FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (femte avdelningen)

den 9 september 2009 *

I mål T-301/04,

**Clearstream Banking AG,** Frankfurt am Main (Förbundsrepubliken Tyskland),

**Clearstream International SA,** Luxemburg (Luxemburg),

företrädda av H. Satzky och B. Maassen, avocats,

sökande,

* Rättegångsspråk: tyska.

mot

**Europeiska gemenskapernas kommission,** inledningsvis företrädd av T. Christoforou, A. Nijenhuis och M. Schneider, därefter av Nijenhuis och R. Sauer, samtliga i egenskap av ombud,

svarande,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2004) 1958 slutlig av den 2 juni 2004 om ett förfarande enligt artikel 82 [EG] (ärende COMP/38.096 – Clearstream (clearing och avveckling)),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Vilaras samt domarna M. Prek (referent) och V. M. Ciucă,

justitiesekreterare: handläggaren C. Kristensen,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 8 oktober 2008,

följande

## Dom

### Bakgrund till tvisten

1 Sökande nummer 2, Clearstream International SA (nedan kallat CI), som har sitt säte i Luxemburg, är ett holdingbolag som äger sökande nummer 1, Clearstream Banking AG (nedan kallat CBF), som är etablerat i Frankfurt am Main (Tyskland), och Clearstream Banking Luxembourg SA (nedan kallat CBL). Clearstream-koncernen tillhandahåller clearing-, avvecklings- och förvaringstjänster för värdepapper. CBL och Euroclear Bank SA (nedan kallat EB), som är etablerat i Bryssel (Belgien), är de enda två internationella centrala värdepappersförvararna som är verksamma inom Europeiska unionen. I Tyskland utgör CBF den centrala värdepappersförvararen och är för närvarande den enda banken som har ställning som *Wertpapiersammelbank* (institut för ombesörjande av överlåtelser av värdepapper).

2 Den 22 mars 2001 inledde Europeiska gemenskapernas kommission på eget initiativ en undersökning som avsåg clearing- och avvecklingstjänster, genom att först skicka ut en första omgång av förfrågningar om uppgifter till ett visst antal institut och därefter begära in kompletterande uppgifter rörande CI:s och CBF:s eventuella missbruk av dominerande ställning.

3 Den 28 mars 2003 tillställde kommissionen sökandena ett meddelande om invändningar, som dessa besvarade den 30 maj 2003. De hördes den 24 juli 2003. Under hörandet, och som svar på en begäran om upplysningar från kommissionen, uttalade sig EB, i egenskap av berörd tredje man, om definitionen av marknaden.

4 Sökandena fick tillgång till kommissionens akt den 14 april och den 3 november 2003. Genom skrivelse av den 17 november 2003 underrättade kommissionen sökandena om på vilket sätt den avsåg att använda vissa uppgifter som hade lagts till akten efter det att sökandena hade getts tillgång till densamma den 14 april 2003, liksom de kostnadsuppgifter som sökandena hade inkommit med efter hörandet i juli. Kommissionen uppmanade sökandena att lämna synpunkter på detta. Sökandena svarade genom skrivelse av den 1 december 2003.

## Det angripna beslutet

5 Den 2 juni 2004 antog kommissionen beslut K(2004) 1958 slutlig om ett förfarande enligt artikel 82 [EG] (nedan kallat det angripna beslutet). I beslutet påstod kommissionen att sökandena hade åsidosatt artikel 82 EG dels genom att vägra att tillhandahålla primära clearing- och avvecklingstjänster till EB samt behandla EB på ett diskriminerande sätt, dels genom att tillämpa diskriminerande priser för EB.

6 Det angripna beslutet innehåller allmän information om clearing och avveckling av värdepapperstransaktioner som i huvudsak återges nedan.

7 Köp och försäljning av värdepapper kräver en ständig övervakning av äganderätten till de berörda värdepappren för att garantera rättssäkerhet vid övergång av äganderätten till följd av köp eller försäljning och för att säkerställa att det finansiella instrumentet fortsätter att fungera på vederbörligt sätt. Av denna anledning måste en försäljning av värdepapper följas av ett visst antal kompletterande åtgärder.

8 Clearing är den åtgärd som utförs mellan försäljningen och avvecklingen. Den garanterar att säljaren och köparen har samtyckt till samma transaktion och att säljaren

har rätt att sälja de aktuella värdepappren. Avvecklingen (settlement) är den definitiva överföringen av värdepapper och medel mellan köparen och säljaren, och registrering på motsvarande värdepapperskonton.

9 Det finns tre typer av leverantörer av clearing- och avvecklingstjänster:

— En nationell central värdepappersförvarare (Central Securities Depository, CSD) är ett institut som innehar och administrerar värdepapper och som gör det möjligt att genomföra värdepapperstransaktioner, såsom överföring av värdepapper mellan två parter och registreringsåtgärder. I hemlandet tillhandahåller den centrala värdepappersförvararen clearing- och avvecklingstjänster för transaktioner med värdepapper som har deponerats hos denne (för slutlig förvaring). Den centrala värdepappersförvararen kan också tillhandahålla tjänster såsom mellanhand vid gränsöverskridande clearing- och avvecklingstjänster när den ursprungliga deponeringen av värdepapper har skett i ett annat land.

— En internationell central värdepappersförvarare (International Central Securities Depository, ICSD) är ett institut vars huvudverksamhet består av clearing och avveckling i en internationell miljö. Den sköter clearing och avveckling av internationella värdepapper eller gränsöverskridande transaktioner med nationella värdepapper.

— Banker, i egenskap av mellanhänder, erbjuder sina kunder tjänster för värdepappershandel. Inom EU rör det sig i allmänhet om nationella transaktioner.

10 Alla värdepapper måste deponeras fysiskt eller elektroniskt hos ett institut för att förvaras där.

11 I den tyska lagen om värdepappersdeponering (Depotgesetz) föreskrivs två typer av slutlig förvaring av värdepapper: gemensam förvaring och individuell förvaring. Kollektiv förvaring innebär att fungibla och tekniskt lämpliga värdepapper av samma typ som har deponerats av olika insättare och/eller ägare förvaras i form av ett enda gemensamt innehav.

12 När kommissionen fattade det angripna beslutet och framför allt vid definitionen av marknaden gjorde den en åtskillnad mellan ”primära” och ”sekundära” clearing- och avvecklingstjänster.

13 Primär clearing och avveckling utförs enligt det angripna beslutet av det institut som självt sköter den slutliga förvaringen av värdepapper, och det sker vid varje förändring av ställningen på de värdepapperskonton som det innehar.

14 Sekundär clearing och avveckling utförs enligt det angripna beslutet av mellanhänder, det vill säga andra marknadsaktörer än det institut som förvarar värdepappren (i det förevarande fallet bankerna samt icke-tyska internationella respektive nationella centrala värdepappersförvarare).

15 Sekundär clearing och avveckling omfattar antingen internaliserade transaktioner, det vill säga en transaktion som äger rum mellan två kunder till samma mellanhand och som således kan genomföras i mellanhandens register utan någon motsvarande notering hos den nationella centrala värdepappersförvararen, eller spegeltransaktioner, genom vilka de finansiella mellanhänderna utför de registreringsåtgärder som behövs för att återge resultatet av den clearing och avveckling som den nationella centrala värdepappersförvararen har genomfört på kundernas konton. I det andra fallet kan mellanhänderna endast tillhandahålla sina kunder clearing- och avvecklingstjänster om det finns en koppling till den nationella centrala värdepappersförvararens system.

16 Beroende på behoven kan mellanhandsförvararna ha antingen direkt åtkomst till den nationella centrala värdepappersförvararen (i egenskap av medlem eller kund) eller indirekt åtkomst (via en mellanhand). I det förevarande fallet används CBF:s avvecklingssystem, som består av Cascade och Cascade RS, i kontakterna mellan CBF och dess kunder. Cascade är ett datasystem som gör det möjligt att registrera och matcha avvecklingsinstruktioner och det utgör också avvecklingsplattformen för dessa instruktioner. Cascade RS (Registered Shares, som betyder namnaktier) är ett undersystem till Cascade som gör det möjligt för CBF:s kunder att lämna specifika uppgifter som krävs i förfarandet för registrering och avregistrering när det gäller namnaktier. Det finns två typer av åtkomst till Cascade och Cascade RS, nämligen manuell åtkomst (även kallad online) och en åtkomst som är helt automatiserad med hjälp av filöverföring.

17 Enligt det angripna beslutet (skälen 196–198) utgörs den aktuella geografiska marknaden av Tyskland, eftersom de värdepapper som har emitterats enligt tysk rätt förvaras slutligt i Tyskland.

18 Kommissionen konstaterade att det framgår av artikel 5 i lagen om värdepappersdeponering att samtliga värdepapper som förvaras gemensamt i Tyskland ska innehas av en auktoriserad *Wertpapiersammelbank* och att den enda förvararen av den typen som för närvarande finns i Tyskland är CBF. Kommissionen påpekar att gemensam förvaring är den mest använda formen av värdepappersförvaring i Tyskland, och noterar att sökandena själva har uppgett att 90 procent av de existerande tyska värdepappren har deponerats hos CBF (skälen 23–25 i det angripna beslutet).

19 När det gäller avgränsningen av marknaden för tjänsterna i fråga konstaterade kommissionen (skälen 199 och 200 i det angripna beslutet) att för de mellanhänder som begär direkt åtkomst till CBF är en indirekt åtkomst till CBF inte en alternativ lösning. CBF:s tillhandahållande av primära clearing- och avvecklingstjänster åt de kunder som har godkänt de allmänna villkoren äger rum på en marknad som är skild från tillhandahållandet av samma tjänster till nationella respektive internationella centrala värdepappersförvarare. För de mellanhänder som efterfrågar primära clearing- och avvecklingstjänster för att på ett effektivt sätt kunna erbjuda sekundära clearing- och avvecklingstjänster utgör inte sekundär clearing och avveckling en alternativ lösning som är ekonomiskt godtagbar. För dessa mellanhänder utgör primära clearing- och avvecklingstjänster som tillhandahålls av andra enheter än CBF inte en godtagbar alternativ lösning. Kommissionen drog slutsatsen att det inte föreligger någon

utbytbarhet vare sig på efterfrågesidan eller på utbudssidan, med hänsyn till att mellanhänderna inte enkelt kan välja en annan leverantör eller en indirekt åtkomst till de aktuella tjänsterna och att inget annat bolag inom den närmaste framtiden kommer att kunna tillhandhålla samma tjänster.

20 Följaktligen definierade kommissionen den relevanta marknaden som marknaden för CBF:s tillhandahållande av primära clearing- och avvecklingstjänster för värdepapper som emitterats enligt tysk rätt åt mellanhänder såsom nationella respektive internationella centrala värdepappersförvarare (skäl 201 i det angripna beslutet).

21 Kommissionen fann att CBF innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden eftersom det är CBF som, i egenskap av den enda *Wertpapiersammelbank* som finns i Tyskland, utför primära clearing- och avvecklingstjänster för transaktioner med värdepapper som emitteras och förvaras gemensamt i enlighet med tysk rätt. CBF:s ställning på den tyska marknaden var vid tiden för omständigheterna i målet inte utsatt för någon effektiv konkurrens enligt kommissionen. Dessutom konstaterade kommissionen att det förelåg ett stort antal avsevärda hinder för inträdet av nya aktörer på marknaden, varför kommissionen uteslöt möjligheten att CBF skulle komma att utsättas för konkurrens från nya aktörer på marknaden inom en överskådlig framtid (skälen 206, 208 och 215 i det angripna beslutet).

22 Enligt det angripna beslutet (skälen 154, 216, 301 och 335) består sökandenas missbruk av dominerande ställning i

— att vägra tillhandahålla primära clearing- och avvecklingstjänster för namnaktier, genom att hindra direkt åtkomst till Cascade RS, och att diskriminera EB vad gäller tillhandahållandet av dessa tjänster. Vägran att ge direkt åtkomst till Cascade RS och den obefogade diskrimineringen i detta avseende utgör inte två separata

överträdelser utan snarare två uttryck för ett och samma beteende. Det föreligger nämligen obefogad diskriminering därför att sökandena under nästan två år har vägrat att tillhandahålla EB samma tjänster som de snabbt har tillhandahållit andra jämförbara kunder i likvärdiga situationer;

— att tillämpa diskriminerande priser på EB för primära clearing- och avvecklingstjänster genom att för likvärdiga tjänster fakturera EB högre priser än vad som tas ut av andra jämförbara kunder (de nationella och de internationella centrala värdepappersförvararna, vilka fortfarande utför gränsöverskridande transaktioner), och detta utan några sakliga skäl.

23 Kommissionen konstaterade att vägran att ge EB direkt åtkomst till de primära clearing- och avvecklingstjänsterna för namnaktier får negativa följder för innovationen och för konkurrensen vid tillhandahållandet av gränsöverskridande sekundära clearing- och avvecklingstjänster och i slutändan även för konsumenterna inom den inre marknaden (skälen 228–237 i det angripna beslutet).

24 Det konstaterades också i det angripna beslutet (skälen 338 och 339) att Tyskland utgör en stor del av gemenskapen. Dessutom påverkas handeln mellan medlemsstaterna på grund av att CBF:s tillhandahållande åt EB av primära clearing- och avvecklingstjänster för värdepapper som innehas gemensamt i Tyskland är av gränsöverskridande karaktär. Den omfattande volymen av EB:s transaktioner med tyska värdepapper visar att handeln mellan medlemsstaterna påverkas avsevärt.

25 Artikeldelen i det angripna beslutet lyder enligt följande:

*”Artikel 1*

[CBF] och [CI] har åsidosatt artikel 82 [EG] genom att

a) vägra att tillhandahålla [EB] och dennes föregångare primära clearing- och avvecklingstjänster för namnaktier från den 3 december 1999 till den 19 november 2001, utan sakliga skäl och under en orimligt lång period, och genom att diskriminera [EB] och dennes föregångare under samma tidsperiod vad gäller tillhandahållandet av primära clearing- och avvecklingstjänster för namnaktier,

b) tillämpa diskriminerande priser för [EB] och för dennes föregångare för de primära clearing- och avvecklingstjänster som de tillhandahöll dem från den 1 januari 1997 till den 1 juli 1999 vad gäller [CBF] och från den 1 juli 1999 till den 1 januari 2002 för [CI] och [CBF].

*Artikel 2*

[CBF] och [CI] ska i framtiden avhålla sig från varje sådan åtgärd och varje sådant beteende som strider mot artikel 82 [EG] och som beskrivs i artikel 1 i beslutet.

*Artikel 3*

Förevarande beslut är riktat till

1. [CBF]

2. [CI]”

**Förfarandet och parternas yrkanden**

26 Sökandena har väckt förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 28 juli 2004.

27 Den 26 oktober 2005 inkom sökandena med en skrivelse till vilken broschyren *Internalisation of Settlement* var bifogad. Den 10 november 2005 beslutade förstainstansrätten att föra in skrivelsen i akten i målet. Den 29 november 2005 yttrade sig kommissionen över förstainstansrättens beslut. Den 14 december 2005 beslutade förstainstansrätten att föra in yttrandet i akten i målet.

28 Då sammansättningen av förstainstansrättens avdelningar ändrades och referenten förordnades att tjänstgöra på den femte avdelningen, lottades förevarande mål om på denna avdelning.

29 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (femte avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet.

30 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 8 oktober 2008.

31 Sökandena har yrkat att förstainstansrätten ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet i den del det däri fastslås att det föreligger missbruk av dominerande ställning och sökandena åläggs att upphöra med detta missbruk, och

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

32 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten ska

— ogilla talan, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

## Rättslig bedömning

33 Sökandena har åberopat fyra grunder till stöd för sin talan. För det första har de motsatt sig definitionen av den relevanta marknaden samt bestritt att det föreligger en dominerade ställning. För det andra har de bestritt att deras beteende skulle utgöra missbruk, såväl vad gäller vägran att tillhandahålla tjänster som de priser som har tillämpats för EB. För det tredje har de anfört att CI inte är ansvarigt för CBF:s rättsstridiga handlande. För det fjärde har de gjort gällande att det angripna beslutet är rättsstridigt på grund av dess oprecisa karaktär.

### 1. *Den första grunden: Den relevanta tjänstemarknaden är felaktigt definierad och sökandena saknar dominerande ställning*

*Parternas argument*

34 Sökandena och kommissionen är ense om att den geografiska marknaden i fråga utgörs av Tyskland.

35 Enligt sökandena följer emellertid denna avgränsning av den relevanta marknaden av den omständigheten att de värdepapper som har deponerats – och inte de värdepapper som har emitterats, som det står i det angripna beslutet – enligt tysk rätt finns deponerade i Tyskland.

36 Vad gäller den aktuella marknaden för tjänster har sökandena motsatt sig den åtskillnad som kommissionen gör mellan primära tjänster och sekundära tjänster för hantering av värdepapper *back office*. Avgränsningen av marknaden bör enligt sökandena göras endast på grundval av den tjänst som erbjuds på marknaden, det vill säga överföringen av äganderätten till sålda värdepapper. Denna efterhantering äger endast rum en gång och endast för parterna i transaktionen. Även i de fall CBF utför denna hantering tillhandahåller bolaget inte några ”primära” tjänster, utan det som tillhandahålls är de enda clearing- och avvecklingstjänster som existerar. Kommissionen har felaktigt bedömt att mellanhandsförvararna i ett sådant fall först måste erhålla en tjänst från CBF för att själva kunna tillhandahålla den på nytt. I själva verket går det helt enkelt till så att de vidarebefordrar transaktionsparternas instruktioner och ersättningar till CBF och bokför den behandling som CBF utför.

