

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM (tredje avdelningen)  
den 30 september 2003 \*

I de förenade målen T-191/98, T-212/98 — T-214/98,

Atlantic Container Line AB, Göteborg (Sverige),

Cho Yang Shipping Co. Ltd, Seoul (Sydkorea),

DSR-Senator Lines GmbH, Bremen (Tyskland),

Hanjin Shipping Co. Ltd, Seoul (Sydkorea),

Hapag Lloyd AG, Hamburg (Tyskland),

Hyundai Merchant Marine Co. Ltd, Seoul (Sydkorea),

A.P. Møller-Mærsk Line, Köpenhamn (Danmark),

Mediterranean Shipping SA, Genève (Schweiz),

Orient Overseas Container Line (UK) Ltd, London (Förenade kungariket),

Polish Ocean Lines (POL), Gdynia (Polen),

P & O Nedlloyd Ltd, London (Förenade kungariket),

\* Rättegångsspråk: engelska.

Sea-Land Service Inc., Jersey City, New Jersey (Förenta staterna),

Neptune Orient Lines Ltd, Singapore (Singapore),

Nippon Yusen Kaisha, Tokyo (Japan),

Transportación Marítima Mexicana SA de CV, Mexico City (Mexiko),

Tecomar SA de CV, Mexico City (Mexiko),

sökande,

företrädna av advokaterna, J Pheasant, N. Bromfield, M. Levitt, D. Waelbroeck, U. Zinsmeister, A. Bentley, C. Thomas, A. Nourry, M. Van Kerckhove, P. Ruttlely samt A. Merckx, samtliga med delgivningsadress i Luxemburg,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av R. Lyal, i egenskap av ombud, biträdd av J. Flynn, barrister, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

II - 3299

med stöd av

**European Council of Transport Users ASBL**, företrätt av advokaten M. Clough, QC, med delgivningsadress i Luxemburg,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 1999/243/EG av den 16 september 1998, om ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (ärende IV/35.134 — Trans-Atlantic Conference Agreement) (EGT, L 95, 1999, s. 1),

meddelar

**FÖRSTAINSTANSRÄTTEN** (tredje avdelningen)

sammansatt av ordföranden, K. Lenaerts, samt domarna J. Azizi och M. Jaeger,

justitiesekreterare: byrådirektören J. Plingers,

med beaktande av det skriftliga förfarandet och efter förhandlingen den 26 och den 27 mars 2003,

II - 3300

följande

## Dom

### Tillämpliga bestämmelser

- 1 Rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artikel 85 och artikel 86 (EGT 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8), var ursprungligen tillämplig på samtliga verksamheter som omfattades av EEG-fördraget. Inom ramen för den gemensamma transportpolitiken visade det sig emellertid med hänsyn till transportområdets särskilda karaktär nödvändigt att införa konkurrensbestämmelser som skiljer sig från de regler som hade bestämts för andra delar av näringslivet. Rådet antog därför förordning nr 141 av den 26 november 1962 om undantag från tillämpning av rådets förordning nr 17 för transportområdet (EGT 124, s. 2751; svensk specialutgåva, område 7, volym 1, s. 36).
- 2 Den 19 juli 1968 antog rådet förordning (EEG) nr 1017/68 om tillämpning av konkurrensregler på transporter på järnväg, landsväg och inre vattenvägar (EGT L 175, s. 1; svensk specialutgåva, område 7, volym 1, s. 54).
- 3 I artikel 2 i förordning nr 1017/68 förbjuds alla avtal, beslut och samordnade förfaranden avseende de tre ovannämnda transportmedlen som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra,

begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden. Enligt bestämmelsen gäller detta särskilt de avtal, beslut och samordnade förfaranden som innebär att

- a) transportpriser och -villkor eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
- b) transportutbudet, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
- c) transportmarknader delas upp,
- d) olika villkor tillämpas på likvärdiga transaktioner med handelspartner, som därmed får en konkurrensnackdel,
- e) det ställs som villkor för ingående av avtal att avtalsparterna åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med tillhandahållandet av transporttjänster.

4 I artikel 5 i förordning nr 1017/68 anges undantag för avtal, beslut och samordnade förfaranden som bidrar till att förbättra kvaliteten på transporttjänster, eller att främja större kontinuitet och stabilitet när det gäller att tillgodose transportbehoven på marknader där tillgång och efterfrågan är

underkastade avsevärda tidsmässiga svängningar, eller att öka företagens produktivitet, eller att främja tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande, i den mån rimlig hänsyn tas till transportkonsumenternas intressen och de berörda transportföretagen varken åläggs begränsningar som inte är nödvändiga för att nå ovannämnda mål eller gör det möjligt för dessa företag att sätta konkurrensen ur spel när det gäller en väsentlig del av den berörda transportmarknaden.

5 Den 22 december 1986 antog rådet förordning (EEG) nr 4056/86 om närmare bestämmelser om hur artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget skall tillämpas på sjötransport (EGT L 378, s. 4).

