna som kan leda till att böter eller viten påförs (se förstainstansrättens dom i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 178, och av den 5 april 2006 i mål T-279/02, Degussa mot kommissionen, REG 2006, s. II-897, punkt 115 och där angiven rättspraxis).

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

204 Tribunalen erinrar om, såsom påpekats ovan i punkt 142, att det framgår av det angripna beslutet att de aktuella företagen år 1975 ingick ett avtal om uppdelning av marknader, i form av MEGAL-avtalet samt dess bilagor och följeskrivelser. Avtalet bestod i ett åtagande att inte träda in på varandras

hemmamarknader – eller att endast göra det i begränsad utsträckning – och att således skydda sina nationella marknader genom att avstå från att sälja den gas som överförs genom MEGAL-ledningen på den andra partens nationella marknad. Inget av de argument som sökanden har framfört, såsom det framgår av förevarande dom i sin helhet, kan påverka detta konstaterande. Tribunalen erinrar vidare om att det såsom framgår ovan i punkt 143 inte finns någon bevisning som styrker att avtalet sades upp före år 1999 eller till och med år 2000. Inte heller det förhållandet att tribunalen – i samband med prövningen av den första delen av den första grunden – ogiltigförklarade artikel 1 i det angripna beslutet i den mån det konstateras att det förelåg en överträdelse i Tyskland före år 1998, påverkar som sådant förekomsten av ett avtal om uppdelning av marknader, utan enbart den tidpunkt från vilken avtalet var rättsstridigt.

205 Det framgår dessutom av prövningen av den andra och den tredje anmärkningen som anförts i förevarande del att det inte finns någon bevisning som har kunnat påverka övervägandena i skäl 163 i det angripna beslutet. I detta skäl anförde kommissionen att de aktuella företagen, efter avregleringen, inte officiellt upphävde avtalet mellan dem och inte uttryckligen förklarade det som obsolet. Kommissionen angav vidare att varken de båda företagens interna försäljningsstrategier på respektive företags nationella marknad eller deras gasförsäljning på dessa marknader utgör bevis som tillbakavisar slutsatsen att de fortsatte att tillämpa avtalet mellan dem om uppdelning av marknader.

206 Tvärtemot vad sökanden har anfört, gjorde kommissionen således inte något fel när den inte presumerade att de aktuella företagen hade ”övergett” följeskrivelserna från och med augusti 2000.

207 Tribunalen finner att den rättspraxis som sökanden åberopat till stöd för förevarande anmärkning inte är relevant. I motsats till de omständigheter som låg till grund för förstainstansrättens dom av den 29 juni 1995 i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen (REG 1995, s. II-1775), förfogade kommissionen i förevarande fall över direkta bevis för påståendena om att det förelåg ett avtal och/eller samordnade förfaranden efter augusti 2000. Kommissionens bevisning styrker att de aktuella företagen ansåg att de fortfarande var bundna av det avtal om uppdelning av marknaden som ingåtts år 1975. Denna bevisning behandlades bland annat i skälen 61–136 i det angripna beslutet. Dessa bevis, som i vissa fall hänvisar till följeskrivelserna, grundar sig särskilt på skriftväxling eller protokoll från möten mellan de aktuella företagen samt på företagens interna handlingar, vilka i vissa fall hänvisar till möten mellan dessa företag. Såsom följer av prövningen av den andra och den tredje anmärkningen i förevarande del, har sökanden inte visat vare sig att denna bevisning saknar bevisvärde eller att kommissionen felaktigt ansåg att de aktuella företagen inte hade ”övergett” följeskrivelserna efter år 2000. När det gäller påståendet om att det saknades bevis för rättsstridiga förfaranden mellan åren 1980 och 1999, har tribunalen avfärdat relevansen av denna omständighet i samband med prövningen av den tredje delen av förevarande grund. Av detta följer att kommissionen på ett lämpligt sätt har visat att det förelåg ett ursprungligt avtal och att detta därefter fortsatte att tillämpas. Vidare har kommissionen inte, i motsats till de omständigheter som låg till grund för domen i det ovannämnda målet Solvay mot kommissionen, motiverat användningen av äldre avtal som bevis för en senare överträdelse.

208 Av vad som anförts följer att tribunalen inte heller godtar den första anmärkningen.

209 Eftersom tribunalen inte godtar någon anmärkning som anförs till stöd för den andra delen, kan talan inte bifallas i denna del.

b) Den tredje delen

210 I denna del har sökanden gjort gällande att kommissionen gjorde en felaktig tolkning av de möten och den skriftväxling som ägde rum mellan de aktuella företagen under perioden 1999–2005 och att det angripna beslutet således innehåller en uppenbart oriktig bedömning.

211 Begreppet samordnat förfarande avser en form av samordning mellan företag som, utan att ha drivits så långt som till genomförande av ett avtal i snäv bemärkelse, innebär att konkurrensens risker medvetet ersätts med ett praktiskt samarbete dem emellan. Kriterierna koordination och samarbete, som ligger till

grund för ett samordnat förfarande, ska uppfattas mot bakgrund av den bärande idén bakom fördragets konkurrensregler, nämligen att varje ekonomisk aktör självständigt ska bestämma den politik som den avser att följa på den gemensamma marknaden (se domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkt 26, av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85-C-129/85, Ahlström Osakeyhtiö m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1307, punkt 63, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-111, och av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen, REG 1998, s. I-3111, punkt 86).

212 Detta krav på självständighet utesluter inte att de ekonomiska aktörerna har rätt att rationellt anpassa sig till det konstaterade eller förutsedda uppträdandet hos konkurrenterna. Däremot utgör det ett strikt hinder mot att det förekommer direkta eller indirekta kontakter mellan sådana aktörer som är ägnade att antingen påverka en faktisk eller potentiell konkurrents beteende på marknaden eller att för en sådan konkurrent avslöja det beteende man har beslutat om eller överväger att själv tillämpa på marknaden, när dessa kontakter har till syfte eller resultat att utmynna i konkurrensvillkor som inte motsvarar de normala villkoren på den relevanta marknaden, med beaktande av de tillhandahållna produkternas eller tjänsternas beskaffenhet, hur betydelsefulla och hur många företagen var och nämnda marknads volym (se, för ett liknande resonemang, domarna i de ovan i punkt 211 nämnda förenade målen Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, punkt 174, och Deere mot kommissionen, punkt 87).

213 Av rättspraxis framgår att utbyte av information på en starkt koncentrerad oligopolistisk marknad kan göra det möjligt för företagen att få kännedom om sina konkurrenters marknadsställning och kommersiella strategi och således på ett påtagligt sätt påverka den konkurrens som förekommer mellan de ekonomiska aktörerna (domstolens dom av den 4 juni 2009 i mål C-8/08, T-Mobile Netherlands m.fl., REG 2009, s. I-4529, punkt 34).

214 Av detta följer att utbyte av information mellan konkurrenter kan strida mot konkurrensbestämmelserna när detta utbyte mildrar eller undanröjer graden av osäkerhet om den relevanta marknadens funktion och följaktligen begränsar konkurrensen mellan företagen (se domen i det ovan i punkt 211 nämnda målet Deere mot kommissionen, punkt 90, och dom av den 2 oktober 2003 i mål C-194/99 P, Thyssen Stahl mot kommissionen, REG 2003, s. I-10821, punkt 81).

215 Det följer av fast rättspraxis att det, för att bevisa att ett företag har deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan, räcker att visa att det berörda företaget deltog i möten där överenskommelser av konkurrensbegränsande art ingicks, utan att företaget öppet tog avstånd från dessa överenskommelser. När deltagandet i dessa möten är bevisat, åvilar det företaget att anföra omständigheter som visar att det deltog i mötena utan någon som helst konkurrensfientlig inställning genom att styrka att företaget hade förklarat för sina konkurrenter att det deltog i mötena med en annan inställning än dessa (se domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-123, punkt 81).

216 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som tribunalen ska pröva de två anmärkningar som sökanden anfört till stöd för sin talan i denna del. Sökanden har kritiserat kommissionens bedömning avseende förekomsten av ett samordnat förfarande dels genom uppdelningen av den tyska och den franska gasmarknaden i enlighet med följeskrivelserna, dels utbytet av känsliga uppgifter mellan konkurrenter.

– Den första anmärkningen

217 Sökanden har hävdat att mötena och utbytet mellan de aktuella företagen under perioden 1999–2005 inte kan visa att det förelåg ett samordnat förfarande genom en uppdelning av den tyska och den franska gasmarknaden i enlighet med följeskrivelserna.

218 Tribunalen påpekar att kommissionen i skäl 163 i det angripna beslutet ansåg att mötena mellan de aktuella företagen syftade till att uppnå samma syfte som följeskrivelserna, nämligen att dela upp marknaderna och begränsa tillträdet till respektive marknad till vad som ansågs vara strikt nödvändigt.

219 Sökanden har bestritt detta påstående och hävdat att kommissionen inte har styrkt detta. Sökanden har i huvudsak anfört fyra argument till stöd för sin ståndpunkt.

220 Sökanden har gjort gällande att de handlingar som kommissionen åberopat till stöd för sina påståenden endast har ett extremt svagt bevisvärde. Tribunalen erinrar om att även om kommissionen upptäcker handlingar, såsom protokoll från ett möte, som uttryckligen bekräftar att ekonomiska aktörer har haft otillåten kontakt med varandra är dessa vanligtvis fragmentariska och spridda, varför det ofta visar sig vara nödvändigt att rekonstruera vissa detaljer med hjälp av slutledning. I de flesta fall måste därför förekomsten av ett konkurrensbegränsande förfarande eller avtal härledas ur ett antal sammanträffanden och indicier som när de beaktas tillsammans och när annan hållbar förklaring saknas kan utgöra bevis för att en överträdelse av konkurrensreglerna har skett (domen i de ovan i punkt 215 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 57). Tribunalen erinrar vidare om, såsom framgår av den rättspraxis som angetts ovan i punkt 161, när en handlings bevisvärde bedöms måste det kontrolleras huruvida uppgifterna i handlingen är tillförlitliga och hänsyn bland annat tas till handlingens ursprung, omständigheterna kring dess tillkomst, till vem den är ställd och huruvida dess innehåll verkar rimligt och trovärdigt.

221 Tribunalen finner i förevarande fall att sökandens påstående om att det inte lagts fram något ”direkt bevis” för det aktuella samordnade förfarandet är verkningslöst. Eftersom sådan verksamhet som utgörs av konkurrensbegränsande förfaranden och avtal bedrivs i hemlighet, mötena äger rum i hemlighet och därtill hörande dokumentation begränsas till ett minimum (domen i de ovan i punkt 215 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 55), kan det inte krävas av kommissionen att den måste grunda sig på direkta bevis för dessa förfaranden och avtal. Det framgår vidare av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 220 att i de flesta fall måste förekomsten av ett konkurrensbegränsande förfarande eller avtal härledas ur ett antal sammanträffanden och indicier som när de beaktas tillsammans och när annan hållbar förklaring saknas kan utgöra bevis för att en överträdelse av konkurrensreglerna har skett. Under alla omständigheter finner tribunalen att det aktuella påståendet saknar grund. Såsom framgår av det angripna beslutet, grundade sig nämligen kommissionen på flera interna anteckningar och protokoll från möten mellan de aktuella företagen – däribland mötena kallade Tour d’horizon som arrangerats flera gånger per år mellan företagsledarna i nämnda företag – som får anses utgöra direkta bevis för de berörda förfarandena. Det framgår nämligen av dessa handlingar, och särskilt de som nämns i skäl 180 i det angripna beslutet, att de aktuella företagen under dessa möten samordnade sina ageranden i syfte att dela upp den tyska och den franska gasmarknaden.

222 När det gäller sökandens argument angående de handlingar som bekräftar påståendet om de aktuella företagens självständiga strategier, tillbakavisar tribunalen dessa argument i punkterna 259–269 nedan.

223 Vidare godtar inte tribunalen sökandens påstående att ”de flesta” omständigheter som anförts av kommissionen inte hänför sig till den aktuella överträdelsen. Detta påstående är nämligen verkningslöst, eftersom sökanden inte har gjort gällande att inte någon av de handlingar som åberopats av kommissionen hänför sig till den aktuella överträdelsen. Sökanden har härvid enbart angett ”de flesta” av de omständigheter som åberopats av kommissionen. Ett sådant påstående är under alla omständigheter ogrundat. Tribunalen erinrar nämligen om att den omständigheten att en handling enbart hänför sig till vissa av de åberopade omständigheterna som tagits upp i annan bevisning inte är tillräckligt för att tvinga kommissionen att återta denna handling från bevisningen mot ett företag (domen i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 238). Även om vissa handlingar inte direkt berör den uppdelning av marknaderna som genomförts av de aktuella företagen, utgör de emellertid stöd för förekomsten av en sådan uppdelning och påvisar det hemliga samförstånd som rådde mellan dessa företag. Under alla

omständigheter hänför sig vissa av de handlingar som kommissionen har åberopat direkt till den aktuella överträdelsen. Detta gäller bland annat E.ON:s protokoll från ett möte den 23 maj 2002 av vilket det, såsom påpekats ovan i punkt 197, framgår att sökanden för E.ON uppgett att den inte hade för avsikt vid denna tidpunkt att sälja gas från MEGAL-ledningen i södra Tyskland. Samma sak gäller E.ON:s interna protokoll från ”Tour d’horizon”-mötet den 29 mars 2004, som åberopats av sökanden, av vilket det framgår att sökanden hade för avsikt att delta i avyttringsprogrammet på grund av sina farhågor om att den ryska gasen skulle hamna i fel händer eller att ytterligare konkurrens skulle utvecklas längs MEGAL-ledningen. När det gäller de aktuella uppgifternas allmänna karaktär, framhåller tribunalen att det skulle vara alltför enkelt för ett företag som gjort sig skyldigt till en överträdelse att undkomma sanktionsåtgärder om det kunde ha framgång med påståendet att de upplysningar som framlagts beträffande det sätt som ett rättsstridigt avtal genomförts är av allmän karaktär, när det emellertid styrkts att ett avtal föreligger och att det har ett konkurrensbegränsande syfte (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 203), såsom är fallet i förevarande mål.

224 Det förhållandet att övrig bevisning förutom följeskrivelserna som ligger till grund för det angripna beslutet inte utgör handlingar som är gemensamma eller som har utväxlats mellan de aktuella företagen, utan interna handlingar från nämnda företag, saknar relevans. Tribunalen påpekar att kommissionen i det angripna beslutet angav att den även förfogade över bevisning som inte var företagsintern, vilken bevisning angavs i fotnot 199. Sökanden har inte med giltig verkan ifrågasatt dess relevans. Det finns nämligen under alla omständigheter inte någon bestämmelse eller någon allmän princip i unionsrätten som utgör hinder för att kommissionen mot ett företag åberopar uttalanden från andra klandrade företag. I annat fall skulle bevisbördan för beteenden som strider mot artiklarna 81 EG och 82 EG, vilken åvilar kommissionen, vara omöjlig att bära och oförenlig med kommissionens uppgift enligt EG-fördraget att övervaka att dessa regler tillämpas på ett korrekt sätt (se förstainstansrättens dom i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 192 och där angiven rättspraxis, och av den 8 juli 2008 i mål T-54/03, Lafarge mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 57 och där angiven rättspraxis). Detsamma gäller interna handlingar som härrör från ett annat klandrat företag. De handlingar som kommissionen påträffat vid en undersökning i andra klandrade företags lokaler kan nämligen användas som bevis mot ett annat klandrat företag (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 24 oktober 1991 i mål T-3/89, Atochem mot kommissionen, REG 1991, s. II-1177, punkterna 31–38, och av den 11 december 2003 i mål T-59/99, Ventouris mot kommissionen, REG 2003, s. II-5257, punkt 91). Med hänsyn till arten av de aktuella förfarandena och de därmed förknippade svårigheterna när det gäller bevisupptagningen, såsom tribunalen erinrat om ovan i punkt 221, är kommissionen för övrigt inte nödvändigtvis tvungen att grunda sig på de handlingar som utväxlats mellan de aktuella företagen eller som är gemensamma för dessa. Kommissionen kan således grunda sig på interna handlingar från de aktuella företagen om dessa handlingar gör det möjligt att styrka en överträdelse.

225 När det gäller domen i det ovan i punkt 161 nämnda målet Dresdner Bank m.fl. mot kommissionen, på vilket sökanden har grundat sin argumentation, kan det inte generellt antas att en företagsintern handling som inte har spridits till något annat företag, av denna anledning har ett mycket svagt bevisvärde. Detta framgår inte uttryckligen av domen i detta mål och motsägs under alla förhållanden av domarna i de ovan i punkt 224 nämnda förenade målen Atochem mot kommissionen och Ventouris mot kommissionen. I domen i det ovan i punkt 161 nämnda målet Dresdner Bank m.fl. mot kommissionen konstaterade domstolen endast att det i målet aktuella protokollet var en rent intern anteckning som inte hade spridits till sökanden i detta mål före det administrativa förfarandet, vilket innebar att sökanden inte haft möjlighet att ta avstånd från protokollets innehåll. Detta förhållande utgjorde emellertid endast en omständighet som beaktats i detta mål till stöd för bedömningen att protokollet enbart var ett indicium som kunde läggas till grund för misstanken om att det förelåg en gemensam vilja. Till skillnad från det nämnda målet, har kommissionen i förevarande fall åberopat flera handlingar som härrör från såväl sökanden som E.ON, vilka otvetydigt bekräftar förekomsten av de berörda förfarandena.

226 När det gäller det förhållandet att kommissionen grundade sig på interna handlingar, såsom anteckningarna kallade ”briefings”, vilka var av förberedande karaktär och beträffande vilka det inte finns något bevis för att innehållet utväxlades under de möten till vilka de hänför sig, påpekar tribunalen, för det fall denna omständighet kan leda till att bevisvärdet på dessa handlingar påverkas, att denna omständighet inte hindrar kommissionen från att åberopa dem som bevisning mot sökanden till stöd för sina slutsatser som grundar sig på andra handlingar. Det förhållandet att de berörda företagen har för avsikt att behandla vissa ämnen som har samband med en uppdelning av marknader mellan dem, utgör i sig ett indicium på att en sådan uppdelning verkligen förelåg (se, för ett liknande resonemang och analogt, domen i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 231). Dessa handlingar saknade således inte bevisvärde och är följaktligen, tvärtemot vad sökanden har påstått, relevanta.

227 Tribunalen godtar inte sökandens påstående om att de handlingar på vilka det angripna beslutet grundar sig endast främst innehåller personliga och subjektiva analyser och bedömningar som härrör från anställda som är mer eller mindre högt placerade och som inte alltid har behörighet att företräda företaget eller göra åtaganden för dess räkning. Kommissionen har nämligen inte enbart grundat sig på sådana handlingar, utan har även åberopat protokoll från ”Tour d’horizon”-möten, vilka samlade alla företagsledarna i de aktuella företagen. Sökanden har för övrigt inte visat att kommissionen enbart grundade sig på sådana handlingar, eftersom sökanden enbart angett ”de flesta” av dessa handlingar, utan att närmare ange vilka handlingar sökanden hänvisar till. Om det antas att sökanden genom sitt påstående hänvisar till e-postmeddelandet av den 16 mars 2004, erinrar tribunalen om att bevisvärdet av detta meddelande redan har fastställts ovan i punkt 174. Om det antas att sökanden hänvisar till e-postmeddelandet av den 27 februari 2003, rörande ett privat möte mellan en anställd vid sökanden och en anställd vid E.ON, framgår det klart av detta meddelande att sökandens anställde vid detta möte hade för avsikt att lämna vissa uppgifter till den anställde vid E.ON, uppgifter som kan ha ett visst intresse såväl för sökanden som för E.ON när det gäller sökandens ambitioner i Tyskland. Med hänsyn till den detaljerade karaktären, dess innehåll och den egenskap i vilken upphovsmannen till de uttalanden som det hänvisas till i e-postmeddelandet uppträdde, framstår de återgivna uttalandena som fullständigt sannolika och som att de objektivt återger innehållet i utbytet mellan parterna. Slutligen utgör denna handling klart stöd för förekomsten av en uppdelning av marknader, eftersom det av handlingen bland annat framgår att sökanden tycktes vara övertygad om behovet av att vara återhållsam i sitt agerande på den tyska marknaden och att även om sökanden kunde inleda en försäljning av gas inom E.ON:s område, skulle det främst vara för att undersöka marknaden, snarare än att inleda ett direkt frontalangrepp.

228 Tribunalen godtar inte heller sökandens påstående om att den bevisning på vilken kommissionen grundar sig inte har något inbördes samband. Sökanden har nämligen endast gjort gällande att det behandlade temat varierar från en handling till en annan utan att åberopa någon bevisning till stöd för att kommissionens helhetsbedömning var uppenbart felaktig. Det framgår vidare av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 220 att kommissionen ofta är tvungen att grunda sig på ett visst antal sammanträffanden och indicier. Det kan således inte krävas att de handlingar på vilka kommissionen grundar sig i detta hänseende ska behandla teman som har ett systematiskt inbördes samband. Det viktiga i detta avseende är att de bevis som kommissionen åberopar är tillräckligt precisa och samstämmiga för att grunda den fasta övertygelsen om att den påstådda överträdelsen har ägt rum. Det är nämligen tillräckligt att de sammanträffanden och indicier på vilka institutionen grundar sig sammantaget kan styrka en överträdelse av konkurrensreglerna. Såsom det i förevarande fall redan har fastställts, förfogade kommissionen under alla omständigheter inte enbart över indicier och bevis för de berörda förfarandena utan även över ett skriftligt avtal som utgjorde grunden för dessa förfaranden. Sökanden har inte visat att detta avtal hade sagts upp.

229 Mot denna bakgrund godtar tribunalen inte sökandens argument om att de handlingar på vilka det angripna beslutet grundar sig har ett svagt bevisvärde.

230 När det gäller sökandens argument att de möten och det utbyte som ägde rum mellan de aktuella företagen under perioden 1999–2005 inte kan visa att det förelåg en gemensam vilja hos företagen att dela upp den tyska och den franska gasmarknaden i den anda som kännetecknade följeskrivelserna,

erinrar tribunalen om att sökandens argument rörande handlingarna om möten och informationsutbyte av den 4 februari 1999, av den 24 juni 1999, av den 23 maj 2002, av den 27 februari 2003, av den 19 februari 2004 och den 16 mars 2004 har tillbakavisats i samband med prövningen av förevarande grund. Med hänsyn till innehållet i denna bevisning kan det styrka en gemensam vilja mellan nämnda företag såvitt avser den aktuella överträdelsen. Tribunalen kan således underkänna denna argumentation enbart på denna grund.

231 För fullständighetens skull konstaterar tribunalen att det under alla omständigheter framgår av punkterna 232–238 nedan att sökanden saknar stöd för sina argument som syftar till att bestrida det välgrundade i kommissionens överväganden i skälen 114–122 i det angripna beslutet. Kommissionen fastställde där att de aktuella företagen hade åtagit sig att inte anta ett aggressivt beteende och att de ibland beklagade den andra partens försäljning eller priser.

232 Tvärtemot vad sökanden har gjort gällande tycks kommissionen nämligen inte ha gjort någon felaktig tolkning av de handlingar som kommissionen lagt till grund för det angripna beslutet. Det vill säga E.ON:s anteckning kallad ”briefing” angående ”Tour d’horizon”-mötet den 20 december 2001, sökandens interna anteckning kallad ”briefing” av den 29 augusti 2003 angående mötet den 2 september 2003, E.ON:s protokoll från ”Tour d’horizon”-mötet den 19 mars 2004, E.ON:s protokoll från ”Tour d’horizon”-mötet den 27 maj 2004 och E.ON:s anteckning kallad ”briefing” angående mötet den 2 juli 2004. Sökanden har nämligen inte åberopat någon bevisning som kan påverka kommissionens påståenden som grundar sig på dessa handlingar.