37 Enligt sökandena utgår det angripna beslutet felaktigt från mellanhandsförvararnas synvinkel vid avgränsningen av den relevanta marknaden. De som egentligen efterfrågar de aktuella tjänsterna är i själva verket köparna och säljarna av värdepapper som, då de inte innehar dessa värdepapper direkt, efterfrågar en tjänst som innebär överföring av äganderätten. Mellanhandsförvararna efterfrågar endast tjänster för *back office*-hantering om de själva är parter i en värdepapperstransaktion, men i det fallet agerar de inte i egenskap av mellanhandsförvarare. Det faktum att mellanhandsförvararnas perspektiv väljs som utgångspunkt strider dessutom mot vissa tidigare beslut från kommissionen.

38 Sökandena har bestritt uppfattningen att marknaden innehåller en vertikal kedja för skapande av mervärde, i vilken hanteringen av transaktionen hos CBF och hos leverantörerna av sekundära tjänster sker på två olika nivåer. Dessutom har kommissionen motsagt sig själv i sitt svaromål på denna punkt. Sökandena utgår från en enda marknad för clearing- och avvecklingstjänster för tyska värdepapper, som bara har en nivå och på vilken CBF konkurrerar med EB och med andra företag i förhållande till samma slutkunder.

39 De som erbjuder clearing- och avvecklingstjänster är enligt sökandena alla innehavare av de berörda värdepappren, antingen direkt (slutlig förvarare) eller indirekt (mellanhandsförvarare), och kan alla genomföra en överföring av äganderätten. Eftersom de tjänster som de tillhandahåller är identiska till karaktären och till

innehållet saknar det betydelse för dem som efterfrågar tjänsterna att vända sig till den slutliga förvararen eller till mellanhandsförvarare. De vänder sig till och med oftare till mellanhandsförvararen än till den slutliga förvararen. Således är CBF inte den enda aktören som erbjuder dessa tjänster på marknaden, utan bolaget konkurrerar med samtliga mellanhandsförvarare av dessa värdepapper, vilket kommissionen, åtminstone i princip, också har medgett.

40 I detta sammanhang råder konkurrens mellan CBF och de olika mellanhandsförvararna. De sistnämnda är dock även kunder till CBF. Att mellanhandsförvararna har åtkomst till den slutliga förvararen, vilket kräver att ett konto öppnas och kommunikationsvägar upprättas, utgör grunden för ett såväl vertikalt som horisontalt konkurrensförhållande mellan kunderna. Möjligheten att vissa förhållanden mellan företag leder till att skapa en konkurrenssituation dem emellan har redan erkänts i ett tidigare beslut från kommissionen.

41 Sökandena har gjort gällande att det i Tyskland, enligt lagen om värdepappersdeponering, endast är gemensam deponering av kollektiva handlingar – och inte såsom kommissionen har hävdat, gemensam deponering i allmänhet – som måste ske hos en *Wertpapiersammelbank*, det vill säga hos CBF. När det rör sig om en sådan gemensam deponering av kollektiva handlingar är dessutom den nationella centrala värdepappersförvararens roll en kontrollerande roll som endast avser övervakning av kopplingen mellan andelarna i det gemensamma innehavet och deras ägare vid deponeringen. Till och med för den typen av värdepapper, och när mellanhandsförvararen uppfyller villkoren för detta, tillhandahålls nämligen clearing- och avvecklingstjänsterna endast av mellanhandsförvararen, utan någon inblandning från CBF:s sida, vilken fortsätter att vara den direkta besittaren till värdepappren. CBF:s deponeringsmonopol för kollektiva värdepapper som placeras i ett gemensamt innehav leder inte till något monopol på efterhanteringen av värdepapperstransaktioner. Sökandena har för övrigt aldrig påstått, vilket kommissionen har anfört, att mellanhandsförvararna var beroende av ”hjälp” från den slutliga förvararen för att överföra äganderätten till andelar i kollektiva värdepapper.

42 Kommissionen har bortsett från möjligheten till intern hantering, innebärande att avvecklingen äger rum hos en mellanhandsförvarare och om nödvändigt genom öppnande av nya konton hos denna. På grund av ökningen av den här typen av behandling har antalet kunder hos CBF sjunkit sedan flera år tillbaka. Sökandena har

gett in broschyren *Internalisation of Settlement,* som innehåller en redogörelse för tillvägagångssättet vid och betydelsen av den här typen av hantering. Sökandena har tillagt att regelverket för börsen i Frankfurt am Main, som kommissionen har uppgett skyddar CBF mot den här typen av konkurrens, har ändrats och att det i vilket fall som helst inte är tillämpligt på de i det förevarande målet aktuella transaktionerna med värdepapper som har sålts efter överenskommelse mellan två parter.

43 Sökandena har gjort gällande att, eftersom det inte finns någon fristående marknad för primära tjänster för hantering efter transaktion, är den ytterligare åtskillnad som kommissionen har gjort mellan å ena sidan de kunder som har godkänt de allmänna villkoren, som också är mellanhandsförvarare, och å andra sidan de nationella respektive de internationella centrala värdepappersförvararna som kräver direkt åtkomst till CBF irrelevant. Att en sådan åtskillnad ska göras kan inte heller utläsas ur domstolens dom av den 31 maj 1979 i mål 22/78, Hugin Kassaregister och Hugin Cash Registers mot kommissionen (REG 1979, s. 1869).

44 Härvid har sökandena dels anfört att CBF inte tillhandahåller *back office*-tjänster åt de tre kundkategorier som nämns ovan. Dels har de gjort gällande att dessa tre kundkategorier, i egenskap av mellanhandsförvarare, i huvudsak förvärvar samma tjänster från CBF, men också konkurrerar med CBF vad gäller clearing och avveckling. Det bekräftade kommissionen själv i Meddelande från kommissionen till rådet och Europaparlamentet – Clearing och avveckling i Europeiska unionen – förslag till åtgärder och strategier (KOM (2004) 312 slutlig) av den 28 april 2004. Däremot kan sättet på vilket dessa tjänster tillhandahålls, och följaktligen priset på dem, variera beroende på kundernas olika krav. Detta förklarar varför en direkt åtkomst till CBF är viktigare för vissa kunder än för andra, men ger inte stöd för uppfattningen att dessa kunder tillhör olika marknader.

45 Slutligen har kommissionen inte gjort någon bedömning av den konkurrenssituation som verkligen föreligger mellan slutliga förvarare och mellanhänder på området för clearing- och avvecklingstjänster i enlighet med vad sökandena, EB och tredje män har föreslagit.

46 Kommissionen har yrkat att detta resonemang ska underkännas.

*Förstainstansrättens bedömning*

47 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis att gemenskapsdomstolen endast kan göra en begränsad prövning av definitionen av produktmarknaden i den mån den har krävt komplicerade ekonomiska bedömningar från kommissionens sida. Detta innebär emellertid inte att gemenskapsdomstolen inte ska pröva kommissionens tolkning av ekonomiska uppgifter. Gemenskapsdomstolen ska pröva huruvida kommissionen har grundat sin bedömning på bevis som är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, som utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och som kan ligga till grund för de slutsatser som dragits (se förstainstansrättens dom av den 17 september 2007 i mål T-201/04, Microsoft mot kommissionen, REG 2007, s. II-3601, punkt 482, och där angiven rättspraxis).

48 Det ska härvid påpekas att det framgår av fast rättspraxis att vid prövningen av ett företags eventuellt dominerande ställning på en viss branschmarknad ska konkurrensmöjligheterna på marknaden för alla produkter eller tjänster som på grund av sina egenskaper är särskilt lämpade för att tillgodose konstanta behov och endast i begränsad omfattning är utbytbara mot andra produkter eller tjänster bedömas. Eftersom avgränsningen av den relevanta marknaden ska ligga till grund för bedömningen av om det berörda företaget har möjlighet att hindra upprätthållandet av en effektiv konkurrens och i betydande omfattning uppträda oberoende i förhållande till sina konkurrenter och sina kunder, räcker det inte att endast undersöka de ifrågavarande tjänsternas objektiva egenskaper, utan man måste även beakta konkurrensvillkoren samt efterfråge- och utbudsmönstret på marknaden (domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 37; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351, förstainstansrättens dom av den 30 mars 2000 i mål T-65/96, Kish Glass mot kommissionen, REG 2000, s. II-1885, punkt 62, och av den 17 december 2003, British Airways mot kommissionen, REG 2003, s. II-5917, punkt 91).

49 Begreppet relevant marknad innebär att produkterna på denna marknad kan konkurrera effektivt, vilket förutsätter att alla produkter eller tjänster som tillhör en och samma marknad i tillräcklig grad är utbytbara inom samma användningsområde (domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkt 28; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315).

50 Kommissionen har kommit fram till sin ifrågasatta definition av tjänstemarknaden i det förevarande målet, med beaktande av tjänsternas utbytbarhet dels på efterfrågesidan, dels på utbudssidan. Det framgår av kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 1997, s. 5, punkt 7) att ”[e]n relevant produktmarknad omfattar alla varor eller tjänster som på grund av sina egenskaper, sitt pris och den tilltänkta användningen av konsumenterna betraktas som utbytbara”. I punkt 20 i samma tillkännagivande anges att i de situationer då utbytbarheten på utbudssidan kan jämföras med utbytbarhet på efterfrågesidan vad gäller effektivitet och omedelbarhet kan även denna beaktas när marknaderna definieras. För detta krävs att leverantörerna som svar på små men varaktiga förändringar av de relativa priserna kan ställa om till produktion av de relevanta produkterna och kan marknadsföra dem på kort sikt utan att väsentliga tilläggskostnader eller risker uppstår.

51 Kommissionen inleder sin prövning med att gå in på frågan – som enligt kommissionen är avgörande – om tjänsternas utbytbarhet på efterfrågesidan, det vill säga för mellanhandsförvararna, såsom de nationella respektive de internationella centrala värdepappersförvararna. Kommissionen har gjort ett flertal utbytbarhetstest vid undersökningen av de olika tänkbara scenarierna på tjänstemarknaden i fråga. Härvid har kommissionen tagit hänsyn till de olika marknadsaktörernas synpunkter liksom till sökandenas synpunkter.

52 För det första har sökandena gjort gällande att de som efterfrågar *back office*-tjänsterna är de som säljer och köper värdepapper.

53 Förstainstansrätten finner inte detta argument vara övertygande. Det framgår av det angripna beslutet (skäl 122) att CBF, enligt sökandena själva, har tre kategorier av kunder för avvecklingstjänsterna, nämligen de kunder som har godkänt de allmänna villkoren (nedan kallade kunder med allmänna villkor, främst banker), icke-tyska nationella respektive internationella centrala värdepappersförvarare. Sökandena har dessutom i ansökan uppgett att CBF:s kunder endast består av kreditinstitut och andra finansiella mellanhänder. Härav följer, såsom kommissionen har erinrat om, att det inte föreligger något avtalsförhållande och således inga skyldigheter mellan parterna i transaktionen och CBF. Ett avtalsförhållande föreligger nämligen endast mellan CBF och mellanhandsförvararen samt mellan denne och dennes kund som är part i transaktionen. De clearing- och avvecklingstjänster som CBF erbjuder mellanhandsförvararna tillhandahålls mot en särskild ersättning och möjliggör för de sistnämnda att uppfylla sina egna skyldigheter gentemot sina kunder.

54 Sökandenas uppfattning, att det finns en allmän marknad för clearing- och avvecklingstjänster på vilken efterfrågan kommer från parterna i transaktionen (inbegripet mellanhandsförvararna när dessa handlar för egen räkning), kan inte godtas. Såsom det erinrades om i skäl 34 i det angripna beslutet efterfrågar parterna i transaktionen tjänster från de mellanhänder som förvarar värdepappren i sina namn och för sina klienters räkning hos den slutliga förvararen. När det gäller de flesta värdepapper som har emitterats enligt tysk rätt och som inte omfattas av möjligheterna till intern hantering, kan mellanhänderna inte tillhandahålla fullständiga clearing- och avvecklingstjänster, eftersom de inte utgör de slutliga förvararna av dessa värdepapper. Däremot kan CBF inte tillhandahålla parterna i transaktionen sina tjänster eftersom dessa inte har några värdepapperskonton hos CBF. När mellanhandsförvararna agerar för nämnda parters räkning utgör detta ett fristående tillhandahållande av tjänster (se, för ett liknande resonemang, det ovan i punkt 48 nämnda målet British Airways mot kommissionen, punkt 93).

55 Sökandenas påstående att den omständigheten att mellanhandsförvararnas perspektiv väljs som utgångspunkt strider mot vissa äldre beslut från kommissionen saknar relevans. Det förevarande målet skiljer sig nämligen från de mål som sökandena har åberopat vad gäller de faktiska omständigheterna. I vilket fall som helst är kommissionen skyldig att genomföra en särskild analys av de omständigheter som är kännetecknande för varje ärende, utan att vara bunden av tidigare beslut som avser andra ekonomiska aktörer, andra marknader för varor och tjänster eller andra geografiska marknader vid andra tidpunkter (förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen T-346/02 och T-347/02, Cableuropa m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-4251, punkt 191). Sökandena har således inte rätt

att ifrågasätta kommissionens konstateranden med motiveringen att de skiljer sig från konstateranden som tidigare gjorts i ett annat ärende, även om de aktuella marknaderna i de båda ärendena är likartade eller till och med identiska (förstainstansrättens dom av den 14 december 2005 i mål T-210/01, General Electric mot kommissionen, REG 2005, s. II-5575, punkt 118; se även för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 9 juli 2007 i mål T-282/06, Sun Chemical Group m.fl. mot kommissionen, REG 2007, s. II-2149, punkt 88).

56 Dessutom har sökandena bestritt kommissionens slutsats att CBF:s tillhandahållande av primära clearing- och avvecklingstjänster åt kunder med allmänna villkor, som även är mellanhandsförvarare, utgör en separat marknad i förhållande till marknaden för tillhandahållande av dessa tjänster åt nationella respektive internationella centrala värdepappersförvarare (skäl 149 och följande skäl i det angripna beslutet). Förstainstansrätten konstaterar dock att det är med utgångspunkt i uppgifter som sökandena har lämnat beträffande de tillhandahållna tjänsternas karaktär, tjänsternas pris, de grundläggande avtalen och de olika kundkategoriernas faktiska efterfrågan som kommissionen på goda grunder har kunnat dra denna slutsats. Kommissionen har således konstaterat att om de tjänster som denna kundkategori tillhandahålls utgjorde en giltig alternativ lösning för nationella respektive internationella centrala värdepappersförvarare, skulle dessa normalt sett använda sig av dessa tjänster, eftersom priset som faktureras kunder med allmänna villkor är klart lägre. Till skillnad från icketyska nationella respektive internationella centrala värdepappersförvarare är många kunder med allmänna villkor banker i Tyskland, som hanterar nationella transaktioner. Sökandena har inte anfört någon omständighet som kan vederlägga kommissionens bedömning av frågan. Det ska även påpekas att även om kommissionen i det angripna beslutet mycket riktigt hänvisade till domen i det ovan i punkt 43 nämnda målet Hugin Kassaregister och Hugin Cash Registers mot kommissionen, skedde detta inte med avseende på åtskillnaden mellan å ena sidan kunderna med allmänna villkor och å andra sidan de nationella respektive de internationella centrala värdepappersförvararna. Det sista av sökandenas argument saknar således verkan.

57 Följaktligen gjorde kommissionen en riktig bedömning när den slog fast att det är mellanhandsförvarare, såsom nationella och internationella centrala värdepappersförvarare, som efterfrågar de clearing- och avvecklingstjänster som CBF erbjuder.

58 För det andra har sökandena kritiserat kommissionens bedömning att det inte föreligger någon utbytbarhet på utbudssidan, eftersom inget annat bolag än CBF inom

en nära framtid kommer att kunna tillhandahålla primära clearing- och avvecklingstjänster av den typ som efterfrågas av mellanhänder, såsom nationella respektive internationella centrala värdepappersförvarare, för transaktioner med värdepapper som har emitterats enligt tysk rätt och förvaras av CBF (skäl 200 i det angripna beslutet). De har gjort gällande att marknaden på utbudssidan utgörs av samtliga innehavare av berörda värdepapper – direkta innehavare (slutliga förvarare) och indirekta innehavare (mellanhandsförvarare) – som kan verkställa överföringen av äganderätten och med vilka CBF således konkurrerar.

59 Härvid har sökandena hävdat att det inte är gemensam deponering i allmänhet som måste ske hos en *Wertpapiersammelbank*, utan endast gemensam deponering av kollektiva handlingar med vilka flera rättigheter är införlivade som inte har materialiserats utan endast existerar i form av virtuella andelar av helheten. I detta sammanhang leder CBF:s deponeringsmonopol inte till något monopol *på back office*-hanteringen av värdepapperstransaktioner.