6 Artikel 3 i förordning nr 4056/86 har följande lydelse

”Undantag medges från förbudet i artikel 85.1 i EG-fördraget, på villkor som anges i artikel 4 i denna förordning, för avtal, beslut och samordnade förfaranden mellan alla eller några av en eller flera linjekonferensers medlemmar som har till syfte att reglera priser och transportvillkor. Undantaget omfattar även avtal med ett eller flera av följande syften:

- a) samordning av tidtabeller för fartyg eller av deras avgångs- och anlöpnings-tider,
- b) fastställande av avgångs- och anlöpningsfrekvens,
- c) samordning eller uppdelning av avgångar eller anlöpningar mellan konferensens medlemmar,

d) reglering av den transportkapacitet som varje medlem erbjuder,

e) uppdelning av last eller inkomster mellan medlemmar.”

7 Med ”linjekonferens” avses enligt artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86 ”en grupp om minst två rederier som tillhandahåller internationell linjetrafik för transport av last på en eller flera rutter inom angivna geografiska gränser och som har ingått någon sorts avtal eller överenskommelse som innebär att de tillämpar enhetliga eller gemensamma fraktsatser och andra villkor som de kommit överens om för sin reguljära linjetrafik”.

8 Åttonde skälet i förordning nr 4056/86 har följande lydelse:

”Det är lämpligt att införa ett gruppundantag för linjekonferenser. Dessa konferenser har en stabiliserande roll som säkerställer tillförlitliga tjänster för avsändarna. De bidrar rent allmänt med att tillhandahålla ett utbud av regelbundna, tillräckliga och effektiva sjötransporttjänster, och användarnas intressen beaktas därvid i rimlig mån. Dessa resultat kan inte uppnås utan rederiernas samarbete inom dessa konferenser i fråga om tariffer och, i förekommande fall, om utbud av kapacitet eller om uppdelning av tonnage som skall transporteras, och till och med av intäkter. Konferenserna är i de flesta fall fortfarande utsatta för en effektiv konkurrens från såväl icke-konferensansluten linjetrafik som, i vissa fall, från trampfart och andra transportsätt. Flottans rörlighet, vilken är kännetecknande för utbudsstrukturen i sjötransportsektorn, utövar ett ständigt konkurrenstryck på konferenserna, vilka normalt inte har möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av transporttjänsterna i fråga.”

- 9 För att hindra förfaranden från linjekonferensernas sida som är oförenliga med artikel 85.3 i fördraget (nu artikel 81.3 EG) och särskilt konkurrensbegränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå de mål som motiverar att undantag beviljas, har i förordning nr 4056/86 gruppundantaget förenats med vissa villkor och förpliktelser. För det första föreskrivs i artikel 4 i denna förordning, vid påföljd att avtalet eller den ifrågavarande delen av detta annars är ogiltigt, det tvingande villkoret för undantaget att avtalet inte kan vara till nackdel för vissa hamnar, användare eller transportörer till följd av att differentierade villkor tillämpas. För det andra är undantaget enligt artikel 5 i förordning nr 4056/86 förenat med villkoret att vissa skyldigheter avseende bland annat lojalitetsavtal, tjänster som inte omfattas av frakten och offentliggörande av tariffer skall iakttas.
- 10 Vidare erinras det i trettonde skälet om att "[u]ndantag inte kan medges när de villkor som anges i artikel 85.3 [i EG-fördraget] inte är uppfyllda. Kommissionen skall således ha behörighet att vidta lämpliga åtgärder om ett undantaget avtal eller samordnat förfarande på grund av särskilda omständigheter visar sig ha vissa resultat som är oförenliga" med denna artikel.
- 11 I artikel 7 i förordning nr 4056/86 föreskrivs därvid ett system för kontroll av undantagna samordnade förfaranden. I bestämmelsen föreskrivs följande

”1. Underlåtenhet att fullgöra en skyldighet

När de berörda underlåter att fullgöra en skyldighet till vilken enligt artikel 5 hör de undantag som anges i artikel 3 skall kommissionen få dessa överträdelser att upphöra och kan i detta syfte på de villkor som anges i avdelning II

— rikta rekommendationer till de berörda,



- vid fall av underlåten iakttagelse av dessa rekommendationer från de berördas sida och beroende på hur allvarliga ifrågavarande överträdelse är, anta ett beslut genom vilket de antingen förbjuds eller anmodas att utföra vissa handlingar eller samtidigt som de fråntas gruppundantaget beviljas ett individuellt undantag i enlighet med artikel 11.4 eller fråntas gruppundantaget.

## 2. Verknningar som är oförenliga med artikel 85.3

- a) När avtal, beslut och samordnade förfaranden på grund av särskilda omständigheter som beskrivs nedan åtnjuter det undantag som anges i artiklarna 3 och 6, emellertid får verknningar som är oförenliga med de villkor som anges i artikel 85.3 i EG-fördraget, skall kommissionen på de villkor som anges i avdelning II efter att ha mottagit klagomål eller på eget initiativ vidta de åtgärder som föreskrivs i punkt c. Åtgärdernas stränghet skall stå i proportion till situationens allvar.
  