233 I skäl 115 i det angripna beslutet hävdade kommissionen att avtalet om uppdelning av marknader upprätthölls samtidigt som avtalsparterna ansåg att ett begränsat och kontrollerat tillträde för respektive företag på den andra partens nationella marknad var att föredra framför att utsättas för konkurrens från nya aktörer och att det var ett sätt att visa myndigheterna att en viss konkurrens utvecklades på marknaden. Tribunalen finner att sökanden inte kan tillbakavisa detta påstående genom att kritisera protokollet från ”Tour d’horizon”-mötet den 29 mars 2004. Detta protokoll har nämligen inte åberopats av kommissionen som stöd för detta påstående, eftersom kommissionen härvid grundade sig på en intern anteckning från sökanden av den 24 september 2002, i vilken det angavs, såsom det framgår av detta skäl, att de stora aktörerna i Tyskland har behov av alibi i Tyskland för att visa att marknaden är öppen och att de aktuella företagen kan ha ett gemensamt intresse av att träffa en ”deal” med ett i huvudsak strategiskt innehåll som gör det möjligt för dem att utbyta positioner i Europa. Tvärtemot vad sökanden har påstått, ansåg inte kommissionen att sökandens vilja att utvecklas i Tyskland genom främst en extern tillväxt, såsom bekräftas av det aktuella protokollet, hade ett samband med en konkurrensbegränsande samverkan med E.ON. Sökandens argument i detta hänseende är således verkningslöst.

234 Denna argumentation saknar under alla förhållanden grund. Det framgår nämligen av protokollet från ”Tour d’horizon”-mötet av den 29 mars 2004 att sökanden hade för avsikt att delta i avyttringsprogrammet bland annat på grund av sina farhågor om att ytterligare konkurrens skulle utvecklas längs MEGAL-ledningen. Detta har tvärtemot vad sökanden har hävdat ett samband med den aktuella överträdelsen. När det gäller sökandens påstående att det av nämnda protokoll framgick att sökanden önskade utvecklas i Tyskland utan att störa E.ON:s intressen, påpekar tribunalen att även om det antas att så var fallet, framgår det emellertid även av detta protokoll att sökanden önskade kontrollera konkurrensnivån. Det förhållandet att sökanden till E.ON framförde sitt missnöje med anledning av dess misslyckade försök att förvärva en del av E.ON i [*konfidentiellt*] och att sökanden hade för avsikt att utvecklas i Tyskland genom externa förvärv, kan inte påverka detta konstaterande. Kommissionen gjorde således inte någon felaktig bedömning när den av detta protokoll i skäl 98 i det angripna beslutet drog slutsatsen att sökanden hade försökt uppnå konsensus med E.ON beträffande det gemensamma syftet att undvika att gas [*konfidentiellt*] som såldes genom avyttringsprogrammet köptes av utomstående konkurrenter till de aktuella företagen längs MEGAL-ledningen.

235 Vidare uppgav kommissionen i skäl 116 i det angripna beslutet att E.ON vid upprepade tillfällen hade försäkrat sökanden om att bolaget inte hade för avsikt att bedriva en aggressiv konkurrens på den franska marknaden. Tribunalen påpekar såvitt avser E.ON:s anteckning kallad ”briefing” angående ”Tour d’horizon”-mötet den 20 december 2001 och E.ON:s protokoll från ”Tour d’horizon”-mötet den 27 maj 2004, vilka låg till grund för kommissionens bedömning, att ovannämnda påstående inte framstår som felaktigt. Det förhållandet att anteckningen kallad ”briefing” inte bekräftades av någon skriftväxling mellan de aktuella företagen eller någon intern handling hos sökanden saknar i förevarande fall betydelse, såsom följer av den rättspraxis som nämnts ovan i punkt 224. Även om det inte går att fastställa att E.ON verkligen till sökanden hade uppgett att syftet med det försäljningskontor som E.ON just hade öppnat i Paris var att visa sin närvaro och inte ett aggressivt inträde på marknaden, visar denna förberedande anteckning emellertid klart att E.ON hade för avsikt att lämna sökanden försäkringar om sin affärsstrategi i Frankrike. Denna anteckning utgör således ett relevant indicium vid fastställandet av huruvida det förelåg ett hemligt samförstånd mellan de aktuella företagen. När det gäller E.ON:s protokoll från mötet den 27 maj 2004 har sökanden medgett att uppgifterna rörande det förhållandet att E.ON hade tillkännagett för sökanden att den västra gränsen för E.ON:s verksamhet i Kontinentaleuropa var Tysklands västra gräns och att E.ON inte hade något särskilt intresse av Frankrike, återspeglade E.ON:s affärsstrategi i Europa. Sökanden har dock bestritt att detta beslut föregicks av ett medgivande från sökandens sida. Kommissionen har emellertid inte påstått att så var fallet. Kommissionen har endast gjort gällande att E.ON vid upprepade tillfällen försäkrat sökanden om att bolaget inte hade för avsikt att bedriva en aggressiv konkurrens på den franska marknaden. Det av sökanden åberopade förhållandet att E.ON hade offentliggjort sådana uppgifter kan inte, om detta förhållande antas vara fastställt, påverka denna bedömning. Tribunalen godtar således inte sökandens argumentation angående dessa handlingar.

236 Slutligen påstod kommissionen i skäl 117 i det angripna beslutet att de aktuella företagen hade beklagat den försäljning som genomförts på respektive företags nationella marknad. Tribunalen finner att detta påstående inte framstår som felaktigt mot bakgrund av sökandens interna anteckning kallad ”briefing” av den 29 augusti 2003 rörande mötet den 2 september 2003, protokollet från mötet den 27 maj 2004 och E.ON:s anteckning kallad ”briefing” rörande mötet den 2 juli 2004, vilka låg till grund för kommissionens påstående.

237 Sökanden har nämligen beträffande anteckningen kallad ”briefing” av den 29 augusti 2003 gjort gällande att denna handling innehåller bedömningar som ger uttryck enbart för upphovsmannens personliga och subjektiva åsikt. Tribunalen godtar inte detta argument, eftersom det framgår av denna anteckning att det, på ett objektivt sätt, gjorts en komparativ analys av de aktuella företagens verksamhet. När det gäller sökandens argument att det inte finns några omständigheter som bekräftar att de punkter som behandlas i nämnda handling faktiskt har diskuterats eller framförts, påpekar tribunalen att denna anteckning kallad ”briefing” under alla omständigheter behandlar sådana ämnen som sökanden tänkte ta upp på detta möte. Tvärtemot vad sökanden har påstått utgör denna anteckning ett indicium på att det förelåg en konkurrensbegränsande samverkan, eftersom det följer av anteckningen att sökandens kommersiella verksamhet i Tyskland bedrevs inom ett strikt kontrollerat ramverk för kompensation i andra europeiska länder för marknadsandelar som förlorats i Frankrike. Det framgår vidare av anteckningen att E.ON vid en första anblick tillämpade en modell för direkt konkurrens på den franska marknaden, medan sökanden däremot i en anda av partnerskap önskade bedriva en sansad konkurrens på båda marknader. Det angavs härvid närmare att det var av väsentlig betydelse att diskussionen med E.ON behandlade marknadspriset. Tribunalen finner således med stöd av den berörda anteckningen kallad ”briefing” att sökanden beklagade den konkurrensmässiga karaktären på E.ON:s anbud i Frankrike och att sökanden hade för avsikt att anta en position som innebar en sansad konkurrens och samråd med detta företag angående marknadspriset. Detta utgör inte ett konkurrensinriktat beteende, trots de anbud som sökanden har kunnat avge i Tyskland och de svåra förutsättningar som mötte sökanden där. Kommissionen gjorde slutligen en riktig bedömning när den med stöd av den aktuella anteckningen kallad ”briefing” ansåg att sökanden hade bemött E.ON:s anbud avseende leverans till en kund utan att till fullo utnyttja sitt handlingsutrymme. Det följer nämligen av denna handling, såvitt avser detta anbud, att sökanden inte

hade utnyttjat hela det handlingsutrymme som de affärsmässiga förutsättningarna erbjöd sökanden. Detta handlingsutrymme utnyttjades nämligen i större utsträckning när sökanden exempelvis möttes av konkurrens från [*konfidentiellt*]. Det av sökanden åberopade förhållandet att [*konfidentiellt*], på grund av sin egen strategi, kan inte förklara varför sökanden antog ett annorlunda beteende beroende på vilken konkurrent som sökanden hade att göra med.

238 När det sedan gäller protokollet från mötet den 27 maj 2004 och anteckningen angående mötet den 2 juli 2004 kan tribunalen inte finna någon omständighet som stöder ståndpunkten att kommissionen gjorde en oriktig bedömning. Det framgår nämligen av detta protokoll att sökanden fortsatte att uppfattas som att det hade ett affärsmässigt beteende på den tyska marknaden som ansågs aggressivt och farligt. Det framgår dessutom av nämnda anteckning att inom ramen för diskussionerna mellan E.ON och sökanden, antog E.ON positionen att värdet på gas på den tyska marknaden var förstört på grund av alltför aggressiva anbud, medan sökandens position var att hävda att den hade varit tvungen att ge efter för kommissionens påtryckningar, vilken förväntade sig en gränsöverskridande konkurrens, och att den tyska marknaden genom sin storlek och geografiska läge var av stor betydelse för sökanden. Kommissionen kunde således lägga dessa handlingar till grund för sin bedömning att de aktuella företagen beklagade den försäljning som genomförts på respektive företags nationella marknad. Även om dessa handlingar visar att det förelåg en viss konkurrens, framgår det även tydligt att företagen utbytte uppgifter angående deras respektive affärsstrategi. Dessa handlingar utgör även ett indicium på att det förelåg ett avtal om uppdelning (eller ett marknadsinträde i samråd) av nationella marknader. Av handlingarna framgick nämligen att E.ON:s försäljning i Frankrike hade ökat på grund av sökandens verksamhet i Tyskland, och ett sådant symmetriskt marknadsinträde är endast möjligt om det föreligger ett sådant avtal. Även med hänsyn till handlingarnas lydelse, kunde kommissionen, utan att göra något fel, lägga dessa till grund för den aktuella överträdelsen.

239 När det gäller argumentet angående handlingar i ärendet som kommissionen inte beaktade eller tolkade på ett felaktigt sätt och som visar att det inte förelåg något samordnat förfarande, har sökanden gjort gällande att dessa handlingar bevisar att de aktuella företagen tillämpade självständiga strategier i Tyskland och Frankrike, att det förelåg en direkt konkurrens mellan företagen på respektive företags inhemska marknad och att sökanden hade en önskan om att snarast möjligt slutföra omstruktureringen av MEGAL-avtalet för att kunna bli en fullvärdig leverantör i Tyskland. Tribunalen godtar inte denna argumentation. Kommissionen har nämligen styrkt ett samordnat förfarande avseende en uppdelning av marknader, vilket följer av de möten och det utbyte av uppgifter som ägt rum mellan de aktuella företagen under perioden 1999–2005, med reservation för de överväganden som anförts angående den franska marknaden avseende perioden efter augusti 2004, vilka kommer att prövas inom ramen för den fjärde grunden. Kommissionen har styrkt detta med stöd av handlingar avseende möten och utbyte av uppgifter av den 4 februari 1999, den 24 juni 1999, den 23 maj 2002, den 27 februari 2003, den 19 februari 2004 och den 16 mars 2004. Med undantag för sökandens interna protokoll av den 19 januari 2004 och GDF Deutschlands affärsplan för Tyskland av den 30 april 2004, har sökanden till stöd för sitt argument enbart hänvisat till de handlingar som bifogades svaret på meddelandet om anmärkningar, och sökanden har inte i ansökan anfört några specifika argument beträffande dessa handlingar. Av de skäl som tribunalen redogjort för ovan i punkt 175 kan en sådan hänvisning till handlingar som bilagts ansökan inte godtas, förutom såvitt avser de båda sista nämnda handlingarna. När det gäller sökandens interna protokoll av den 19 januari 2004, är det tillräckligt att påpeka att denna handling enbart hänför sig till tio leveransavtal, vilka för övrigt enbart avser kunder i nordvästra Tyskland (och således utanför det försörjningsområde som omfattas av MEGAL-ledningen). Vidare anges i protokollet att ett närmande till andra parter inom området försvåras av de höga kostnaderna för tredjemans tillgång till gasnätet eller det förhållandet att gasleveranser från MEGAL-ledningen för närvarande inte är möjlig. Denna handling visar inte alls att det förelåg någon direkt konkurrens mellan de aktuella företagen, såsom sökanden har gjort gällande, utan bekräftar att det saknades konkurrens mellan dem inom det försörjningsområde som omfattas av MEGAL-ledningen samt att det var omöjligt för sökanden att erhålla gas från denna ledning. Skälet till att det var omöjligt har inte angetts, men det kan av det aktuella protokollet utläsas att det är fråga om ett annat skäl än de svårigheter som är förknippade

med tredjemans tillgång till gasnätet, vilka också nämndes i protokollet. När det slutligen gäller GDF Deutschlands affärsplan för Tyskland av den 30 april 2004, anges det i denna handling att det skett en väsentlig ökning av antalet nytecknade avtal sedan andra halvåret 2003 och att detta är resultatet av mer än två års närvaro i detta område, [*konfidentiellt*]. Det framgår även av denna handling att all närvaro på den tyska marknaden från sökandens sida innebar att sökanden hamnade på kollisionskurs med de stora aktörerna. I denna handling anges emellertid inte huruvida de aktuella avtalen berör det försörjningsområde som omfattas av MEGAL-ledningen. Tvärtom bekräftar denna handling att sökanden koncentrerade sina anbud till nordvästra Tyskland, [*konfidentiellt*]. Dessa handlingar kan således inte påverka kommissionens argumentation.

240 När det gäller sökandens argument om att de berörda mötena var motiverade med hänsyn till de strukturella och kommersiella band som förenade de aktuella företagen, påpekar tribunalen att även om kommissionen inte har bestritt att sådana band är legitima, kan de emellertid inte berättiga sådana möten som även innebär ett samordnat förfarande som är förbjudet enligt artikel 81.1 EG. I förevarande fall ansåg kommissionen, vilket bland annat framgår av skälen 50, 63 och 158 i det angripna beslutet, att även om ett stort antal av dessa möten syftade till att behandla legitima diskussionsområden, har de aktuella företagen ofta använt dessa kontakter för överläggningar angående genomförandet av avtalet om uppdelning av marknader. Det finns inte någon handling i ärendet som påverkar detta övervägande, varför tribunalen inte godtar sökandens argument.

241 Av det ovanstående följer att sökanden felaktigt har gjort gällande att mötena och utbytet av uppgifter mellan de aktuella företagen under perioden 1999–2005 inte kunde anses utgöra ett förfarande för utbyte av känsliga uppgifter mellan dessa företag som hade ett samband med följeskrivelserna.

242 Den första anmärkningen kan således inte godtas.

– Den andra anmärkningen

243 Sökanden har hävdat att kommissionen gjorde en oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna och en felaktig rättstillämpning när den konstaterade att mötena och utbytet av uppgifter mellan de aktuella företagen under perioden 1999–2005 kunde anses utgöra ett förfarande för utbyte av känsliga uppgifter mellan dessa företag, oberoende av om det hade ett samband med följeskrivelserna eller om det skedde fristående från dessa.

244 I den mån sökanden i denna anmärkning har hänvisat till ett samordnat förfarande fristående från följeskrivelserna, konstaterar tribunalen inledningsvis att sökandens argumentation är verkningslös. Kommissionen har nämligen i det angripna beslutet inte uttryckligen fastställt att kontakterna mellan åren 1999 och 2005 utgjorde överträdelser som var fristående från nämnda skrivelser. Det framgår tvärtom av det angripna beslutet, i sin helhet, att kommissionen ansåg att de aktuella samordnade förfarandena hade ett samband med genomförandet av avtalet om uppdelning av marknader, vilket grundade sig på MEGAL-avtalet och följeskrivelserna.

245 Tribunalen konstaterar vidare att sökanden saknar grund för de argument som anförts till stöd för den aktuella anmärkningen, oavsett om dessa argument hänför sig till ett samordnat förfarande i samband med följeskrivelserna eller ett samordnat förfarande som är fristående från dessa.

246 När det gäller sökandens argument angående en motsägelse i det angripna beslutet, påpekar tribunalen att kommissionen i skäl 161 i det angripna beslutet uppgav att de aktuella företagen inte hade utbytt detaljerade kommersiella uppgifter angående försäljning, priser, kostnader, marginaler eller kunder och att ett sådant utbyte av uppgifter i förevarande fall inte var nödvändigt för att nå den gemensamma ståndpunkten att inte använda gas som överförs i MEGAL-ledningen för att konkurrera på respektive företags nationella marknad och, i mer allmänna termer, utöva en ”mer sansad konkurrens”. I skäl 186 i detta beslut angav kommissionen att de aktuella företagen hade utbytt känsliga kommersiella

uppgifter, det vill säga uppgifter angående priser och strategier, att de regelbundet i förväg granskat och samrått angående deras framtida ömsesidiga strategier och agerat i enlighet med den andra partens förväntningar. I motsats till vad sökanden har hävdat är dessa båda påståenden inte motsägelsefulla. Det förhållandet att de aktuella företagen inte utbytte några ”detaljerade kommersiella uppgifter” hindrar inte att de utbytte ”känsliga kommersiella uppgifter”. De aktuella företagen har nämligen kunnat utbyta uppgifter som, utan att vara detaljerade, kunde vara av allmän karaktär, men som inte desto mindre var viktiga för fastställandet av deras kommersiella strategier.

247 Vidare godtar inte tribunalen sökandens argument som anförts mot kommissionens bedömning i skäl 161 i det angripna beslutet. Kommissionen ansåg där att ett utbyte av detaljerade uppgifter inte var nödvändigt, eftersom varje befintlig leverantör innehade nära nog en monopolställning på sin traditionella nationella marknad och att det räckte att förklara för den andra parten att något (aktivt) inträde på den partens nationella marknad inte planerades. Det framgår nämligen av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 213 att ett utbyte av uppgifter på en starkt koncentrerad oligopolistisk marknad kan göra det möjligt för företagen att få kännedom om sina konkurrenters marknadsställning och konkurrenternas kommersiella strategi och således på ett påtagligt sätt påverka den konkurrens som förekommer mellan de ekonomiska aktörerna. Enligt denna rättspraxis är det inte nödvändigt att de aktuella uppgifterna är detaljerade. När det är fråga om en oligopolistisk marknad, som den som var aktuell i förevarande fall, kan utbyte av uppgifter, även uppgifter av allmän karaktär, som bland annat rör ett företags kommersiella strategi, således snedvrida konkurrensen. Även om sökanden har hävdat att ett sådant scenario i praktiken är extremt ovanligt, har sökanden i repliken medgett att denna rättspraxis i princip inte hindrar att ett utbyte av uppgifter av allmän karaktär kan angripas när utbytet syftar till att minska graden av osäkerhet angående den aktuella marknadens funktion och därigenom begränsar konkurrensen mellan företagen. Vidare kan tilläggas att det följer av rättspraxis att så länge som ett företag som deltagit i samordningen fortsätter att vara aktivt på den relevanta marknaden, är presumtionen om orsakssamband mellan företagets samordning och dess beteende på marknaden tillämplig, även om samordningen endast har sin grund i ett enda möte mellan de berörda företagen (domen i det ovan i punkt 213 nämnda målet T-Mobile Netherlands m.fl., punkt 62). I förevarande fall grundar sig samordningen på flera möten.

248 Den av sökanden anförda omständigheten att de aktuella företagen trädde in på varandras marknader i begränsad omfattning, kan inte påverka det förhållandet att ett utbyte av detaljerade uppgifter inte var nödvändigt, eftersom konkurrensen under alla förhållanden kunde påverkas av informationsutbytet genom att den osäkerhet som ska föreligga mellan konkurrerande företag undanröjdes till följd av samordningen. Under dessa förhållanden är sökandens påstående att kommissionens bedömning innebar en sänkning av beviskraven för att konstatera en överträdelse felaktigt.

249 Vidare godtar inte tribunalen sökandens argument att de aktuella företagen inte utbytte några konfidentiella och strategiska uppgifter i den mening som avses i rättspraxis. Det av sökanden anförda förhållandet att de aktuella företagen inte utbytte några uppgifter angående kostnader, priser, marginaler, försäljningsvolymer eller kunder är inte relevant, eftersom det när det gäller en starkt koncentrerad oligopolistisk marknad såsom gasmarknaden, är tillräckligt att ett informationsutbyte har ägt rum i den mening som avses i den rättspraxis som nämns ovan i punkt 213. Det framgår nämligen bland annat av de handlingar som nämns i skälen 84, 87, 120, 121 och 180 i det angripna beslutet, att flera kontakter ägde rum vid vilka det utbyttes uppgifter angående de aktuella företagens respektive strategier på sina respektive nationella marknader.

250 Tribunalen konstaterar, tvärtemot vad sökanden har hävdat, att de diskussioner som ägde rum mellan de aktuella företagen inte utgjorde några ”vaga avsiktsförklaringar”. Det framgår exempelvis av protokollet av den 27 maj 2002 angående ett möte den 23 maj 2002 att sökanden vid ett möte med E.ON försäkrade att det för närvarande inte planerades någon gasförsäljning i Tyskland. Det framgår också av protokollet från mötet den 27 maj 2004 att den västra gränsen för E.ON:s verksamhet i Kontinentaleuropa var Tysklands västra gräns och att E.ON inte hade något särskilt intresse av Frankrike. För övrigt har sökanden i ansökan inte angett exakt vilken diskussion som avses och har endast hänvisat till sitt svar på meddelandet om anmärkningar.

251 Tribunalen godtar inte heller det argument som sökanden anfört för att bestrida relevansen av de handlingar på vilka kommissionen grundat sin bedömning.

252 När det gäller e-postmeddelandet av den 27 februari 2003, erinrar tribunalen om att det framgår av denna handling att även om sökanden kunde börja sälja gas inom E.ON:s område, skulle det främst vara ett sätt att skaffa sig uppgifter om marknaden snarare än ett direkt frontalangrepp. Sökandens invändning att denna handling innehöll personliga och subjektiva åsikter har för övrigt redan tillbakavisats ovan i punkt 227. Tribunalen godtar vidare inte sökandens argument att den saknade kännedom om detta möte av privat karaktär, eftersom det framgår av e-postmeddelandet att sökandens företrädare begärde att få till stånd ett möte med E.ON:s företrädare för att förbereda ett senare möte mellan de aktuella företagen och att sökanden ville överlämna vissa uppgifter som kunde ha ett visst intresse såväl för sökanden som för E.ON. Dessutom finns det inte, tvärtemot vad sökanden har angett, någon handling i ärendet som kan styrka ett direkt frontalangrepp från sökandens sida på den tyska marknaden, eftersom sökanden, under den omtvistade perioden, faktiskt i huvudsak nöjde sig med att sälja gaskvantiteter som förvärvats inom ramen för avyttringsprogrammet.

253 När det sedan gäller e-postmeddelandet av den 16 mars 2004, framgår det av detta meddelande att en anställd från sökanden, i samband med ett möte med en anställd från E.ON, uppgett för den sistnämnda att sökanden ansåg att de priser som tillämpades av E.ON gentemot vissa kunder var alltför låga. Av detta meddelande framgår även att dessa båda anställda vid de aktuella företagen hade utbytt vissa uppgifter angående deras förhållande med vissa kunder när det gäller de priser som tillämpades gentemot dessa kunder. Dessutom framgår att företrädaren för sökanden uppgett för E.ON:s företrädare att sökanden i området östra Frankrike inte ville ändra prisnivån för ”små och medelstora” kunder, medan det var möjligt med en sänkning för större kunder. Dessa uppgifter kunde, tvärtemot vad sökanden har påstått, ha ett intresse för E.ON som hade börjat sälja gas i Frankrike år 2003, vilket framgår av det angripna beslutet. Även om dessa uppgifter inte var särskilt detaljerade, kunde E.ON på grundval av dessa få kännedom om den allmänna prisstrategi som sökanden avsåg att tillämpa i samband med nya konkurrenters inträde på dess område i förhållande till olika typer av kunder. När det gäller det förhållandet att [*konfidentiellt*] kan det inte motivera ett sådant informationsutbyte som det hänvisas till i e-postmeddelandet av den 16 mars 2004, vilket under alla förhållanden sänkte den nivå av osäkerhet som normalt ska råda mellan konkurrenter. När det i övrigt gäller de argument som anförts mot den påstådda subjektiva karaktären på den nedtecknade återgivelsen, har dessa redan tillbakavisats i punkterna 174 och 227 ovan.

254 E-postmeddelandena av den 27 februari 2003 och den 16 mars 2004 utgör således bevis för ett utbyte av strategiska uppgifter.