60 Detta resonemang ska underkännas. Dels påverkar åtskillnaden mellan kollektiva handlingar och individuella värdepapper inte på något sätt den omständigheten att CBF, enligt vad CBF självt har uppgett, förvarar 90 procent av alla befintliga tyska värdepapper (skäl 170 i det angripna beslutet). Dessutom har sökandena i ansökan bekräftat att emittenterna oftast ger ut sina värdepapper i form av kollektiva handlingar. Dels, såsom kommissionen konstaterade i skäl 137 i det angripna beslutet, kan clearing- och avvecklingstjänster, även om beslutet endast rör dessa tjänster, inte helt skiljas från förvaringstjänster, eftersom clearing och avveckling endast kan ske med avseende på värdepapper som är föremål för förvaring. Det ska dessutom erinras om att sökandena själva hade bekräftat kopplingen mellan CBF:s förvaringsmonopol och en snabb och säker avveckling. Sökandena har nämligen bekräftat att ”[n]är mellanhandsförvarare – till exempel finansiella mellanhänder, men också internationella centrala värdepappersförvarare, depåbanker etc. – är oförmögna att genomföra clearing och avveckling måste detta mycket riktigt göras av den slutliga förvararen [den nationella centrala värdepappersförvararen]” och att ”[s]amtliga fungibla tyska värdepapper – som motsvarar mer än 90 procent av de befintliga tyska värdepappren – deponeras i CBF:s kassavalv, vilket möjliggör en snabb och säker bokföringsavveckling” (skälen 165 och 170 i det angripna beslutet).

61 Sökandenas argument att marknaden ska avgränsas på grundval av den omständigheten att de värdepapper som deponeras, och inte de värdepapper som utges, med stöd av tysk rätt deponeras i Tyskland strider mot sökandenas utsagor under det administrativa förfarandet. Det framgår bland annat av skälen 23 och 197 i det angripna beslutet att det angavs i sökandenas skrivelse av den 30 maj 2003 som svar på meddelandet om invändningar att de värdepapper som har utgetts enligt tysk rätt i praktiken deponeras i Tyskland, vilket inte är fallet med icke-tyska värdepapper, och att ”gemensam förvaring i praktiken är den mest använda formen av förvaring i Tyskland”. Således var det riktigt av kommissionen att konstatera att den relevanta marknaden avser värdepapper som har utgetts enligt tysk rätt.

62 Mot bakgrund av det ovan anförda hade kommissionen fog för bedömningen att det inte heller förelåg någon utbytbarhet på utbudssidan vad gäller tjänsterna i fråga. Bortsett från fallen med intern hantering krävs det för en fullständig clearing- och avvecklingstjänst att transaktionen registreras hos den slutliga värdepappersinnehavaren, i det förevarande fallet CBF, som inget annat bolag i Tyskland för närvarande kan konkurrera med vad gäller detta specifika skede i tillhandahållandet av tjänster.

63 Det är visserligen så, vilket kommissionen konstaterade i skäl 312 i det angripna beslutet, att CBF, när bolaget uppträder som mellanhand, kan befinna sig i konkurrens med andra mellanhandsförvarare när det rör sig om en gränsöverskridande transaktion med värdepapper som har utgetts i enlighet med en annan lagstiftning än den tyska. Det stämmer dessutom överens med den potentiella konkurrenssituation som råder på marknaden för tillhandahållande av gränsöverskridande avvecklingstjänster, såsom den beskrivs i meddelandet KOM (2004) 312 slutlig (s. 5 och 6). Den marknad som berörs av det angripna beslutet är dock marknaden för sådana värdepapper som utges i enlighet med tysk rätt, vilka till allra största delen förvaras kollektivt hos CBF, som är *Wertpapiersammelbank*. Sökandena har sålunda i sitt svar av den 30 maj 2003 på meddelandet om invändningar lämnat följande förklaring, vilken återgavs i skäl 30 i det angripna beslutet:

”Det är endast en [*Wertpapiersammelbank*] som kan genomföra överföringen av äganderätten. På grund härav är ett innehav för tredje man inte tillräckligt. Den roll som

en [*Wertpapiersammelbank*] spelar i egenskap av slutlig förvarare vid clearing och avveckling via mellanhandsförvarare av gemensamt förvarade finansiella instrument går längre än så.”

64 Förstainstansrätten erinrar dessutom om att även om förekomsten av ett konkurrensförhållande mellan två tjänster inte förutsätter en fullständig utbytbarhet för ett visst bruk, behöver total avsaknad av konkurrens från andra delvis utbytbara produkter inte föreligga för att en produkts dominerande ställning ska kunna konstateras, när denna konkurrens inte inverkar på företagets förmåga att märkbart påverka de villkor under vilka denna konkurrens kan utvecklas, och i vart fall att i en betydande omfattning uppträda utan att behöva ta hänsyn till konkurrensen utan att detta medför skada för företaget (domen i det ovan i punkt 48 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 48).

65 I det förevarande fallet avser de tjänster som CBF tillhandahåller en specifik efterfrågan och ett specifikt utbud. Mellanhandsförvararna kan nämligen omöjligen tillhandahålla sina tjänster om de inte har tillgång till CBF:s tjänster. Det framgår av rättspraxis att en underkategori av en marknad, som har specifika egenskaper vad gäller efterfrågan och utbud och som erbjuder produkter vilka fyller en oumbärlig funktion och inte kan bytas ut mot andra produkter på den mer allmänna marknaden som underkategorin utgör en del av, ska anses utgöra en särskild produktmarknad (se för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 21 oktober 1997 i mål T-229/94, Deutsche Bahn mot kommissionen, REG 1997, s. II-1689, punkterna 55 och 56).

66 Det är härvid tillräckligt att en potentiell marknad, eller till och med en hypotetisk marknad, kan fastställas, vilket är fallet så snart som varor och tjänster är oumbärliga för utövandet av en viss verksamhet och det föreligger faktisk efterfrågan av dessa varor och tjänster från företag som avser att utöva verksamheten. Det är således avgörande att två olika produktionsled kan identifieras och att det föreligger ett samband dem emellan på så sätt att varan i det tidigare ledet är nödvändig för att varan i det senare ledet ska kunna tillhandahållas (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 29 april 2004 i mål C-418/01, IMS Health, REG 2004, s. I-5039, punkterna 43–45, och domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Microsoft mot kommissionen, punkt 335).

67 Det följer av det ovan anförda att sökandena inte har visat att kommissionens slutsats att det inte föreligger någon utbytbarhet vare sig på efterfrågesidan eller på utbudssidan (skäl 200 i det angripna beslutet) var uppenbart oriktig.

68 Då kommissionen inte har gjort sig skyldig till någon uppenbart oriktig bedömning när den slog fast vilka aktörer som efterfrågar och vilka aktörer som tillhandahåller tjänsterna var det befogat att göra en åtskillnad mellan primära och sekundära clearing- och avvecklingstjänster. Dessutom har sökandena inte lämnat någon bevisning som kan vederlägga kommissionens bedömning i det förevarande fallet, vilken grundar sig på upplysningar som har inhämtats direkt från aktörer på marknaden och från sökandena.

69 Sökandenas resonemang kring internaliserad behandling ska härvid underkännas. En intern hantering är en tjänst som tillhandahålls av mellanhandsförvararna. Utifrån synsättet att marknaden är uppdelad mellan primära och sekundära clearing- och avvecklingstjänster konstaterar förstainstansrätten att denna typ av hantering ingår bland de sekundära tjänsterna och att den som sådan inte tillhör den relevanta marknaden och inte berörs av det angripna beslutet. Det framgår av skälen 35 och 166 i det angripna beslutet att marknadsdeltagarna betraktar intern hantering som undantagsfall som uppkommer till följd av omständigheter över vilka mellanhanden inte råder och att det inte föreligger någon möjlighet för investeraren att välja mellan två kategorier av tjänster. Kommissionen drog den riktiga slutsatsen att dessa internaliserade tjänster i allmänhet inte utgör ett godtagbart alternativ till de primära clearing- och avvecklingstjänsterna (skälen 164–168 i det angripna beslutet).

70 Broschyren *Internalisation of Settlement,* som sökandena har inkommit med, innehåller ingen bevisning som stöder sökandenas uppfattning. Tvärtom bekräftar den de konstateranden som gjordes i det angripna beslutet vad gäller de villkor som måste vara uppfyllda för intern hantering, och den innehåller en bilaga med samlad information om eventuella restriktioner för denna typ av behandling i olika länder. Det anges att det i Tyskland framgår av Börsenordnung (regelverk för börsen i Frankfurt am Main) att clearing- och avvecklingstjänster ska tillhandahållas av en nationell central värdepappersförvarare och att intern hantering utgör ett undantag. Såsom kommis-

sionen har påpekat behandlar denna broschyr i vilket fall som helst inte särskilt situationen i Tyskland, och den avser en senare tidsperiod än den som är i fråga i det angripna beslutet.

71 Dessutom underkänner förstainstansrätten sökandenas argument att artikel 16.2 i Börsenordnung, som kommissionen hänförde sig till i det angripna beslutet (skäl 27), har ändrats och att den artikeln i vilket fall som helst inte skulle vara tillämplig på transaktioner med sådana värdepapper som har sålts efter överenskommelse mellan två parter och som är i fråga i det förevarande målet. Det är nämligen ostridigt mellan parterna att denna ändring ägde rum efter en period som är i fråga i det angripna beslutet. Dessutom användes denna hänvisning i det angripna beslutet endast som ett exempel på börsregler som bidrar till att stärka CBF:s ställning vad gäller börstransaktioner i allmänhet.

72 För det tredje underkänner förstainstansrätten sökandenas argument att kommissionen inte har gjort någon bedömning av de konkurrensförhållanden som verkligen föreligger mellan slutliga förvarare och mellanhänder på området för clearing- och avvecklingstjänster. Kommissionen undersökte nämligen dessa konkurrensförhållanden genomgående i sin ekonomiska analys och framför allt, mot bakgrund av det ovan anförda, i den del som avsåg frågan om utbytbarhet på utbuds- och efterfrågesidan. Dessutom beaktade kommissionen i skälen 176–189 i det angripna beslutet, såsom kommissionen själv har uppgett, EB:s resonemang och det korta anförande som Bundesbank höll under hörandet.

73 Mot bakgrund av det ovan anförda konstaterar förstainstansrätten att sökandena inte har visat att kommissionen gjorde sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den slog fast att den relevanta marknaden var marknaden för CBF:s tillhandahållande av primära clearing- och avvecklingstjänster åt mellanhänder, såsom nationella respektive internationella centrala värdepappersförvarare för värdepapper som har utgetts enligt tysk rätt, på vilken marknad CBF innehar ett faktiskt monopol och således utgör en oundviklig handelspartner.

74 Således kan talan inte vinna bifall såvitt avser den första grunden.

2. *Den andra grunden: Missbruk av dominerande ställning föreligger inte*

75 Grunden består av två delar. För det första har sökandena anfört att de inte otillbörligen har vägrat EB åtkomst till Cascade RS och att EB över huvud taget inte har utsatts för någon otillbörlig diskriminering. För det andra har sökandena gjort gällande att de priser som tillämpades för EB inte var diskriminerande.

*Den första delen: Sökandena har inte gjort sig skyldiga till missbruk i form av otillbörlig vägran av åtkomst och otillbörlig diskriminering*

Parternas argument

76 Sökandena har bestritt att de har gjort sig skyldiga till missbruk genom att otillbörligen vägra EB åtkomst till Cascade RS. De har anfört att förberedelserna och förhandlingarna avseende upprättande av åtkomst till Cascade RS präglades av särskilda svårigheter av skäl som var hänförliga till EB. För det första var det endast inledande diskussioner som ägde rum mellan augusti 1999 och januari 2000, eftersom EB framställde sin begäran om åtkomst först den 28 januari 2000. Därefter, mellan februari och november 2000, gick det inte att upprätta åtkomsten vid den planerade tidpunkten på grund av EB:s oförbereddhet. Slutligen blev de förhandlingar som fördes mellan december 2000 och november 2001 om upprättandet av åtkomsten svåra till följd av förändringarna av de affärsmässiga och ekonomiska relationerna mellan sökandena och EB.

77 Sökandena anser att kommissionen grundar sig på en felaktig uppfattning av systemet för CBF:s behandling av namnaktier. Exempelvis togs det i det angripna beslutet inte hänsyn till en av de två avvecklingsfunktionerna som finns i Cascade RS. Vidare har

kommissionen bortsett från att åtkomsten till Cascade är skild från åtkomsten till Cascade RS, och att åtkomsten i de olika fallen kräver olika uppgifter. Uppgifter avseende avvecklingen ska överföras till Cascade och uppgifter avseende aktieägaren ska överföras till Cascade RS. Sökandena har tillagt att, i båda dessa fall, överföringen kan ske manuellt eller automatiskt och att det ankommer på den berörda mellanhandsförvararen att välja formen för åtkomsten.

78 Det framgår tydligt av e-postmeddelandena av den 3 augusti och den 29 oktober 1999, samt av den 31 januari 2000, som kommissionen har nämnt, att EB ville överföra uppgifterna avseende avvecklingen för namnaktier med hjälp av Cascade (namnaktier) på ett helt automatiserat sätt, och uppgifterna avseende aktieägaren med hjälp av Cascade RS, manuellt, trots att manuell åtkomst till Cascade också hade föreslagits och hade kunnat upprättas omedelbart. Kommissionen har inte gjort någon åtskillnad mellan dessa två typer av åtkomst eller mellan den manuella åtkomsten till Cascade RS och dess tilläggsfunktion ”Power of Attorney”, som inte förutsätter att användaren för över några uppgifter avseende aktieägaren, eftersom Cascade RS själv utför en automatisk registrering.

79 Sökandena har gjort gällande att de redan hade anfört dessa argument under det administrativa förfarandet, bland annat i inlagan av den 1 december 2003, från vilken vissa utdrag har bilagts repliken, och i inlagan av den 30 maj 2003. De ovannämnda e-postmeddelandena ger också stöd för sökandenas argument att EB redan före mars 2002 hade möjlighet att erhålla automatiserad åtkomst till Cascade RS. De har dessutom preciserat att funktionen ”Power of Attorney” och den automatiserade registreringen inte är synonyma med åtkomst för överföring av uppgifter om aktieägarna.

80 Kravet på upprättandet av en kombination av de två typerna av åtkomst som EB har begärt är ett av skälen till att förberedelserna för att ge EB åtkomst till CBF:s behandlingssystem är så tekniskt komplicerade. En helt automatiserad åtkomst kräver nämligen avsevärda ändringar i IT-systemen, grundliga förberedelser och ett stort antal testomgångar. Av denna anledning och i syfte att möjliggöra för mellanhandsförvarare att planera och förbereda sig, har CBF valt att endast upprätta automatiserade

åtkomster och genomföra ändringar av automatiserade åtkomster vid exakta lanseringsdatum två gånger per år. EB tog sikte på lanseringsdatumen i april eller september 2000.

81 Det framgår också av de e-postmeddelanden som utväxlades mellan EB och CBF att det berodde på bristande förberedelser från EB:s sida att det inte var möjligt att upprätta åtkomsten i fråga vid de planerade två datumen för lansering. Härvid har sökandena anfört att till och med kommissionen har medgett att EB efter april 2000 hade konstaterat att den närmaste möjliga tidpunkten för upprättandet av åtkomsten för CBF var i september 2000. EB önskade således skjuta upp inte bara den automatisering som kallas RTS (real-time settlement, avveckling i realtid) utan också upprättandet av en helt automatiserad åtkomst för överföring av uppgifter avseende avvecklingen för att dessa skulle upprättas tillsammans. I september 2000 utförde CBF samtliga test och förberedelser (bland annat en utbildning för EB:s personal den 11 september 2000, för vilken kursmaterialet bifogades repliken) och upprättade och tillhandahöll EB under fem arbetsdagar en sådan åtkomst som motsvarade EB:s begäran, vilket EB också har medgett. Enligt sökandena fullföljdes inte upprättandet av åtkomsten därför att EB inte lyckades slutföra de nödvändiga förberedelserna i tid. Det särskilda upprättandet som var planerat till den 30 oktober 2000 misslyckades av samma anledning och EB sköt upp det till den 1 december 2000.

82 Enligt sökandena har kommissionen inte heller beaktat att CBF:s praxis under den aktuella perioden att se till att namnet på förvärvaren av namnaktien (den ekonomiska ägaren) skrevs in i aktieregistret hos emittenten i stället för namnet på förvaltaren med fullständiga rättigheter (Vollrechtstreuhänder) eller den bemyndigade förvaltaren (Ermächtigungstreuhänder) (den juridiska ägaren/nominee) utgjorde ett allvarligt problem för EB. Det framgår av de olika e-postmeddelanden som kommissionen har nämnt samt av EB:s agerande efter upprättandet av åtkomsten. EB använde sig inte av den manuella åtkomsten till Cascade RS och överförde inte uppgifterna avseende aktieägarna.

83 Sökandena har åberopat ett vittnesmål från den dåvarande chefen för avdelningen ”Clearing och avveckling” vid CBF som bevisning, till stöd för de argument som avser de två typerna av åtkomst som EB begärde från CBF, EB:s vägran att låta registrera namnaktier i den ekonomiska ägarens namn och EB:s ansvar för det misslyckade upprättandet av åtkomst.