- b) De särskilda omständigheterna kan bland annat vara en följd av
  - i) Varje handling av en linjekonferens eller varje ändring av marknadsvillkoren för en given trad vilken medför att effektiv eller potentiell konkurrens saknas eller undanröjs, såsom begränsande praxis som utestänger traden från konkurrens

eller

ii) varje handling av en linjekonferens som kan utgöra hinder för tekniska eller ekonomiska framsteg eller för att användarna får del i den vinst som framstegen ger upphov till,

iii) varje handling av tredje land som

— hämmar de rederiers sätt att fungera som inte deltar i linjekonferensen (outsiders) på en given trad,

— påför medlemmarna i linjekonferensen orimliga tariffer,

eller

— ålägger andra bestämmelser som hindrar tekniskt eller ekonomiskt framåtskridande (fördelning av transporterad last, restriktioner i fråga om fartygstyper).

c) i) Om det saknas effektiv eller potentiell konkurrens till följd av en handling från tredje lands sida, skall kommissionen i syfte att komma till rätta med situationen företa samråd med de behöriga myndigheterna i ifrågavarande tredje land vilka eventuellt kan åtföljas av förhandlingar enligt direktiv som utfärdas av rådet.

Om särskilda omständigheter leder till att effektiv eller potentiell konkurrens saknas eller undanröjs i strid med bestämmelserna i artikel 85.3 b i EG-fördraget skall kommissionen återkalla rätten till gruppundantag. Kommissionen kan samtidigt besluta om ytterligare villkor och åligganden från vilka ett individuellt undantag kan beviljas för det planerade samordnade förfarandet, bland annat för att låta rederier som inte är medlemmar i linjekonferensen få tillgång till marknaden.

- ii) Om de särskilda omständigheter som räknas upp under b får andra verkningar än dem som nämns i punkt i denna punkt skall kommissionen vidta en eller flera av de i punkt 1 beskrivna åtgärderna.”

12 I artikel 8 i förordning nr 4056/86 föreskrivs följande

”1. Missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i EG-fördraget [(nu artikel 82 EG)] är förbjudet och det krävs inget föregående beslut med denna verkan.

2. När kommissionen, antingen på eget initiativ eller på begäran av en medlemsstat eller en fysisk eller juridisk person som åberopar ett legitimt intresse, i ett särskilt fall, oavsett vilket, slår fast att beteendet hos linjekonferenser som åtnjuter det undantag som anges i artikel 3 har verkningar som är oförenliga med artikel 86 i EG-fördraget kan den återkalla gruppundantaget och med tillämpning av artikel 10 vidta alla åtgärder som är lämpliga för att få överträdelserna av artikel 86 i EG-fördraget att upphöra.

3. Innan kommissionen fattar ett beslut i enlighet med punkt 2 kan den rikta rekommendationer till den berörda linjekonferensen i syfte att få överträdelsen att upphöra.”

- 13 Enligt artikel 9.1 i förordning nr 4056/86 skall kommissionen, om tillämpningen av nämnda förordning kan komma i konflikt med vissa tredje länders rätt och därigenom skada för gemenskapen viktiga kommersiella intressen och sjöfartsintressen, så fort tillfälle ges, samråda med de behöriga myndigheterna i tredje länder för att i möjligaste mån förena ovannämnda intressen med iakttagandet av gemenskapsrätten. Om avtal med tredje länder måste förhandlas fram skall kommissionen i överensstämmelse med artikel 9.2 i förordningen lägga fram rekommendationer till rådet som ger kommissionen sin tillåtelse att inleda de nödvändiga förhandlingarna. Dessa förhandlingar leds av kommissionen i samråd med rådgivande kommittén för konkurrensbegränsande samverkan och dominerande ställning på sjötransportområdet, inom ramen för de direktiv som rådet kan rikta till kommissionen.

- 14 Artikel 10 första stycket i förordning nr 4056/86 har följande lydelse:

”Kommissionen skall inleda förfaranden för åstadkommande av att överträdelser av artiklarna 85.1 eller 86 i EG-fördraget upphör samt ett förfarande för tillämpning av artikel 7 i denna förordning efter klagomål eller på eget initiativ.”

- 15 Enligt artikel 15.3 i samma förordning skall samråd ske med en rådgivande kommitté för konkurrensbegränsande samverkan och dominerande ställning på sjötrafikområdet före varje beslut som följer efter det förfarande som nämns i artikel 10.

- 16 Vad beträffar tillämpningen i det enskilda fallet av artikel 85.3 i EG-fördraget uttalas i artonde skälet i förordning nr 4056/86 att ”med hänsyn till sjötransporternas speciella aspekter ankommer det i första hand på företagen att försäkra sig om att deras avtal, beslut och samordnade förfaranden överensstämmer med konkurrensreglerna och att det således inte är nödvändigt att ålägga dem en skyldighet att anmäla dem till kommissionen”.
- 17 Det föreskrivs således följande i artikel 11.4 i förordning nr 4056/86:

”Om kommissionen efter ett förfarande som inletts efter klagomål eller på dess eget initiativ kommer fram till slutsatsen att ett avtal, ett beslut eller ett samordnat förfarande uppfyller villkoren i artikel 85.1 och 85.3 skall den fatta ett beslut om att artikel 85.3 skall tillämpas. I beslutet skall dagen för ikraftträdandet anges. Denna dag kan infalla före dagen för beslutet.”