255 Slutligen var kommissionen, tvärtemot vad sökanden har låtit förstå i repliken, inte skyldig att ”lista” de allmänna strategiska uppgifter som utbytts, eftersom det framgår av det angripna beslutet att ett utbyte av sådana uppgifter faktiskt har ägt rum. När det gäller den omständigheten att utbytet av uppgifter mellan de aktuella företagen ägde rum inom ramen för förhandlingen av ett nytt MEGAL-avtal, kan denna omständighet inte motivera ett informationsutbyte som kan påverka konkurrensen. Under alla omständigheter utgör de aktuella uppgifterna, särskilt de som nämns i protokollet av den 27 maj 2002 eller e-postmeddelandet av den 27 februari 2003, mer än bara sådana uppgifter som har ett samband med omförhandlingen av MEGAL-avtalet.

256 I motsats till vad sökanden har påstått innebär detta att det informationsutbyte som kommissionen hänvisar till i det angripna beslutet var av sådan art att det kunde minska graden av osäkerhet för de aktuella företagen angående den tyska och den franska gasmarknadens funktion och företagens respektive framtida beteende på dessa marknader, och därmed märkbart påverka den konkurrens som förelåg mellan dessa företag.

257 Mot bakgrund av det ovanstående underkänner tribunalen sökandens argumentation som går ut på att mötena och utbytet av uppgifter mellan de aktuella företagen under perioden 1999–2005 inte kunde anses utgöra ett förfarande för utbyte av känsliga uppgifter mellan dessa företag, oberoende av om detta hade ett samband med eller var fristående från följeskrivelserna.

258 Tribunalen godtar således inte den andra anmärkningen och talan kan följaktligen inte vinna bifall i något avseende när det gäller den tredje delen av denna grund.

c) Den fjärde delen

259 I denna del har sökanden gjort gällande att det angripna beslutet innehåller en bristande motivering och ett åsidosättande av artikel 81 EG genom att kommissionen kvalificerade de berörda förfarandena som avtal och/eller samordnat förfarande utan att pröva de bevis som lagts fram under det administrativa förfarandet till styrkande av sökandens självständiga beteende i Tyskland och E.ON:s självständiga beteende i Frankrike. I synnerhet prövade inte kommissionen de ekonomiska argument som syftar till att ifrågasätta förekomsten av den aktuella överträdelsen som sådan.

260 Tribunalen konstaterar att sökanden i huvudsak har anfört två grupper av argument. För det första att kommissionen inte beaktade den bevisning som styrker att de båda aktuella företagen agerade självständigt på varandras marknader, och för det andra att kommissionen inte beaktade den ekonomiska bevisningen.

261 När det gäller de bevis som styrker de aktuella företagens självständiga beteende och som påstås inte ha prövats av kommissionen, påpekar tribunalen att sökandens argument är grundlösa.

262 När det gäller sökandens argument angående dess självständiga beteende, påpekar tribunalen inledningsvis att de av sökanden åberopade bevisen är allmänna och inte ägnade att styrka ett självständigt beteende när det specifikt gäller leverans av gas som överförs genom MEGAL-ledningen. Den överträdelse som konstaterats i förevarande fall var begränsad till denna sektor, vilket framgår av skäl 199 i det angripna beslutet.

263 När det sedan gäller den påstådda [*konfidentiellt*] har sökanden felaktigt påstått att den [*konfidentiellt*], eftersom handlingar såsom e-postmeddelandet av den 27 februari 2003 visar att sökanden inte hade någon sådan avsikt. Förekomsten av en [*konfidentiellt*] motsägs dessutom av sökandens interna anteckning från april 2005, vilken upprättades med anledning av E.ON:s klagomål [*konfidentiellt*]. Även om det antas att sökanden [*konfidentiellt*], ägde under alla omständigheter, såsom framgår av den bevisning som kommissionen åberopat, flera utbyten av uppgifter med E.ON rum, varvid de aktuella företagen ömsesidigt beklagade [*konfidentiellt*] i samband med deras olika möten och försökte lugna varandra i detta hänseende, vilket tribunalen redan har konstaterat (se ovan punkt 164). Vidare när det gäller de påstådda [*konfidentiellt*] som erhållits av sökanden, är det tillräckligt att erinra om att det framgår av skäl 101 i det angripna beslutet att sökandens försäljning från MEGAL-ledningen inleddes först i oktober 2004. Sökandens försäljningsvolym var då i huvudsak jämförbar med de volymer som förvärvats inom ramen för avyttringsprogrammet, åtminstone fram till och med oktober 2005.

264 När det slutligen gäller [*konfidentiellt*], kan sökandens argumentation angående [*konfidentiellt*] inte visa att dess beteende var självständigt och påverka kommissionens överväganden som styrker förekomsten av den aktuella överträdelsen. Det framgår nämligen av rättspraxis att det endast är relevant att påvisa att omständigheter förelegat som kastar nytt ljus över de omständigheter som kommissionen styrkt – och varigenom en annan sannolik förklaring skulle kunna ges än den som kommissionen lagt till grund för slutsatsen att en överträdelse av gemenskapens konkurrensregler förelegat – om kommissionen enbart lägger de aktuella företagens uppträdande på marknaden till grund för slutsatsen att det föreligger en överträdelse (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 186 och där angiven rättspraxis). Detta är emellertid inte fallet i det aktuella målet, eftersom kommissionen grundar sig på flera skriftliga bevis och sökanden, såsom framgår av det ovanstående, inte har kunnat visa att denna bevisning saknade bevisvärde. När det specifikt gäller hindren för inträde på marknaden för [*konfidentiellt*], kan dessa omständigheter som sådana under alla förhållanden inte utesluta förekomsten av den aktuella överträdelsen.

265 När det gäller sökandens argument angående E.ON:s självständiga beteende i Frankrike, påpekar tribunalen att argumentationen avseende det förhållandet att E.ON gjorde ett val att försvara sin nationella marknad och endast marginellt utveckla sin verksamhet i andra europeiska länder samt att E.ON aldrig ansåg att den franska marknaden var en prioriterad marknad, inte kan påverka kommissionens överväganden till grund för fastställandet av överträdelsen, vilket framgår av den rättspraxis som nämnts i föregående punkt. När det sedan gäller sökandens påstående att E.ON, trots ett svagt intresse för den franska marknaden, hade ett aggressivt beteende i Frankrike, är det tillräckligt för tribunalen att erinra om att E.ON:s försäljning i Frankrike inte kan visa att detta företag inte ansåg sig vara bundet av följeskrivelserna, såsom konstaterats ovan i punkt 198.

266 När det gäller de ekonomiska argument som enligt sökanden inte prövades av kommissionen, påpekar tribunalen att kommissionen i förevarande fall främst grundade sig på det konkurrensbegränsande syftet med det avtal och de samordnade förfaranden för vilka böter utgick enligt artikel 1 i det angripna beslutet. Kommissionen åberopade för övrigt flera skriftliga bevis som enligt kommissionen styrkte såväl förekomsten av avtalet och de samordnade förfarandena som deras konkurrensbegränsande syfte. När det särskilt gäller avtal som, liksom i förevarande mål, avser att skydda inrikesmarknaden, framgår det av rättspraxis att sådana avtal har ett konkurrensbegränsande syfte i sig och tillhör en kategori avtal som uttryckligen är förbjudna enligt artikel 81.1 EG, samt att detta syfte, vilket obestridligen styrkts genom den skriftliga bevisningen, inte kan motiveras genom en bedömning av det ekonomiska sammanhang där det konkurrensbegränsande beteendet ägde rum (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 184 och där angiven rättspraxis).

267 I förevarande fall har det vid prövningen av den första grunden samt den andra och den tredje delen av förevarande grund fastställts att sökanden inte har kunnat vederlägga de skriftliga bevis som kommissionen lagt till grund för sitt konstaterande angående förekomsten av avtalet och de samordnade förfarandena i fråga samt deras konkurrensbegränsande syfte, såvitt avser hela den period som omfattas av förevarande grund. Mot denna bakgrund kan kommissionen inte kritiseras för att inte ha gjort en ingående samlad ekonomisk bedömning av sektorn och de aktuella företagens beteende. När det gäller hänvisningen till domen i det ovan i punkt 207 nämnda målet Solvay mot kommissionen, konstaterar tribunalen att hänvisningen inte är relevant i förevarande fall, eftersom kommissionen, i motsats till vad som var fallet i det målet, i förevarande fall kunde grunda sig på flera skriftliga bevis som avsåg den period som omfattas av förevarande grund, med reservation för de överväganden som framförs i den sista delen av den fjärde grunden.

268 I den del sökanden slutligen har kritiserat kommissionen för att inte ha prövat de handlingar som visar att sökanden uppvisade ett självständigt beteende i Tyskland och att E.ON uppvisade ett självständigt beteende i Frankrike, är det tillräckligt för tribunalen att hänvisa till föregående överväganden, särskilt övervägandena ovan i punkterna 259–267, där tribunalen har underkänt sökandens argumentation angående de aktuella företagens självständiga beteende.

269 Av det ovanstående följer att talan inte kan bifallas på den fjärde delen av förevarande grund.

d) Den första delen

270 Sökanden har gjort gällande att eftersom det inte var fråga om en enda, fortlöpande överträdelse under hela perioden 1980–2005, var följeskrivelserna under alla förhållanden preskriberade i enlighet med artikel 25 i förordning nr 1/2003.

271 Tribunalen erinrar om att enligt artikel 25.1 och 25.2 i förordning nr 1/2003, är kommissionens befogenhet att ålägga böter vid överträdelser av konkurrensreglerna i princip underkastad en preskriptionstid på fem år, som ska räknas från och med den dag då överträdelsen begicks. Vid fortsatta eller upprepade överträdelser ska dock tiden räknas från och med den dag då överträdelsen upphörde. Enligt artikel 25.3 och 25.4 i

förordningen ska preskriptionstiden avbrytas av åtgärder som vidtas av kommissionen i syfte att undersöka eller ingripa mot överträdelsen. Avbrottet i preskriptionstiden ska gälla från och med den dag då minst ett företag som har deltagit i överträdelsen underrättas om åtgärden. Avbrottet i preskriptionstiden ska gälla alla de företag som har deltagit i överträdelsen. I artikel 25.5 i förordningen föreskrivs slutligen att efter varje avbrott ska preskriptionstiden börja löpa på nytt. Preskriptionstiden ska dock löpa ut senast den dag då en period som är lika med den dubbla preskriptionstiden har förflutit utan att kommissionen har ålagt böter eller förelagt viten. Denna period ska förlängas med den tid under vilken preskriptionstiden tillfälligt har upphört att löpa.

272 Tribunalen konstaterar vidare att ett beslut i vilket en överträdelse konstateras inte utgör en sanktion i den mening som avses i artikel 25 i förordning nr 1/2003 och omfattas därmed inte av den preskription som föreskrivs i denna bestämmelse (se, analogt, domen i de ovan i punkt 203 nämnda förenade målen Sumitomo Chemical och Sumika Fine Chemicals mot kommissionen, punkt 61). Kapitel VI i förordning nr 1/2003 som rör sanktioner, syftar endast på böter och viten. Det finns inte någon bestämmelse i denna förordning som ger stöd för ståndpunkten att beslut av kommissionen, vilka avses i förordningens artikel 7, genom vilka en överträdelse av bestämmelserna i artiklarna 81 EG och 82 EG konstateras, omfattas av de sanktioner som nämns i detta kapitel. Preskriptionen av befogenheten att ålägga böter och viten kan således inte medföra preskription av den underförstådda befogenheten att konstatera en överträdelse (se, analogt, domen i de ovan i punkt 203 nämnda förenade målen Sumitomo Chemical och Sumika Fine Chemicals mot kommissionen, punkterna 62 och 63).

273 Tribunalen godtar inte sökandens argument att kommissionen måste visa ett berättigat intresse för att konstatera en preskriberad överträdelse i form av följeskrivelserna. Det framgår nämligen av det föregående att preskription av möjligheten att ålägga sanktioner inte innebär preskription av möjligheten att konstatera en överträdelse. Det följer under alla omständigheter av den rättspraxis som åberopats av sökanden, att det endast är när kommissionen har för avsikt att fatta ett beslut i vilket en överträdelse konstateras som det berörda företaget redan har upphört med, som kommissionen måste visa ett berättigat intresse av ett sådant konstaterande (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 203 nämnda förenade målen Sumitomo Chemical och Sumika Fine Chemicals mot kommissionen, punkt 37). I denna del grundar sig sökandens argumentation på ett påstående om att överträdelsen är preskriberad – eller till och med, som sökanden har gjort gällande i repliken, enbart på det datum då överträdelsen inleddes – och inte på den omständigheten att överträdelsen har begåtts i det förflutna.

274 Mot denna bakgrund är sökandens argumentation verkningslös, i den mån den rör frågan om preskription av följeskrivelserna eller överträdelsen.

275 I den mån sökandens argumentation rör det förhållandet att det inte förelåg en enda, fortlöpande överträdelse, konstaterar tribunalen att sökandens argument saknar grund. Tribunalen erinrar om att artikel 81.1 EG kan åsidosättas inte bara genom ett enstaka handlande utan även genom en serie handlanden eller genom ett fortlöpande beteende (domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125, punkt 81). Att den konkurrensbegränsande samverkan, inom ramen för en överträdelse som pågår under flera år, kommer till uttryck vid olika perioder, som kan vara mer eller mindre åtskilda i tiden, påverkar inte förekomsten av denna samverkan, förutsatt att de olika handlingar som är en del av överträdelsen har samma syfte och ingår i en enda, fortlöpande överträdelse (domen i det ovan i punkt 136 nämnda målet Technische Unie mot kommissionen, punkt 98).

276 I förevarande fall fastställde kommissionen, i skäl 203 i det angripna beslutet, att avtalen och de samordnade förfarandena ingick i en allmän strategi som innebar att huvuddragen i de aktuella företagens agerande på marknaden fastställdes och deras respektive kommersiella beteende begränsades, med avsikt att uppnå ett identiskt konkurrensbegränsande syfte och en enda ekonomisk målsättning, nämligen att begränsa all konkurrens mellan dem såvitt avser den gas som överförs genom

MEGAL-ledningen. I skäl 211 i detta beslut fastställde kommissionen i huvudsak att de aktuella företagens beteende utgjorde en enda, fortlöpande överträdelse och att den var ”konkurrensbegränsande på grund av sitt syfte”.

277 Av prövningen av den första grunden framgår bland annat (se ovan punkterna 142 och 143), att sökanden inte har kunnat ifrågasätta vare sig förekomsten av det aktuella avtalet om uppdelning av marknader före år 2000 eller visa att nämnda avtal sagts upp, även om tribunalen har konstaterat att det av kommissionen fastställda datumet från och med vilket avtalet var rättsstridigt, var felaktigt när det gäller Tyskland.

278 Vidare framgår det bland annat av prövningen av den andra delen av förevarande grund, att sökanden felaktigt har påstått att kommissionen inte hade visat en gemensam vilja hos de aktuella företagen att tillämpa följeskrivelserna efter år 2000. Inte heller godtog tribunalen något av sökandens argument som gick ut på att mötena och utbytet av uppgifter mellan de aktuella företagen mellan åren 1999 och 2005 inte gjorde det möjligt att visa ett samordnat förfarande för uppdelning av marknader kopplat till följeskrivelserna och utbytet av känsliga uppgifter mellan konkurrenter.

279 Mot denna bakgrund gjorde kommissionen inte någon oriktig bedömning när den fann att de aktuella beteendena utgjorde en enda, fortlöpande överträdelse och att de var ”konkurrensbegränsande på grund av sitt syfte”. Detta gäller trots att överträdelsens varaktighet var felaktig såvitt avser den tyska marknaden.

280 När det gäller sökandens argument att avregleringen innebar ett ”väsentligt avbrott”, som påverkade det gemensamma syfte som eftersträvats sedan år 1975, påpekar tribunalen att sökanden inte har visat att de aktuella företagens beteende inte i samtliga fall syftade till att uppnå samma mål, nämligen att hindra – eller så långt som möjligt begränsa – all konkurrens om deras kunder genom att godta att inte inträda på varandras respektive traditionella marknad för att leverera gas från MEGAL-ledningen, såsom kommissionen hävdade i skäl 205 i det angripna beslutet. Det framgår för övrigt av det föregående att den bevisning som åberopats av kommissionen visar att dessa företag hänvisade till följeskrivelserna och betraktade dessa skrivelser som bindande även efter det datum som fastställts i första gasdirektivet för dess genomförande.

281 Av det ovanstående följer att talan inte kan bifallas på den tredje delen av förevarande grund, utan att det är nödvändigt att pröva huruvida denna del kan upptas till sakprövning med hänsyn till att sökanden hänvisade till bilagorna i ansökan.

282 Talan kan således inte bifallas på någon del av den andra grunden.

3. *Den tredje grunden: Huruvida det är uppenbart att det saknas bevisning när det gäller förekomsten av ett avtal och/eller ett samordnat förfarande som syftade till att begränsa E.ON:s användning i Frankrike av gas som transporteras i MEGAL-ledningen*

283 Genom denna grund, som har åberopats alternativt, har sökanden gjort gällande att någon överträdelse av artikel 81 EG inte kunde fastställas såvitt avser den franska marknaden. Grunden är uppdelad i tre delar, nämligen ett åsidosättande av artikel 81 EG på grund av att det inte föreligger någon överträdelse på den franska marknaden med anledning av skrivelsen Direktion G, ett åsidosättande av artikel 81 EG på grund av en uppenbart oriktig tolkning av de möten och det utbyte av uppgifter som ägt rum mellan de aktuella företagen såvitt avser Frankrike och, alternativt, ett åsidosättande av artikel 81 EG på grund av undantaget beträffande statliga åtgärder i Frankrike före januari 2003.

a) Den första delen

284 I den första delen av förevarande grund har sökanden gjort gällande att någon överträdelse av artikel 81 EG inte kunde fastställas på grundval av skrivelsen Direktion G såvitt avser den franska marknaden. Sökanden har i denna del anfört tre anmärkningar mot kommissionens bedömning,

nämligen att nämnda skrivelse brister i klarhet och att principen om oskuldspresumtion åsidosatts, en uppenbart oriktig tolkning av denna skrivelse och slutligen att kommissionen inte har åberopat bevis som styrker dess tolkning av denna skrivelse.

285 Sökanden har genom sin anmärkning om att skrivelsen Direktion G brister i klarhet och att principen om oskuldspresumtion åsidosatts gjort gällande att det föreligger en motsägelse mellan meddelandet om anmärkningar och det angripna beslutet såvitt avser de begränsningar som denna skrivelse innebär.

286 Kommissionen angav härvid i punkt 50 i meddelandet om anmärkningen att ”fram till och med ikraftträdandet av det första gasdirektivet år 2000, innehöll [följeskrivelserna] inte någon uttrycklig begränsning för [E.ON], med hänsyn till att [sökanden] hade ett monopol på import av gas till Frankrike”. Av det angripna beslutet framgår att kommissionen bland annat ansåg att skrivelsen Direktion G innehöll begränsningar för E.ON. I skäl 222 gjorde kommissionen således bedömningen att ”målet med denna skrivelse var att hindra E.ON … från att leverera gas till franska kunder från MEGAL-ledningen, vilken för E.ON … utgjorde det främsta sättet att importera gas till den franska marknaden genom Tyskland”.

287 Utan att det är nödvändigt att pröva huruvida det förelåg någon skillnad mellan meddelandet om anmärkningar och det angripna beslutet samt undersöka de av kommissionen anförda förklaringarna till detta, konstaterar tribunalen att sökandens argumentation i detta avseende under alla omständigheter är verkningslös. Det går i synnerhet inte att av sökandens argumentation som sådan dra slutsatsen att skrivelsen Direktion G är tvetydig och att den inte kunde betraktas som ett avtal om uppdelning av marknader utan att åsidosätta principen om oskuldspresumtion.

288 Meddelandet om invändningar utgör en förberedande handling med faktiska och rättsliga bedömningar av rent provisorisk karaktär. Det påföljande beslutet behöver inte nödvändigtvis vara en kopia av redogörelsen för invändningarna, eftersom kommissionen måste beakta de uppgifter som framkommit under det administrativa förfarandet för att antingen kunna dra tillbaka invändningar som visar sig vara dåligt underbyggda eller sammanställa och komplettera sina faktiska och rättsliga argument till stöd för de invändningar som kvarstår (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80-103/80, Musique Diffusion Française m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 1825, punkt 14, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, och av den 17 november 1987 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen, REG 1987, s. 4487, punkt 70, svensk specialutgåva, volym 9, s. 247, domen i de ovan i punkt 215 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 67).

289 När det gäller sökandens anmärkning om att kommissionen gjort en uppenbart oriktig tolkning av skrivelsen Direktion G, påpekar tribunalen angående argumentet att lydelsen i följeskrivelserna saknar symmetri, att kommissionen inte ansåg att dessa skrivelser hade upprättats på ett symmetriskt sätt. Vidare påpekar tribunalen att det förhållandet att skrivelsen Direktion G inte är upprättad på ett sätt som är identiskt eller symmetriskt med skrivelsen Direktion I, i sig saknar betydelse för kommissionens möjlighet att göra bedömningen att dessa skrivelser hade ett liknande ändamål, det vill säga att dela upp de nationella gasmarknaderna och begränsa tillträdet till de aktuella företagens respektive nationella marknad.

290 Tribunalen ska således pröva huruvida kommissionen mot bakgrund av innehållet i skrivelsen Direktion G hade fog för bedömningen att målsättningen med nämnda skrivelse var att förbjuda E.ON att saluföra gas som transiteras genom MEGAL-ledningen i Frankrike.

291 Det ska härvid erinras om att skrivelsen Direktion G har följande lydelse:

”…

Den överföringskapacitet som ska tilldelas [GDF] inom ramen för ett avtal avseende överföring av gas avser den gas som har köpts eller som ska köpas av [GDF] och som ska levereras till [MEGAL] och/eller till [MEGAL Finco] för [GDF:s] räkning för transit till Frankrike och avsedd för förbrukning i Frankrike.

Den överföringskapacitet som har eller kommer att tilldelas [E.ON] inom ramen för ett avtal avseende överföring av gas avser överföring för övriga transitändamål samt transport av gas genom gasledningen och gas som tas ut från gasledningen i Förbundsrepubliken Tyskland, vilken är avsedd för förbrukning i Förbundsrepubliken Tyskland eller vilken köps av [E.ON] för transit genom Förbundsrepubliken Tyskland.

…”

292 Tribunalen konstaterar att skrivelsen Direktion G, med hänsyn till dess lydelse, visserligen inte uttryckligen förbjuder E.ON att leverera eller tillhandahålla gas i Frankrike som transiteras genom MEGAL-ledningen.

293 Såsom kommissionen har påpekat i skäl 198 i det angripna beslutet, går det emellertid att av skrivelsen Direktion G sluta sig till att den gas som sökanden överför genom MEGAL-ledningen ska levereras till Frankrike och den gas som E.ON överför genom gasledningen ska tas ut i Tyskland eller transporteras för övriga transitändamål, vilket innebär att E.ON inte får leverera gas i Frankrike som överförs genom denna gasledning. Uttrycket ”överföring för övriga transitändamål” ska tolkas mot bakgrund av föregående stycke, i vilket sökanden tilldelas överföringskapacitet för gas som levereras ”för [GDF:s] räkning för transit till Frankrike”. Detta uttryck innebär således att E.ON har överföringskapacitet för att leverera gas som befinner sig i transit till andra länder än Frankrike. Det följer således av denna skrivelse att den gas som E.ON kunde överföra genom MEGAL-ledningen skulle vara avsedd antingen för förbrukning i Tyskland eller för transit till andra länder än Frankrike.

294 Även om skrivelsen Direktion G inte uttryckligen förbjuder E.ON att sälja gas i Frankrike, innebär den inte desto mindre en begränsning av dess möjligheter att överföra gas till detta land genom MEGAL-ledningen och följaktligen att sälja gas som överförts genom denna gasledning. Det går således inte att helt enkelt utgå ifrån att ändamålet med denna skrivelse, såsom sökanden har gjort gällande, var att närmare fastställa villkoren för tredjemans överföring genom MEGAL-ledningen.