84 Vidare har sökandena anfört att förhandlingarna om upprättandet av åtkomst mellan december 2000 och november 2001 var kopplade till diskussioner mellan CBF och EB om andra frågor. Bland annat sköt CBF upp upprättandet av åtkomsten för EB från oktober till november 2001 som reaktion på avslaget på CBF:s begäran om åtkomst till Euroclear France för samtliga franska värdepapper. CBF handlade enligt principen ”lika för lika” och inte genom missbruk. Sökandena nämnde inte detta problem när de besvarade kommissionens begäran om upplysningar, eftersom den fråga som ställdes avsåg de nationella och inte de internationella centrala värdepappersförvararna. Kommissionens resonemang på denna punkt är dessutom motsägelsefullt.

85 Till skillnad från vad kommissionen har uppgett var frågorna om ersättning och utvidgning av specialtjänster nära kopplade till EB:s åtkomst till CBF:s system, och de uppfattades på så sätt av båda bolagen. I en intern anteckning från den 15 mars 2001, som sökandena har åberopat och som kommissionen bifogade sitt svaromål, har EB till och med låtit förstå att åtkomsten endast skulle användas som ett argument vid förhandlingarna om priser. Kommissionen har också medgett att EB strävade efter flera mål samtidigt under förhandlingarna. Härvid motsatte sig EB endast upptagandet av frågan om ändring av Bridge-avtalet.

86 De genomgripande ändringarna av de komplicerade ekonomiska förbindelserna mellan CBF och EB var önskade av EB. Sökandena grundar denna uppfattning på handlingarna som rör de möten som ägde rum mellan de två bolagen den 23 oktober 2000 och den 21 mars 2001. Sökandena har i detta avseende gjort gällande att kommissionen inte har bestritt innehållet i skrivelsen, avseende det första mötet. Dessutom var omförhandlingen nödvändig från ett affärsmässigt perspektiv och således objektivt motiverad. Sökandena har också gjort gällande att diskussionerna om samtliga dessa frågor hade inletts under samma period. Under dessa omständigheter kan de inte klandras för att ha velat göra gällande sina egna intressen under dessa diskussioner eller för att ha gjort sig skyldiga till viss förhalning gentemot EB.

87 Sökandena har anfört att det inte föreligger något otillbörligt hinder, vare sig i form av avsikt eller i form av resultat. För det första har sökandena anfört att även om det medgavs att de har försenat upprättandet av åtkomsten skulle det inte vara motiverat att påstå att de har gjort sig skyldiga till missbruk enligt artikel 82 EG. De eftersträvade nämligen inte något konkurrensbegränsande syfte. Kommissionen har sålunda inte

åberopat någon omständighet som skulle kunna motivera dess slutsats att sökandena sköt upp upprättandet av åtkomsten i syfte att hindra en konkurrent till CBL från att tillhandahålla sina tjänster på ett effektivt sätt. I själva verket erhöll CBL samma åtkomst mycket senare än EB, nämligen i mars 2002.

88 För det andra, vad gäller frågan huruvida sökandenas beteende har resulterat i ett hinder, anser sökandena att det endast kan anses föreligga ett missbruk av dominerande ställning när de konkurrensmässiga möjligheterna för det företag som påstås vara utsatt för ett hinder har skadats eller kan skadas i avsevärd mån. En försening med att ingå ett avtal kan endast likställas med en vägran att ingå avtal för det fall den begränsande verkan blir likvärdig. En sådan försening måste åtminstone varaktigt kunna hindra konkurrenter från att ta sig in på den dominerade marknaden eller undanröja dem från marknaden. Den hänvisning som görs i det angripna beslutet till de äldre besluten från kommissionen är inte heller relevant, eftersom de besluten, till skillnad från vad som är fallet i förevarande mål, grundar sig på en sådan kvalificerad, begränsande verkan. Med beaktande av dessa kriterier har sökandena inte gjort sig skyldiga till missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG.

89 Kommissionen har inte visat att det skulle föreligga en sådan konkurrensnackdel för EB. I de flesta fallen har EB och CBL indirekt åtkomst till de nationella centrala värdepappersförvararna i Europa. Förmedlingen sker till och med på flera olika nivåer, och det råder, åtminstone potentiellt, konkurrens mellan dessa olika nivåer. En indirekt åtkomst utgör uppenbarligen inte en konkurrensnackdel. Inte ens prisskillnaden påverkar en mellanhandsförvarares beslut att välja direkt eller indirekt åtkomst till CBF.

90 Dessutom begick kommissionen ett misstag när den grundade sig på betydelsen av namnaktier i Tyskland i stället för att utgå från vilken betydelse tyska namnaktier har för EB. Kommissionen har inte beaktat att EB utför clearing och avveckling uteslutande av affärsmässiga transaktioner med värdepapper som har sålts efter överenskommelse mellan två parter, och framför allt inom ramen för handeln med lån. I denna typ av handel och särskilt i EB:s verksamhet saknar tyska namnaktier praktiskt taget betydelse, och de utgör inte någon oumbärlig del av EB:s erbjudande av en komplett tjänst för clearing och avveckling. Det är visserligen riktigt att EB:s andel av transaktionerna hos CBF har ökat sedan EB fick möjlighet att registrera juridiska ägare i slutet av år 2002. Andelen av EB:s namnaktier som deponerats hos CBF, som år 2002 utgjorde 1 procent,

har dock sjunkit till 0,24 procent år 2004. För övrigt är den siffra som har anförts, på 9,2 miljoner amerikanska dollar (USD), i avgifter för transaktioner med namnaktier som EB skulle kunna spara genom en övergång till direkt åtkomst, osannolik.

91 Slutligen har sökandena gjort gällande att CBF inte har utsatt EB för någon form av diskriminering. De har anfört att de österrikiska och franska centrala värdepappersförvararna har erhållit åtkomst snabbare därför att de önskade manuell åtkomst som kunde upprättas vid vilken tidpunkt som helst och relativt snabbt. CBL hade vid upprättandet av åtkomsten redan genomfört alla nödvändiga tekniska förberedelser. Härvid har sökandena tillagt att vid en jämförelse av tidsåtgången mellan framställningen av begäran och upprättandet av åtkomsten är det viktiga inte huruvida de tillhandahållna tjänsterna är jämförbara, utan det enda som ska beaktas är typen av åtkomst, de tidpunkter för upprättande av åtkomst som följer därav och de eventuella tekniska problemen.

92 Kommissionen har bestritt dessa argument och vidhållit sina slutsatser i det angripna beslutet.

Förstainstansrättens bedömning

93 Inledningsvis framgår det av fast rättspraxis att gemenskapsdomstolen, även om den generellt sett gör en fullständig prövning av huruvida villkoren för tillämpning av konkurrensreglerna är uppfyllda, likväl måste begränsa sin prövning av kommissionens komplicerade ekonomiska bedömning till att endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt korrekta samt att det inte har förekommit någon uppenbart oriktig bedömning eller något maktmissbruk (se domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Microsoft mot kommissionen, punkt 87, och där angiven rättspraxis).

94 På samma sätt kan ett beslut från kommissionen som är resultatet av komplicerade tekniska bedömningar i princip också endast bli föremål för en begränsad domstolsprövning, vid vilken gemenskapsdomstolen inte kan ersätta kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna med sin egen bedömning (se domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Microsoft mot kommissionen, punkt 88, och där angiven rättspraxis).

95 Gemenskapsdomstolen har visserligen fastställt att kommissionen har ett utrymme för skönsmässig bedömning avseende ekonomiska och tekniska frågor. Detta innebär emellertid inte att gemenskapsdomstolen inte ska pröva kommissionens tolkning av uppgifter av sådant slag. Gemenskapsdomstolen ska nämligen inte bara pröva huruvida de bevis som åberopats är materiellt riktiga, tillförlitliga och samstämmiga, utan även pröva huruvida dessa bevis utgör samtliga relevanta uppgifter som ska beaktas för att bedöma en komplicerad situation och huruvida de kan ligga till grund för de slutsatser som dragits (se domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Microsoft mot kommissionen, punkt 89, och där angiven rättspraxis).

96 Det är mot bakgrund av dessa principer som förstainstansrätten ska pröva de argument som sökandena har anfört.

— Tidpunkten för begäran om åtkomst

97 I det angripna beslutet nämns och återges vissa avsnitt ur den skriftväxling som förekom mellan EB och CBF under den aktuella perioden. Visserligen innehåller ingen av dessa skrivelser någon formell begäran om åtkomst från EB till CBF. Det framgår av ett e-postmeddelande av den 3 augusti 1999, som kommissionen betraktar som EB:s begäran om åtkomst till Cascade RS, att EB hade ställt tekniska frågor och begärt information om tillvägagångssättet för att upprätta en sådan åtkomst. EB frågade bland annat på vilket sätt denna direkta åtkomst kunde genomföras i praktiken. Utdraget från e-postmeddelandet visar emellertid att det har förekommit många diskussioner mellan de två bolagen beträffande EB:s åtkomst och att dessa kunde föranleda EB att tro att någon formell begäran inte behövde göras. CBF:s svar av den 19 oktober 1999 på EB:s påminnelse i e-postmeddelandet av den 24 september 1999 pekar dessutom i den riktningen, eftersom CBF där tog upp de tekniska villkoren för att upprätta åtkomst för

överföring av uppgifter avseende aktieägarna. Dessutom påpekade EB i skrivelsen av den 20 september 1999 att flera av dessa förfrågningar hade förblivit obesvarade, bland annat vad gällde den direkta förbindelsen med Cascade RS.

98 Sökandenas resonemang, enligt vilket begäran om åtkomst gjordes under mötet den 28 januari 2000, är inte övertygande. Det framgår nämligen av protokollet från det mötet att de två bolagen snarare hade diskuterat formerna för upprättandet av åtkomsten, vilket antyder att de ansåg att en begäran om åtkomst redan hade gjorts med giltig verkan. Detta bekräftas av skrivelsen av den 3 februari 2000 enligt vilken EB ansåg att det senaste mötet mellan de två bolagen hade gjort det möjligt för dem att ”börja gå framåt” i frågan om åtkomst till vissa tjänster, bland annat åtkomsten till Cascade RS och RTS-automatiseringen.

99 Det framgår av det ovan anförda att kommissionen har haft fog för att av skriftväxlingen mellan EB och CBF sluta sig till att en begäran om åtkomst gjordes den 3 augusti 1999.

— Kommissionens påstådda tolkningsfel avseende de typer av åtkomst som EB har begärt

100 För det första, till skillnad från vad sökandena har anfört, har kommissionen inte i skäl 48 i det angripna beslutet påstått att det endast fanns en enda åtkomst till CBF:s system för hantering av namnaktier. Tvärtom framgår det av det angripna beslutet att kommissionen har tagit upp åtkomsten till undersystemet Cascade RS, som den har skilt från systemet Cascade, och att den har gjort skillnad mellan de två möjliga typerna av åtkomst, manuell åtkomst (också kallad online) och automatiserad åtkomst (skälen 46 och 48 i det angripna beslutet).

101 För det andra har sökandena gjort gällande att kommissionen har gjort en felaktig tolkning av de e-postmeddelanden som har utväxlats mellan parterna. Den korrekta tolkningen av dessa är att huvudproblemet inte var begäran om manuell åtkomst till Cascade RS utan begäran om automatiserad åtkomst till Cascade samt den begärda kombinationen av dessa två åtkomster. Sökandenas resonemang vilar i huvudsak på en annan tolkning av e-postmeddelandena än den som kommissionen har gjort.

102 Det framgår av det angripna beslutet att den fråga som behandlades under det administrativa förfarandet var frågan om direkt åtkomst till Cascade RS, eftersom EB redan hade åtkomst till Cascade för innehavaraktier och att EB i detta läge hade begärt direkt åtkomst till CBF för namnaktier. Det angripna beslutet grundade sig således på konstaterandet att EB hade begärt direkt åtkomst till Cascade RS, att CBF hade svarat att det var tämligen enkelt att upprätta en manuell åtkomst och att den åtkomst som slutligen hade erhållits var manuell. Kommissionen slöt sig härav till att EB fick vänta i över två år för att erhålla en åtkomst som enligt CBF kunde upprättas enkelt.

103 Genom detta konstaterande gjorde kommissionen en riktig tolkning av skriftväxlingen mellan parterna. Om EB, såsom sökandena har anfört, utöver bolagets redan befintliga automatiserade åtkomst till Cascade för innehavaraktier och en manuell åtkomst till Cascade RS, även behövde en annan åtkomst till Cascade för namnaktier för att kunna få tillgång till primära clearing- och avvecklingstjänster för namnaktier, och om en sådan kombination utgjorde ett problem för CBF, skulle det nämligen ha varit rimligt att i en förhandling mellan de två bolagen underrätta EB om detta, eller till och med eventuellt erbjuda EB en alternativ lösning, särskilt som EB i sitt e-postmeddelande av den 3 augusti 1999 frågade hur bolaget kunde ”genomföra den direkta åtkomsten i praktiken”.

104 Det ska utifrån skriftväxlingen mellan de två bolagen dock noteras att CBF inte vid något tillfälle underrättade EB om att det skulle utgöra något problem att upprätta två separata åtkomster, en manuell och en automatiserad. En separat åtkomst till Cascade

nämndes nämligen aldrig, och hela förhandlingen mellan sökandena och EB gällde frågan om åtkomst till Cascade RS. När CBF i e-postmeddelandet av den 19 oktober 1999 (skäl 52 i det angripna beslutet) nämnde de betydande ändringar av systemet och de undersökningar som var nödvändiga för en automatiserad förbindelse var detta som svar på de frågor som EB hade ställt beträffande RTS-automatiseringen. Däremot uppgav CBF också i samma e-postmeddelande, vad gällde direkt åtkomst till Cascade RS, att en manuell åtkomst kunde upprättas tämligen enkelt. Sökandena nämnde endast de olika typerna av åtkomst till Cascade och Cascade RS i sitt svar till kommissionen av den 1 december 2003, det vill säga när åtkomsten till Cascade RS redan hade upprättats. Dessutom gjorde sökandena inget annat än att nämna dem (i texten och i en bifogad uppställning), och de gjorde inte gällande att en viss åtkomst eller kombinationen av två åtkomster utgjorde ett problem för dem.

105 Dessutom framgår det av skäl 256 i det angripna beslutet att sökandena under det administrativa förfarandet ansåg att EB redan förfogade över en åtkomst online till Cascade i augusti 1999 och att det skulle räcka med att upprätta en åtkomst online till Cascade RS för att möjliggöra för EB att se till att namnaktier hanterades direkt via CBF. De hade dessutom uppgett att vid tiden för upprättandet av åtkomsten till Cascade RS för EB kunde en sådan åtkomst ”endast ske manuellt … av tekniska skäl” (skäl 258 fjärde strecksatsen i det angripna beslutet), och nämnde inte att en automatiserad åtkomst till Cascade eller en kombination av de två åtkomsterna skulle medföra något problem. Den bilaga till CBF:s skrivelse av den 24 maj 2002 som har rubriken ”Processing of registered shares in Germany”, vilken kommissionen bifogade svaromålet, innehåller dessutom en beskrivning av behandlingen av namnaktier och hänför sig enbart till Cascade RS.

106 I vilket fall som helst, även om åtkomsten till Cascade RS tekniskt sett sker genom två ingångar, kunde detta inte påverka bedömningen av de omständigheter som konstaterades under det administrativa förfarandet. Sökandenas förklaringar enligt vilka en automatiserad åtkomst kräver avsevärda ändringar i IT-systemen, grundliga förberedelser och ett stort antal testomgångar, varför en sådan åtkomst endast kan upprättas två gånger om året, kan inte rimligen motivera två års väntetid för en förbindelse som är hänförlig till CBF:s löpande verksamhet och som CBF normalt sett tar några månader på sig för att upprätta. Jämförelsevis kan det påpekas att CBL, enligt sökandena, hade begärt exakt samma kombination som EB och erhöll åtkomsten efter bara fyra månader. Sökandena har anfört att detta var möjligt eftersom CBL hade genomfört alla nödvändiga förberedelser inför upprättandet av åtkomsten. Denna förklaring stämmer dock inte överens med sökandenas ståndpunkt att svårigheterna

med att efterkomma EB:s begäran om åtkomst inom rimlig tid berodde på EB:s speciella begäran om en kombination av två separata åtkomster. Dessutom har sökandena själva gjort gällande att formerna för åtkomst kan kombineras enligt önskemål och att det är kunden som väljer vilken typ av åtkomst till CBF han önskar.

107 Sökandena har också gjort gällande att en manuell åtkomst till Cascade hade erbjudits och att denna skulle ha kunnat upprättas omedelbart. De har dock inte anfört någon bevisning till stöd för detta påstående, vilket kommissionen har påpekat. Det framgår inte heller av utdragen från skriftväxlingen mellan de två bolagen. Kommissionen gjorde således en riktig bedömning när den slog fast att sökandena inte hade fog för att hävda att de hade erbjudit EB manuell åtkomst till Cascade och att EB hade vägrat ta emot denna och i stället insisterat på en automatiserad åtkomst (skäl 258 första strecksatsen i det angripna beslutet).