- 18 Emellertid kan enligt artikel 12.1 i förordning nr 4056/86 de företag som önskar återopa bestämmelserna i artikel 85.3 i EG-fördraget till förmån för de avtal, beslut och samordnade förfaranden som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget, i vilka de deltar, rikta en begäran till kommissionen. Denna begäran skall behandlas inom ramen för det invändningsförfarande som föreskrivs i denna bestämmelse.
- 19 I artikel 19 i förordning nr 4056/86 anges följande:

”2. Kommissionen kan genom beslut påföra företag och företagssammanslutningar böter på minst tusen ecu och högst en miljon ecu, varvid det sistnämnda

beloppet kan uppgå till 10 procent av omsättningen under föregående räkenskapsår för vart och ett av de företag som deltar i överträdelsen avsiktligt eller av försumlighet när

- a) de gör sig skyldiga till åsidosättande av bestämmelserna i artikel 85.1 eller enligt artikel 86.1 i fördraget eller inte fullgör en skyldighet som åligger dem enligt artikel 7 i denna förordning,
  
- b) de bryter mot ett åläggande enligt artikel 5 eller artikel 13.1.

När böterna fastställs skall beaktas hur allvarlig överträdelsen är och även hur länge den har pågått.

...

4. De beslut som fattas i enlighet med punkterna 1 och 2 är inte av straffrättslig karaktär.

De i punkt 2 a föreskrivna böterna kan inte påföras på grund av handlingar som företagits efter anmälan till kommissionen och före det beslut genom vilket kommissionen beviljar eller avslår tillämpning av artikel 85.3 i EG-fördraget, såvida de faller inom gränserna för den verksamhet som beskrivs i anmälan.

Denna bestämmelse är emellertid inte tillämplig så snart kommissionen har underrättat de berörda företagen om att den efter en preliminär undersökning anser att villkoren för tillämpning av artikel 85.1 i EG-fördraget är uppfyllda och en tillämpning av artikel 85.3 inte är motiverad.”

- 20 Enligt artikel 23.1 i förordning nr 4056/86 skall kommissionen innan den fattar beslut ge berörda företag och företagssammanslutningar tillfälle att redogöra för sin ståndpunkt i fråga om anmärkningar som görs mot dem. I kommissionens förordning (EEG) nr 4260/88 av den 16 december 1988 om sådana meddelanden, klagomål, ansökningar och förhör som avses i förordning nr 4056/86 (EGT L 376, s. 1), vilken var i kraft vid tiden för de faktiska omständigheterna i målet, anges de förfaranderegler som skall iakttas vid ett förhör.

## Bakgrund till tvisten

### I — *Trans-Atlantic Agreement (TAA)*

- 21 Sökandena i detta mål är, förutom en av dem, de rederier som var parter i TAA.
- 22 TAA var ett avtal avseende linjetransporter över Atlanten mellan Nordeuropa och Förenta staterna som anmäldes till kommissionen den 28 augusti 1992 och trädde i kraft den 31 augusti 1992.

- 23 TAA innehöll bestämmelser i vilka bland annat fastställdes tariffer för sjötransporter och kombinerade transporter. De tariffer som tillämpas på sjötransporter karaktäriseras av att det finns minst två nivåer av fraktsatser. Vad beträffar de tariffer som tillämpas på kombinerade transporter innefattar de, utöver sjötransporter, befordran över land av varor till eller från hamnar på väg från eller till en plats som inte ligger vid kusten. De tariffer som gäller för kombinerade transporter täcker således bland annat sjöavsnitten och landavsnitten. TAA innehöll även bestämmelser vari andra aspekter av linjetrafiken med containrar reglerades, bland annat befraktning av "slots", eller utrymmen, utbyte av utrustning, fastställande av priser för godshantering i hamn samt gemensam administrering av sjötransportkapacitet.
- 24 Den 19 oktober 1994 fattade kommissionen beslut 94/980/EG om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (ärende IV/34.446 — Trans-Atlantic Agreement) (EGT L 376, s. 1).
- 25 I beslut 94/980 (nedan kallat TAA-beslutet) konstateras att avtal om priser och om att inte använda kapacitet för sjötransporter samt avtal om priser för landtransporter av containrar inom eller genom gemenskapen vid kombinerade transporter strider mot artikel 85.1 i EG-fördraget (artikel 1 i TAA-beslutet).
- 26 När det sedan gäller tillämpningen av artikel 85.3 i EG-fördraget slås det fast i TAA-beslutet att det gruppundantag som föreskrivs i artikel 3 i förordning nr 4056/86 till förmån för vissa linjekonferensavtal inte kan tillämpas på dessa bestämmelser i TAA-avtalet med motiveringen att TAA inte är en linjekonferens som tillämpar "enhetliga eller gemensamma fraktsatser" i den mening som avses i artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86, därför att det i TAA fastställs minst två nivåer av sjötaxor. Även om TAA utgjorde en linjekonferens anser kommissionen i vart fall att bestämmelserna i TAA om underlåten användning av kapacitet och om fastställande av priser på landtransporttjänster som tillhandahålls på kombinerad basis inte skulle kunna åtnjuta tillämpning av gruppundantaget