295 Denna tolkning bekräftas av innehållet i skrivelsen Direktion G och bilaga 2 till MEGAL-avtalet i förening. [*Konfidentiellt*.] Den gas som överfördes för E.ON:s räkning kunde således inte tas ut i Frankrike och kunde följaktligen inte heller säljas i detta land. [*Konfidentiellt*.]

296 Kommissionen gjorde således inte något fel när den, i skäl 222 i det angripna beslutet, ansåg att ändamålet med skrivelsen Direktion G var att hindra E.ON från att förse franska kunder med gas som överförts genom MEGAL-ledningen. När det gäller de argument som sökanden anfört i repliken, nämligen att det är möjligt att ge en annan sannolik förklaring till sådana omständigheter som fastställts av kommissionen, erinrar tribunalen på nytt om att den rättspraxis som ligger till grund för denna argumentation enbart hänför sig till en sådan situation där kommissionen enbart lägger de aktuella företagens uppträdande på marknaden till grund för slutsatsen att det föreligger en överträdelse (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 186) och där kommissionen inte förfogar över skriftlig bevisning. Detta är emellertid inte fallet i förevarande mål. Med hänsyn till dess form och dess lydelse, måste skrivelsen Direktion G anses utgöra skriftlig bevisning, vilket innebär att nämnda rättspraxis inte är tillämplig. Detsamma gäller den bevisning som bekräftar innehållet i skrivelsen, det vill säga MEGAL-avtalet och dess bilaga 2.

297 Slutligen kan tribunalen inte godta sökandens anmärkning om att kommissionen inte hade åberopat bevis som styrker att målet med och/eller verkan av skrivelsen Direktion G var att begränsa E.ON:s utveckling i Frankrike. Det följer nämligen av det föregående att kommissionen inte gjorde någon oriktig tolkning av denna skrivelse. Även om det antas att de handlingar som åberopades av kommissionen i det angripna beslutet inte kan utgöra stöd för dess tolkning, kan detta inte påverka tolkningen, vilken för övrigt bekräftas av MEGAL-avtalet i förening med bilaga 2 till detta avtal.

298 För fullständighetens skull konstaterar tribunalen att det under alla omständigheter framgår nedan av punkterna 299–303, att sökandens argument inte kan vederlägga den bevisning som åberopats av kommissionen i det angripna beslutet till stöd för dess tolkning.

299 Av de skäl som angetts ovan i punkt 70 godtar tribunalen härvid inte sökandens argument om att kommissionen, genom att i skäl 198 i det angripna beslutet medge att en eventuell konkurrens från E.ON vid tidpunkten för följeskrivelsernas undertecknande var utesluten av juridiska skäl på grund av det monopol som sökanden innehade, bekräftade att föremålet för och/eller verkan av skrivelsen Direktion G i princip inte kunde avse en begränsning av E.ON:s försäljning i Frankrike.

300 Av de skäl som angetts ovan i punkt 295 underkänner tribunalen även sökandens argument som syftar till att tillbakavisa relevansen av hänvisningen till bilaga 2 till MEGAL-avtalet.

301 När det vidare gäller kommissionens påstående i skäl 198 i det angripna beslutet att de kontakter som ägde rum mellan de aktuella företagen från och med år 1999 visar att det förelåg ett samband mellan E.ON:s beteende på den franska marknaden och sökandens beteende på den tyska marknaden, påpekar tribunalen inledningsvis att kommissionen inte specifikt grundade sig på detta konstaterande för att bekräfta sin tolkning av skrivelsen Direktion G. Såsom framgår av detta skäl är det nämligen fråga om en av de omständigheter som beaktades för att på ett allmänt plan underbygga påståendet att avtalet och/eller det samordnade förfarandet även omfattade E.ON:s försäljning i Frankrike av gas från MEGAL-ledningen. Sökandens argumentation angående detta påstående som framförts i denna del är således verkningslös. Tribunalen konstaterar vidare att det inte föreligger någon omständighet som visar att kommissionens påstående är ”felaktigt”, såsom sökanden har hävdat. Sökanden har för övrigt inte åberopat någon sådan omständighet i ansökan. Tvärtom bekräftas kommissionens påstående bland annat av anteckningen kallad ”briefing” inför ”Tour d’horizon”-mötet den 2 juli 2004. I denna anteckning angavs att E.ON avsiktligt avstod från att agera på den franska marknaden fram till och med sommaren 2003 och att E.ON:s försäljning i Frankrike ökade på grund av sökandens verksamhet i Tyskland. Detta visar att det förelåg ett samband mellan företagens försäljning på varandras respektive marknader. Samma sak gäller E.ON:s anteckning kallad ”briefing” av den 5 oktober 2005 angående ett möte den 11 oktober 2005. Av denna anteckning framgår att det var som svar på sökandens verksamhet i Tyskland som E.ON började sälja gas i Frankrike i slutet av år 2003.

302 Tvärtemot vad sökanden har påstått, gjorde kommissionen en riktig bedömning när den ansåg att dess tolkning av skrivelsen Direktion G delades av sökandens rättstjänst. Det framgår visserligen av e-postmeddelandena av den 9 och den 17 februari 2000 att denna rättstjänst ställde sig frågan huruvida E.ON kunde överföra gas för tredjemans räkning genom MEGAL-ledningen. Det framgick att rättstjänsten tidigare hade gjort en för E.ON gynnsam tolkning av nämnda skrivelse och därvid ansett att E.ON kunde förpliktiga en tredjeman som önskade överföra gas via denna gasledning att träffa avtal med detta företag och inte med MEGAL Finco. Bortsett från denna frågeställning, bekräftade denna rättstjänst emellertid uttryckligen att innehållet i nämnda skrivelse motsvarade en omfattande ”marknadsuppdelning” mellan de aktuella företagen. Detta innebär således att sökandens rättstjänst ansåg att denna skrivelse begränsade möjligheten för E.ON att sälja gas i Frankrike från MEGAL-ledningen. Sökanden har således felaktigt hävdat att dessa e-postmeddelanden stöder dess tolkning.

303 Vidare godtar inte tribunalen sökandens argument som syftar till att vederlägga de skriftliga bevis som kommissionen åberopade till stöd för sina påståenden, det vill säga skriftväxlingen av den 13 och den 21 maj 2002 och e-postmeddelandet av den 16 mars 2004. Tribunalen påpekar att det framgår av skälen 81 och 96 i det angripna beslutet att kommissionen inte åberopade dessa handlingar för att bekräfta sin tolkning av skrivelsen Direktion G, utan i huvudsak till stöd för sin ståndpunkt att det aktuella avtalet fortfarande var i kraft. Av de skäl som angetts ovan vid punkt 168 godtar tribunalen inte sökandens argument angående skriftväxlingen av den 13 och den 21 maj 2002. När det slutligen gäller argumenten angående e-postmeddelandet av den 16 mars 2004 kan de i den mån de avser e-postmeddelandets bevisvärde inte godtas av de skäl som angetts ovan i punkt 174. Dessa argument kan i övrigt inte godtas i den mån de syftar till att ifrågasätta relevansen av uppgiften om disponibel icke-använd kapacitet. I e-postmeddelandet av den 16 mars 2004 betecknades nämligen E.ON:s import till Frankrike som ”rättsstridig”, varvid det uttryckligen hänvisades till MEGAL-avtalet och

konstaterades att all kapacitet var reserverad för sökanden. När det gäller [*konfidentiellt*] stödde sig kommissionen inte på denna omständighet, och vad sökanden har anfört i detta hänseende är således inte relevant.

304 Av det ovanstående följer att talan inte kan bifallas på den första delen av förevarande grund.

b) Den andra delen

305 Sökanden har i denna del gjort gällande att det med stöd av mötena och utbytet av uppgifter mellan de aktuella företagen inte gick att fastställa en överträdelse av artikel 81 EG såvitt avser den franska marknaden. Sökanden har härvid bestritt relevansen av fem möten som kommissionen lagt till grund för konstaterandet av ett samordnat förfarande.

306 Eftersom tribunalen inte har godtagit sökandens argument angående handlingarna rörande dessa fem möten, vilka är daterade den 27 februari 2003, den 2 september 2003, den 16 mars 2004, den 27 maj 2004 och den 2 juli 2004 (se ovan särskilt punkterna 237, 238, 252 och 253), kan talan inte bifallas i denna del.

c) Den tredje delen

307 Enligt sökanden kunde kommissionen enligt principen om undantag från tillämpningen av artikel 81 EG när det gäller statliga åtgärder inte fastställa tidpunkten för överträdelsens inledande på den franska marknaden till före januari 2003. Detta var nämligen tidpunkten för införlivandet av det första gasdirektivet med fransk rätt och antagandet av 2003 års lag, vilket i juridiskt hänseende upphävde sökandens lagstadgade import- och exportmonopol för gas och öppnade den franska marknaden för konkurrens beträffande berättigade kunder.

308 Tribunalen erinrar härvid inledningsvis om att när det gäller den överträdelse som begåtts i Frankrike, ansåg kommissionen, vilket framgår av artikel 1 i det angripna beslutet, att överträdelsen pågick åtminstone från den 10 augusti 2000 till och med den 30 september 2005. Härav följer att talan inte kan bifallas i denna del i den mån den skulle kunna avse tiden före den 10 augusti 2000, med hänsyn till att kommissionen inte har fastställt någon överträdelse i Frankrike för denna tidsperiod. Sökanden har närmare bestämt gjort gällande att kommissionen inte drog de nödvändiga slutsatserna av konstaterandet att sökandens lagstadgade importmonopol förbjöd all konkurrens från utländska aktörer i Frankrike, vilket anfördes av kommissionen i en talan om fördragsbrott som avgjordes av domstolen genom dom av den 23 oktober 1997 i mål C-159/94, kommissionen mot Frankrike (REG 1997, s. I-5815). Tribunalen godtar inte detta argument, eftersom detta konstaterande gjordes före den berörda tidsperioden i det nu aktuella fallet.

309 Tribunalen ska således pröva, när det gäller perioden 10 augusti 2000– januari 2003, huruvida de aktuella företagen inte gjort sig skyldiga till en överträdelse av artikel 81 EG såvitt avser Frankrike.

310 Tribunalen erinrar om att kommissionen i skäl 289 i det angripna beslutet uppgav att sökandens lagstadgade importmonopol inte avskaffades officiellt i fransk rätt förrän i och med ikraftträdandet av 2003 års lag. Kommissionen påpekade emellertid att de franska myndigheterna enligt unionsrätten var skyldiga att avskaffa detta monopol efter det att fristen för genomförande av det första gasdirektivet hade löpt ut, det vill säga den 10 augusti 2000. Kommissionen uppgav vidare att sökanden i egenskap av offentligt företag inte kunde åberopa det förhållandet att de franska myndigheterna inte hade införlivat första gasdirektivet med nationell rätt inom föreskriven tid. Kommissionen fastställde således i skäl 291 att när det gäller gasleveranser i Frankrike, utgjorde det beteende som var föremål för granskning en överträdelse av artikel 81 i EG-fördraget, åtminstone från och med den 10 augusti 2000.

311 Tribunalen delar denna bedömning.

312 Det följer av fast rättspraxis att artiklarna 81 EG och 82 EG enbart avser sådant konkurrensbegränsande beteende som företagen på eget initiativ har medverkat till. Om företagen åläggs att uppträda på ett konkurrensbegränsande sätt enligt nationell lagstiftning eller om denna lagstiftning ger upphov till ett rättsligt ramverk som omöjliggör ett konkurrensinriktat beteende från företagens sida, är artiklarna 81 EG och 82 EG inte tillämpliga. Som framgår av dessa bestämmelser orsakas inte konkurrensbegränsningen i en sådan situation av företagens självständiga beteende. Däremot kan artiklarna 81 EG och 82 EG tillämpas om det visar sig att den nationella lagstiftningen ger utrymme för en konkurrens som kan hindras, begränsas eller snedvridas genom företagens självständiga beteende (domstolens dom av den 11 november 1997 i de förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P, kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing, REG 1997, s. I-6265, punkterna 33 och 34, och av den 11 september 2003 i mål C-207/01, Altair Chimica, REG 2003, s. I-8875, punkterna 30 och 31).

313 Tribunalen erinrar om att från och med utgången av fristen för införlivande av första gasdirektivet, vars syfte var att inrätta en konkurrensutsatt gasmarknad, var de franska myndigheterna förpliktade att inte tillämpa några bestämmelser som strider mot detta direktiv. De franska myndigheterna kunde i synnerhet inte åberopa sådana bestämmelser mot konkurrenter till sökanden som önskade inträda på den franska gasmarknaden. Unionsrättens företräde medför nämligen att en nationell bestämmelse som strider mot en unionsbestämmelse inte får tillämpas, oavsett om den antagits före eller efter densamma (domstolens dom av den 9 september 2003 i mål C-198/01, CIF, REG 2003, s. I-8055, punkt 48).

314 Bland de organ gentemot vilka sådana bestämmelser i ett direktiv som kan ha direkt effekt kan åberopas ingår ett organ som, oavsett sin rättsliga form, i enlighet med en av staten antagen rättsakt har fått i uppdrag att utöva en offentlig tjänst av allmänt intresse under statens tillsyn, och som med anledning härav har särskilda befogenheter utöver dem som följer av de rättsregler som gäller i förhållandet mellan enskilda (domstolens dom av den 12 juli 1990 i mål C-188/89, Foster m.fl., REG 1990, s. I-3313; svensk specialutgåva, volym 10, s. 479, punkt 18). Detta är fallet beträffande sökanden.

315 Tribunalen konstaterar, i likhet med vad kommissionen med rätta slog fast i skäl 290 i det angripna beslutet, att gasleverantörer från och med augusti 2000 kunde inträda på den franska gasmarknaden och att vissa kunder hade förklarats berättigade. Sökanden har för övrigt medgett att den från och med augusti 2000 tog initiativet till att införa en övergångsmekanism för tredjemans tillträde till gasnätet som gjorde det möjligt att stegvis öppna den franska marknaden för konkurrens. De franska myndigheterna hade även i det mål som ledde till domstolens dom av den 28 november 2002 i mål C-259/01, kommissionen mot Frankrike (REG 2002, s. I-11093), punkterna 12 och 13, förklarat att övergångsmekanismen för tillträde till gasnätet för överföring och distribution av gas, vilket var i kraft sedan den 10 augusti 2000, gjorde det möjligt för berättigade kunder i den mening som avses i artikel 18 i första gasdirektivet att få tillträde till gasnätet genom att ingå avtal om överföring med en löptid om minst ett år. Tack vare denna mekanism kunde berättigade kunder omförhandla sina gasleveransavtal och till och med byta leverantör. Ett år efter det att övergångsmekanismen trädde i kraft hade 14 procent av de berättigade kunderna på den franska marknaden redan bytt leverantör och fyra nya ekonomiska aktörer hade uppträtt på denna marknad.

316 Slutligen framgår det av den förberedande anteckningen inför ”Tour d’horizon”-mötet den 20 december 2001, vilken nämns i skäl 116 i det angripna beslutet, att E.ON hade öppnat ett försäljningskontor i Frankrike. Detta hade inte skett om den franska marknaden hade varit helt stängd för konkurrens vid denna tidpunkt. Det framgår även av en anteckning kallad ”briefing” inför ”Tour d’horizon”-mötet den 2 juli 2004 att E.ON avsiktligt avstått från att agera på den franska marknaden fram till och med sommaren 2003. Att E.ON var overksam på den franska marknaden berodde således inte på tvingande lagstiftning, åtminstone inte fram till och med denna tidpunkt.

317 Mot denna bakgrund konstaterar tribunalen, att även om 1946 års lag fortfarande formellt var i kraft från och med den 10 augusti 2000, kunde den i praktiken inte anses föreskriva det aktuella konkurrensbegränsande beteendet eller inrätta en rättslig ram som i sig uteslöt alla möjligheter för de aktuella företagen att uppträda konkurrensinriktat, i den mening som avses i den rättspraxis som

nämns ovan i punkt 312. Sökanden har således felaktigt påstått att kommissionen inte hade fog för bedömningen å ena sidan att den påstådda överträdelsen inleddes den 10 augusti 2000 och å andra sidan att sökanden enligt 1946 års lag innehade ett lagstadgat monopol på import och leverans av gas, eftersom denna situation var oförändrad. I motsats till vad sökanden har gjort gällande förblev situationen vad avser nämnda monopolställning inte oförändrad fram till och med antagandet av 2003 års lag, eftersom de franska myndigheterna från och med den 10 augusti 2000 borde ha införlivat det första gasdirektivet och sökanden själv har medgett att den från och med augusti 2000 tog initiativet till att införa en övergångsmekanism för tredjemans tillträde till gasnätet som gjorde det möjligt att stegvis öppna den franska marknaden för konkurrens.

318 Ovanstående slutsatser påverkas inte av det förhållandet att det framgår av domen av den 28 november 2002 i det ovan i punkt 315 nämnda målet kommissionen mot Frankrike (punkt 21), att det uppträdande som antagits av de ekonomiska aktörerna, i förevarande fall sökanden, från och med den 10 augusti 2000 inte kan anses utgöra ett giltigt genomförande av de skyldigheter som följer av fördraget. Vid prövningen av huruvida 81 EG är tillämplig, är den enda fråga som i förevarande fall är relevant, nämligen huruvida 1946 års lag från och med denna tidpunkt föreskrev det aktuella konkurrensbegränsande beteendet eller inrättade en rättslig ram som i sig uteslöt alla möjligheter för de aktuella företagen att uppträda konkurrensinriktat. Detta är emellertid inte fallet vid förevarande mål, vilket framgår av föregående överväganden. Under alla omständigheter kan en enhet, som sökanden, vilken står under statlig kontroll inte åberopa att staten inte har uppfyllt sina skyldigheter enligt EUF-fördraget för att rättfärdiga ett konkurrensbegränsande beteende som är förbjudet enligt detta fördrag.

319 Tribunalen godtar inte heller sökandens argument angående dels att det av sökanden inledda ”öppnandet” av marknaden från och med augusti 2000 inte kan likställas med ett avskaffande av det lagstadgade monopolet, dels att de införda övergångsbestämmelserna om tredjemans tillträde till gasnätet inte hade godkänts av lagstiftaren. Kommissionen var nämligen skyldig att pröva situationen på den franska gasmarknaden ur objektiv synvinkel, och inte endast ur teoretisk synvinkel, för att oberoende av att det lagstadgade importmonopolet enligt 1946 års lag fortfarande formellt var i kraft, fastställa huruvida denna lag kunde hindra all konkurrens på marknaden. Ursprunget och karaktären på de åtgärder som medgav detta öppnande kan inte påverka konstaterandet i skäl 290 i det angripna beslutet, att konkurrens faktiskt var möjlig på den franska marknaden.

320 I motsats till vad sökanden har påstått finns det ingenting ”paradoxalt” i att kommissionen grundade sig på det förhållandet att sökandens konkurrenter kunde leverera gas till berättigade kunder i Frankrike från och med den 10 augusti 2000, trots att denna situation enbart är ett resultat av sökandens beteende. Sökanden gör även en felaktig bedömning när den anser att detta innebär att företaget bestraffas för att ha deltagit i avregleringen och att detta strider mot unionens och konkurrenspolitikens syften. Det är nämligen avtalet och de samordnade förfarandena i fråga som kommissionen har bestraffat i förevarande fall och inte det förhållandet att sökanden från och med den 10 augusti 2000 delvis och i begränsad utsträckning genomförde första gasdirektivet. Under alla omständigheter var sökanden, enligt den rättspraxis som nämnts ovan i punkt 313, skyldig att bidra till genomförandet av första gasdirektivet, vilket den gjorde, om än bristfälligt, genom sitt beteende från och med den 10 augusti 2000.

321 I likhet med vad sökanden har gjort gällande framgår det för övrigt av rättspraxis att ett iakttagande av rättssäkerhetsprincipen innebär att företag inte får utsättas för straffrättsliga eller administrativa sanktionsåtgärder för ett tidigare beteende, om detta beteende föreskrevs i nationell lag, och det enligt denna lag inte fanns någon möjlighet till konkurrens som kunde hindras, begränsas eller snedvridas genom företagens självständiga beteende (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 313 nämnda målet CIF, punkt 53). Denna rättspraxis är emellertid inte tillämplig i förevarande fall, eftersom tribunalen redan har slagit fast att oberoende av att 1946 års lag fortfarande formellt var i kraft, fanns det faktiskt möjlighet till konkurrens som kunde hindras. Dessutom föreskrev denna lag inte det aktuella beteendet.

322 Tribunalen godtar inte heller sökandens argument att de tillämpliga bestämmelserna inte gav tillräcklig rättssäkerhet för nya konkurrenter före genomförandet av första gasdirektivet. Tribunalen har redan konstaterat att oberoende av att 1946 års lag fortsatte att vara i kraft, fanns det möjligheter för ett konkurrensinriktat beteende från de nya konkurrenternas sida, samt att E.ON avsiktligt avstod från att agera på den franska marknaden fram till och med sommaren 2003. Dessutom framgår det klart av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 313 att från och med den 10 augusti 2000 kunde bestämmelserna i 1946 års lag inte längre åberopas mot utländska aktörer som önskade leverera gas i Frankrike med tillämpning av de ovillkorliga och precisa bestämmelserna i första gasdirektivet. Mot denna bakgrund är det inte möjligt att hänvisa till en påstådd rättsosäkerhet före det faktiska införlivandet av första gasdirektivet för att berättiga de aktuella företagens beteende. Tribunalen påpekar härvid dessutom att en aktör av E.ON:s storlek förfogade över tillräckliga resurser för att, från och med den 10 augusti 2000, dra fördel av avvecklingen genom att åberopa de bestämmelser i direktivet som hade direkt effekt, även om dessa inte hade införlivats med fransk rätt. Av skäl 290 i det angripna beslutet framgår för övrigt att E.ON levererade gas i Belgien efter det att fristen för införlivande av första gasdirektivet löpt ut men före antagandet av bestämmelser för införlivande av detta direktiv. Tvärtemot vad sökanden har låtit förstå genom sina argument, har kommissionen inte kritiserat E.ON för att det utvecklade sin verksamhet på den franska marknaden först efter januari 2003, utan endast kritiserat de aktuella företagen för att ha ingått ett avtal om uppdelning av marknader i strid med artikel 81 EG.

323 Av det ovanstående framgår att kommissionen med fog kunde konstatera att de aktuella företagen hade överträtt artikel 81 EG såvitt avser Frankrike under perioden 10 augusti 2000–januari 2003. Det var således utan att åsidosätta denna bestämmelse som kommissionen i förevarande fall fastställde tidpunkten för inledandet av överträdelsen på den franska marknaden till den 10 augusti 2000.

324 Talan kan således inte bifallas i den tredje delen. Talan kan följaktligen inte bifallas på någon del av den tredje grunden.

4. *Den fjärde grunden: Huruvida kommissionen gjort en oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna och en felaktig rättstillämpning i samband med tillämpningen av artikel 81 EG när det gäller förekomsten av ett avtal och/eller ett samordnat förfarande mellan de aktuella företagen efter augusti 2004*

325 I denna grund, som har åberopats i sista hand, har sökanden gjort gällande att kommissionen inte har styrkt förekomsten av ett avtal och/eller samordnat förfarande mellan de aktuella företagen efter den 13 augusti 2004. Denna grund är uppdelad i tre delar. I första hand ett åsidosättande av artikel 81 EG på grund av att de aktuella företagen inte hade en gemensam vilja att tillämpa följeskrivelserna efter augusti 2004. I andra hand ett åsidosättande av artikel 81 EG på grund av en uppenbart oriktig bedömning av de möten och det utbyte av uppgifter som ägde rum mellan dessa företag efter augusti 2004. I tredje hand ett åsidosättande av artikel 81 EG, reglerna om bevisupptagning och motiveringsskyldigheten på grund av att det saknades bevis för en överträdelse på den franska marknaden efter augusti 2004.

326 Innan tribunalen prövar talan i dessa delar ska det erinras om att det följer av fast rättspraxis att den konkurrensordning som inrättats genom artiklarna 81 EG och 82 EG innebär att det är de ekonomiska följderna av avtalen eller av varje annan motsvarande form av samverkan eller koordination som är av intresse, snarare än avtalets juridiska form. Vad följaktligen beträffar överenskommelser som inte längre är i kraft är det, för att artikel 81 EG ska vara tillämplig, tillräckligt att överenskommelserna fortsätter att ha verkan även efter den tidpunkt då de formellt har upphört att gälla. Av detta följer att den tid som en överträdelse pågått inte ska bedömas i förhållande till den period under vilken avtalet är i kraft, utan i förhållande till den period under vilken de kritiserade företagen har agerat på ett sätt som strider mot artikel 81 EG (se förstainstansrättens dom av den 12 december 2007 i de förenade målen T-101/05 och T-111/05, BASF och UCB mot kommissionen, REG 2007, s. II-4949, punkt 187 och där angiven rättspraxis).