108 Sökandenas argument avseende den extra funktionen ”Power of Attorney” i Cascade RS saknar relevans. Den åtkomst som EB gavs i november 2001 var nämligen manuell och funktionen ”Power of Attorney” var tillgänglig först i början av mars 2002. Således kan nämnda argument inte föranleda någon annan bedömning än kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna.

109 Samma sak gäller argumentet avseende avvecklingsfunktionen i Cascade RS. Det rör sig nämligen om en teknisk precisering som inte hade nämnts under skriftväxlingen mellan de två bolagen och således, även om den skulle visa sig vara riktig, inte kan föranleda någon annan bedömning än kommissionens bedömning av de faktiska omständigheterna.

110 Mot bakgrund av det ovan anförda sluter sig förstainstansrätten till att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den på grundval av skriftväxlingen mellan de två bolagen och upplysningar som den hade mottagit under det administrativa förfarandet, konstaterade att EB hade begärt åtkomst till Cascade RS och att bolaget inte insisterade på en speciell typ av åtkomst.

111 Under dessa förhållanden kan sökandenas resonemang inte godtas.

— Argumentet att EB inte genomförde alla förberedelser som var nödvändiga för upprättandet av åtkomsten

112 De olika argument som sökandena har anfört för att förklara varför EB inte erhöll åtkomst vid en tidigare tidpunkt med hänvisning till att EB inte hade genomfört alla de nödvändiga förberedelserna är inte övertygande.

113 För det första låter sig förstainstansrätten inte övertygas av argumentet att det endast var möjligt att upprätta en automatiserad åtkomst vid två lanseringsdatum, nämligen två gånger om året, en gång på våren och en gång på hösten. Dels är principen om lanseringsdatum enligt sökandena själva kopplad till automatiserad åtkomst, som mot bakgrund av det ovan anförda inte var avgörande i det förevarande fallet. Dels kan denna princip inte utläsas ur den skriftväxling som återgavs i det angripna beslutet. Även om det är riktigt såsom sökandena har anfört att vice styrelseordföranden för EB har skrivit att nästa möjliga datum för CBF efter april 2000 inföll först i september 2000 (e-postmeddelande av den 31 januari 2000) framgår det att principen om lanseringsdatum helt övergavs efter september 2000. De följande datum som övervägdes var således den 30 oktober och den 4 december 2000. Dessutom hade CBF i e-postmeddelandena av den 30 september och den 13 oktober 2000 uppmanat EB att meddela vid vilket datum EB ansåg sig kunna vara redo för upprättandet av åtkomsten, tre veckor respektive två veckor före detta datum. Ingen begräsning till vissa lanseringsdatum nämns. EB skriver till exempel i sitt meddelande till CBF den 4 december 2000, som var det datum då åtkomsten enligt överenskommelse skulle upprättas, en överenskommelse som CBF inte följde, att det var möjligt att bolaget skulle tvingas skjuta upp lanseringen till i början av följande år. Slutligen erhöll EB åtkomst den 19 november 2001.

114 Visserligen förekom uttrycken lanseringsdatum och lansering ofta i skriftväxlingen mellan de två bolagen, men de användes som synonymer till datumet för upprättande av åtkomst. Således ska det undersökas huruvida EB hade gjort allt som var nödvändigt för

att åtkomsten skulle kunna upprättas, oberoende av principen med lanseringsdatum som har åberopats av sökandena, det vill säga att det endast fanns två möjligheter till lansering per år.

115 För det andra har sökandena anfört att dröjsmålet berodde på att EB motsatte sig CBF:s praxis under den aktuella perioden att se till att namnet på förvärvaren av namnaktien skrevs in i aktieregistret hos emittenten i stället för namnet på den juridiska ägaren. I det angripna beslutet (skäl 255) slog kommissionen fast att sökandena inte hade visat att EB:s kommentarer beträffande sina preferenser när det gäller registreringsmekanismer kunde hindra eller försena upprättandet av en direkt åtkomst till Cascade RS. Härvid ska det tilläggas att det inte endast rörde sig om kommentarer från EB, utan också om kommentarer från CBF. Det framgår nämligen att CBF också hade nämnt problemet, bland annat i e-postmeddelandet av den 19 oktober 1999 där CBF preciserade att EB, för att kunna få direkt åtkomst till systemet, måste samtycka till att föra in samtliga personliga uppgifter om varje verklig ägare och/eller investerare. Vidare framgår det av protokollet från mötet den 28 januari 2000 mellan de två bolagen (e-postmeddelande av den 31 januari 2000) att den här frågan diskuterades vid mötet och att EB föreslog en lösning som CBF inte förefaller ha tillbakavisat. Dessutom har sökandena medgett att, även under perioden mellan upprättandet av åtkomst för EB och skapandet av funktionen ”Power of Attorney” som löste problemet år 2002, EB inte använde sig av den manuella åtkomsten till Cascade RS för uppgifterna avseende aktieägare och inte överförde dessa uppgifter. Såsom kommissionen med fog har gjort gällande visar denna omständighet att det var möjligt att upprätta åtkomst utan att frågan om registrering av den juridiska ägaren hade lösts.

116 För det tredje konstaterar förstainstansrätten vad gäller argumentet att EB ska ha skjutit upp upprättandet av åtkomst som var planerat till april, september och oktober 2000, att dessa frågor blev föremål för en lång utredning i det angripna beslutet. Kommissionen gjorde rätt som bedömde att det inte framgår av e-postmeddelandet av den 31 januari 2000 att EB inte var redo för upprättandet av åtkomst i april. EB angav endast att efter april månad var nästa möjliga lanseringsdatum för CBF i september. När EB i e-postmeddelandet av den 31 mars 2000 skrev att bolaget i det dåvarande läget inte skulle klara att genomföra lanseringen i april syftade det enbart på RTS-systemet och inte på åtkomsten till Cascade RS. Dessutom lämnade CBF i svaret av den 3 april 2000 sitt samtycke till att skjuta upp lanseringen av RTS-automatiseringen samtidigt som bolaget frågade huruvida, vad gällde den direkta åtkomsten till Cascade RS, deras åtagande avseende lanseringen i september 2000 fortfarande gällde (skäl 57, 59 och 60 i det angripna beslutet). Sökandenas argument, att EB i e-postmeddelandet av den 31 januari 2000 hade meddelat att EB önskade genomföra förbindelsen samtidigt med

RTS-automatiseringen och att bolaget således ville skjuta upp båda delarna, strider sålunda mot hur CBF hade uppfattat situationen vid tiden för omständigheterna i målet.

117 För det andra konstaterar förstainstansrätten att sökandenas argument att CBF hade genomfört förberedelser (bland annat en utbildning för EB) och upprättat en åtkomst till Cascade RS den 18 september 2000 som EB inte kunde göra bruk av därför att bolaget inte i tid hade avslutat förberedelserna inte heller är övertygande. Det är visserligen riktigt att CBF i sitt e-postmeddelande av den 12 september 2000 till EB positionerade sig ”några dagar innan [EB] började använda Cascade RS”. CBF ställde dock frågan vid vilket datum EB skulle börja använda Cascade RS och vid vilket datum det planerade kontot skulle vara tillgängligt för namnaktierna. EB svarade i e-postmeddelandet av den 15 september 2000 att överföringen var avsedd att ske den 30 oktober men att den kunde komma att skjutas upp. I ett internt meddelande av den 19 september 2000 som skickades inom EB nämndes dessutom denna icke aktiva åtkomst som måste förbli avstängd fram till ”det faktiska lanseringsdatumet” (skälen 62–64 i det angripna beslutet). Härav följer att kommissionens resonemang, enligt vilket den åtkomst som upprättades den 18 september 2000 inte var en aktiv åtkomst, och således operationell online, till Cascade RS, och att den upprättades oväntat, var riktigt. Sökandena har också anfört att EB hade låtit förstå att bolaget skulle klara av septemberfristen. De har dock inte ingett någon bevisning som stöder detta, vilket kommissionen har påpekat. PowerPoint-presentationen för utbildningen av EB:s personal den 11 september 2000 och de e-postmeddelanden som därefter utväxlades visar enbart att utbildningen har ägt rum, vilket kommissionen inte har bestritt, och räcker inte för att slutsatsen ska kunna dras att EB hade underrättats om ett exakt datum för upprättandet av åtkomsten.

118 Efter det att upprättandet hade misslyckats underrättade CBF dessutom EB om vissa villkor som måste vara uppfyllda före upprättandet av åtkomst, bland annat avseende kundinformation, och kravet på att EB angav det planerade datumet tre veckor eller två veckor i förväg (se e-postmeddelandet av den 30 september 2000 respektive e-postmeddelandet av den 13 oktober 2000, som återgavs i skälen 65 och 67 i det angripna beslutet). Dessa villkor var dock inte uppfyllda före upprättandet av åtkomst i september 2000. I vilket fall som helst kan en sådan åtkomst, med hänsyn tagen till punkt 117 ovan, inte betraktas som operationell, såsom kommissionen har anfört.

119 För det tredje har kommissionen medgett att det förhållandet att åtkomsten inte kunde upprättas den 30 oktober 2000 mycket riktigt berodde på att EB inte var redo, men har också anfört att den omständigheten beaktades i det angripna beslutet. Det framgår nämligen av det angripna beslutet att EB underrättade CBF den 16 oktober 2000 om att EB inte skulle vara redo för lansering den 30 oktober, men att bolaget troligen skulle vara redo i december 2000. Genom e-postmeddelande av den 15 november 2000 bekräftade EB, i enlighet med det framställda kravet på avisering, att åtkomsten skulle kunna upprättas den 4 december 2000 (skälen 68 och 69 i det angripna beslutet). På grundval av dessa upplysningar konstaterade kommissionen att denna senareläggning med en månad hade varit önskad av EB. Som kommissionen konstaterade fick denna omständighet dock inte CBF:s förhalning att upphöra, vilken för övrigt fortgick fram till den 19 november 2001 (skäl 264 i det angripna beslutet).

120 Mot bakgrund av det ovan anförda konstaterar förstainstansrätten, med hänsyn tagen till den av EB önskade senareläggningen med en månad, att EB mer än ett år efter att ha framställt sin begäran fortfarande inte hade erhållit åtkomst till Cascade RS, utan att sökandena lämnat någon övertygande motivering härtill. Således kan deras resonemang inte godtas.

— Resonemanget om omförhandlingen av avtalen mellan sökandena och EB

121 Det nya datumet som fastställdes för upprättandet av åtkomsten var den 4 december 2000. Efter ett telefonsamtal mellan de två bolagens ansvariga för projektet, under vilket CBF underrättade EB om att åtkomsten inte skulle kunna upprättas i tid, skrev EB till CBF den 17 november 2000 för att begära mer utförlig information om skälen till denna vägran (skäl 73 i det angripna beslutet).

122 Det var efter nämnda e-postmeddelande som CI inträdde i förhandlingen mellan EB och CBF. Den 1 december 2000 skickade CI ett faxmeddelande till EB och hänvisade till

deras tidigare diskussioner och förhandlingar beträffande EB:s begäran om en justering av avgifterna för de avvecklingstjänster som CBF tillhandahöll. I faxmeddelandet angavs följande (skäl 74 i det angripna beslutet):

”Mot denna bakgrund har jag nöjet att meddela er att vi i princip är beredda att teckna ett avtal med EB som inte bara avser vår analys av det aktuella avvecklingsförfarandet utan också beaktar er begäran om sänkning av avgifter och vissa tilläggstjänster. Således behöver vi förhandla fram ett nytt avtal. Vi bör också ta tillfället i akt för att diskutera de önskemål vi framställer [till EB] och de nya tjänster som vi väntar oss från EB. Förhandlingarna bör inledas snarast möjligt och avslutas med framgång i mitten av nästa år.”

123 Meddelandet av den 4 december 2000 från EB till CBF (skäl 75 i det angripna beslutet) har följande lydelse:

”Vi har nu under två veckors tid försökt få klarhet i vad som gäller för vår åtkomst till Cascade RS. Trots åtskilliga [telefonsamtal] och e-postmeddelanden har vi inte erhållit någon information om skälen till fördröjningen, och inte heller fått veta vid vilket datum vi beräknas kunna få åtkomst till Cascade RS … Vi blev förvånade när CBF beslutade att skjuta upp vår åtkomst till Cascade RS fastän vi hade aviserat två veckor i förväg såsom vi ombetts göra och trots att vi hade erhållit ett första klartecken. Vi är nu bekymrade över att vi inte har underättats vare sig om skälen till förseningen eller om hur lång tid ni beräknar behöva för att lösa de ’tekniska problem’ som ni har.”

124 I en skrivelse av den 22 januari 2001 skrev EB till CI att bolaget ”i slutet av december också underrättats om att [CBF] hade ändrat sig och i slutändan inte avsåg att ge [EB] tillgång till sitt system för namnaktier, vilket dock är öppet för andra av [CBF:s] kunder”. EB uppgav dessutom att det rörde sig om en form av diskriminering som inverkade negativt på bolagets möjligheter att tillhandahålla tjänster åt sina kunder (skäl 78 i det angripna beslutet).

125 I ett faxmeddelande av den 24 januari 2001 som skickades till EB (skäl 79 i det angripna beslutet) bestred CI att det förekom någon som helst diskriminering. CI nämnde också ett möte som ägde rum mellan de två bolagen den 23 oktober 2000 under vilket de avgifter som betalas av EB jämfördes med de avgifter som tyska banker betalar. Faxmeddelandet innehöll också följande text:

”Vi är villiga att låta våra kommande förhandlingar även omfatta CBF:s system för namnaktier. Vi vill dock påpeka att namnaktietjänsten tillhandahålls av flera aktörer och att CBF således inte innehar någon exklusiv ställning på den tyska marknaden. Vi vill återigen be er uppmärksamma att [CBL] inte heller har direkt åtkomst till CBF:s namnaktiesystem. Det saknas således grund för ert påstående om diskriminering. … Vad gäller er särskilda begäran om att lösa frågan om sänkning av avgiften och frågan om namnaktietjänsten är vi beredda att inleda en allmän omförhandling av avtalet (som omfattar er begäran om sänkning av avgiften och tilläggstjänster) i början av mars … ”

126 I samma faxmeddelande skrev CI att ”[u]nder … mötet den 23 oktober 2000 åtog sig [EB och CI] att tillsammans förhandla fram ett nytt länkavtal som löser problemen i det aktuella avtalet och att undersöka [EB:s] begäran om sänkning av avgifterna i lämplig utsträckning”. Vidare skrev CI att ”[EB:s] åtagande att delta i förhandlingar fastställdes … i [dess] skrivelser” och att ”[d]essa skrivelser … bekräftade [att EB] uppfattade att frågan om sänkning av avgifterna ingick i den allmänna förhandlingen om ett nytt avtal och att [dessa] två skrivelser inte var förenade med några andra villkor”. Vad gäller EB:s speciella begäran att lösa frågan om sänkning av avgifterna angav CI att bolaget var berett att inleda en allmän omförhandling av avtalet i början av mars månad (skäl 113 i det angripna beslutet).

127 Den 10 juli 2001 uppgav CBF per telefon till EB att CBF inte hade några problem med den direkta åtkomsten till avvecklingen av namnaktier när Sicovam (den franska centrala värdepappersförvararen vid den aktuella tidpunkten) å sin sida skulle öppna en förbindelse till CBF för ett större antal franska aktier (skäl 82 i det angripna beslutet).

128 I en intern skrivelse som upprättades av EB den 15 mars 2001, och som utgör bilaga till svaromålet, beskrivs den strategi som EB skulle följa vid mötet med CBF den 21 mars 2001. Där står bland annat att EB:s syfte när diskussionerna med CBF inleddes var att priset skulle omförhandlas och att det andra syftet var att erhålla åtkomst till Cascade RS. EB hoppades dessutom kunna upprätthålla det befintliga avtalet under försöken att uppnå de två andra syftena. EB beräknades kunna tjäna 2 miljoner euro på sänkningen av priserna och 9,2 miljoner USD genom erhållandet av åtkomst till Cascade RS. I slutsatsen i skrivelsen angavs det däremot att det för EB var viktigare med åtkomsten till Cascade RS än med sänkningen av priserna, att det medförde vissa fördelar att ha ett ”specialavtal” som bolaget ville behålla och att prissänkningen kunde diskuteras i ett senare skede.

129 Dessutom framgår det av protokollet från detta möte den 21 mars 2001, som utgör bilaga till dupliken, att EB ansåg att huvudfrågan för förhandlingen var priset och att samtliga frågor skulle diskuteras inom ramen för det avtal som var tillämpligt vid den aktuella tidpunkten, men att CBF önskade diskutera alla frågor tillsammans och inte var och en för sig.

130 Förstainstansrätten konstaterar på grundval av skriftväxlingen och de ovannämnda handlingarna att även om EB tog upp frågan om sänkning av avgiften och tilläggstjänster så var det sökandena som önskade ta med frågan om direkt åtkomst i omförhandlingen av deras avtal, och inte EB. Även om EB försökte uppnå flera syften i diskussionerna med CBF ansåg EB nämligen, vilket kommissionen också har medgett, att det fanns mycket mer att tjäna på att erhålla åtkomst till Cascade RS än att få till stånd en prissänkning. EB kunde inte ha något som helst intresse av att ta med frågan om upprättandet av åtkomst i omförhandlingen av avtalet med CBF, utan önskade snarare erhålla åtkomst på grundval av det redan gällande avtalet och förhandla fram en eventuell prissänkning senare. Således ska sökandenas resonemang på denna punkt underkännas.