eftersom frysningen av kapaciteten inte kan betraktas som ”ett avtal som syftar till reglering av den transportkapacitet som varje medlem erbjuder” i den mening som avses i artikel 3 d i förordning nr 4056/86, respektive fastställandet av priser för landtransporttjänster, även på kombinerad basis, inte omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 4056/86, eftersom denna förordning inte är tillämplig på sjötransporter från hamn till hamn. Kommissionen vägrar vidare att bevilja dessa bestämmelser ett individuellt undantag på grundval av artikel 85.3 i EG-fördraget och artikel 5 i förordning nr 1017/68 (artikel 2 i TAA-beslutet).

- 27 Enligt artikel 4 i TAA-beslutet är det förbjudet för de företag som beslutet riktar sig till att ägna sig åt samordnade förfaranden i fråga om priser som har samma eller liknande syfte eller resultat som dem som anges i bestämmelserna i TAA-avtalet.
- 28 Enligt artikel 5 i TAA-beslutet är de företag som beslutet riktas till skyldiga att underrätta de kunder med vilka de har ingått serviceavtal eller andra avtal inom TAA om att de, om de så önskar, kan omförhandla klausulerna i dessa avtal eller omedelbart häva dem.
- 29 Genom beslut av den 10 mars 1995 biföll förstainstansrättens ordförande begäran om uppskov med verkställigheten av artiklarna 1–4 i TAA-beslutet, i den mån som dessa artiklar förbjöd TAA-parterna att gemensamt fastställa de satser som tillämpades på de delar av de kombinerade transporttjänsterna som avsåg befordran över land inom gemenskapens territorium, till dess att förstainstansrätten meddelar dom i målet i huvudsaken (beslut av förstainstansrättens ordförande av den 10 mars 1995 i mål T-395/94 R, Atlantic Container m.fl. mot kommissionen, REG 1995, s. II-595). Kommissionens överklagande av detta beslut ogillades i beslut av domstolens ordförande av den 19 juli 1995 i mål C-149/95 P(R), kommissionen mot Atlantic Container Line m.fl. (REG 1995, s. I-2165).

- 30 Genom dom av den 28 februari 2002 ogillade förstainstansrätten den mot TAA-beslutet väckta talan om ogiltigförklaring, med undantag av dess artikel 5 (förstainstansrättens dom av den 28 februari 2002 i mål T-395/94, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-875) (nedan kallad TAA-domen). Denna dom har inte överklagats. .

## II — *Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA)*

- 31 Efter att diskussioner förts mellan TAA-parterna och kommissionen ändrades TAA-avtalet och ersattes av TACA.
- 32 TACA omfattar i likhet med TAA rutter i östlig riktning ("eastbound") och i västlig riktning ("westbound") mellan å ena sidan hamnarna i Nordeuropa och punkter i Europa via de hamnarna, och å andra sidan hamnar i Förenta staterna och punkter via de hamnarna.
- 33 Det är utrett att TACA innehåller bestämmelser som är identiska med dem i TAA vad gäller fastställande av priser på de landtransporttjänster som sker inom gemenskapens område. TACA innehåller vidare ett antal regler om andra aspekter på transporter, särskilt rörande ingående av serviceavtal och ersättning till speditörer.

### *Anmälningar som gjorts av TACA*

- 34 Den 5 juli 1994 anmäldes TACA till kommissionen med stöd av artikel 12.1 i förordning nr 4056/86 i syfte att erhålla undantag enligt artikel 85.3 i EG-

fördraget och artikel 53.3 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

- 35 De ursprungliga TACA-parterna var följande femton rederier: A.P. Møller-Mærsk Line (nedan kallat Mærsk), Atlantic Container Line AB (nedan kallat ACL), Hapag Lloyd AG (nedan kallat Hapag Lloyd), Nedlloyd Lijnen BV (nedan kallat Nedlloyd), P & O Containers Ltd (nedan kallat P & O), Sea-Land Service Inc. (nedan kallat Sea-Land), Mediterranean Shipping Co. SA, (nedan kallat MSC), Orient Overseas Container Line (UK) Ltd (nedan kallat OOCL), Polish Ocean Lines (nedan kallat POL), DSR-Senator Lines GmbH (nedan kallat DSR-Senator), Cho Yang Shipping Co. Ltd (nedan kallat Cho Yang), Neptune Orient Lines Ltd (nedan kallat NOL), Nippon Yusen Kaisha (nedan kallat NYK), Transportación Marítima Mexicana S.A. de CV (nedan kallat TMM), samt Tecomar SA de CV (nedan kallat Tecomar). Hanjin Shipping Co. Ltd (nedan kallat Hanjin) blev därefter part i TACA den 31 augusti 1994. Hyundai Merchant Marine Co. Ltd (nedan kallat Hyundai) blev part i TACA den 11 september 1995. Hyundai är det enda av de ovannämnda rederierna som aldrig har varit part i TAA.
- 36 I överensstämmelse med artikel 4.8 i kommissionens förordning nr 4260/88 underrättade kommissionen i skrivelse av den 15 juli 1994 TACA-parterna om att den avsåg att även undersöka ansökan om individuellt undantag enligt förordning nr 1017/68, med motiveringen att en del av de anmälda verksamheterna inte omfattades av förordning nr 4056/86.
- 37 TACA trädde i kraft den 24 oktober 1994, och till följd av successiva ändringar har flera nya versioner av detta avtal anmälts till kommissionen efter den 5 juli 1994.
- 38 Den 29 november 1995 anmälde TACA-parterna, efter diverse diskussioner och korrespondens med kommissionen, European Inland Equipment Interchange Arrangement (nedan kallat EIEIA). Detta var ett samarbetsavtal avseende landdelen av de kombinerade transporterna.