327 I förevarande fall ansåg kommissionen i skäl 299 i det angripna beslutet att överträdelsen upphörde då de aktuella företagen faktiskt slutade att tillämpa skrivelserna Direktion I och Direktion G samt den avtalsrättsliga inskränkningen som hindrade sökanden att använda uttagspunkterna på MEGAL-ledningen i Tyskland för att leverera gas till kunder. Även om dessa skrivelser officiellt upphörde att gälla genom 2004 års avtal, ansåg kommissionen i skäl 300 i det angripna beslutet att den aktuella avtalsrättsliga inskränkningen tidigast upphörde först i september 2005. Kommissionen beaktade det förhållandet att det preliminära avtalet av den 9 september 2005 gjorde det möjligt för sökanden att sälja överföringskapacitet i MEGAL-ledningen från och med den 1 oktober 2005 och att 2005 års avtal trädde i kraft den 13 oktober 2005. I nämnda skäl påpekade kommissionen vidare, parallellt med detta konstaterande, att det var först i oktober 2005 som försäljningen av gas från denna gasledning till kunder etablerade i Tyskland i någon märkbar mån översteg det belopp för vilket företaget hade köpt gas inom ramen för avyttringsprogrammet. Kommissionen ansåg således att artikel 81 EG var tillämplig, eftersom samverkan fortsatte efter det att MEGAL-avtalet hade upphört att gälla och fortsatte att ha verkan fram till dess att detta avtal ersattes.

328 Härav följer att kommissionen ansåg att överträdelsen fortsatte efter 2004 års avtal. Kommissionen grundade sig därvid inte endast på bevis som styrkte att de aktuella företagen fortsatte att tillämpa följeskrivelserna trots att dessa formellt hade upphört att gälla, utan även på det förhållandet att den avtalsrättsliga inskränkningen i bilaga 2 till MEGAL-avtalet, som hindrade sökanden att använda uttagspunkterna på MEGAL-ledningen i Tyskland, fortfarande var i kraft efter 2004 års avtal.

329 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som tribunalen ska pröva de olika delarna i förevarande grund.

a) Den första delen

330 I denna del har sökanden gjort gällande att det angripna beslutet innebär ett åsidosättande av artikel 81 EG på grund av att de aktuella företagen inte hade en gemensam vilja att tillämpa följeskrivelserna efter augusti 2004.

331 Sökanden har härvid anfört två anmärkningar, nämligen en uppenbart oriktig bedömning och att de av kommissionen åberopade bevisen saknar bevisvärde.

– Den första anmärkningen

332 Sökanden har gjort gällande att kommissionen vid bedömningen av dess deltagande i avyttringsprogrammet gjorde en uppenbart oriktig bedömning och särskilt vad gäller bedömningen att det förhållandet att sökanden hade sålt gas i södra Tyskland år 2004 inte räckte för att visa att det inte förelåg någon uppdelning av marknader.

333 Tribunalen påpekar att i motsats till vad sökanden har påstått kan försäljning av gas i Tyskland från MEGAL-ledningen från och med oktober 2004 i sig inte utgöra bevis för att följeskrivelserna inte längre ansågs vara bindande. Det ska nämligen erinras om, vilket framgår av skäl 73 i det angripna beslutet, att [*konfidentiellt*]. Sökandens gasförsäljning i Tyskland från och med år 2003 var, såsom kommissionen har påpekat, således endast begränsad. Vidare utgjorde försäljningen av gas från MEGAL-ledningen, vilken inleddes först år 2004, en förhållandevis liten (eller såsom kommissionen i skäl 101 i det angripna beslutet uppgav, en ”relativt liten”) andel av sökandens försäljning i Tyskland och kan inte, såsom påståtts, anses vara av betydande omfattning. Åren 2004 och 2005 var nämligen [*konfidentiellt*]. Slutligen framgår det av skäl 101 i det angripna beslutet att de gaskvantiteter från MEGAL-ledningen som sökanden sålde i Tyskland under perioden 2004 till september 2005, i stort sett uteslutande hade köpts av E.ON inom ramen för avyttringsprogrammet. För dessa kvantiteter förelåg en avyttringsskyldighet enligt beslut av tyska myndigheter om godkännande av fusionen mellan E.ON och Ruhrgas.

334 Med hänsyn till samtliga dessa omständigheter finner tribunalen att försäljningen av gas från MEGAL-ledningen visserligen visar att det förelåg förvärvsverksamhet, såsom sökanden påstått. Dessa omständigheter kan dock i sig inte visa att följeskrivelserna saknade bindande verkan. Dessutom finns det såsom kommissionen påpekade i skäl 102 i det angripna beslutet skriftliga bevis som i huvudsak styrker att sökanden ansåg att den inte fick sälja större kvantiteter än de kvantiteter som förvärvats inom ramen för avyttringsprogrammet på grund av avtalsbestämmelser med E.ON (se, bland annat, punkterna 337–339 nedan). När det gäller argumentet att kommissionen borde ha beaktat sökandens anbud, är det tillräckligt att erinra om att dessa under alla omständigheter i sig inte kunde styrka att det förelåg konkurrens (se ovan punkt 196). Detta gäller i än högre grad eftersom sökanden själv i sitt svar på meddelandet om anmärkningar medgav att inte något av de nämnda anbuden hade antagits. När det gäller sökandens argument att kommissionen inte beaktade det förhållandet att de gasleveranser som ägde rum från och med september 2005 till viss del motsvarade kontrakt som förhandlats fram efter år 2004, hänvisar tribunalen till övervägandena nedan i punkt 350.

335 Vidare godtar inte tribunalen sökandens argument att kommissionen inte har förklarat på vilket sätt ett aktivt deltagande i avyttringsprogrammet och användningen av förvärvade gaskvantiteter för vidareförsäljning i Tyskland inte visar att det inte förelåg någon konkurrensbegränsande samverkan. Ett deltagande i avyttringsprogrammet kan under alla omständigheter inte visa att det inte förelåg något avtal om uppdelning av marknader, eftersom den omständigheten att sökanden själv valde att delta i avyttringsprogrammet och att använda de förvärvade kvantiteterna för att utveckla sin verksamhet i södra Tyskland saknar inverkan i detta hänseende. Tribunalen erinrar inledningsvis om att den gas som sökanden sålde i Tyskland inom ramen för avyttringsprogrammet nämligen inte omfattas av föremålet för den aktuella överträdelsen, vilket framgår av skäl 346 i det angripna beslutet. Vidare framgår det såväl av analysen av sökandens försäljning som de skriftliga bevisen att sökanden i själva verket begränsade sin verksamhet till kvantiteter som förvärvats inom ramen för avyttringsprogrammet. Sökanden har nämligen inte haft någon försäljning som i någon betydande utsträckning överskrider dessa kvantiteter. Detta visar således att sökanden, även om den deltog i avyttringsprogrammet, fortsatte att iaktta de avtalsrättsliga inskränkningar som infördes genom MEGAL-avtalet. Dessutom framgår det av E.ON:s interna protokoll från ”Tour d’horizon”-mötet den 29 mars 2004 att sökanden hade för avsikt att delta i avyttringsprogrammet, eftersom den befarade att den ryska gasen skulle hamna i fel händer och bidra till ökad konkurrens.

336 Tribunalen godtar inte heller sökandens argument att dess försäljning av gas från MEGAL-ledningen överskred de kvantiteter som förvärvats inom avyttringsprogrammet, eftersom kommissionen inte bestred detta förhållande utan i skäl 113 till det angripna beslutet påpekade, vilket sökanden har medgett, att denna försäljning inte i väsentlig mån överskred dessa volymer. Även om sökandens försäljningskvantiteter var något större än de som förvärvades inom avyttringsprogrammet, såsom framgår av tabellen i skäl 101 i det angripna beslutet, kan detta under alla omständigheter inte visa, med hänsyn till den lilla skillnaden i det här fallet, att sökanden inte ansåg sig vara bunden av följeskrivelserna.

337 Det finns inte någon omständighet som kan visa att kommissionen gjorde en felaktig bedömning i skäl 102 i det angripna beslutet när den med stöd av ett e-postmeddelande från sökanden av den 21 juli 2004, vars innehåll tribunalen har erinrat om ovan i punkt 189, hävdade att sökanden ansåg att den inte hade rätt att ta ut gas från MEGAL-ledningen på grund av avtalsbestämmelser med E.ON. Det saknas således stöd för sökandens ståndpunkt att det förhållandet att det var omöjligt att ta ut gas från denna gasledning, med undantag för de kvantiteter som förvärvats inom avyttringsprogrammet, kunde förklaras genom [*konfidentiellt*]. Vad särskilt gäller sökandens argument om att utvecklingen av dess verksamhet i södra Tyskland bromsades av tekniska skäl [*konfidentiellt*], medan detta inte var fallet beträffande avyttringsprogrammet, påpekar tribunalen att sådana skäl inte anfördes i det aktuella e-postmeddelandet som grund för sökandens ståndpunkt.

338 Tribunalen framhåller i detta sammanhang att det förhållandet att nämnda e-postmeddelande inte hänvisar till följeskrivelserna inte är av avgörande betydelse, eftersom kommissionen inte heller påstod att så var fallet. Den omständigheten att det i e-postmeddelandet anges att det i avvaktan på ett

övergripande avtal angående MEGAL-ledningen är uteslutet att använda uttagspunkterna på denna gasledning med undantag för angivna uttagspunkter, och det förhållandet att det i nämnda e-postmeddelande redogörs för villkoren för att leverera gas till kunder i södra Tyskland från denna gasledning, utgör tvärtom en indikation på att den beskrivna situationen motsvarade den som förelåg enligt det befintliga MEGAL-avtalet [*konfidentiellt*].

339 Tribunalen påpekar härvid att sökandens anteckning av den 10 maj 2004, vilken nämns i fotnot 98 i det angripna beslutet, bekräftar kommissionens påstående i skäl 102. Det framgår nämligen av detta skäl att när det gäller anslutnings- och uttagspunkterna på MEGAL-ledningen, hade sökanden rätt att ta ut gas som förvärvats genom aktionsförfarande (och enbart gas som förvärvats denna dag) vid valfri anslutnings- och uttagspunkt på MEGAL-ledningen. I denna anteckning anges även uttryckligen att leverans av gas [*konfidentiellt*] till slutliga kunder i Tyskland via en uttagspunkt på MEGAL-ledningen inte var genomförbart vid denna tidpunkt, eftersom sökanden inte förfogade över sådana uttagspunkter på den västra delen av gasledningen.

340 Vidare konstaterar tribunalen att kommissionen inte grundade sig på gasens ursprungsland vid fastställandet av överträdelsen. Det framgår nämligen av skäl 199 i det angripna beslutet att den aktuella överträdelsen rör leverans av gas som överförs genom MEGAL-ledningen, varvid gasens ursprung inte angetts. Även i skäl 349 i det angripna beslutet angav kommissionen att den försäljning som berörs av överträdelsen är försäljning av gas som överförs av E.ON och av sökanden via MEGAL-ledningen för leverans till kunder i Tyskland och till berättigade kunder i Frankrike, med undantag för gasförsäljning som E.ON genomför inom ramen för avyttringsprogrammet för leverans till Waidhaus och gas som sökanden förvärvar inom ramen för avyttringsprogrammet för leverans till Waidhaus. [*Konfidentiellt.*] Under dessa omständigheter godtar tribunalen inte sökandens argument om att kommissionen har gjort en motsägelsefull bedömning genom att konstatera en överträdelse [*konfidentiellt*]. Detta gäller även sökandens argument om att kommissionen inte har förklarat på vilket sätt gasens ursprung skulle kunna påverka hur överträdelsen ska kvalificeras.

341 När det slutligen gäller sökandens påstående om att kommissionens resonemang innebär att följeskrivelserna under alla omständigheter ska betraktas som en klausul rörande bestämningsorten [*konfidentiellt*], är det tillräckligt för tribunalen att i likhet med kommissionen konstatera att en sådan klausul utgör ett vertikalt avtal som i regel ingås mellan en leverantör och dess kund i samband med ett avtal om leverans av gas och som syftar till att förbjuda kunden att återexportera den av leverantören förvärvade gasen. I förevarande fall utgör det aktuella avtalet emellertid ett horisontellt avtal som ingåtts mellan två leverantörer i samband med byggandet av infrastruktur för överföring av gas och som syftar till att begränsa försäljningen av den gas som överförs genom denna infrastruktur på respektive leverantörs område. Tribunalen godtar således inte det aktuella påståendet.

342 Av det ovanstående följer att tribunalen inte heller godtar den första anmärkningen.

– Den andra anmärkningen

343 Sökanden har gjort gällande att de bevis som kommissionen har åberopat för att visa att förbudet att ta ut gas från MEGAL-ledningen fortfarande gällde efter augusti 2004 saknar bevisvärde. Enligt sökanden har kommissionen inte åberopat någon precis och överensstämmande bevisning till stöd för påståendena att de aktuella företagen fortsatte att tillämpa följeskrivelserna, trots 2004 års avtal, efter detta datum.

344 När det gäller bilaga 2 till MEGAL-avtalet erinrar tribunalen om att denna bilaga fastställde de anslutnings- och uttagspunkter som de aktuella företagen kunde utnyttja längs MEGAL-ledningen. Av punkt 2.1 i denna bilaga framgår att sökanden endast hade en uttagspunkt, vilken var belägen på den fransktyska gränsen, för samtliga gaskvantiteter som överförs före dess räkning, med mindre att de aktuella företagen överenskommer om något annat. Enligt denna bilaga hade sökanden således inte

någon uttagspunkt i Tyskland och bilagan hindrade således sökanden från att ta ut gas avsedd för tyska kunder från MEGAL-ledningen. Tribunalen finner emellertid inte någon omständighet som stöder ståndpunkten att den aktuella bilagan hade upphävts eller var obsolet efter 2004 års avtal. Inte heller är det visat att 2004 års avtal utgjorde en sådan ändring av bilagan som överenskommits mellan de aktuella företagen. Såsom kommissionen har påpekat i skäl 107 i det angripna beslutet nämns nämligen inte denna bilaga i 2004 års avtal, något som för övrigt inte bestritts av sökanden. Det framgår nämligen uttryckligen av lydelsen i 2004 års avtal att det enbart rörde vissa följeskrivelser. Övriga bestämmelser i MEGAL-avtalet eller dess bilagor nämns inte i detta avtal. Sökanden har för övrigt inte åberopat någon omständighet som kan påverka kommissionens påstående i nämnda skäl, att om de aktuella företagen hade velat behandla frågan om bilaga 2 till MEGAL-avtalet i 2004 års avtal skulle de uttryckligen ha reglerat denna fråga. Sökanden har vidare påstått att de aktuella företagen från och med år 2001, och därefter genom 2004 års avtal, medgett att skrivelsen Direktion I var ”ogiltig”. Enligt sökanden innehöll denna skrivelse en bestämmelse som liknade nämnda bestämmelse i bilagan. Tribunalen finner att i avsaknad av en uttrycklig uppgift i detta hänseende när det gäller bilagan (vare sig i telefaxet av den 7 januari 2002 eller i 2004 års avtal), går det inte att dra slutsatsen att denna bilaga var obsolet. Sökandens argument rörande den aktuella bilagan kan således inte godtas.

345 När det gäller tidningsartikeln av den 23 augusti 2004, som nämns i skäl 108 i det angripna beslutet, påpekar tribunalen inledningsvis att det endast avsåg ett av de bevis på vilka kommissionen grundade sin bedömning att sökanden, efter 2004 års avtal, ansåg att den inte fick ta ut gas från MEGAL-ledningen på grund av en avtalsbestämmelse med E.ON. Kommissionen grundade sig nämligen även på en intern anteckning från sökanden upprättad i januari 2005 angående sökandens utvecklingsplan i Tyskland och detta bolags beteende, vilket framgår av skälen 111 och 112 i det angripna beslutet.

346 Tribunalen konstaterar att tidningsartikeln av den 23 augusti 2004 är hämtad från en specialiserad tidskrift. I artikeln återgavs uttalanden av sökandens försäljningsdirektör i Tyskland, och den innehöll mycket precisa uppgifter angående gränserna för sökandens möjligheter att ta ut gas från MEGAL-ledningen. Av artikeln framgår att vid tidpunkten för denna artikel hade sökanden ännu inte träffat en slutgiltig uppgörelse med E.ON beträffande möjligheten att ta ut gas från MEGAL-ledningen i Tyskland och att möjligheterna att ta ut gas var begränsade. I artikeln anges vidare att sökanden kunde ta ut gas överallt där det ansågs möjligt med stöd av av en gemensam tolkning av de befintliga reglerna. Mot denna bakgrund kan denna tidningsartikels bevisvärde inte anses lågt eller obefintligt och kommissionen kunde med giltig verkan åberopa denna handling till stöd för sitt påstående att viss bevisning styrker att sökanden ansåg att den inte kunde ta ut gas från MEGAL-ledningen på grund av sitt avtalsförhållande med E.ON. När det gäller det förhållandet att den aktuella tidningsartikeln tillkom endast tio dagar efter ingåendet av 2004 års avtal, är detta förhållande inte direkt relevant, eftersom den person vars uttalanden återges, på grund av sin ställning hade en exakt kännedom om situationen för den aktuella gasledningen.

347 Slutligen har sökanden felaktigt påstått att kommissionen inte beaktade skrivelsen av den 26 augusti 2004 genom vilken E.ON reagerade på den aktuella artikeln och erinrade om att skrivelsen Direktion I var obsolet. Kommissionen angav nämligen i skäl 110 i det angripna beslutet att denna skrivelse skulle behandlas i avsnitt 4.3.1 i nämnda beslut i samband med det allmänna resonemanget angående E.ON:s argument att detta bolag medgav att sökanden tog ut gas från MEGAL-ledningen i Tyskland. I skäl 149 i det angripna beslutet, som återfinns i avsnitt 4.3.1 i detta beslut, angav kommissionen således att påståendet att E.ON hade godtagit sökandens rätt att ta ut gas från MEGAL-ledningen motsades av att sökanden ansåg, såväl internt som enligt offentliga uttalanden, att den inte hade rätt att ta ut gas från denna gasledning utöver de kvantiteter som förvärvats inom avyttringsprogrammet. Tribunalen finner härvid att kommissionen härigenom underförstått, men ovillkorligen, besvarade argumenten grundade på E.ON:s skrivelse av den 26 augusti 2004. När det gäller sökandens argument om att skrivelsen av den 26 augusti 2004 visar att det inte förelåg någon gemensam vilja mellan de aktuella företagen, att ett ”övergivande” av följeskrivelserna inte kunde sammanfalla med ingåendet av 2005 års

avtal och att svårigheterna för sökanden att saluföra gas hänförde sig till hinder som var oberoende av dess vilja, är det tillräckligt för tribunalen att konstatera att dessa argument motsägs av andra handlingar som tillkommit efter nämnda skrivelse (se, särskilt, de handlingar som nämns nedan i punkterna 349, 361 och 362) samt av sökandens beteende på marknaden (se nedan punkt 350), vilka visar att den aktuella överträdelsen fortsatte efter 2004 års avtal. Tribunalen godtar således inte dessa argument. Även om det framgår av denna skrivelse att E.ON vid flera tillfällen bekräftade att sökanden kunde ta ut gas från MEGAL-ledningen [*konfidentiellt*], pekar detta för övrigt i praktiken på att sökandens möjligheter att ta ut gas i Tyskland fortfarande vid denna tidpunkt åtminstone var begränsade. Slutligen framgår det klart av denna handling, såsom kommissionen har påpekat, att E.ON förklarade för sökanden att det inte var konstruktivt att offentliggöra en beskrivning av eller diskussioner angående möjligheterna att ta ut gas från MEGAL-ledningen. Detta visar att det syfte som eftersträvades av E.ON framför allt var att få sökanden att förstå att det var bäst att inte göra några offentliga uttalanden angående detta ämne.

348 Tribunalen godtar således inte sökandens argument angående den aktuella tidningsartikeln.

349 När det gäller sökandens utvecklingsplan i Tyskland, i dess lydelse av den 2 september 2005, framgår det av denna plan att sökanden av skäl hänförliga till dess avtalsförpliktelser inte kunde ta ut gas från olika uttagspunkter längs MEGAL-ledningen eller direkt sälja sådan överföringskapacitet som företaget förfogade över. Det förväntade tecknandet av ett nytt avtal med E.ON avseende driften av ledningen skulle kunna förändra denna situation. Den omständigheten, om den antas vara styrkt, att denna utvecklingsplan enbart befann sig på projektstadiet, såsom sökanden har påstått, påverkar inte riktigheten av dess innehåll, vilket utarbetats av sökanden själv, och därmed inte dess bevisvärde. Det samma gäller sökandens påstående att denna plan varken aktualiserats eller verifierats internt på flera år. Detta påstående tycks för övrigt motsägas av det förhållandet att det i denna handling uttryckligen anges att det är fråga om ”lydelsen av den 2 september 2005”. I övrigt har sökanden inte åberopat någon slutlig handling vars innehåll har aktualiserats och verifierats, som skiljer sig från den som åberopats av kommissionen.

350 I skäl 300 i det angripna beslutet angav kommissionen att sökandens gasförsäljning från MEGAL-ledningen till kunder i Tyskland först i oktober 2005 märkbart överskred de kvantiteter som förvärvats av sökanden inom avyttringsprogrammet. Tribunalen godtar inte sökandens argument att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning genom att beakta denna omständighet för att fastställa tidpunkten för överträdelsens upphörande. Förutom det förhållandet att sökanden ansåg att kommissionen utan godtagbara skäl inte hade beaktat alternativa förklaringar som gick ut på att försäljningen i Tyskland kännetecknades av en väsentlig ökning under oktober 2005 och att de nya leveranser som ägde rum i oktober 2005 berodde på leveransavtal som ingåtts lång tid före detta datum, har sökanden inte anfört något argument som syftar till att påvisa en uppenbart oriktig bedömning. För att tribunalen ska kunna fastställa ett sådant fel måste sökanden åberopa omständigheter av vilka det följer att kommissionens resonemang är felaktigt, vilket sökanden inte har gjort i förevarande fall. Kommissionen har under alla omständigheter besvarat de förklaringar som anförts av sökanden. Kommissionen angav nämligen i skäl 302 i det angripna beslutet, som svar på en förklaring angående strukturen på årliga gasleveranser, att sökanden visste att samtliga årliga leveransavtal trädde i kraft i oktober och att sökanden rimligen kunde förvänta sig ett nytt avtal med E.ON. Sökanden har inte uttryckligen anfört argument som syftar till att vederlägga detta påstående. Kommissionen angav vidare i skäl 113 i det angripna beslutet att även om sökanden hade ingått leveransavtal med kunder vid ett tidigare datum, står det inte desto mindre klart att sökanden i själva verket inte hade tagit ut gas från gasledningen före oktober 2005 och att sökanden följaktligen hade iakttagit förbudet att ta ut gas från MEGAL-ledningen i Tyskland. Tribunalen finner att denna bedömning var riktig, eftersom, såsom angetts, de gaskvantiteter som sökanden sålt i Tyskland från MEGAL-ledningen fram till och med år 2005 motsvarade en mycket liten andel av den tyska förbrukningen och i mycket begränsad utsträckning överskred de gasmängder som förvärvats inom avyttringsprogrammet, vilka E.ON var skyldigt att avyttra.

351 Av det ovanstående följer att tribunalen inte godtar den andra anmärkningen och att talan följaktligen inte kan bifallas i den första delen av denna grund.

b) Den andra delen

352 I denna del har sökanden ifrågasatt kommissionens bedömning av de möten och det utbyte av uppgifter som ägde rum efter 2004 års avtal. Enligt sökanden gjorde kommissionen en helt felaktig tolkning av de möten och det utbyte av uppgifter som ägde rum mellan de aktuella företagen efter 2004 års avtal. Sökanden har i denna del anfört fem argument.