131 Sökandena har också gjort gällande att CBF sköt upp upprättandet av åtkomsten för EB från oktober till november 2001 därför att CBF hade fått avslag på sin begäran om åtkomst till Euroclear France (tidigare Sicovam) för samtliga franska värdepapper.

132 Förstainstansrätten erinrar om att det följer av fast rättspraxis på området för tillämpningen av artikel 82 EG att även om ett konstaterande att ett företag har en dominerande ställning inte i sig innebär någon kritik av det berörda företaget, åligger det följaktligen ett sådant företag, oberoende av anledningen till att det intar denna ställning, en särskild skyldighet att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den gemensamma marknaden (domen i det ovan i punkt 48 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 57). Även om en dominerande ställning inte innebär att ett företag i denna ställning fråntas rätten att skydda sina ekonomiska intressen när dessa hotas och även om detta företag har möjlighet att inom rimliga gränser vidta sådana åtgärder som det anser lämpliga för att skydda sina intressen, kan sådant beteende emellertid inte godtas när det syftar till att förstärka och missbruka den dominerande ställningen (förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i mål T-203/01, Michelin mot kommissionen, REG 2003, s. II-4071, punkt 55, och där angiven rättspraxis).

133 Det följer sålunda av karaktären på de skyldigheter som föreskrivs i artikel 82 EG att företag med dominerande ställning under särskilda omständigheter kan fråntas rätten att uppträda på visst sätt, eller att utföra vissa handlingar, som i sig inte utgör missbruk och som inte ens kan förbjudas om de skulle antas eller utföras av företag som inte har en dominerande ställning (förstainstansrättens dom av den 17 juli 1998 i mål T-111/96, ITT Promedia mot kommissionen, REG 1998, s. II-2937, punkt 139).

134 Sökandena kan således inte med framgång åberopa avslaget på den begäran om åtkomst som CBF riktat till Euroclear France för samtliga franska värdepapper eller omförhandlingen av avtalen med EB för att motivera sitt beteende. I egenskap av företag i dominerande ställning hade CBF nämligen en särskild skyldighet att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den gemensamma marknaden.

135 Dessutom preciserar förstainstansrätten att CBF:s begäran om åtkomst till den franska centrala värdepappersförvararen inte kunde vara relevant för den förevarande tvisten före januari 2001 (den tidpunkt då EB förvärvade Sicovam som därefter blev Euroclear France), det vill säga ett och ett halvt år efter EB:s begäran om åtkomst.

136 På grundval av ovannämnda rättspraxis drar förstainstansrätten slutsatsen att sökandena gjorde sig skyldiga till missbruk genom att beakta omförhandlingen av deras avtal och deras begäran om åtkomst till den franska centrala värdepappersförvararen under förhandlingarna om upprättandet av en åtkomst till Cascade RS trots att dessa redan hade pågått i över ett år. Dessutom tycks det framgå tämligen klart av skriftväxlingen och protokollen från de möten som hädanefter hölls mellan EB, CBF och CI vilka som var CI:s intressen. CI är moderbolag till CBL som är den enda internationella centrala värdepappersförvararen i Europeiska unionen förutom EB. Slutligen gavs EB åtkomst till Cascade RS utan att något allmänt avtal hade ingåtts mellan parterna.

137 Vad gäller sökandenas påstående att diskussionerna med EB om upprättande av åtkomst inleddes först i början av hösten 2000, det vill säga samtidigt som diskussionerna om prissänkning och utvidgningen av specialtjänster, är det tillräckligt att konstatera att detta står i motsats till sökandenas tidigare argument beträffande perioden februari–november 2000.

138 Följaktligen ska sökandenas resonemang på denna punkt underkännas i dess helhet.

— Påståendet att det inte föreligger något otillbörligt hinder

139 Sökandena har anfört att ett eventuellt dröjsmål vid upprättandet av åtkomsten inte motiverar påståendet att de har gjort sig skyldiga till missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG, eftersom de inte har haft något konkurrensbegränsande syfte. Dessutom anser de att det endast är fråga om missbruk av dominerande ställning när de konkurrensmässiga möjligheterna för det företag som påstås vara utsatt för ett hinder har skadats eller kan skadas i avsevärd mån.

140 Begreppet missbruk är ett objektivt begrepp enligt fast rättspraxis. Det omfattar sådana beteenden av ett företag med dominerande ställning som kan påverka strukturen på en marknad där konkurrensen redan är försvagad, just på grund av det ifrågavarande företagets existens, och som, genom att andra metoder används än sådana som räknas

till normal konkurrens om varor och tjänster på grundval av de ekonomiska aktörernas prestationer, medför att hinder läggs i vägen för att den på marknaden ännu existerande konkurrensen upprätthålls eller utvecklas (domen i det ovan i punkt 49 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 91, svensk specialutgåva, volym 6, s. 315, se även domen av den 30 september 2003 i det ovan i punkt 132 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 54, och där angiven rättspraxis).

141 Således kan ett företag som har en dominerande ställning anses missbruka denna i den mening som avses i artikel 82 EG utan att det föreligger något uppsåt (förstainstansrättens dom av den 1 april 1993, i mål T-65/89, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1993, s. II-389, punkt 70, svensk specialutgåva, volym 14, s. II-1).

142 Sökandenas argument att de inte eftersträvade något konkurrensbegränsande syfte påverkar således inte den rättsliga kvalificeringen av de faktiska omständigheterna. Om det i det här fallet visas att sökandenas syfte med att skjuta upp upprättandet av åtkomst var att hindra en kund och konkurrent till Clearstream-koncernen från att tillhandahålla sina tjänster på ett effektivt sätt, kan detta stärka slutsatsen att det föreligger missbruk av dominerande ställning, men det är inte en förutsättning för att dra en sådan slutsats.

143 Förstainstansrätten erinrar dessutom om att EB i det förevarande fallet nekades åtkomst, och att EB dels är kund till CBF på den tyska marknaden för gemensamt förvarade värdepapper, dels är en direkt konkurrent till CBL – ett systerbolag till CBF och den enda övriga internationella centrala värdepappersförvararen i Europeiska unionen – på marknaden i efterföljande led för clearing och avveckling av gränsöverskridande transaktioner med värdepapper. Det framgår visserligen inte av det angripna beslutet att sökandena avsåg att skapa en konkurrensnackdel för EB. Däremot innehåller beslutet en bedömning av skälen till och konsekvenserna av nämnda vägran att tillhandahålla tjänster mot bakgrund av EB:s och Clearstream-koncernens ställning på den relevanta marknaden. Kommissionen har redogjort för flera omständigheter som visar på att sökandena hade som mål att inte tillhandahålla EB sina tjänster och således hindra konkurrensen på området för tillhandahållande av sekundära clearing- och avvecklingstjänster (skälen 234 och 300 i det angripna beslutet). Med hänsyn till att begreppet missbruk av dominerande ställning är ett objektivt begrepp är det dock inte nödvändigt att uttala sig på denna punkt.

144 De verkningar som nämns i den rättspraxis som har angetts ovan i punkt 140 gäller inte nödvändigtvis de konkreta verkningarna av det kritiserade missbruket. För att fastställa en överträdelse av artikel 82 EG räcker det att styrka att missbruket av företaget i dominerande ställning tenderar att inskränka konkurrensen eller, med andra ord, att beteendet har eller kan ha sådana verkningar (domen av den 30 september 2003 i det ovan i punkt 132 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 239).

145 Det ska prövas huruvida kommissionen i det förevarande fallet har visat att sökandenas beteende tenderade att inskränka konkurrensen på marknaden för sekundära clearing- och avvecklingstjänster.

146 Såsom har förklarats i samband med prövningen av den första grunden innehåller det angripna beslutet kommissionens hela analys av tjänstemarknaden. På grundval därav gjorde kommissionen den riktiga bedömningen att CBF innehade ett faktiskt monopol och således var en oundviklig affärspartner vad gällde tillhandahållande av primära clearing- och avvecklingstjänster på den relevanta marknaden. Kommissionen konstaterade dessutom att hindren för inträde på marknaden, i form av lagstiftning, tekniska krav, marknadsdeltagarnas intresse, kostnader för inträde, kostnader för kunderna och sannolikheten att kunna tillhandahålla konkurrenskraftiga produkter, var så höga att det var möjligt att utesluta att några nya aktörer skulle kunna ta sig in på marknaden och utsätta CBF för ett konkurrensmässigt hot inom överskådlig framtid (skälen 205–215 i det angripna beslutet).

147 Det framgår av domstolens rättspraxis att det, för att dra slutsatsen att det föreligger missbruk i den mening som avses i artikel 82 EG, förutsätts inte endast att vägran att tillhandahålla den tjänst som är i fråga är av beskaffenheten att undanröja all konkurrens på marknaden från den som efterfrågar tjänsten och att denna vägran inte är objektivt berättigad, utan även att tjänsten i sig är oumbärlig för att den som efterfrågar den ska kunna bedriva sin verksamhet (domstolens dom av den 26 november 1998 i mål C-7/97, Bronner, REG 1998, s. I-7791, punkt 41). Enligt fast rättspraxis anses en produkt eller tjänst vara oumbärlig eller nödvändig om det inte finns någon faktisk eller potentiell ersättning för den (se 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 208, och där angiven rättspraxis).

148 När det gäller kravet på undanröjande av all konkurrens är det inte nödvändigt att, vid fastställandet av att artikel 82 EG har åsidosatts, styrka att all konkurrens på marknaden var på väg att undanröjas, utan det räcker att styrka att den aktuella vägran riskerar att, eller är av beskaffenheten att, undanröja all konkurrens på marknaden. Kommissionen ska styrka att det föreligger en risk för att all effektiv konkurrens elimineras (domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Microsoft mot kommissionen, punkterna 563 och 564).

149 I det förevarande fallet är det mot bakgrund av dessa överväganden som kommissionen inledningsvis konstaterade (skälen 168, 226, 228, 231 och 234 i det angripna beslutet) att sökandena innehade ett faktiskt monopol avseende tillhandahållandet av primära clearing- och avvecklingstjänster på den relevanta marknaden och att EB inte kunde reproducera de tjänster som bolaget efterfrågade. Vidare konstaterade kommissionen att EB i egenskap av internationell central värdepappersförvarare erbjöd sina kunder tillgång till ett stort antal värdepappersmarknader och således en, på europeisk nivå, nyskapande tjänst för sekundär clearing och avveckling av gränsöverskridande transaktioner med värdepapper på den inre marknaden och att de investerare som önskade använda sig av tjänster som tillhandahålls från en och samma aktör, nämligen från en internationell central värdepappersförvarare, i huvudsak hade att välja mellan CBL och EB. Enligt kommissionen var åtkomsten till CBF oumbärlig för att EB skulle kunna tillhandahålla gränsöverskridande sekundära clearing- och avvecklingstjänster, och sökandenas vägran att tillhandahålla bolaget primära clearing- och avvecklingstjänster för namnaktier hindrade det från att tillhandahålla fullständiga, alleuropeiska och innovativa tjänster. Det har skadat innovationen och konkurrensen vad gäller tillhandahållandet av gränsöverskridande sekundära clearing- och avvecklingstjänster på marknaden för gränsöverskridande clearing och avveckling av värdepapper inom Europeiska unionen, och i slutändan konsumenterna på den inre marknaden. Slutligen konstaterade kommissionen att det inte kunde föreligga sakliga skäl för sökandenas beteende.

150 Kommissionen slöt sig dessutom till att vägran att ge direkt åtkomst till Cascade RS och den obefogade diskrimineringen i detta avseende inte utgjorde två separata överträdelser utan snarare två uttryck för ett och samma beteende. Det föreligger nämligen obefogad diskriminering därför att CBF har vägrat att tillhandahålla EB samma tjänster, eller liknande tjänster, som det har tillhandahållit andra jämförbara kunder. Den således styrkta vägran att tillhandahålla tjänster förstärks enligt kommissionen av konstaterandet av den obefogade diskrimineringen av CBF:s kunder.

151 Dessa slutsatser kan inte vederläggas av de olika argument som sökandena har anfört i detta avseende. Till skillnad från vad sökandena har anfört var det således riktigt av kommissionen att slå fast att tidsåtgången för att erhålla åtkomst med råge hade överskridit vad som kunde betraktas som rimligt och motiverat, och att således likna dröjsmålet vid en otillbörlig vägran att tillhandahålla tjänsten i fråga, som medförde en konkurrensnackdel för EB på den relevanta marknaden. Jämförelsevis kan det påpekas att CBL, som är en direkt konkurrent till EB, erhöll åtkomst till Cascade RS efter bara fyra månader. Vad gäller sökandenas argument att CBL vid tiden för omständigheterna i målet inte heller hade åtkomst till CBF, påpekar förstainstansrätten dessutom att CBL framställde sin begäran först när EB redan hade getts åtkomst till Cascade RS (skäl 236 andra strecksatsen i det angripna beslutet).

152 Argumentet att kommissionen inte har styrkt att den indirekta åtkomsten till CBF utgjorde en konkurrensnackdel för EB, och att EB och CBL i de flesta fall i Europa hade indirekt tillgång till de nationella centrala värdepappersförvararna har redan undersökts vid prövningen av den första grunden vad gäller frågan om utbytbarhet på utbudssidan. Det ska på denna punkt erinras om att EB, innan bolaget begärde åtkomst till Cascade RS, hade indirekt åtkomst till CBF via Deutsche Bank. Kommissionen gjorde dock en riktig bedömning när den på grundval av de uppgifter som marknadsaktörerna har lämnat konstaterade att en sådan indirekt åtkomst medförde vissa nackdelar, nämligen längre frister, större risker, högre kostnader och potentiella intressekonflikter (skäl 139 i det angripna beslutet). Argumentet om eventuella indirekta åtkomster till nationella centrala värdepappersförvarare på andra geografiska marknader är inte heller relevant, eftersom bedömningen av de faktiska omständigheterna endast avser den geografiska marknad som är relevant i det förevarande målet, nämligen Tyskland.

153 Vad gäller sökandenas argument att den hänvisning som görs i det angripna beslutet till de äldre besluten från kommissionen saknar verkan, eftersom de besluten grundar sig på en kvalificerad, begränsande effekt som saknas i det förevarande målet, räcker det att erinra om den rättspraxis som nämns ovan i punkt 55.

154 När det gäller betydelsen av EB:s namnaktier som har deponerats hos CBF och den potentiella vinst som det kan innebära för EB att erhålla åtkomst till Cascade RS, framhåller förstainstansrätten, liksom kommissionen, bland annat att det är av stor betydelse att kunna erbjuda sina kunder tjänster för tyska namnaktier, vilket mot

bakgrund av den rådande marknaden inte kan bestridas. Dessutom kan betydelsen av den tjänst som CBF tillhandahåller endast bedömas utifrån den mängd transaktioner som utförs åt EB, vilken inte nödvändigtvis motsvarar, och till och med i de flesta fall inte motsvarar, mängden aktier som har deponerats hos CBF. Visserligen kan argumentet om en liten mängd spela en roll i valet mellan en automatiserad och en manuell åtkomst, men även en ringa mängd transaktioner med namnaktier, särskilt med beaktande av deras betydelse, kan i vilket fall som helst motivera en direkt åtkomst till CBF:s behandlingssystem. Sökandena har inte gjort någon uppskattning på grundval av värdet av de utförda transaktionerna utan har endast lämnat sifferuppgifter om den andel av namnaktier som finns deponerade hos CBF, utan stöd av någon bevisning. De har likaså föreslagit ett annat sätt att beräkna den betydelse som dessa aktier har för EB som inte stöds av någon officiell handling eller någon definierad beräkningsgrund.

155 Följaktligen ska sökandenas resonemang på denna punkt underkännas i dess helhet.

— Påståendet att EB inte har utsatts för någon diskriminering

156 Förstainstansrätten har redan i föregående punkter redogjort för de omständigheter som ska anföras för att bemöta detta argument. När det gäller EB:s påstådda begäran om automatiserad åtkomst till Cascade och manuell åtkomst till Cascade RS, räcker det således med att erinra om att CBL erhöll åtkomst till Cascade RS efter bara fyra månader trots att bolaget, enligt vad sökandena själva har uppgett, hade begärt samma åtkomstkombination som EB (se punkterna 106 och 151 ovan). Vad beträffar påståendet att EB under mer än ett år hade underlåtit att genomföra de förberedelser som var nödvändiga för att åtkomsten skulle kunna upprättas konstaterar förstainstansrätten att sökandena inte har visat att så var fallet (se punkterna 112–120 ovan). Slutligen har sökandena inte bestritt att de österrikiska och franska centrala värdepappersförvararna har erhållit åtkomst till Cascade RS utan dröjsmål. Det framgår dock av de uppgifter som inhämtades under det administrativa förfarandet och som redovisades i det angripna beslutet att det inte finns några clearing- och avvecklingstjänster som CBF tillhandahöll de internationella centrala värdepappersförvararna som bolaget inte tillhandahöll de nationella centrala värdepappersförvararna (skälen 133 och 296 i det angripna beslutet). När det gäller typen av åtkomst ska det erinras om att den åtkomst som EB gavs i november 2001 var manuell, i likhet med den åtkomst som CBF gav de nationella centrala värdepappersförvararna.