- 39 Den 10 januari 1997 anmälde TACA-parterna till kommissionen ett nav- och ekersystem för upphämtning och distribution ("hub and spoke"-system") avsett för att erhålla ett undantag till förmån för kollektiv prissättning på alla landtransporttjänster.
- 40 TACA gav upphov till två olika förfaranden, nämligen förfarandet för hävande av immunitet mot åläggande av böter och överträdelseförfarandet med tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget. Förevarande mål rör det sistnämnda förfarandet.

*Det administrativa förfarandet för hävande av immunitet mot åläggande av böter*

- 41 Den 21 juni 1995 antog kommissionen ett meddelande om anmärkningar riktat till TACA-parterna (med undantag av Hyundai, som vid den tidpunkten inte var part i TACA). I meddelandet sades att kommissionen var benägen att anta ett beslut som upphävde immunitet mot åläggande av böter som kunde vara en följd av anmälan av TACA-avtalet vad gäller prisöverenskommelser mellan TACA-parterna för landtransporter inom gemenskapen.
- 42 Den 1 mars 1996 sände kommissionen till TACA-parterna ett tilläggsmeddelande om anmärkningar, i vilket den angav att EIEIA inte på något sätt ändrade dess bedömning från den 21 juni 1995.
- 43 Den 26 november 1996 antog kommissionen beslut C(96) 3414 slutligt om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (IV/35.134 — Trans-Atlantic Conference Agreement, ej offentliggjort, nedan kallat beslutet om hävande av

immunitet). Genom detta beslut fråntogs TACA-parterna förmånen av immunitet mot åläggande av böter vad beträffar bestämmelserna i TACA om fastställande av fraktsatser vid landtransporter eftersom dess bestämmelser enligt kommissionens preliminära yttrande inte uppfyller villkoren i artikel 85.3 i EG-fördraget, artikel 5 i förordning nr 1017/68 och artikel 53.3 i EES-avtalet.

- 44 Genom dom av den 28 februari 2002 avvisade förstainstansrätten den av TACA-parterna väckta talan mot detta beslut (förstainstansrättens dom av den 28 februari 2002 i mål T-18/97, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-1125). Denna dom har inte överklagats.

*Det administrativa förfarandet rörande överträdelse med tillämpning av artiklarna 85 och 86 i fördraget*

- 45 Den 24 maj 1996 riktade kommissionen ett meddelande om anmärkningar till TACA-parterna som i sak antogs på grundval av förordningarna nr 17, nr 1017/68 och nr 4056/86, i vilket bland annat sades att kommissionen ansåg att TACA omfattas av förbudet i artikel 85.1 i EG-fördraget och att det innehåller ett antal element som inte omfattas av artikel 85.3 i EG-fördraget. Kommissionen preciserade att den var benägen att anta ett beslut om att TACA-parterna bryter mot artikel 85.1 och att kräva att de upphör med de åtgärder som inte omfattas av artikel 85.3. I meddelandet om anmärkningar angavs även att TACA-parterna hade missbrukat sin dominerande ställning i strid med artikel 86 i EG-fördraget och att kommissionen hade för avsikt att av detta skäl ålägga dem böter. Slutligen tillkännagavs i meddelandet om anmärkningar att kommissionen avsåg att återkalla den rätt till gruppundantag som föreskrivs i förordning nr 4056/86 med tillämpning av artiklarna 7 och/eller 8 i nämnda förordning.