353 När det gäller sökandens argument att E.ON efter 2004 års avtal fortsatte att klaga på den konkurrens som sökanden utövade i Tyskland, påpekar tribunalen inledningsvis att kommissionen inte ansåg, såsom sökanden antyder i sin argumentation, att det på grund av detta förhållande inte kunde uteslutas att det förelåg ett avtal och/eller ett samordnat förfarande med avsikt att fortsätta att tillämpa följeskrivelserna. I skälen 130–136 i det angripna beslutet beaktade kommissionen nämligen endast denna omständighet bland andra omständigheter för att i huvudsak visa att det efter 2004 års avtal förelåg ett beteende som innebar samverkan, och särskilt förekomsten av ett utbyte av uppgifter mellan företagen som mer var att hänföra till samverkan än till konkurrens.

354 Tribunalen konstaterar att förekomsten av sådana klagomål inte i sig räcker för att utesluta förekomsten av en konkurrensbegränsande samverkan. Kommissionen gjorde nämligen gällande att om det inte redan förelåg ett konkurrensbegränsande avtal om uppdelning av marknader mellan två konkurrerande företag, skulle det tvärtom inte ha funnits anledning för ett av dessa företag att i samband med regelbundna möten klaga på den konkurrens som utövas inom dess område av det andra företaget. Såsom framgår av skäl 195 i det angripna beslutet visar de enstaka bevis som föreligger om oenighet rörande ämnen som inte borde behandlas mellan konkurrenter på en konkurrensutsatt marknad, att de aktuella företagen har handlat på grundval av en gemensam överenskommelse, även när de vid några tillfällen ömsesidigt beskyller varandra för att avvika från denna överenskommelse.

355 Den av sökanden åberopande omständigheten att vissa bevis styrker förekomsten av en intensiv konkurrens, kan inte påverka ovanstående överväganden. Det förhållandet att en konkurrensbegränsande samverkan inte iakttas ändrar nämligen inte det faktum att en sådan samverkan föreligger (se förstainstansrättens dom av den 15 juni 2005 i de förenade målen T-71/03, T-74/03, T-87/03 och T-91/03, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 74 och där angiven praxis). Under alla omständigheter har de aktuella företagen, även om en sådan konkurrens förelåg, ömsesidigt beklagat sig över försäljning och tillämpade priser respektive reagerat på dessa klagomål, vilket framgår av skälen 123, 124 och 130–136 i det angripna beslutet.

356 Vidare hade E.ON, vilket framgår av en anteckning från sökanden av den 9 februari 2005, anklagat sökanden för att ”förstöra” värdet på gas i Tyskland och dra fördel av den prisskillnad som förelåg [*konfidentiellt*] för att vinna nya kunder, vilket skulle kunna visa att sökanden hade ett konkurrensinriktat beteende i Tyskland. Sökanden ansåg emellertid att det var nödvändigt att ”bearbeta denna fråga”. Under normala konkurrensförhållanden skulle ett företag inte göra någon ”bearbetning” efter anklagelser från dess konkurrent angående prissättningen. Detta visar således att sökanden önskade efterkomma de invändningar som framförts av E.ON.

357 Tribunalen erinrar härvid om att när en ekonomisk aktör tar till sig klagomål som en annan aktör framfört angående den konkurrens som denne orsakas på grund av de produkter som förstnämnda aktör avsätter, utgör de berörda parternas beteende ett samordnat förfarande (domen i de ovan i punkt 211 nämnda förenade målen Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, punkt 283). Tribunalen konstaterar således att sökanden, genom att ange att den skulle ”bearbeta denna fråga” när det gällde klagomålen från E.ON angående de priser som tillämpades i Tyskland, samt genom att upprätta en

anteckning i april 2005 med anledning av E.ON:s klagomål angående dess prispolitik när det gällde försäljning till det offentliga, tog till sig dessa klagomål i den mening som avses i nämnda rättspraxis, även om sökanden ansåg, vilket särskilt framgår av nämnda anteckning från april 2005, att det var nödvändigt att bedöma E.ON:s uppfattning i sitt sammanhang.

358 I övrigt påpekar tribunalen att sökanden inte har bestritt att det förhållandet att parterna till ett avtal om uppdelning av marknader vid enstaka tillfällen inte har iakttagit avtalet eller har beklagat sig över att den andra parten inte iakttagit avtalet inte på något sätt styrker att avtalet inte fortsatte att gälla och tillämpas. Sökanden anser emellertid att en sådan princip inte gäller i förevarande fall, eftersom de aktuella företagen genom 2004 års avtal på nytt förklarade att följeskrivelserna var ”ogiltiga” och kommissionen inte har styrkt en gemensam vilja hos de aktuella företagen efter augusti 2004.

359 Tribunalen har redan i den första delen av förevarande grund underkänt sökandens argument att det inte förelåg någon gemensam vilja efter detta datum. Även om de aktuella företagen i 2004 års avtal förklarade att de ansåg att följeskrivelserna var ogiltiga, fortsatte de inte desto mindre att iaktta dessa, med hänsyn till att E.ON fortsatte att beklaga sig över sökandens beteende, vilket sökanden, såsom bland annat framgår av anteckningarna av den 9 februari och april 2005, försökte sätta i sitt sammanhang. När det särskilt gäller sökanden följer det dessutom av skälen 101–103 i det angripna beslutet att sökanden fram till och med september 2005 inte i någon märkbar omfattning tog ut gas från MEGAL-ledningen utöver de kvantiteter som förvärvats inom avyttringsprogrammet.

360 När det gäller sökandens argument som syftar till att bestrida påståendet att E.ON:s farhågor när det gäller utvecklingen av dess verksamhet i Tyskland efter augusti 2004 endast yttrats för syns skull, påpekar tribunalen endast att kommissionen inte ansåg att dessa klagomål hade framförts ”för syns skull”, såsom sökanden har hävdat. Under alla omständigheter kan sådana farhågor, av samma skäl som tribunalen inte godtog argumenten angående E.ON:s klagomål (se ovan punkterna 353–359), inte styrka att det inte förelåg något avtal. I detta sammanhang framhåller tribunalen, såsom påpekas ovan i punkt 263, att sökandens anteckning från april 2005 inte åskådliggör någon aggressiv prispolitik från sökandens sida i Tyskland. Tribunalen erinrar dessutom om att enligt den rättspraxis som nämns ovan i punkt 357 framstår det inte som rimligt att ett företag under normala konkurrensförhållanden reagerar på kritik från en konkurrent angående dess prispolitik och försöker sätta uppfattningen om dess aggressiva prissättning i sitt sammanhang, såsom sökanden gör i den anteckning som upprättats med anledning av E.ON:s klagomål. Denna anteckning kan således inte styrka att det inte förelåg någon konkurrensbegränsande samverkan. Såsom kommissionen har gjort gällande visar i själva verket snarare de farhågor som E.ON uttryckt, mot bakgrund av omständigheterna i förevarande fall, att de aktuella företagen, av de skäl som angetts ovan i punkt 354, bevakade att avtalet iakttogs. Tvärtemot vad sökanden har hävdat, medför detta inte att bevisbördan omkastas, eftersom detta konstaterande ska ses mot bakgrund av övrig bevisning som styrker att det konkurrensbegränsande beteendet fortsatte efter augusti 2004.

361 Tvärtemot vad sökanden har påstått gjorde kommissionen en riktig bedömning i skäl 124 i det angripna beslutet när den på grundval av anteckningarna av den 9 februari och april 2005 fann att sökanden hade reagerat på E.ON:s klagomål om dess prispolitik inom segmentet [*konfidentiellt*] i Tyskland. Tribunalen erinrar härvid endast om att det i anteckningen av den 9 februari 2005 angavs att det var nödvändigt att behandla frågan om E.ON:s anklagelser och att anteckningen från april 2005 upprättades med anledning av E.ON:s klagomål angående sökandens prissättning i samband med försäljning till [*konfidentiellt*] som ansågs förstöra värdet på gas i Tyskland. Det föreligger således faktiskt ett samband mellan E.ON:s klagomål angående sökandens politik och sökandens reaktioner. Mot denna bakgrund går det inte att hävda att kommissionens bedömning är felaktig. Tribunalen framhåller härvid att tvärtemot vad sökanden har hävdat, ansåg kommissionen inte i det angripna beslutet att det i anteckningen från april 2005 rekommenderades att sökandens aggressivitet i Tyskland skulle dämpas. I motsats till vad sökanden har hävdat kan en sådan reaktion inte anses utgöra ett tecken på en god förvaltning. Det framgår nämligen klart av nämnda anteckning att syftet var att sätta E.ON:s uppfattning i sitt sammanhang och inte att behålla sökandens lönsamhetsnivå i Tyskland, såsom sökanden har hävdat.

362 När det slutligen gäller handlingarna rörande mötet den 21 september 2005, det vill säga en skrivelse kallad ”briefing” av den 20 september 2005 som upprättats inför detta möte och ett e-postmeddelande av den 22 september 2005 som innehöll en sammanfattning av mötet, vilka angetts i skälen 132 och 133 i det angripna beslutet, konstaterar tribunalen inledningsvis att kommissionen, såsom den slutligen medgav som svar på en fråga från tribunalen vid förhandlingen, lade dessa handlingar till grund för sin bedömning att E.ON fortsatte att beklaga sig över den konkurrens som sökanden utövade i Tyskland och att deras beteenden mer var att hänföra till samordning än till konkurrens. Dessa handlingar har således, tvärtemot vad kommissionen inledningsvis gjorde gällande i sina inlagor, åberopats gentemot sökanden.

363 Tribunalen godtar inte sökandens argument som hänför sig till dessa handlingar. Utan att det är nödvändigt att pröva anteckningen kallad ”briefing” av den 20 september 2005 som upprättades inför mötet dagen därpå, konstaterar tribunalen endast att tvärtemot vad sökanden anfört, framgår det inte alls tydligt att [*konfidentiellt*], utan protokollet från detta möte styrker att de aktuella företagen genom sitt beteende agerat i hemligt samförstånd. Av protokollet framgår nämligen att sökanden inte ansåg att Tyskland utgjorde en nyckelmarknad och att sökanden, av nio anbud under senare tid, endast haft framgång med en kund. Sökanden uppgav att företaget till och med förlorat kunder. Sökanden utbytte således uppgifter angående dess affärspolitik i Tyskland med E.ON, fram till och med några dagar före det av kommissionen fastställda datumet för överträdelsens upphörande. Dessa uppgifter var ägnade att påverka E.ON:s beteende på marknaden, då E.ON fick kännedom om sökandens situation i förhållande till tyska kunder, samt innebar att sökandens planerade uppträdande på denna marknad avslöjades. Kravet på aktörernas självständighet i den policy de driver, som är inneboende i fördragets konkurrensregler, utgör ett absolut hinder mot att det förekommer direkta eller indirekta kontakter mellan sådana aktörer som kan medföra påverkan på en faktisk eller potentiell konkurrents beteende på marknaden eller att det beteende man har beslutat eller som man överväger att själv tillämpa på marknaden avslöjas för en sådan konkurrent, när dessa kontakter syftar till eller resulterar i konkurrensvillkor som inte motsvarar de normala villkoren på den relevanta marknaden. Såvida motsatsen inte bevisas, vilket åvilar de berörda aktörerna att göra, måste det antas att de företag som deltar i det samordnade förfarandet och som fortsätter att vara aktiva på marknaden tar hänsyn till de uppgifter som de har lämnat till varandra när de bestämmer sitt beteende på marknaden (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 275 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkterna 117 och 121). Mot bakgrund av denna rättspraxis, utgår tribunalen ifrån att en samordning i strid med artikel 81.1 EG ägde rum inom ramarna för mötet den 21 september 2005, eftersom sökanden inte ens har försökt att åberopa bevisning som styrker att den inte beaktade de aktuella uppgifterna.

364 Det var således berättigat av kommissionen att beakta handlingarna rörande mötet den 21 september 2005 för att fastställa att utbytet av uppgifter mellan de aktuella företagen mer var att hänföra till samordning än till konkurrens.

365 Slutligen har tribunalen redan i samband med prövningen av den andra grunden underkänt sökandens argument som syftar till att ifrågasätta att det förelåg ett utbyte av uppgifter. Tribunalen hänvisar härvid till den andra grunden. Tribunalen erinrar även om att protokollet från mötet den 21 september 2005 i sig visar att de aktuella företagen utbytte uppgifter som kunde påverka deras beteende på marknaden och avslöja detta beteende. Ett sådant utbyte av uppgifter är förbjudet enligt artikel 81 EG.

366 Av det ovanstående följer att talan inte kan bifallas på den andra delen av denna grund.

c) Den tredje delen

367 I denna del har sökanden hävdat att det angripna beslutet innebär ett åsidosättande av artikel 81 EG, reglerna om bevisupptagning och motiveringsskyldigheten på grund av att det saknades bevis för en överträdelse på den franska marknaden efter augusti 2004.

368 Tribunalen erinrar om att det framgår av artikel 1 i det angripna beslutet att överträdelsen i Tyskland pågick från den 1 januari 1980 till åtminstone den 24 april 1998 och att överträdelsen i Frankrike pågick mellan den 13 augusti 2004 och den 30 september 2005.

369 Tribunalen konstaterar emellertid inledningsvis att det inte föreligger någon skriftlig bevisning som styrker att den aktuella överträdelsen fortsatte efter den 13 augusti 2004, vare sig i form av ett avtal eller genom ett samordnat förfarande. Den sista skrivelsen som rör den franska marknaden är E.ON:s interna skrivelse kallad ”briefing” av den 26 juni 2004 angående ”Tour d’horizon”-mötet den 2 juli 2004, vilket ägde rum före den 13 augusti 2004, det vill säga datumet för 2004 års avtal. När det närmare gäller de möten och utbyten vid vilka de aktuella företagen, såsom angetts i skäl 307 i det angripna beslutet, diskuterade sina respektive strategier på varandras nationella marknader efter augusti 2004, påpekar tribunalen att kommissionen i nämnda skäl inte hänvisar till någon specifik skriftlig handling angående något möte som rörde den franska marknaden. De handlingar som rör möten som ägt rum efter den 13 augusti 2004, som nämns i skälen 123, 124 och 130–136 i det angripna beslutet, avser endast den tyska gasmarknaden och inte den franska marknaden.

370 Kommissionen har vidare inte åberopat E.ON:s beteende på den franska marknaden för att styrka att den konkurrensbegränsande samverkan fortsatte på denna marknad. Kommissionen har i synnerhet inte hänvisat till E.ON:s försäljning i Frankrike, trots att kommissionen i skäl 300 i det angripna beslutet gjorde en sådan hänvisning när det gäller sökandens försäljning i Tyskland.

371 När det gäller de begränsningar beträffande uttagspunkter på MEGAL-ledningen som kunde gälla för E.ON i Frankrike, bland annat de begränsningar som kan följa av bilaga 2 till MEGAL-avtalet, har sådana begränsningar inte ens åberopats av kommissionen. I skälen 299, 300 och 307 i det angripna beslutet hänvisar kommissionen endast till de avtalsrättsliga begränsningar som hindrar sökanden från att använda uttagspunkterna på nämnda gasledning i Tyskland för leverans till kunder. Oaktat de bestämmelser i bilaga 2 till MEGAL-avtalet som rör GDF, konstaterar tribunalen att E.ON under alla omständigheter kunde ta ut gas från MEGAL-ledningen för försäljning i Frankrike, även om denna försäljning endast motsvarade en ringa del av marknaden och endast omfattade få kunder, såsom framgår av skälen 73 och 101 i det angripna beslutet.

372 Tribunalen påpekar att kommissionens påstående i skäl 304 i det angripna beslutet, att det förhållandet att de aktuella företagen hade förhandlat fram ett nytt avtal pekade på att dessa fortfarande kände sig bundna av det befintliga avtalet, eller kommissionens påstående att i avsaknad av ett nytt avtal, var det tidigare avtalet fortfarande i kraft, inte kan anses utgöra tillräckligt stöd för kommissionens slutsatser beträffande den franska marknaden. Sådana allmänna överväganden kan inte anses utgöra tillräckligt exakta och konsekventa bevis för att överträdelsen fortsatte i Frankrike efter 2004 års avtal.

373 Tribunalen konstaterar således att kommissionen i det angripna beslutet inte har anfört någon omständighet med stöd av vilken det går att dra slutsatsen att den aktuella överträdelsen fortsatte på den franska marknaden efter 2004 års avtal. Vid förhandlingen medgav kommissionen i övrigt att den beträffande situationen på den franska marknaden inte förfogade över bevis som motsvarade dem som rörde situationen på den tyska marknaden.

374 Med hänsyn till att det i artikel 1 i det angripna beslutet görs en åtskillnad mellan överträdelsens varaktighet på den tyska marknaden och dess varaktighet på den franska marknaden, är kommissionen även skyldig att underbygga sin slutsats beträffande den sistnämnda marknaden. Eftersom kommissionen i artikel 1 fastställde att överträdelsen pågick under olika lång tid på den tyska marknaden och den franska marknaden, är kommissionen med andra ord skyldig att förebringa den bevisning som är nödvändig för att styrka att det förelåg en överträdelse på dessa båda marknader under de båda anförda tidsperioderna. Bevisbördan för att överträdelsen ägt rum, och därmed för dess varaktighet, åligger nämligen kommissionen (se domen i de ovan i punkt 70 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 341 och där angiven rättspraxis).

375 Dessa överväganden påverkas inte av det förhållandet att överträdelsen utgör en enda, fortlöpande överträdelse. Denna omständighet, som avser karaktären på den konstaterade överträdelsen, saknar nämligen betydelse för det förhållandet att kommissionen – med hänsyn till att den avsiktligt i artikeldelen i det angripna beslutet angav en separat varaktighet för överträdelsen på den franska marknaden respektive på den tyska marknaden – var skyldig att styrka de tidsperioder som angetts.

376 Tribunalen godtar inte heller kommissionens argument att det inte föreligger någon omständighet som visar att den aktuella överträdelsen hade upphört i förtid såvitt avser enbart den franska marknaden, eftersom den bevisbörda som åligger kommissionen inte kan anses ha fullgjorts enbart genom konstaterandet att det inte finns något som pekar på att nämnda överträdelse, trots 2004 års avtal, inte har upphört.

377 När det i övrigt gäller kommissionens påstående att ett upphörande i förtid står i strid med avtalet om uppdelning av marknader eller inte framstår som logiskt, påpekar tribunalen endast att ett sådant påstående inte kan styrka att den aktuella överträdelsen fortsatte på båda de berörda marknaderna. Dessutom står detta påstående, såsom sökanden har påpekat, i strid med kommissionens eget konstaterande att den aktuella överträdelsen inte inleddes vid samma tidpunkt. Kommissionen har hävdat att denna asymmetri avseende överträdelsens inledande endast förklaras av att det aktuella avtalet inte kunde ha någon verkan på den franska marknaden så länge den var stängd för konkurrens och att den asymmetri som föreligger avseende tidpunkten för överträdelsens upphörande utgör en fråga rörande de faktiska omständigheterna. Tribunalen finner inte denna argumentation övertygande. I övrigt är kommissionens påstående att de aktuella företagen fortsatte att iaktta följeskrivelserna efter 2004 års avtal, såväl i Tyskland som i Frankrike, på intet sätt styrkt såvitt avser sistnämnda land.

378 Av detta följer att kommissionen inte har styrkt att den aktuella överträdelsen fortsatte i Frankrike under perioden 13 augusti 2004–30 september 2005.

379 Tribunalen ogiltigförklarar således artikel 1 i det angripna beslutet i den del det konstateras att överträdelsen pågick i Frankrike under denna period.

B – *Yrkandena om undanröjande eller nedsättning av böterna*

1. *Yrkandet om undanröjande av böterna*

380 Till stöd för sitt yrkande om undanröjande av böterna har sökanden anfört en enda grund, i vilken det görs gällande ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om förbud mot retroaktiv bestraffning.

381 Sökanden har i huvudsak gjort gällande att kommissionen åsidosatte likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om förbud mot retroaktiv bestraffning genom att påföra sökanden böter, trots att kommissionen inte gjort det i tidigare liknande ärenden.

382 Tribunalen framhåller att syftet med artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 är att kommissionen ska ges befogenhet att ålägga böter för att den ska kunna fullgöra sin kontrolluppgift enligt unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 288 nämnda förenade målen Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 105, och förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-224/00, Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, REG 2003, s. II-2597, punkt 105). I denna uppgift ingår såväl undersökning och bestraffning av enskilda överträdelser som plikten att föra en allmän politik som syftar till att på konkurrensområdet tillämpa de principer som fastställts i fördraget och påverka företagens beteende i denna riktning. Av detta följer att kommissionen ska se till att böterna har en avskräckande verkan (tribunalens dom av den 28 april 2010 i de förenade målen T-456/05 och T-457/05, Gütermann och Zwicky mot kommissionen, REU 2010, s. II-1443, punkt 79).

383 I förevarande fall gjorde kommissionen i skäl 320 i det angripna beslutet bedömningen att ett påförande av böter inte innebar ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen. Enligt kommissionen skilde sig de omständigheter som låg till grund för de tidigare besluten som nämnts av de aktuella företagen under det administrativa förfarandet från omständigheterna i förevarande fall. Det förelåg således inte någon jämförbar situation som behandlats olika. Kommissionen beaktade härvid i skäl 321 i det angripna beslutet karaktären på den aktuella överträdelsen samt i skäl 322 i detta beslut överträdelsens sammanhang, dess omfattning och dess varaktighet. Kommissionen tillbakavisade slutligen argumenten att de aktuella företagen hade berättigade förväntningar på att kommissionen inte skulle påföra böter på grund av att dessa företag, före besluten i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL, inte hade kännedom om att de gjorde sig skyldiga till en överträdelse eller på grund av att några böter inte påfördes i det första beslutet (se skälen 323–325 i det angripna beslutet).

384 Det är mot bakgrund av dessa omständigheter som tribunalen ska pröva de anmärkningar som sökanden har gjort gällande i förevarande grund.

385 När det gäller anmärkningen om ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen erinrar tribunalen om att enligt fast rättspraxis utgör kommissionens tidigare beslutspraxis inte i sig den rättsliga ramen för påförande av böter på konkurrensområdet, eftersom det endast är i förordning nr 1/2003 och i riktlinjerna som denna rättsliga ram definieras (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i mål T-203/01, Michelin mot kommissionen, REG 2003, s. II-4071, punkt 254 och där angiven rättspraxis). Beslut i andra ärenden är således enbart vägledande vid fastställande av om det förekommer diskriminering, eftersom det är föga troligt att omständigheterna i dessa ärenden, såsom marknader, produkter, företag och aktuella perioder, är identiska (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 7 juni 2007 i mål C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals mot kommissionen, REG 2007, s. I-4405, punkt 60).

386 Inte desto mindre måste kommissionen, liksom varje institution i all sin verksamhet, iaktta likabehandlingsprincipen, som innebär att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling, när den ålägger ett företag böter på grund av överträdelse av konkurrensreglerna (se förstainstansrättens dom av den 13 januari 2004 i mål T-67/01, JCB Service mot kommissionen, REG 2004, s. II-49, punkt 187 och där angiven rättspraxis).

387 Kommissionens tidigare beslut angående böter kan emellertid endast vara relevanta med avseende på iakttagandet av principen om likabehandling om det visas att de faktiska omständigheterna i de ärenden som dessa tidigare beslut gäller, nämligen marknaderna, produkterna, länderna, företagen och de berörda tidsperioderna är jämförbara med dem i förevarande mål (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-59/02, Archer Daniels Midland mot kommissionen, REG 2006, s. II-3627, punkt 316 och där angiven rättspraxis).

388 I förevarande fall framgår det nedan av punkterna 389–396 att de faktiska omständigheterna i de ärenden som ligger till grund för de tidigare beslut som åberopats av sökanden inte är jämförbara med omständigheterna i förevarande mål, vilket innebär att dessa beslut enligt den rättspraxis som nämns ovan i punkt 387 inte är relevanta med avseende på iakttagandet av principen om likabehandling.

389 I ärendena Sonatrach, E.ON/Gazprom, OMV/Gazprom, ENI/Gazprom och NLNG påfördes nämligen inga böter på grund av att kommissionen avslutade dessa ärenden, bland annat med hänsyn till de förpliktelser som ingåtts av de berörda företagen, utan att anta något formellt beslut i vilket en överträdelse konstateras. I förevarande fall är situationen annorlunda, eftersom kommissionen avslutade förfarandet genom ett beslut i vilket en överträdelse av artikel 81 EG konstateras.