157 Förstainstansrätten sluter sig således till att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den konstaterade att EB har utsatts för diskriminering vad gäller tillhandahållandet av primära clearing- och avvecklingstjänster för namnaktier.

158 På grund av det anförda kan talan inte vinna bifall såvitt avser denna del av den andra grunden.

*Den andra delen: Det föreligger ingen diskriminering vad gäller priset*

Parternas argument

159 Sökandena har anfört att det inte har förekommit någon otillbörlig diskriminering vid prissättningen i förhållande till EB. Framför allt är det inte möjligt att jämföra de nationella centrala värdepappersförvararna med de internationella centrala värdepappersförvararna, eftersom det rör sig om två olika kundgrupper. Såväl kombinationerna av de efterfrågade tjänsterna som de kostnader som är hänförliga till dem skiljer sig åt mellan grupperna.

160 För det första framgår det av domstolens rättspraxis att marknadens struktur kan motivera en distinktion mellan olika kundkategorier. I det förevarande fallet har kommissionen dock bortsett från de avgörande skillnader som finns mellan de nationella och de internationella centrala värdepappersförvararna, med avseende på funktion och verksamhetsmodell. Framför allt är de internationella centrala värdepappersförvararna, till skillnad från de nationella, inte befriade från risk, eftersom de inte är föremål för statlig övervakning som garanterar säkerheten för kapitalrörelser och eftersom de kan genomföra transaktioner i olika valutor.

161 För det andra är de transaktioner som CBF måste behandla för de internationella centrala värdepappersförvararna många fler än de som genomförs för de nationella, och följaktligen är graden av standardisering och automatisering högre för de förstnämnda förvararna, vilket kräver användning av vissa specialprogram. 76 procent av totalkostnaderna avser nämligen behandlingen av transaktionerna för de internationella centrala värdepappersförvararna, vilket leder till en ökning av kostnaderna för behandlingen av data.

162 För det tredje är EB mottagare av vissa specialtjänster som nämns i skäl 131 i det angripna beslutet. Det är dessa tjänster som årsavgiften på 125 000 euro avser. Dessa tjänster var nämligen inte förknippade med clearing och avveckling, utan endast med förvaring och emission av värdepapper. Sökandena har i detta avseende som bilaga till repliken ingett en skrivelse av den 29 augusti 1996 som är ställd till EB. Sökandena har betonat att kvalificeringen av och skiljandet mellan avvecklingstjänster och specialtjänster är korrekta och omdömesgilla, och har gjort gällande att de sistnämnda tjänsterna endast tillhandahålls EB. Förändringar av ställningarna till följd av innehavarens överlämnande av värdepapper, återlämnande av värdepapper till innehavarna och ökningar eller minskningar av emittenternas kapital är kopplade till förvaringen av värdepapper och inte till clearing och avveckling vid värdepappers-transaktioner.

163 För det fjärde preciseras i ett avtal som undertecknades år 1997 av CBF:s och EB:s föregångare att viss verksamhet endast utförs i förhållande till EB, och EB har erkänt det särskilda värdet av denna verksamhet i den interna skrivelsen av den 15 mars 2001. Kommissionen har dock inte tagit del av alla upplysningar som den förfogar över.

164 För det femte är CBF tvunget att bära kostnaderna för en ansvarsförsäkring avseende de särskilda ansvarsrisker som är kopplade till de två internationella centrala värdepappersförvararna. Härvid har sökandena anfört att, till skillnad från vad kommissionen har konstaterat, de kostnader som anges under rubriken ”allmänna kostnader” för EB är sex gånger så höga som de kostnader som anges för alla nationella centrala värdepappersförvarare tillsammans och 1,7 gånger så höga som de kostnader som anges för CI. Dessa speciella risker beror på de internationella centrala värdepappers-förvararnas stora antal transaktioner, vilket sökandena redan har förklarat i promemoriorna av den 1 september och den 1 december 2003. Utdrag från promemoriorna har bifogats repliken. Dessutom är fördelningen av försäkringskostnaderna motiverad med hänsyn till skadorna, vilka är vanligare hos de internationella centrala värdepappers-förvararna.

165 För det sjätte har sökandena anfört att 99,01 procent av de transaktioner som hanteras under natten för internationella och nationella centrala värdepappersförvarare hanteras för de internationella centrala värdepappersförvararna, vilket genererar extra kostnader. Till skillnad från för de nationella centrala värdepappersförvararna görs resultaten för de internationella tillgängliga för dem även under natten. Sökandena har härvid som bilaga till repliken ingett en översikt över ersättningen för transaktionerna, vilken är beräknad utifrån allmänna kostnader och mängden transaktioner som är hänförliga till de internationella respektive de nationella centrala värdepappersförvararna. I översikten görs ingen skillnad mellan hantering nattetid och hantering dagtid vad gäller transaktionskostnaderna, eftersom kostnaderna för den särskilda övervakningen av den extra användningen av program som körs endast för de internationella centrala värdepappersförvararna och för de tjänster för data som är resultatet av det stora antalet transaktioner, uppstår vid den hantering som sker både nattetid och dagtid.

166 Sökandena har också anfört att kommissionen har gjort en felaktig beräkning av den prisskillnad som har konstaterats i det förevarande fallet. Med hänsyn till att årsavgiften inte utgör ersättning för avvecklingstjänster och att CBF ger EB mängdrabatter, uppgår den prisskillnad som sökandena ska motivera med stöd av bevisning för motsvarande kostnader inte till 20 procent utan ligger på mellan 2 och 5 procent. Dessutom vägrar kommissionen att erkänna CBF:s särskilda kostnader som utgör ett sakligt skäl för denna prisskillnad, vilken sökandena har uppskattat till ett belopp på mellan 0,10 och 0,25 euro.

167 Slutligen har kommissionen inte analyserat och besvarat frågan huruvida fastställandet av de priser som sökandena har tagit ut av EB har utgjort en konkurrensnackdel för EB. Enligt sökandena är det främsta beviset för att situationen inte inneburit några nackdelar för EB att företaget inte har låtit prissänkningen komma sina kunder till godo.

168 Kommissionen har anfört att ovanstående resonemang ska underkännas.

Förstainstansrättens bedömning

169 Enligt artikel 82 andra stycket c EG – som avser otillbörlig tillämpning av ”olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel” – är det förbjudet för ett företag med dominerande ställning av tillämpa diskriminerande priser.

170 Enligt rättspraxis kan ett företag inte tillämpa artificiella prisskillnader som kan medföra nackdelar för dess kunder och snedvrida konkurrensen (förstainstansrättens dom av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, punkt 160, svensk specialutgåva, volym 16, s. II-1, och domen i det ovan i punkt 65 nämnda målet Deutsche Bahn mot kommissionen, punkt 78).

171 Således ska förstainstansrätten i det förevarande fallet pröva huruvida de omständigheter som kommissionen grundade sig på för att konstatera att sökandena tillämpade diskriminerande priser är materiellt riktiga, och huruvida dessa omständigheter ger stöd för kommissionens slutsats att olika villkor har tillämpats för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel.

172 Enligt kommissionen utgör de internationella respektive de nationella centrala värdepappersförvararna två jämförbara kundgrupper eftersom de har det gemensamt att de tillhandahåller sekundära clearing- och avvecklingstjänster för gränsöverskridande transaktioner med värdepapper som har getts ut i enlighet med tysk rätt, och de primära clearing- och avvecklingstjänster för gränsöverskridande transaktioner som CBF tillhandahåller dem är likvärdiga till sitt innehåll. Kommissionen konstaterade nämligen utifrån de uppgifter som sökandena själva hade lämnat att de nationella och de internationella centrala värdepappersförvararna mottog jämförbara tjänster och att det inte fanns några clearing- och avvecklingstjänster som CBF tillhandahöll de internationella centrala värdepappersförvararna som bolaget inte tillhandahöll de nationella centrala värdepappersförvararna (skälen 128 och 133 i det angripna beslutet).

173 Det är dock ostridigt mellan parterna att CBF fakturerade de nationella centrala värdepappersförvararna 5 euro per transaktion, medan bolaget mellan slutet av år 1996 och den 1 januari 2002 fakturerade EB 6 euro per transaktion i grundpris samt en årsavgift på 125 000 euro.

174 Till stöd för den första grunden har sökandena anfört att CBF:s tre kundkategorier (de nationella och de internationella centrala värdepappersförvararna samt kunderna med allmänna villkor) i huvudsak mottar samma tjänster från bolaget eftersom de alla i förhållande till CBF handlar i egenskap av mellanhänder, och att prisskillnaden förklaras av att förfarandet kan skilja sig åt beroende på kundernas olika behov. Detta resonemang strider emellertid i många fall mot andra uttalanden som gjordes under det administrativa förfarandet och som gjorts vid förstainstansrätten.

175 Således har sökandena för det första gjort gällande att schablonavgiften på 125 000 euro endast avser förvaringen och emissionen av värdepapper. Till stöd för detta argument har de till repliken bifogat en skrivelse av den 29 augusti 1999 från CBF:s föregångare till EB:s föregångare där den sistnämnda underrättas om de priser som den förstnämnda tillämpade från och med den 1 januari 1997. Det framgår emellertid av skrivelsen att avgiften på 125 000 euro fakturerades för specialtjänster (se även skäl 131 i det angripna beslutet), och det preciseras att de priser som tillämpades för förvaringstjänster var de ”normala” priserna.

176 Dessutom har sökandena räknat upp vissa verksamheter som endast gällde EB i enlighet med ett avtal som ingicks år 1997 mellan CBF:s och EB:s föregångare.

177 Sökandena har dock inte styrkt på vilket sätt de olika specialtjänster som de har nämnt skiljer sig från de tjänster som de internationella respektive de nationella centrala värdepappersförvararna tillhandahålls i allmänhet. För det första ska det konstateras att de, under det administrativa förfarandet angående de nationella centrala värdepappersförvararna, uppgav att vissa uppräknade avvecklingstjänster tillhandahölls utöver standardtjänsterna för att möta de nationella centrala värdepappersförvararnas särskilda behov (för gränsöverskridande transaktioner) med stöd av individuella överenskommelser. För det andra, vad gäller de internationella centrala värdepappersförvararna, har sökandena uppgett att ”de internationella centrala värdepappersförvararna mottar både standardtjänster och specialtjänster som är jämförbara med dem som tillhandahålls de nationella centrala värdepappersförvararna” och att det vid

en jämförelse med de nationella centrala värdepappersförvararna kan konstateras att vissa uppräknade specialtjänster inte efterfrågas av de internationella centrala värdepappersförvararna (skälen 125 och 128 i det angripna beslutet).

178 Det framgår härav att, utöver de standardtjänster som tillhandahålls kunderna med allmänna villkor, de nationella och de internationella centrala värdepappersförvararna tillhandahålls vissa tilläggstjänster beroende på deras speciella behov, det vill säga behandling av gränsöverskridande transaktioner.

179 Sökandenas argument avseende de skilda uppgifterna för de nationella respektive de internationella centrala värdepappersförvararna ska underkännas. Vad gäller de värdepapper som har utgetts i enlighet med tysk rätt är de icke-tyska nationella och de internationella centrala värdepappersförvararna nämligen verksamma på samma nivå och efterfrågar samma primära tjänster från CBF. Kommissionen drog således en riktig slutsats när den bedömde att de primära clearing- och avvecklingstjänster för gränsöverskridande transaktioner som CBF har tillhandahållit de nationella respektive de internationella centrala värdepappersförvararna var likvärdiga till sitt innehåll (skäl 307 i det angripna beslutet). Dessutom har sökandena inte styrkt på vilket sätt punkt 120 i domstolens dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen (REG 1991, s. I-3359; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-249), som de har hänvisat till, är relevant för distinktionen mellan de olika kundkategorierna i det förevarande fallet.

180 För det andra har sökandena anfört att mellan åren 1998 och 2002 var de transaktioner som EB genomförde mer än 18 gånger så många som de transaktioner som de sju nationella centrala värdepappersförvararna genomförde sammanlagt, och att graden av standardisering och automatisering följaktligen är högre för de tjänster som tillhandahålls de internationella centrala värdepappersförvararna än för dem som tillhandahålls de nationella. Såsom kommissionen har anfört stöder detta argument dock snarare den motsatta slutsatsen, det vill säga att en högre grad av automatisering i princip leder till sänkta priser snarare än höjda priser, eventuellt efter en initialkostnad för automatiseringen. Det framgår till exempel av skäl 127 i det angripna beslutet att tre icke-tyska nationella centrala värdepappersförvarare har fått sänkta avgifter till följd av övergången från helt manuell behandling till fullständigt automatiserade förfaranden.

181 För det tredje har sökandena anfört att prisskillnaden var motiverad eftersom CBF var tvunget att bära vissa kostnader som bara gällde de internationella centrala värdepappersförvararna och avsåg hantering nattetid, stora transaktionsmängder samt ett försäkringsavtal avseende ansvarsförsäkring med hänsyn till de särskilda risker som de två internationella centrala värdepappersförvararna är utsatta för.

182 Förstainstansrätten konstaterar dock att den bevisning som sökandena har inkommit med till stöd för sina argument inom ramen för den förevarande grunden inte är övertygande. Bland annat har repliken bilagts utdrag ur sökandenas promemorior av den 1 september och den 1 december 2003 och en bilaga till promemorian av den 1 september 2003 som tillställdes kommissionen som svar på dess uppmaningar om att inkomma med uppgifter.

183 Den handling som bilagts promemorian av den 1 september 2003 innehåller kostnadsfördelningen för perioden mellan januari och augusti 2002 och gäller således inte den period under vilken de diskriminerande priserna konstaterades. Dessutom sänktes det pris som tillämpades för EB från den 1 januari 2002 till 3 euro. Det framgår dock av sökandenas svar på kommissionens begäran om upplysningar av den 12 september 2002, som bifogas dupliken, att CBF:s vinstmarginal för de internationella centrala värdepappersförvararna, även efter denna sänkning, var jämförbar med motsvarande marginal för de nationella centrala värdepappersförvararna. Fördelningen kan således inte i något fall motivera den påtalade prisskillnaden under den aktuella perioden.

184 När det gäller utdragen ur promemoriorna av den 1 september och den 1 december 2003 konstaterar förstainstansrätten att dessa snarare innehåller ytterligare ett resonemang från sökandenas sida än utgör en handling med bevisvärde.

185 Förstainstansrätten erinrar om att trots att det är kommissionen som har bevisbördan för att de omständigheter föreligger som utgör en överträdelse av artikel 82 EG ankommer det dock på det berörda dominerande företaget och inte på kommissionen att i förekommande fall och innan det administrativa förfarandet avslutas göra gällande eventuella sakliga skäl och härvid anföra argument och bevisning. Det ankommer därefter på kommissionen att, om denna anser att det föreligger missbruk av dominerande ställning, styrka att företaget inte kan vinna framgång med sina argument

och sin bevisning, och att den åberopade motiveringen således inte kan godtas (domen i det ovan i punkt 47 nämnda målet Microsoft mot kommissionen, punkt 688).

186 Det framgår av det angripna beslutet att kommissionen vid flera tillfällen under det administrativa förfarandet hade bett sökandena att motivera de prisskillnader som tillämpades under den aktuella perioden och framför allt att inkomma med utförliga uppgifter om kostnaderna i varje fall och fördelningen av dem per transaktion. Det är ostridigt mellan parterna att sökandena aldrig inkom med några uppgifter om en sådan kostnadsfördelning. Dessutom var den förteckning över tjänsterna som sökandena hade inkommit med enligt kommissionen inkonsekvent och motsägelsefull (skälen 134 och 313 i det angripna beslutet).

187 Sökandenas argument vad gäller hanteringen nattetid, de stora transaktionsmängderna och ansvarsförsäkringen med avseende på EB blev samtliga föremål för utredning i det angripna beslutet och underkändes därefter rätteligen. Vissa av de handlingar som låg till grund för denna analys nämndes i det angripna beslutet. De har dock inte ingetts i det förevarande målet, eller också har de ingetts men utgör inte tillräcklig bevisning (se punkterna 183 och 184 ovan). Dessa påståenden från sökandenas sida, som inte grundar sig på någon bevisning innehållande sifferuppgifter, är inte övertygande då vissa av påståendena är ologiska och till och med motstridiga. Sökandena har således inte förmått styrka hur de stora transaktionsmängderna, vilka dock har gett upphov till en högre grad av automatisering, har kunnat leda till en ökning av kostnaden per transaktion. Inte heller har de förklarat varför de har tecknat en ansvarsförsäkring för att täcka riskerna för de internationella centrala värdepappersförvararna, och varför de inte har inkommit med någon kopia av försäkringsavtalet. Vad gäller hanteringen nattetid skulle detta argument i sig kunna utgöra en motivering, men sökandenas argument på denna punkt måste ändå underkännas. Sökandena har anfört att det i den beräkning som bifogas repliken inte görs någon åtskillnad mellan hanteringen nattetid och hanteringen dagtid vad gäller transaktionskostnaderna, eftersom kostnaderna för den särskilda övervakningen av den extra användningen av program som körs endast för de internationella centrala värdepappersförvararna och kostnaderna för hanteringen av den information som är resultatet av den stora mängden transaktioner, uppstår vid den behandling som sker både nattetid och dagtid. Dels har sökandena således blandat samman de extra kostnader som följer av de omständigheter som nämns i samband med föregående argument med de extra kostnader som behandlingen nattetid medför. Dels har de underlåtit att inkomma med en beräkning av dessa kostnader fördelade utifrån den mängd transaktioner som behandlas dagtid och nattetid och utifrån mottagaren, EB eller de nationella centrala värdepappersförvararna.