- 46 Sökandena besvarade den 6 september 1996 kommissionens meddelande om anmärkningar av den 24 maj 1996. TACA-parterna redogjorde muntligen för sin uppfattning under ett förhör som hölls den 25 oktober 1996.
- 47 Ett tilläggsmeddelande om anmärkningar antogs av kommissionen den 11 april 1997 i vilket det sades att trots anmälan av TACA:s ”hub and spoke”-system var kommissionen fortfarande benägen att anta ett beslut om förbud vilket inbegrep praxis att fastställa priser för transporttjänster som utförs av bortfraktare och som tillhandahålls inom gemenskapen i de fall då dessa inte omfattas av TACA:s ”hub and spoke”-system.
- 48 Den 16 september 1998 antog kommissionen beslut 1999/243/EG om ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (ärende IV/35.134 — Trans-Atlantic Conference Agreement) (EGT L 95, 1999, s. 1) (nedan kallat beslutet eller det omtvistade beslutet). Kommissionen följde vid antagandet av detta beslut de förfaranden som föreskrivs i förordningarna nr 17, nr 1017/68 och nr 4056/86.
- 49 Enligt det omtvistade beslutet finner kommissionen att vissa bestämmelser i TACA strider mot artikel 85.1 i EG-fördraget, artikel 53.1 i EES-avtalet och artikel 2 i förordning nr 1017/68 samt att de villkor för erhållande av ett individuellt undantag som anges i artikel 85.3 i EG-fördraget, artikel 53.3 i EES-avtalet och artikel 5 i förordning nr 1017/68 inte är uppfyllda. Kommissionen finner vidare att sökandena har åsidosatt bestämmelserna i artikel 86 i EG-fördraget och artikel 54 i EES-avtalet och ålägger av detta skäl samtliga sökande böter.

## Det omtvistade beslutet

### I — *Relevanta bestämmelser i TACA*

- 50 De relevanta bestämmelser i TACA som är föremål för det omtvistade beslutet rör fastställande av transportpriser, ingående av serviceavtal och ersättning till speditörer.

### *Kollektivt fastställande av transportpriser*

- 51 I det omtvistade beslutet konstateras att medlemmarna i TACA kollektivt fastställer en tariff som är femdelad med olika fraktsatser för var och en av följande tjänster: Landtransporter till hamnen, godshantering i hamnen (överflyttning från landtransportmedlet till fartyget), sjötransport (transport från en hamn till en annan), godshantering i ankomsthavnen (överflyttning från fartyget till landtransportmedlet) samt landtransport från ankomsthavnen till den slutliga destinationsorten (skäl 96).

- 52 I det omtvistade beslutet görs vidare följande precisering:

— Den gemensamma tariffen innehåller en prismatris för fraktt transporter mellan bestämda punkter: 26 olika kategorier av gods är definierade och en fraktsats bestämd för varje kategori (skäl 13).

- Tariffen offentliggörs av TACA och är tillgänglig för alla avlastare (skäl 13).
  
- I konferenstariffen fastställs ett antal olika fraktsatser: standardsatser, tids- eller volymbaserade fraktsatser ("time/volume rates") (nedan kallade TVR) och fraktsatser baserade på lojalitetsavtal (skäl 103).
  
- Enligt amerikansk lag har alla medlemmar i en konferens rätt att avvika från konferenstariffen genom att vidta oberoende åtgärder beträffande en klass av givet gods förutsatt att de andra medlemmarna i konferensen underrättas (skäl 104).

### *Serviceavtal*

- 53 Serviceavtal är avtal i vilka å ena sidan en avlastare åtar sig att genom konferensen (konferensserviceavtal) eller genom en enskild bortfraktare (individuellt serviceavtal) tillhandahålla en minsta mängd gods över en fastställd period och å andra sidan en bortfraktare eller konferensen förbinder sig att hålla vissa fraktsatser eller fraktsatstabeller samt en fastställd servicenivå (skäl 10).
- 54 Individuella serviceavtal kallas allmänna när de ingås av flera enskilda bortfraktare. Det är utrett att begreppet "allmänna serviceavtal" i det omtvistade beslutet avser såväl konferensserviceavtal som individuella allmänna serviceavtal.



- 55 Det är utrett när det gäller de transatlantiska traderna att ungefär 50–60 procent av godset transporteras enligt serviceavtal (skäl 122).
- 56 Kommissionen konstaterar i det omtvistade beslutet att TACA avsåg en reglering av förhandling och ingående av såväl konferensserviceavtal som individuella serviceavtal.
- 57 När det för det första gäller konferensserviceavtal (eller TACA:s serviceavtal) anges i artikel 14.3 i TACA-avtalet att de skall förhandlas fram av TACA:s sekretariat å TACA-parternas vägnar. Serviceavtal som förhandlas fram av TACA:s sekretariat genomgår sedan TACA:s röstningsförfarande. En part i TACA som inte önskar delta i ett visst serviceavtal får vidta ensidiga åtgärder. Möjligheten att vidta ensidiga åtgärder är begränsad på ett antal sätt vilka anges i artikel 14.2 j i TACA-avtalet (skälen 132–148).
- 58 I det omtvistade beslutet anges att TACA har infört ett antal ”bindande riktlinjer” i artikel 14.2 om innehållet i serviceavtal och de förhållanden under vilka de får ingås (skäl 149). De relevanta begränsningarna avser följande frågor:
- Varaktighet: enligt artikel 14.2 a i TACA fick serviceavtalens varaktighet inte överstiga ett kalenderår. Denna löptid ökades först till två år och sedan till tre år (skälen 17 f och 491).

- ”Contingency”-klausuler: i artikel 14.2 c i TACA fanns ett förbud mot att i serviceavtal ta in någon klausul som gav rätt till sänkning av den fraktsats som skulle betalas enligt serviceavtalet med hänvisning till villkor som överenskommits med andra avlastare enligt andra arrangemang (skälen 17 g och 489).
  