390 Vidare skiljer sig situationen i förevarande mål, tvärtemot vad sökanden har hävdat, från situationen i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL.

391 För det första kan det förhållandet att de berörda beteendena ägde rum inom gassektorn under motsvarande period, vilken kännetecknas av avreglering och således en omfattande utveckling inom sektorn, i sig inte styrka att omständigheterna i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL är jämförbara med omständigheterna i förevarande fall.

392 Vidare beaktade kommissionen i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL det förhållandet att det rörde sig om det första beslutet angående geografiska begränsningar inom gassektorn. Detta är emellertid inte längre aktuellt i förevarande fall.

393 Dessutom skiljer sig de berörda begränsningarna åt vad gäller deras karaktär. De begränsningar som behandlades i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL utgjorde vertikala begränsningar, eftersom de följde dels av ett transitavtal, dels av ett avtal som kunde anses utgöra ett överföringsavtal eller ett avtal om köp och försäljning. Det framkom vidare av kommissionens granskning i dessa ärenden beträffande tillämpligheten av artikel 81.3 EG, att kommissionen själv ansåg att begränsningarna utgjorde vertikala begränsningar. Detta stämmer emellertid inte i förevarande fall, där det är fråga om en horisontell begränsning, eftersom den följer av ett avtal mellan två leverantörer angående användningen av en gasledning och avser deras respektive möjligheter att sälja gas på varandras respektive marknad. Det förhållandet att kommissionen konstaterade att en eventuell rättslig kvalifikation av det avtal som var aktuellt i ärendet GDF/ENEL som ett service- eller transportavtal inte hindrar att klausulen ”för bruk av gasen i Italien” anses utgöra en begränsning av återförsäljningsrätten, kan inte påverka det faktum att det är fråga om begränsningar av olika art. Detta konstaterande rör nämligen begränsningarnas verkningar och inte deras art. Såsom kommissionen har påpekat skiljer sig dessutom ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL från förevarande fall på så sätt att dessa ärenden rörde en avtalsbestämmelse som ensidigt begränsade det territorium inom vilket ENI och ENEL kunde använda den gas som omfattades av avtalet, medan detta inte gällde i förevarande fall där begränsningen avser de aktuella företagens respektive territorier. Tribunalen påpekar härvid att sökanden inte angett i vilken utsträckning denna skillnad saknar relevans, samt att sökandens argument angående följeskrivelsernas assymetriska karaktär redan har underkänts.

394 Tvärtemot vad som skedde i förevarande fall, fastställdes inte någon konkurrensbegränsande samverkan i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL. Relevansen av denna skillnad påverkas inte av det av sökanden åberopade förhållandet att det följer av det angripna beslutet att begreppen avtal och samordnade förfaranden inte utgör tydligt avgränsade begrepp utan begrepp som kan överlappa varandra, och att det därför inte är nödvändigt att exakt särskilja dessa. Det förhållandet att det inte är nödvändigt att särskilja dessa typer av överträdelser kan nämligen inte påverka den omständigheten att båda typer av överträdelser konstaterades i förevarande fall, medan så inte var fallet i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL. När det gäller sökandens argument om att mötena och utbytet av uppgifter mellan de aktuella företagen under perioden 1999–2005 inte kunde läggas till grund för fastställandet av en, från följeskrivelserna fristående, självständig överträdelse i form av utbyte av känsliga uppgifter, har tribunalen redan ovan i punkterna 243–258 underkänt detta argument.

395 Oberoende av den konstaterade felaktigheten när det gäller tidpunkten för inledandet av överträdelsen i Tyskland och felaktigheten när det gäller tidpunkten för överträdelsens upphörande i Frankrike, framhåller tribunalen att överträdelsen i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL begicks under en relativt kort period, nämligen under två år, medan det inte förhöll sig så i förevarande fall, där överträdelsen pågick minst sju år i Tyskland och fyra år i Frankrike. Tribunalen godtar således inte heller sökandens argument som syftar till att ifrågasätta denna skillnad.

396 Av det ovanstående följer att tribunalen inte godtar anmärkningen om ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

397 Tribunalen godtar inte heller anmärkningen om ett åsidosättande av principen om förbud mot retroaktiv bestraffning, eftersom sökanden i detta sammanhang inte har anfört något självständigt argument i förhållande till de argument som anförts till stöd för anmärkningen om ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen. Under alla omständigheter kan tribunalen inte godta denna anmärkning, eftersom varje företag som omfattas av ett administrativt förfarande som kan utmynna i böter måste räkna med att kommissionen när som helst kan besluta att höja bötesnivån i förhållande till den nivå som tidigare tillämpats (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri

m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkt 229), och det förhållandet att kommissionen, som ett led i en ny konkurrenspolitik, när som helst kan komma att besluta att göra förändringar i den allmänna bötesnivån är således något som de berörda företagen rimligen bör räkna med. Denna bedömning påverkas inte av uppgiften, vilken åberopats av sökanden och vilken återfinns i pressmeddelandet rörande besluten i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL, att kommissionen inte kommer att fatta lika milda beslut för det fall den efter antagandet av dessa beslut skulle finna begränsningar av samma slag i andra avtal om gasleveranser. Det går nämligen inte att i avsaknad av en uttrycklig uppgift, vare sig i nämnda pressmeddelande eller i nämnda beslut, att sluta sig till att kommissionen inte hade för avsikt att bestraffa överträdelser som inletts före dessa beslut. I övrigt har det redan fastställts att situationen i förevarande fall skiljde sig från den situation som var aktuell i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL (se ovan punkterna 390–396). Sökanden har således felaktigt påstått att kommissionen i enlighet med likabehandlingsprincipen och principen om förbud mot retroaktiv bestraffning beaktade att en skärpning av dess sanktionspolitik under alla omständigheter kunde genomföras först för förfaranden som ägt rum efter dessa beslut.

398 När det slutligen gäller anmärkningen om ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen konstaterar tribunalen följande. Tribunalen underkänner, såsom irrelevant, sökandens argumentation om att kommissionen inte utan att åsidosätta proportionalitetsprincipen kan påföra böter för en överträdelse vars egenskaper i ett tidigare liknande ärende motiverade den motsatta bedömningen att en ekonomisk påföljd var oproportionerlig. Det förhållandet att kommissionen inte påförde ett företag som överträtt konkurrensreglerna böter kan i sig inte hindra att böter påförs ett företag som gjort sig skyldigt till en överträdelse av samma art (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 28 februari 2002 i mål T-86/95, Compagnie générale maritime m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-1011, punkt 487). För övrigt är omständigheterna i de ärenden som låg till grund för de beslut som åberopats av sökanden inte jämförbara med omständigheterna i förevarande fall (se ovan punkterna 389–396). Vidare godtar tribunalen inte sökandens påstående att kommissionen underförstått ansåg att det skulle strida mot denna princip att påföra ekonomiska påföljder för sådana beteenden som är aktuella i förevarande fall beträffande en tidsperiod då rättsläget ännu inte klarlagts. En sådan ståndpunkt från kommissionen går nämligen inte att härleda, vilket sökanden tycks hävda, från den omständigheten att kommissionen i ett pressmeddelande rörande ärendet GDF/ENEL angav att den önskade klarlägga rättsläget till förmån inte bara för de aktuella företagen i dessa ärenden utan för samtliga företag som är verksamma i denna sektor. En sådan omständighet rörande behovet av att klargöra rättsläget angavs nämligen av kommissionen i pressmeddelandet enbart för att motivera det förhållandet att kommissionen hade ett intresse av att anta ett formellt beslut beträffande en tidigare överträdelse som redan upphört. En sådan omständighet är däremot inte relevant i samband med fastställandet av böter i förevarande fall. Detsamma gäller kommissionens konstaterande i besluten i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL, att det var nödvändigt att undvika att företagen i denna sektor felaktigt anser eller fortsätter att anse att de förfaranden som uppmärksammats i de fallen är förenliga med unionsrätten. Tribunalen godtar således inte heller anmärkningen om ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen.

399 Slutligen föreligger inte heller något annat skäl som motiverar att tribunalen ändrar det angripna beslutet såvitt avser bötesbeloppet med hänsyn till likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om förbud mot retroaktiv bestraffning.

400 Av det ovanstående följer att talan inte kan bifallas på den enda grund som anförts till stöd för yrkandet om ett undanröjande av böterna.

401 Tribunalen finner i övrigt att det inte föreligger något skäl som har samband med omständigheter som omfattas av tvingande rätt och som tribunalen är skyldig att behandla *ex officio* (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 8 december 2011 i mål C-389/10 P, KME Germany m.fl. mot kommissionen, REU 2011, s. I-12789, punkt 131) som motiverar att tribunalen utövar sin behörighet att ändra beslutet för att undanröja böterna.

2. *Yrkandet om en nedsättning av bötesbeloppet*

402 Till stöd för sitt yrkande om en nedsättning av bötesbeloppet har sökanden – efter att i samband med repliken till viss del ha återkallat vissa grunder – anfört fem grunder. För det första att den påstådda överträdelsen avseende den franska gasmarknaden inte hade styrkts och att det angripna beslutet innehåller en bristande motivering i detta avseende. För det andra en oriktig bedömning när det gäller överträdelsens varaktighet. För det tredje en oriktig bedömning när det gäller överträdelsens allvar. För det fjärde en oriktig bedömning rörande behovet av att tillämpa ett tillägg på 15 procent. För det femte en oriktig bedömning av de förmildrande omständigheterna.

a) Den första grunden: Huruvida den påstådda överträdelsen avseende den franska gasmarknaden inte hade styrkts och det angripna beslutet innehåller en bristande motivering i denna del

403 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte hade styrkt den påstådda överträdelsen avseende den franska gasmarknaden och att det angripna beslutet innehåller en bristande motivering i denna del. Det bötesbelopp som påförts sökanden ska därför nedsättas i en omfattning som motsvarar sökandens försäljning i Frankrike.

404 Tribunalen påpekar endast att sökandens argument angående styrkandet av en överträdelse rörande den franska gasmarknaden och motiveringen av det angripna beslutet i denna del redan har underkänts i samband med den tredje grunden som anförts till stöd för yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet. Förevarande grund har inte någon självständig innebörd i förhållande till dessa argument.

405 I övrigt finner inte tribunalen något annat skäl som motiverar att tribunalen utövar sin behörighet att ändra beslutet avseende bötesbeloppet med hänsyn till förekomsten av en överträdelse på den franska marknaden.

406 Talan kan följaktligen inte bifallas på den första grunden.

b) Den andra grunden: Huruvida kommissionen gjorde en oriktig bedömning av överträdelsens varaktighet

407 I förevarande grund har sökanden gjort gällande att kommissionen gjorde en oriktig bedömning av överträdelsens varaktighet. Enligt sökanden förelåg det inte någon överträdelse före augusti 2000 i Tyskland och januari 2003 i Frankrike. Vidare förelåg det inte heller någon överträdelse efter augusti 2004 i vare sig Frankrike eller Tyskland eller, alternativt, efter augusti 2004 i Frankrike. Sökanden anser att varaktigheten och värdet på försäljningen därför ska minskas i förhållande till den påstådda överträdelsen och att bötesbeloppet ska nedsättas i motsvarande mån.

408 Tribunalen erinrar om att det framgår av prövningen av den tredje delen av den fjärde grunden som anförts till stöd för yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet att kommissionen inte hade styrkt att den aktuella överträdelsen såvitt avser den franska gasmarknaden fortsatte efter den 10 augusti 2004, och fram till den 30 september 2005. Det är således lämpligt att tribunalen, med utövande av sin behörighet att ändra beslutet, nedsätter det bötesbelopp som påförts sökanden för att beakta överträdelsens varaktighet på denna marknad. De konkreta följderna av utövandet av denna befogenhet anges närmare nedan i punkterna 458–466.

409 Vidare har tribunalen redan i samband med prövningen av de grunder som har anförts till stöd för yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet underkänt sökandens argument som syftar till att visa att någon överträdelse inte kunde konstateras på den tyska marknaden före augusti 2000 och på den franska marknaden före januari 2003 samt att någon överträdelse inte kunde konstateras efter

augusti 2004 på den tyska marknaden. Talan kan därför inte vinna bifall på förevarande grund när det gäller nämnda argument, eftersom grunden i detta avseende inte har någon självständig innebörd i förhållande till dessa argument.

410 Slutligen godtar inte tribunalen sökandens argument att tribunalen med utövande av sin fulla prövningsrätt kan nedsätta det bötesbelopp som påförts sökanden på grund av att kommissionen inte visade varför det resonemang som ledde kommissionen till att inte beakta perioden före april 1998 för att beräkna bötesbeloppet beträffande den tyska marknaden (trots att överträdelsen hade inletts från och med den 1 januari 1980) inte kunde tillämpas för tidsperioden som avser slutet av april 1998 till och med augusti 2000, trots att det inte förelåg någon rätt för tredjeman att få tillgång till gasnätet under denna period. När det gäller perioden 1998–2000 angav kommissionen nämligen i skäl 372 i det angripna beslutet att den tyska lagstiftaren genom att den 24 april 1998 upphäva det undantag från konkurrensrätten som gällde avgränsningsavtalen slog fast att gassektorn skulle vara öppen för konkurrens från och med detta datum. I samband med prövningen av den första grunden som anförts till stöd för yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet har det i övrigt inte framkommit någon omständighet av vilken det framgår att kommissionens bedömning att det i Tyskland förelåg en potentiell konkurrens efter 1998 var felaktig.

411 Slutligen finner tribunalen att det inte finns något skäl som motiverar att tribunalen, utöver de konsekvenser som anges ovan i punkt 408, utövar sin behörighet att ändra beslutet, såsom sökanden har föreslagit, när det gäller bötesbeloppet med hänsyn till överträdelsens varaktighet.

412 Av det ovan anförda framgår att talan inte kan bifallas på denna grund, med undantag för den del som avser överträdelsens upphörande på den franska marknaden.

c) Den tredje grunden: Huruvida kommissionen gjorde en oriktig bedömning av överträdelsens allvar

413 I denna grund har sökanden gjort gällande att det angripna beslutet innehåller en felaktighet och ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen när det gäller fastställandet av överträdelsens allvar. Med hänsyn till överträdelsens art och att överträdelsen inte genomfördes och inte hade några följder, är den procentsats på försäljningsvärdet som kommissionen tillämpat för fastställandet av böternas grundbelopp, i förevarande fall 15 procent, alltför hög och bör nedsättas av tribunalen.

414 Tribunalen erinrar om att det följer av rättspraxis att bötesbeloppet ska fastställas i förhållande till omständigheterna vid överträdelsen och överträdelsens allvar. Vid fastställandet av bötesbeloppet ska överträdelsens allvar bedömas med hänsyn till bland annat konkurrensbegränsningarnas art (se förstainstansrättens dom av den 23 februari 1994 i de förenade målen T-39/92 och T-40/92, CB och Europay mot kommissionen, REG 1994, s. II-49, punkt 143 och där angiven rättspraxis).

415 Kommissionen kan således vid bedömningen av hur allvarliga ett företags överträdelser av konkurrensreglerna är, i syfte att fastställa ett proportionerligt bötesbelopp, ta hänsyn till att vissa överträdelser har pågått särskilt länge, att det är fråga om många och olikartade överträdelser som har rört alla eller nästan alla företagets varor och av vilka en del har påverkat alla medlemsstaterna, att överträdelserna har varit särskilt allvarliga och ingått i en överlagd samlad strategi som – genom olika förfaranden för att slå ut konkurrenterna och genom att binda kunderna till sig – har syftat till att på ett konstlat sätt upprätthålla eller förstärka företagets dominerande ställning på marknader där konkurrensen redan var begränsad, och slutligen till missbrukets särskilt skadliga inverkan på konkurrensen och den fördel som företaget har haft av sina överträdelser (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, punkterna 240 och 241; svensk specialutgåva, volym 16, s. 1).

416 Enligt punkterna 19 och 21 i 2006 års riktlinjer kommer grundbeloppet för böterna att vara knutet till en andel av försäljningsvärdet, som kan beaktas till högst 30 procent, och grundas på överträdelsens allvar multiplicerat med antalet år som företaget deltagit i överträdelsen. Enligt punkt 20 i nämnda riktlinjer ska överträdelsens allvar fastställas från fall till fall för varje typ av överträdelse med beaktande av alla relevanta omständigheter i ärendet.

417 För att fastställa överträdelsens allvar i förevarande fall, beaktade kommissionen, såsom framgår av skäl 364 i det angripna beslutet, bland annat det förhållandet att avtal om uppdelning av marknader på grund av sin art utgör det allvarligaste slaget av överträdelser enligt artikel 81 EG, det förhållandet att företagen i samband med regelbundna möten gemensamt införde ett hemligt institutionaliserat system för att begränsa konkurrensen i gassektorn, det förhållandet att avtalet och de samordnade förfarandena planerats, letts och uppmuntrats av den högsta ledningen i respektive företag och genomförts helt i dessa företags intresse till nackdel för deras kunder och i sista hand de slutliga konsumenterna, samt det förhållandet att överträdelsen omfattade gas som överfördes via MEGAL-ledningen till Frankrike och Tyskland och därmed berörde en väsentlig del av den gemensamma marknaden. I skäl 365 i det angripna beslutet kom kommissionen till slutsatsen att en andel på 15 procent av den försäljning som berördes av överträdelsen skulle fastställas med hänsyn till överträdelsens art.

418 Ingen av de omständigheter som sökanden har anfört kan påverka denna bedömning.

419 Prövningen av de grunder som anförts till stöd för yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet har nämligen inte kunnat påverka konstaterandet i skäl 2 i det angripna beslutet att de aktuella företagen deltagit i en enda, komplex och fortlöpande överträdelse av artikel 81 EG som innebar en begränsning av konkurrensen på deras respektive nationella marknad och som bland annat innefattade en uppdelning av marknader och ett utbyte av konfidentiella uppgifter angående leveranser av naturgas som överförs via MEGAL-ledningen. Tribunalen påpekar härvid att sökandens påståenden dels angående överträdelsens art och det förhållandet att följeskrivelserna inte utgjorde ett horisontellt avtal avseende en uppdelning av marknader, utan som mest kunde hänföras till en klausul rörande bestämningsorten, dels angående det förhållandet att mötena och övriga kontakter mellan de aktuella företagen – även vid en bedömning oberoende av följeskrivelserna – inte kunde ligga till grund för det allvarligaste slaget av konkurrensbegränsning, redan har underkänts i samband med prövningen av de grunder som anförts till stöd för yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet (se särskilt punkterna 243–258 och 341 ovan). I övrigt har sökandens rättstjänst i e-postmeddelandena av den 9 och 17 februari 2000 medgett att skrivelsen Direktion G kunde likställas med en omfattande ”marknadsuppdelning”, vilket visar att sökanden var fullt medveten om den konkurrensbegränsande karaktären på denna skrivelse.

420 En sådan uppenbar överträdelse av konkurrensrätten är till sin art synnerligen allvarlig. Den går emot unionens mest grundläggande mål och i synnerhet genomförandet av den inre marknaden (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 22 april 1993 i mål T-9/92, Peugeot mot kommissionen, REG 1993, s. II-493; svensk specialutgåva, volym 14, s. II-53, punkt 42). Detta bekräftas av punkt 23 i 2006 års riktlinjer där det anges att horisontella avtal om fastställande av priser, uppdelning av marknaden och produktionsbegränsningar, som i allmänhet är hemliga, hör till de mest allvarliga konkurrensbegränsningarna.

421 I punkt 23 i 2006 års riktlinjer anges även att konkurrenspolitiken innebär att sådana överträdelser ska bestraffas hårt. I regel kommer därför den andel av försäljningsvärdet som ska beaktas vid sådana överträdelser att bestämmas i den övre delen av skalan, vilken enligt punkt 21 i dessa riktlinjer ligger mellan 0 och 30 procent.

422 Mot denna bakgrund gjorde kommissionen en riktig bedömning när den i det angripna beslutet fastställde att en andel på 15 procent av den berörda försäljningen skulle tillämpas med hänsyn till överträdelsens art.

423 Tribunalen godtar inte heller sökandens argument angående genomförandet av överträdelsen och dess verkningar, eftersom kommissionen i enlighet med punkt 23 i 2006 års riktlinjer kunde fastställa ett belopp enbart med beaktande av kriteriet överträdelsens art. När det gäller genomförandet framgår det under alla omständigheter av skäl 228 i det angripna beslutet att de aktuella företagen under årens lopp genomfört det aktuella avtalet samt ett samordnat förfarande, vilket inte har kunnat ifrågasättas i samband

med prövningen av yrkandet om ogiltigförklaring av detta beslut. När det sedan gäller verkningarna av överträdelsen på marknaden, ansåg kommissionen i samma skäl att eftersom avtalet och det samordnade förfarandet hade genomförts, kunde det presumeras att dessa förbjudna arrangemang haft konkreta konkurrensbegränsande verkningar på marknaden på så sätt att överträdelsen förstärkte de monopol som existerade före avregleringen och fördröjde verkan av densamma.

424 Slutligen föreligger inte någon annan omständighet som motiverar att tribunalen utövar sin behörighet att ändra beslutet när det gäller bötesbeloppet med hänsyn till överträdelsens allvar.

425 Talan kan följaktligen inte bifallas på den tredje grunden.

d) Den fjärde grunden: Huruvida kommissionen gjorde en oriktig bedömning av behovet att tillämpa ett tillägg på 15 procent

426 I förevarande grund har sökanden hävdat att kommissionen inte fick fastställa ett tillägg på 15 procent på grundval av att avtalen om uppdelning av marknader på grund av sin art generellt motiverade ett tillägg på minst 15 procent.

427 När det gäller beräkningen av bötesbeloppet erinrar tribunalen om att det i punkt 25 i 2006 års riktlinjer föreskrivs att kommissionen, oavsett varaktigheten av ett företags överträdelse, får höja grundbeloppet med ett belopp på mellan 15 och 25 procent av försäljningsvärdet för att avskräcka företagen från att delta i horisontella avtal om fastställande av priser, uppdelning av marknaden och produktionsbegränsningar. Kommissionen kan lägga till ett sådant belopp även vid andra typer av överträdelser.

428 När kommissionen fastställer hur stor andel av försäljningsvärdet som ska beaktas i ett enskilt ärende anges i denna punkt att kommissionen tar hänsyn till en rad faktorer, särskilt de som anges i punkt 22 i dessa riktlinjer, nämligen överträdelsens art, de berörda parternas sammanlagda marknadsandel, överträdelsens geografiska omfattning och om överträdelsen har genomförts eller ej.

429 I förevarande fall angav kommissionen att avtalen om uppdelning av marknader på grund av sin art generellt motiverade ett tillägg på minst 15 procent och att det i detta fall var nödvändigt att tillämpa ett tillägg på över 15 procent. Tribunalen delar denna bedömning.

430 Såsom tribunalen redan har fastställt hade kommissionen nämligen gjort den riktiga bedömningen att de nämnda beteendena utgjorde ett horisontellt avtal om uppdelning av marknaden (se bland annat ovan punkt 419). Dessa beteenden utgjorde inte en klausul om territoriell begränsning, som, såsom sökanden hävdade, först sedan kort tid tillbaka ansågs vara rättsstridig (se bland annat ovan punkterna 341 och 393). För denna typ av överträdelse föreskrivs emellertid i 2006 års riktlinjer att grundbeloppet får höjas med ett belopp på mellan 15 och 25 procent av försäljningsvärdet. Mot denna bakgrund kunde kommissionen utan att göra någon uppenbart oriktig bedömning fastställa ett tillägg på 15 procent.

431 Även om det antas att den aktuella överträdelsen inte har horisontell karaktär, konstaterar tribunalen under alla omständigheter att kommissionen enligt punkt 25 i 2006 års riktlinjer får göra ett tillägg även vid andra typer av överträdelser.

432 Tribunalen godtar inte sökandens argument att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen att tillåta ett sådant tillägg, samtidigt som andra jämförbara ärenden avslutats utan att något formellt beslut antogs. I motsats till vad som gäller i förevarande fall, konstaterade kommissionen inte någon överträdelse i de ärenden som åberopats av sökanden. Kommissionen kunde således inte påföra någon sanktion och tillämpa något tillägg. Dessutom rörde de ärenden som åberopats av sökanden, vilket tribunalen påpekat ovan i punkt 389, vertikala begränsningar och inte horisontella begränsningar såsom i förevarande fall.