188 Följaktligen kan sökandenas argument inte påverka den bedömning som kommissionen gjorde i det angripna beslutet enligt vilken sökandena inte har förmått styrka att de priser som tillämpades för EB grundade sig på reella extrakostnader som sökandena endast hade för EB.

189 För det fjärde underkänner förstainstansrätten också sökandenas argument att kommissionen har gjort en felaktig beräkning av den prisskillnad som det ankommer på sökandena att motivera. Förstainstansrätten konstaterar nämligen, utifrån beskrivningen av de tjänster som sökandena har kvalificerat som speciella tjänster som inte avser avveckling (skäl 131 i det angripna beslutet), att åtminstone vissa av dessa tjänster som omfattas av schablonavgiften på 125 000 euro hänger samman med avveckling. I vilket fall som helst ska det konstateras att CBF vid sidan av avgiften per normal transaktion fakturerade EB denna tilläggsavgift för tjänster som tillhandahölls EB och de nationella centrala värdepappersförvararna. De sistnämnda fakturerades dock inte nämnda avgift trots att de mottag ett större antal specialtjänster än de internationella centrala värdepappersförvararna. Således var det pris per transaktion som EB faktiskt betalade, sett i sin helhet, högre än den nominella avgiften per transaktion på 6 euro, och den diskriminering som EB var utsatt för utgörs således av en skillnad mellan de priser som EB fakturerades och de priser som vissa nationella centrala värdepappersförvarare fakturerades (skäl 306 i det angripna beslutet) på över 20 procent. Vad gäller den mängdrabatt som tillämpades för EB borde denna snarare ha sänkt priserna för EB till en lägre nivå än den som gällde de andra jämförbara kunderna.

190 Mot bakgrund av vad som nyss har anförts konstaterar förstainstansrätten att kommissionen inte gjorde sig skyldig till någon oriktig bedömning när den slog fast att sökandena tillämpade diskriminerande priser gentemot EB i den mening som avses i artikel 82 andra stycket c EG.

191 Slutligen har sökandena anfört att kommissionen inte har undersökt och besvarat frågan huruvida fastställandet av de priser som sökandena fakturerade EB gav upphov till en konkurrensnackdel för EB.

192 Såsom domstolen har erinrat om utgör det särskilda förbudet mot diskriminering i artikel 82 andra stycket c EG en del av den ordning som säkerställer att konkurrensen

inom den inre marknaden inte snedvrids, i enlighet med artikel 3.1 g EG. Det dominerande företagets affärsbeteende får inte snedvrida konkurrensen på en marknad i föregående eller i efterföljande led, det vill säga konkurrensen mellan företagets leverantörer eller kunder. Företagets avtalsparter får inte gynnas eller missgynnas på det område där de konkurrerar inbördes. För att villkoren för att tillämpa artikel 82 andra stycket c EG ska vara uppfyllda är det följaktligen nödvändigt att fastställa att det dominerande företagets beteende på en marknad inte bara är diskriminerande, utan att det även syftar till att snedvrida detta konkurrensförhållande, det vill säga att hämma konkurrensställningen för en del av företagets handelspartner i förhållande till andra (domstolens dom av den 15 mars 2007 i mål C-95/04 P, British Airways mot kommissionen, REG 2007, s. I-2331, punkterna 143 och 144).

193 I det avseendet finns det inte någonting som hindrar att diskriminering av handelspartner som konkurrerar med varandra kan anses utgöra missbruk så snart det dominerande företagets beteende, med hänsyn till samtliga omständigheter i det enskilda fallet, syftar till en konkurrenssnedvridning mellan dessa handelspartner. I en sådan situation kan det inte krävas att det dessutom bevisas att varje enskild handelspartners konkurrensställning faktiskt har försämrats på ett kvantifierbart sätt (domen av den 15 mars 2007 i det ovan i punkt 192 nämnda målet British Airways mot kommissionen, punkt 145).

194 I det förevarande fallet konstaterar förstainstansrätten att när ett företag som har ett faktiskt monopol på marknaden i föregående led tillämpar olika priser för likvärdiga tjänster gentemot en handelspartner och detta pågår utan avbrott under fem år, måste detta ha gett upphov till en konkurrensnackdel för nämnda handelspartner.

195 På grund av det anförda kan talan inte vinna bifall såvitt avser denna del av den andra grunden och således den andra grunden i dess helhet.

3. *Den tredje grunden: Påståendet att CI felaktigt har tillskrivits ansvar för CBF:s rättsstridiga handlande*

*Parternas argument*

196 Sökandena har gjort gällande att kommissionen aldrig har konstaterat att sökanden nummer 2, CI, innehade en dominerande ställning och att CI således inte kan ha missbrukat en sådan ställning.

197 Kommissionen har bestritt ovannämnda argument.

*Förstainstansrättens bedömning*

198 I detta avseende erinrar förstainstansrätten om att ett företag kan hållas ansvarigt för ett annat företags konkurrensbegränsande beteende, om det sistnämnda företaget inte självständigt har bestämt sitt beteende på marknaden, utan i huvudsak har tillämpat instruktioner som det har fått av det förstnämnda företaget, särskilt när detta beror på de ekonomiska och rättsliga band som binder samman företagen (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-294/98 P, Metsä-Serla m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. I-10065, punkt 27). Ett moderbolag kan göras ansvarigt för ett dotterbolags handlingar när dotterbolaget inte självständigt bestämmer sitt beteende på marknaden, utan i huvudsak tillämpar instruktioner som det får av moderbolaget (domstolens dom av den 14 juli 1972 i mål 48/69, Imperial Chemical Industries mot kommissionen, REG 1972, s. 619, punkterna 132 och 133; svensk specialutgåva, volym 2, s. 25).

199 I ett sådant fall där moderbolaget innehar 100 procent av aktiekapitalet i ett dotterbolag som har gjort sig skyldigt till en överträdelse, föreligger det en enkel presumtion om att

nämnda moderbolag utövar ett avgörande inflytande på dotterbolagets beteende (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG-Telefunken mot kommissionen, REG 1983, s. 3151, punkt 50; svensk specialutgåva, volym 7, s. 287), och de utgör således ett enda företag i konkurrensrättslig mening (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 59). Det ankommer således på det moderbolag som väckt talan vid gemenskapsdomstolen, mot ett beslut av kommissionen att påföra moderbolaget böter för handlingar som dotterbolaget begått, att bryta denna presumtion genom att lägga fram bevisning för att dotterbolaget handlade självständigt (förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-314/01, Avebe mot kommissionen, REG 2006, s. II-3085, punkt 136, se även, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, nedan kallat Stora, REG 2000, s. I-9925, punkt 29).

200 Det ska framhållas att även om domstolen i domen i det ovan i punkt 199 nämnda målet Stora (punkterna 28 och 29), förutom ett innehav av 100 procent av dotterbolagets aktiekapital, även nämnde andra omständigheter, såsom ett godtagande av det inflytande som moderbolaget utövade på dotterbolagets affärspolitik och att de båda bolagen delade ombud under det administrativa förfarandet, påpekade domstolen dessa omständigheter endast i syfte att redogöra för samtliga omständigheter som förstainstansrätten hade lagt till grund för sitt resonemang, som ledde domstolen till slutsatsen att förstainstansrätten inte enbart hade grundat sig på moderbolagets innehav av hela aktiekapitalet i dotterbolaget. Domstolen angav uttryckligen i domen i det ovan i punkt 1999 nämnda målet Stora (punkt 29) att ”mot bakgrund av att det rörde sig om ett helägt dotterbolag [kunde förstainstansrätten] med rätta anta att moderbolaget faktiskt hade ett avgörande inflytande över dotterbolagets agerande” och att det under dessa omständigheter ålåg sökanden att bryta denna ”presumtion” genom att förete tillräcklig bevisning.

201 Eftersom CI innehade 100 procent av CBF:s aktiekapital ankom det på CI i det förevarande fallet att lägga fram bevisning för att CBF handlar självständigt och därmed bryta denna presumtion, vilket inte har skett. Sökandena har i sina inlagor nämligen inte uttalat sig i frågan huruvida dotterbolaget bestämde och/eller bestämmer sitt beteende på marknaden på ett självständigt sätt i stället för att tillämpa instruktioner från moderbolaget.

202 Kommissionen har i svaromålet, med hänvisning till skälen 235, 271 och följande skäl i det angripna beslutet, gjort gällande dels att Clearstream i kommersiella trycksaker framställer sig som en enda enhet, dels att de omständigheter som beskrivs i det angripna beslutet visar att CI har påverkat CBF:s agerande, att CBF således inte har agerat självständigt, och till och med att CI ibland har agerat på sitt tyska dotterbolags vägnar. Sökandena har inte heller bestritt detta påstående.

203 Vad gäller sökandenas resonemang enligt vilket kommissionen aldrig har konstaterat att CI var ett företag som innehade en dominerande ställning på den relevanta marknaden, räcker det med att påpeka att det vilar på en felaktig premiss, nämligen att det inte har konstaterats att sökandena har begått någon överträdelse. Det framgår dock av skäl 224 och följande skäl och av artikel 1 i det angripna beslutet att CI självt har förklarats skyldigt till en överträdelse som bolaget självt anses ha begått på grund av att det hade haft ekonomiska och rättsliga band till CBF, vilka gjorde det möjligt för CI att bestämma CBF:s beteende på marknaden (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 198 nämnda målet Metsä-Serla m.fl. mot kommissionen, punkt 34).

204 Följaktligen kan talan inte vinna bifall såvitt avser den tredje grunden.

4. *Den fjärde grunden: Det angripna beslutet är otydligt*

*Parternas argument*

205 Sökandena har anfört att kommissionen, genom att i artikel 1 i det angripna beslutet fastställa att den rättsstridiga vägran att tillhandahålla tjänsterna i fråga inleddes den 3 december 1999, inte beaktade den tid på fyra månader räknat från begäran om åtkomst som enligt vad kommissionen konstaterade i motiveringen inte utgjorde ett otillbörligt dröjsmål.

206 Artikel 2 i det angripna beslutet är rättsstridig eftersom dess lydelse är alltför otydlig, bland annat vad gäller det konkreta beteende som sökandena ålades en skyldighet att avhålla sig från. Dessutom är artikelns lydelse oklar på tyska och oförenlig med motiveringen i det angripna beslutet. Den kan således uppfattas som att sökandena endast åläggs att avhålla sig från de i artikel 1 beskrivna handlingar som strider mot artikel 82 EG, utan att det preciseras vilka dessa är.

207 Sökandena har av de preciseringar som kommissionen lämnat i svaromålet slutit sig till att artikeldelen i det angripna beslutet endast avser sökandenas beteende gentemot EB och inte mot andra företag. Kommissionen underkänner en vid tolkning av artikel 2 i det angripna beslutet, varför denna således inte gäller för innehavaraktier.

208 Enligt kommissionens uppfattning är lydelsen i artikel 2 i det angripna beslutet inte oprecis såsom sökandena har påstått.

*Förstainstansrättens bedömning*

209 För det första saknas stöd för sökandenas argument att kommissionen inte har beaktat en fyramånadersfrist vid fastställandet av överträdelsens varaktighet. Kommissionen har nämligen beaktat att EB för första gången framställde en begäran om åtkomst till Cascade RS den 3 augusti 1999, vilket bekräftas ovan i punkterna 97–99, och i artikel 1 i det angripna beslutet anges det att överträdelsen inleddes den 3 december 1999. Härav följer att kommissionen har dragit av de fyra månaderna, det vill säga den längsta tidsåtgång som kommissionen anser vara rimlig för att upprätta den begärda åtkomsten, från den totala period under vilken överträdelsen anses ha pågått i det förevarande fallet. Således innehåller det angripna beslutet ingen motstridighet mellan motiveringen och artikeldelen.

210 För det andra, vad gäller artikel 2 i det angripna beslutet, ska det erinras om att det är i artikeldelen i beslutet som kommissionen anger arten och omfattningen av de överträdelser den konstaterar och som föranleder sanktioner, och när det gäller just arten och omfattningen av överträdelserna är det i princip artikeldelen i beslutet och inte motiveringen som är av betydelse. Det är endast om artikeldelen i beslutet är otydligt formulerad som den kan tolkas med hjälp av motiveringen i det angripna beslutet (förstainstansrättens dom av den 11 december 2003 i mål T-61/99, Adriatica di Navigazione mot kommissionen, REG 2003, s. II-5349, punkt 43).

211 I det förevarande fallet uppvisar artikeldelen i det angripna beslutet ingen tvetydighet. Det framgår tydligt att kommissionen i artikel 1 konstaterade att dels vägran att tillhandahålla primära clearing- och avvecklingstjänster för namnaktier och det diskriminerande agerandet gentemot EB, dels tillämpningen av diskriminerande priser gentemot EB stred mot artikel 82 EG. I denna artikel preciseras de konstaterade överträdelsernas art och varaktighet och vilka som har gjort sig skyldiga till dem.

212 I artikel 2 ålade kommissionen sökandena att i framtiden avhålla sig från de överträdelser som avses i artikel 1. Dess lydelse, jämförd med lydelsen i artikel 1, är således mycket precis.

213 Talan kan sålunda inte vinna bifall såvitt avser den fjärde grunden.

214 Av vad som anförts ovan följer att talan ska ogillas.

5. *Begäran om hörande av vittne*

215 Sökandena har erbjudit sig att inkomma med bevisning i form av vittnesmål från den dåvarande chefen för avdelningen ”Clearing och avveckling” vid CBF till stöd för vissa av sina påståenden, nämligen avseende den typ av åtkomst som EB hade begärt, EB:s vägran att låta registrera namnaktier i den ekonomiska ägarens namn och EB:s ansvar för det misslyckade upprättandet av åtkomsten.

216 Det ska härvid erinras om att förstainstansrätten ensam är behörig att avgöra huruvida det föreligger ett eventuellt behov av att komplettera de upplysningar som den har tillgång till i anhängiggjorda mål (se 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 67 och där angiven rättspraxis).

217 Även om det i en begäran om hörande av vittnen, vilken framställts i ansökan, exakt anges beträffande vilka faktiska omständigheter vittnet eller vittnena ska höras och de skäl som kan motivera hörandet, ankommer det nämligen på förstainstansrätten att bedöma begärans relevans i förhållande till tvistens föremål och behovet av att höra nämnda vittnen (domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 70).

218 Förstainstansrätten har i det förevarande fallet kunnat avgöra saken på grundval av de yrkanden, grunder och argument som anförts under det skriftliga och muntliga förfarandet. Således ska sökandenas begäran om hörande av vittne avslås.

**Rättegångskostnader**

219 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen har yrkat att sökandena ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökandena har tappat målet, ska kommissionens yrkande bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (femte avdelningen)

följande:

**1) Talan ogillas.**

**2) Clearstream Banking AG och Clearstream International SA ska ersätta rättegångskostnaderna.**

Vilaras Prek Ciucă

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 9 september 2009.

Underskrifter

# Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten . . . . . II - 3166

Det angripna beslutet . . . . . II - 3167

Förfarandet och parternas yrkanden . . . . . II - 3174

Rättslig bedömning . . . . . II - 3176

1. Den första grunden: Den relevanta tjänstemarknaden är felaktigt definierad och sökandena saknar dominerande ställning . . . . . II - 3176

Parternas argument . . . . . II - 3176

Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 3180

2. Den andra grunden: Missbruk av dominerande ställning föreligger inte . . . . . II - 3189

Den första delen: Sökandena har inte gjort sig skyldiga till missbruk i form av otillbörlig vägran av åtkomst och otillbörlig diskriminering . . . . . II - 3189

Parternas argument . . . . . II - 3189

Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 3194

— Tidpunkten för begäran om åtkomst . . . . . II - 3195

— Kommissionens påstådda tolkningsfel avseende de typer av åtkomst som EB har begärt . . . . . II - 3196

— Argumentet att EB inte genomförde alla förberedelser som var nödvändiga för upprättandet av åtkomsten . . . . . II - 3200

— Resonemanget om omförhandlingen av avtalen mellan sökandena och EB . . . . . II - 3203

— Påståendet att det inte föreligger något otillbörligt hinder . . . . . II - 3208

— Påståendet att EB inte har utsatts för någon diskriminering . . . . . II - 3213

Den andra delen: Det föreligger ingen diskriminering vad gäller priset . . . . . II - 3214

Parternas argument . . . . . II - 3214

Förstainstansrättens bedömning . . . . . II - 3217

3. Den tredje grunden: Påståendet att CI felaktigt har tillskrivits ansvar för CBF:s rättsstridiga handlande . . . II - 3224

Parternas argument . . . II - 3224

Förstainstansrättens bedömning . . . II - 3224

4. Den fjärde grunden: Det angripna beslutet är otydligt . . . II - 3226

Parternas argument . . . II - 3226

Förstainstansrättens bedömning . . . II - 3227

5. Begäran om hörande av vittne . . . II - 3229

Rättegångskostnader . . . II - 3230