433 Slutligen finner tribunalen inte att det föreligger något annat skäl som motiverar att den utövar sin behörighet att ändra beslutet avseende bötesbeloppet vad gäller det tillägg som tillämpats.

434 Av det ovan anförda följer att talan inte kan bifallas på den fjärde grunden.

e) Den femte grunden: Huruvida kommissionen gjorde en oriktig bedömning av de förmildrande omständigheterna

435 I denna grund har sökanden hävdat att kommissionen gjorde en oriktig bedömning genom att inte anse att det förelåg några förmildrande omständigheter för sökanden genom att sökanden i begränsad utsträckning deltagit i den aktuella överträdelsen och att dess beteende godkänts eller uppmuntrats av myndigheterna eller lagstiftningen.

436 Enligt punkt 29 i 2006 års riktlinjer kan grundbeloppet sänkas, bland annat när det konkurrensbegränsande beteendet har godkänts eller uppmuntrats av myndigheterna eller lagstiftningen, eller det berörda företaget kan visa att dess deltagande i överträdelsen var mycket begränsat, eftersom företaget under den tid då det var bundet av de otillåtna avtalen i realiteten undvek att tillämpa dem genom att bete sig på ett konkurrensinriktat sätt på marknaden.

437 När det gäller den förmildrande omständigheten att sökanden i begränsad omfattning deltagit i den aktuella överträdelsen ansåg kommissionen i skäl 383 i det angripna beslutet att de aktuella företagens påstående att avtalet om uppdelning av marknader och de samordnade förfarandena inte hade genomförts hade motbevisats.

438 Sökanden har emellertid invänt att kommissionen underlät att beakta de omständigheter som visar att sökanden hade antagit ett konkurrensinriktat beteende.

439 För att det i förevarande fall ska anses föreligga förmildrande omständigheter på grund av ett begränsat deltagande i den aktuella överträdelsen, måste sökanden beträffande den tid då företaget var bundet av de otillåtna avtalen, visa att det i realiteten undvek att tillämpa dem genom att bete sig på ett konkurrensinriktat sätt på marknaden eller åtminstone att det på ett så tydligt och omfattande sätt har åsidosatt sina skyldigheter att genomföra denna konkurrensbegränsande samverkan att dess själva funktion rubbades (förstainstansrättens dom av den 15 mars 2006 i mål T-26/02, Daiichi Pharmaceutical mot kommissionen, REG 2006, s. II-713, punkt 113). Med andra ord måste sökanden visa att företaget inte tillämpade de omtvistade avtalen genom att anta ett beteende på marknaden som var ägnat att motverka de konkurrensbegränsande verkningarna av den konstaterade överträdelsen (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 26 april 2007 i de förenade målen T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 och T-136/02, Bolloré m.fl. mot kommissionen, REG 2007, s. II-947, punkt 629).

440 Tribunalen konstaterar att sökanden inte kan anses ha visat ett sådant beteende med stöd av de omständigheter som åberopats.

441 Ett företag som, trots samverkan med sina konkurrenter, för en mer eller mindre oberoende politik på marknaden kan nämligen helt enkelt försöka att utnyttja den konkurrensbegränsande samverkan för egen vinning (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-308/94, Cascades mot kommissionen, REG 1998, s. II-925, punkt 230). Mot denna bakgrund kan det förhållandet att kommissionen medgav att sökanden försökte kringgå den aktuella begränsningen inte styrka ett beteende på marknaden som är ägnat att motverka de konkurrensbegränsande verkningarna av den konstaterade överträdelsen. Tribunalen godtar således inte sökandens argument att kommissionen motsäger sig själv genom att medge att sökanden försökte kringgå den aktuella begränsningen.

442 Vidare kan inte någon av de omständigheter som åberopats av sökanden styrka ett mycket begränsat deltagande i den aktuella överträdelsen eller förekomsten av ett beteende på marknaden som är ägnat att motverka de konkurrensbegränsande verkningarna av nämnda överträdelse. I synnerhet kan detta

inte styrkas genom sökandens försäljning av gas från MEGAL-ledningen. Detta gäller särskilt med hänsyn till försäljningarnas karaktär, vilken tribunalen erinrat om ovan i punkterna 194 och 333, särskilt det förhållandet att försäljningen inleddes först i oktober 2004, att volymen var begränsad och det förhållandet att den inte motsvarade väsentligt högre volymer än de som förvärvats inom ramen för avyttringsprogrammet. Det förhållandet att sökanden självmant deltog i avyttringsprogrammet saknar betydelse för dessa överväganden, vilket framgår ovan av punkt 335. Detsamma gäller det förhållandet att förekomsten av anbud, förvärvsverksamhet eller förfrågningar om tillgång till gasnätet i sig inte visar att det förelåg ett konkurrensinriktat beteende, eftersom denna verksamhet inte ledde till någon betydande försäljning av gas från MEGAL-ledningen, särskilt inte utöver de gasvolymer som förvärvats inom ramen för avyttringsprogrammet. För övrigt, [*konfidentiellt*], vilket tillbakavisades av sökandens interna anteckning från april 2005, i vilken sökanden själv medgav att det var fråga om att sätta uppfattningen om [*konfidentiellt*] i sitt sammanhang i förhållande till sökandens andel på den tyska marknaden. Såsom tribunalen redan har påpekat, framgår det slutligen av de skriftliga handlingarna i målet bland annat att sökanden hade för avsikt att tillsammans med E.ON undersöka lösningar för en sansad konkurrens och att sökanden befarade att den ryska gasen skulle hamna i fel händer och att ytterligare konkurrens skulle utvecklas längs MEGAL-ledningen. Detta motsäger att sökanden deltog i begränsad omfattning i den konkurrensbegränsande samverkan. Dessutom finns det inte någon omständighet som visar att den konkurrensbegränsande samverkans funktion rubbats av sökandens ageranden.

443 Tribunalen finner att sökanden felaktigt påstått att kommissionen omkastat bevisbördan. Eftersom kommissionen har bevisat förekomsten av den aktuella överträdelsen, ålåg det sökanden, i enlighet med punkt 29 i 2006 års riktlinjer, att visa att den deltog i överträdelsen i mycket begränsad omfattning och följaktligen att sökanden beträffande den tid då den var bunden av de otillåtna avtalen, i realiteten undvek att tillämpa dem genom att bete sig på ett konkurrensinriktat sätt på marknaden. Tribunalen godtar inte sökandens argument att sökanden måste visa att dess beteende var ägnat att motverka verkningarna av den konkurrensbegränsande samverkan på marknaden, trots att kommissionen inte har visat att det förelåg några sådana verkningar. Även om kommissionen inte var skyldig att visa några sådana verkningar av den aktuella överträdelsen, vilket kommissionen dock enligt rättspraxis har rätt att göra, ansåg kommissionen inte desto mindre att den hade bevisat att de konkurrensbegränsande avtalen och det samordnade förfarandet hade genomförts under lång tid, och att det därför kunde presumeras att dessa förbjudna arrangemang haft konkreta konkurrensbegränsande verkningar på marknaden på så sätt att överträdelsen förstärkte de monopol som existerade före avregleringen och fördröjde verkan av densamma.

444 När det gäller den förmildrande omständigheten att det konkurrensbegränsande beteendet hade godkänts eller uppmuntrats av myndigheterna eller lagstiftningen, ansåg kommissionen i skäl 384 i det angripna beslutet att någon sådan omständighet inte förelåg för tidsperioden efter inledandet av avregleringen, eftersom unionsmyndigheterna och medlemsstaterna genom att anta och genomföra det första gasdirektivet hade för avsikt att konkurrensutsätta gasmarknaden. Kommissionen uppgav vidare att även om de franska myndigheterna inte hade iakttagit fristen för genomförande av detta direktiv, hindrade myndigheterna inte gasleveranser från nya konkurrenter till berättigade kunder från och med den 10 augusti 2000. Det fanns således inte någon anledning att se detta som en åtgärd från de franska myndigheterna som innebar att ett rättsstridigt avtal om uppdelning av marknader godkändes eller uppmuntrades. I skäl 385 i det angripna beslutet preciserade kommissionen att om påståendet att myndigheterna hade godkänt eller uppmuntrat överträdelsen för hela perioden före antagandet av första gasdirektivet skulle anses berättigat, hade detta påstående under alla omständigheter redan beaktats på ett korrekt sätt, eftersom den överträdelseperiod som beaktats för beräkningen av böterna började först i april 1998 för Tyskland och den 10 augusti 2000 för Frankrike.

445 Sökanden har härvid invänt att kommissionen borde ha medgett att sökandens beteende hade godkänts eller uppmuntrats av myndigheterna eller lagstiftningen.

446 När det gäller sökandens påstående att den tyska och den franska lagstiftningen fram till och med det faktiska genomförandet av första gasdirektivet godkände en avskärmning av gasmarknaderna, erinrar tribunalen om att såvitt avser Tyskland fanns det inget hinder för en potentiell konkurrens enligt den tillämpliga lagstiftningen efter den 24 april 1998, vilket framgår av prövningen av den första grunden till stöd för yrkandet om ogiltigförklaring av det angripna beslutet.

447 När det gäller Frankrike framgår det ovan av punkterna 312–323 att den franska lagstiftningen från och med den 10 augusti 2000 inte längre godkände eller uppmuntrade en avskärmning av marknaden, utan att de bestämmelser som antogs i Frankrike tvärtom bidrog till (visserligen i begränsad omfattning) att öppna upp marknaden från och med detta datum. Tribunalen påpekar härvid, tvärtemot vad sökanden har påstått, att det förhållandet att kommissionen beaktade den omständigheten att de franska myndigheterna inte hindrade gasleveranser till kunder från nya konkurrenter inte innebär att den aktuella förmildrande omständigheten endast kan anses föreligga när den konkurrensbegränsande situationen föreskrivs (och inte endast tillåts) i nationell lagstiftning. I själva verket visar detta att de franska myndigheterna inte längre tänkte låta avskärmningen av den franska marknaden bestå, och således inte längre tänkte godkänna denna.

448 Tribunalen påpekar vidare att sökanden i egenskap av offentligt företag under alla omständigheter från och med den 10 augusti 2000 inte kunde åberopa situationen i Frankrike, eftersom sökanden utgör ett sådant rättssubjekt mot vilket bestämmelserna i ett direktiv som kan ha direkt effekt kan åberopas, såsom framgår av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 314. Tvärtemot vad sökanden har påstått, syftar denna rättspraxis inte till att frånta sökanden möjligheten att i egenskap av offentligt företag åberopa den aktuella förmildrande omständigheten, utan visar att sökanden i denna egenskap inte fick anta ett beteende i strid med direktivets syfte, och således att den franska lagstiftningen varken godkände eller uppmuntrade det beteende som är i fråga i förevarande fall.

449 När det gäller talan om fördragsbrott som kommissionen väckte mot Republiken Frankrike i målen C-159/94 och C-259/01, går det inte att mot bakgrund av talan i dessa mål hävda att kommissionen sade emot sig själv genom att anse att det inte förelåg någon förmildrande omständighet beträffande sökanden i förevarande fall. Det går nämligen inte att härav dra slutsatsen att den franska lagstiftningen godkände eller uppmuntrade det avtal som är aktuellt i förevarande fall, utan möjligen att kommissionen ansåg att de franska myndigheterna dels inte hade uppfyllt de skyldigheter som ålåg dem enligt artiklarna 30, 34 och 37 i EG-fördraget genom att införa exklusiva import- och exporträttigheter för gas och elektricitet, såsom var fallet vid det första målet, dels inte hade uppfyllt de skyldigheter som åligger dem enligt första gasdirektivet genom att inte på ett korrekt sätt genomföra detta direktiv, såsom var fallet i det andra målet. För övrigt kunde talan i mål C-159/94 inte bifallas. Slutligen går det inte att av kommissionens konstaterande att den tyska lagstiftningen inte tillät en verklig konkurrens från nya utländska aktörer, dra slutsatsen att denna lagstiftning godkände eller uppmuntrade ett konkurrensbegränsande beteende.

450 Mot denna bakgrund konstaterar tribunalen att det aktuella konkurrensbegränsande beteendet inte har godkänts eller uppmuntrats av myndigheter eller lagstiftning.

451 När det gäller det förhållandet att gassektorn befann sig i ett avregleringsskede under överträdelseperioden och att det förelåg osäkerhet beträffande vilka regler som var tillämpliga, påpekar tribunalen endast att detta inte alls är tillräckligt för att fastställa att det konkurrensbegränsande beteendet hade godkänts eller uppmuntrats av myndigheter eller lagstiftning. Även om de tyska och de franska myndigheterna inte endast före utan även efter avregleringen i stor utsträckning lät marknadsaktörerna sväva i ovisshet beträffande huruvida deras beteende var rättsenligt, kan en sådan omständighet inte styrka att myndigheterna hade godkänt eller uppmuntrat de i förevarande fall aktuella beteendena. Sökanden har således felaktigt påstått att ett sådant konstaterande bör leda till att lagstiftningens inverkan beaktas såsom en förmildrande omständighet vid beräkningen av böterna.

452 Även om det dessutom antas att sökanden genom sin argumentation har velat göra gällande att sökanden, mot bakgrund av avregleringen och den osäkerhet som förelåg till följd av denna, gjorde sig skyldig till överträdelsen på grund av försummelse, är det tillräckligt att påpeka att det tydligt framgår av e-postmeddelandena från sökandens rättstjänst av den 9 och 17 februari 2000 att sökanden var medveten om den rättsstridiga karaktären på åtminstone skrivelsen Direktion G.

453 Slutligen godtar tribunalen inte sökandens argument som grundar sig på beslut av den 20 oktober 2004 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/C.38.238/B.2 – Råtobak – Spanien). Kommissionen är nämligen inte bunden av sina tidigare bedömningar (se domstolens dom av den 24 september 2009 i de förenade målen C-125/07 P, C-133/07 P och C-135/07 P, Erste Group Bank m.fl. mot kommissionen, REG 2009, s. I-8681, punkt 123 och där angiven rättspraxis), och situationen för spanska tobaksproducenter kan under alla omständigheter inte jämföras med situationen för företag av den storlek som är aktuella i förevarande fall. Dessa företag utgör nämligen några av de främsta aktörerna på den europeiska gasmarknaden och de befann sig i en oligopolställning vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna.

454 Mot denna bakgrund finns det inte någon omständighet som stöder påståendet att kommissionen gjorde en oriktig bedömning genom att anse att det inte förelåg förmildrande omständigheter.

455 Det föreligger inte heller någon annan omständighet som motiverar att tribunalen utövar sin behörighet att ändra beslutet när det gäller bötesbeloppet med hänsyn till förmildrande omständigheter.

456 Talan kan således inte bifallas på den femte grunden. Talan kan följaktligen inte bifallas på någon av de grunder som åberopats till stöd för yrkandet om nedsättning av böterna, med undantag för den andra grunden. Eftersom talan delvis ska bifallas på den andra grunden, innebär det att tribunalen ska utöva sin behörighet att ändra beslutet (se ovan punkt 408).

457 Tribunalen finner för övrigt att det inte föreligger något skäl som har samband med omständigheter som omfattas av tvingande rätt och som tribunalen är skyldig att behandla *ex officio* (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 401 nämnda målet KME Germany m.fl. mot kommissionen, punkt 131) som motiverar att tribunalen utövar sin behörighet att ändra beslutet för att nedsätta bötesbeloppet.

f) Fastställandet av det slutliga bötesbeloppet för de böter som påförts sökanden

458 Det framgår ovan av punkt 378 att kommissionen inte har styrkt att den aktuella överträdelsen, såvitt avser den franska gasmarknaden, fortsatte efter den 13 augusti 2004 och fram till den 30 september 2005.

459 Tribunalen ska således ändra det angripna beslutet för att vid fastställandet av det slutliga bötesbelopp som ska påföras sökanden beakta den tid som överträdelsen pågick på den franska marknaden, det vill säga från och med den 10 augusti 2000 (se ovan punkt 323) till och med den 13 augusti 2004 (se ovan punkt 378).

460 Om tribunalen använder den metod som kommissionen tillämpade för att fastställa böterna, vilken framgår av skälen 358–391 i det angripna beslutet, det vill säga (utgångsbelopp i form av procentandel av den genomsnittliga årliga försäljningen i Frankrike x överträdelsens varaktighet i Frankrike) + (tilläggsbelopp i form av procentandel av den genomsnittliga årliga försäljningen i Frankrike) + (utgångsbelopp i form av procentandel av den genomsnittliga årliga försäljningen i Tyskland x överträdelsens varaktighet i Tyskland) + (tilläggsbelopp i form av procentandel av den genomsnittliga årliga försäljningen i Tyskland), med tillämpning av de ändrade uppgifterna angående överträdelsens varaktighet i Frankrike (4 år i stället för 5,5 år) och den genomsnittliga försäljningen i förhållande till överträdelsen på den franska marknaden [*konfidentiellt*], borde det bötesbelopp som ska påföras sökanden uppgå till 267 miljoner euro [*konfidentiellt*].

461 Tribunalen erinrar emellertid om att den obegränsade behörighet som tribunalen, med tillämpning av artikel 229 EG, getts i artikel 31 i förordning nr 1/2003 innebär att tribunalen inte bara är behörig att pröva påföljdens lagenlighet, varvid den endast kan ogilla talan om ogiltigförklaring eller ogiltigförklara den ifrågasatta rättsakten, utan även att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning. Tribunalen kan följaktligen ändra den omtvistade rättsakten, även om den inte ogiltigförklaras, för att exempelvis ändra det bötesbelopp som påförts med beaktande av samtliga faktiska omständigheter när denna fråga har väckts (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 8 februari 2007 i mål C-3/06 P, Group Danone mot kommissionen, REG 2007, s. I-1331, punkterna 61 och 62, och dom av den 3 september 2009 i mål C-534/07 P, Prym och Prym mot kommissionen, REG 2009, s. I-7415, punkt 86 och där angiven rättspraxis).

462 Det ska i detta hänseende påpekas att tribunalen varken är bunden av kommissionens beräkningar eller dess riktlinjer när den avgör en talan med stöd av sin obegränsade behörighet (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 326 nämnda förenade målen BASF och UCB mot kommissionen, punkt 213 och där angiven rättspraxis), utan ska göra sin egen bedömning med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet.

463 Tribunalen finner i förevarande fall att en tillämpning av den metod som kommissionen använt för att fastställa böterna, vilken återgetts ovan i punkt 460, inte skulle medföra att samtliga relevanta omständigheter beaktades.

464 En tillämpning av denna metod med användande av de ändrade uppgifterna rörande varaktigheten av överträdelsen i Frankrike och den genomsnittliga försäljningen i förhållande till överträdelsen på den franska marknaden under denna period, medför nämligen en minskning av de böter som påförts sökanden som i hög grad är oproportionerlig jämförd med betydelsen av det konstaterade felet. Trots att det fel som kommissionen gjort enbart avser den franska marknaden och enbart omfattar 12,5 månader av de fem år och 1,5 månad som ursprungligen konstaterats av kommissionen beträffande överträdelsen på denna marknad, leder nämligen en tillämpning av kommissionens metod till en nedsättning av böterna med mer än 50 procent.

465 Dessutom medför en tillämpning av kommissionens metod vid fastställandet av bötesbeloppet, att betydelsen av den överträdelse som begåtts på den tyska marknaden underskattas i förhållande till den överträdelse som begåtts på den franska marknaden.

466 Efter att ha hört parterna vid förhandlingen angående de eventuella konsekvenserna av en delvis ogiltigförklaring av det angripna beslutet såvitt avser fastställandet av bötesbeloppet med hänsyn till överträdelsens varaktighet på den franska marknaden, och med beaktande av ovanstående överväganden, särskilt punkterna 464 och 465 ovan, beslutar tribunalen med hänsyn till samtliga omständigheter i förevarande fall, och i synnerhet den aktuella överträdelsens varaktighet och allvar, att fastställa det slutliga bötesbelopp som påförts sökanden till 320 miljoner euro.

Rättegångskostnader

467 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 87.3 första stycket i rättegångsreglerna kan tribunalen emellertid besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin kostnad om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, eller om särskilda omständigheter motiverar det.

468 Mot bakgrund av att vardera parten delvis tappat målet, fastställer tribunalen att vardera parten ska bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (femte avdelningen)

följande:

1) Artikel 1 i kommissionens beslut K(2009) 5355 slutligt av den 8 juli 2009 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/39.401 – E.ON/GDF) ogiltigförklaras dels i den del det konstateras att överträdelsen i Tyskland pågick från den 1 januari 1980 till åtminstone den 24 april 1998, och dels i den del det konstateras att det förelåg en överträdelse i Frankrike mellan den 13 augusti 2004 och den 30 september 2005.

2) Det bötesbelopp som påförs GDF Suez SA enligt artikel 2 b i beslut K(2009) 5355 slutligt fastställs till 320 miljoner euro.

3) Talan ogillas i övrigt.

4) Vardera parten ska bära sina rättegångskostnader.

Papasavvas Vadapalas O'Higgins

Avkunnad vid offentligt möte i Luxemburg den 29 juni 2012.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser 1

1. Unionsrätten 1

2. Nationell rätt 2

Fransk rätt 2

Tysk rätt 2

Bakgrund till tvisten 3

1. De berörda företagen 3

2. MEGAL-avtalet 3

3. Det administrativa förfarandet 5

Det angripna beslutet 5

Förfarandet och parternas yrkanden 7

Rättslig bedömning 8

A – Yrkandet om att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras till viss del 8

1. Den första grunden: Huruvida kommissionen vid tillämpningen av artikel 81 EG gjorde en felaktig rättstillämpning och en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna när det gäller frågan huruvida det förelåg ett avtal och/eller ett samordnat förfarande före augusti 2000. 9

a) Den första delen 9

b) Den andra delen 17

– Den första anmärkningen 17

– Den andra anmärkningen 18

c) Den tredje delen 20

2. Den andra grunden: Huruvida kommissionen vid tillämpningen av artikel 81 EG gjorde en felaktig rättstillämpning och en felaktig bedömning av de faktiska omständigheterna när det gäller frågan huruvida det förelåg ett avtal och/eller ett samordnat förfarande efter augusti 2000 22

a) Den andra delen 23

– Den andra anmärkningen 24

– Den tredje anmärkningen 29

– Den första anmärkningen 33

b) Den tredje delen 34

– Den första anmärkningen 35

– Den andra anmärkningen 42

c) Den fjärde delen 45

d) Den första delen 46

3. Den tredje grunden: Huruvida det är uppenbart att det saknas bevisning när det gäller förekomsten av ett avtal och/eller ett samordnat förfarande som syftade till att begränsa E.ON:s användning i Frankrike av gas som transporteras i MEGAL-ledningen 48

a) Den första delen 48

b) Den andra delen 52

c) Den tredje delen 52

4. Den fjärde grunden: Huruvida kommissionen gjort en oriktig bedömning av de faktiska omständigheterna och en felaktig rättstillämpning i samband med tillämpningen av artikel 81 EG när det gäller förekomsten av ett avtal och/eller ett samordnat förfarande mellan de aktuella företagen efter augusti 2004 55

a) Den första delen 56

– Den första anmärkningen 56

– Den andra anmärkningen 58

b) Den andra delen 61

c) Den tredje delen 63

B – Yrkandena om undanröjande eller nedsättning av böterna 65

1. Yrkandet om undanröjande av böterna 65

2. Yrkandet om en nedsättning av bötesbeloppet 69

a) Den första grunden: Huruvida den påstådda överträdelsen avseende den franska gasmarknaden inte hade styrkts och det angripna beslutet innehåller en bristande motivering i denna del 69

b) Den andra grunden: Huruvida kommissionen gjorde en oriktig bedömning av överträdelsens varaktighet 69

c) Den tredje grunden: Huruvida kommissionen gjorde en oriktig bedömning av överträdelsens allvar 70

d) Den fjärde grunden: Huruvida kommissionen gjorde en oriktig bedömning av behovet att tillämpa ett tillägg på 15 procent 72

e) Den femte grunden: Huruvida kommissionen gjorde en oriktig bedömning av de förmildrande omständigheterna 73

f) Fastställandet av det slutliga bötesbeloppet för de böter som påförts sökanden 76

Rättegångskostnader 77