- Förbud mot flera avtal med samma avlastare; enligt artikel 14.2 c i TACA fick ingen av TACA-parterna delta, enskilt eller tillsammans med annan part i TACA, i mer än ett serviceavtal åt gången med en och samma avlastare i fråga om gods som skulle fraktas på traden (skälen 17 f och 493).
  
- Nivån på avtalsviten för det fall att avtalet inte fullgörs: enligt artikel 14.2 d i TACA har TACA-parterna kommit överens om nivåerna i klausuler om avtalsviten i serviceavtal som ingås av dem (skäl 495). Enligt det omtvistade beslutet har TACA-parterna fastställt nivån på avtalsvitena till 250 US-dollar per tjugofotsenhet (”twenty foot equivalent units”) (nedan kallat TEU) (skäl 226).
  
- Konfidentiell behandling: i det omtvistade beslutet meddelas att TACA-parterna kräver att medlemmarna skall underrätta varandra om villkoren i alla serviceavtal som de är part i och göra denna information tillgänglig för rederier som blir parter i TACA (skäl 496).

- 59 Vad för det andra beträffar de individuella serviceavtalen, förbjöds ingående av sådana under åren 1994 och 1995 av TACA. Från och med 1996 blev individuella serviceavtal tillåtna av TACA. I det omtvistade beslutet ges följande redogörelse i detta ämne:

”32 Den 9 mars 1995 underrättade TACA-parterna kommissionen om att FMC hade ålagt dem ytterligare ett villkor. Enligt detta villkor krävdes att TACA-parterna ändrade TACA så att enskilda TACA-parter får ingå serviceavtal för 1996 utan att ha fått godkännande från andra TACA-parter, under förutsättning att avtalen överensstämde med bestämmelserna i artikel 14.2 i TACA.”

### *Ersättning till speditörer*

- 60 Enligt artikel 5.1 c i TACA skall TACA-parterna avtala om belopp, nivåer och satser för ersättningar till mäklare och speditörer samt villkor för betalning av sådana belopp och utnämning av personer som kan agera som mäklare (skäl 164).

## *II — Definition av ifrågavarande marknad*

- 61 Det konstateras i det omtvistade beslutet enligt den i skälen 60–84 utförda analysen att den marknad för sjötransporttjänster som TACA omfattar är den reguljära containertrafiken mellan nordeuropeiska hamnar och hamnar i Förenta staterna och Kanada.

62 I skäl 519 anför kommissionen följande angående tillämpningen av artikel 86 i EG-fördraget:

”519 Den relevanta marknaden för sjötransporttjänster beskrivs ovan i skälen 60–75. Den geografiska marknaden består av det område inom vilket de sjötransporttjänster som fastställs ovan saluförs, dvs. i detta fall upptagningsområdena för hamnarna i norra Europa. En sådan geografisk marknad sammanfaller med räckvidden för TACA:s landtariff och utgör en väsentlig del av den gemensamma marknaden.”

### III — Rättslig bedömning

63 Det slås fast i det omtvistade beslutet att TACA:s ifrågavarande regler och praxis omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget.

#### *Tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget*

64 Vad gäller tillämpningen av artikel 85 i EG-fördraget anför kommissionen att TACA omfattar följande delar som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på det sätt som avses i punkt 1 i denna bestämmelse:

— Prisavtalet mellan TACA-parterna om sjötransporter (skälen 379 och 380).

- Prisavtalet mellan TACA-parterna om landtransporttjänster inom gemenskapen till avlastare i kombination med andra tjänster som del av en multimodal transporttjänst för befordran av containerlast (transporttjänster som utförs av bortfraktare) mellan norra Europa och Förenta staterna (skälen 379 och 380).
  
  - Avtalet mellan TACA-parterna om villkoren för ingående av serviceavtal med avlastare (skälen 379, 380 och 442–448).
  
  - Avtalet mellan TACA-parterna om maximala nivåer för ersättning till speditörer (skälen 379, 380 och 505–508).
- 65 Kommissionen anser däremot att det i detta skede är oklart om det utbyte av utrustning som föreskrivs i EIEIA påverkar konkurrensen i någon märkbar grad. Frågan om huruvida artikel 85 i fördraget är tillämplig på detta avtal behandlas därför inte i det omtvistade beslutet (skälen 384, 399 och 426).
- 66 Vad beträffar beviljandet av undantag drar kommissionen slutsatsen att med förbehåll för avtalet som gäller priser på sjötransporter omfattas inte de övriga konkurrensbegränsande avtalen av gruppundantaget i artikel 3 i förordning nr 4056/86 (skälen 397–399). Vad gäller möjligheten av ett individuellt undantag anser kommissionen att inget av de berörda avtalen uppfyller villkoren i artikel 85.3 i EG-fördraget och artikel 5 i förordning nr 1017/68 (skälen 409–441).

*Tillämpning av artikel 86 i EG-fördraget*

- 67 Vad beträffar tillämpningen av artikel 86 i EG-fördraget konstateras det i beslutet att TACA-parterna har en kollektiv dominerande ställning på ifrågavarande marknad (skälen 519–576) och att de har missbrukat sin kollektiva dominerande ställning under åren 1994–1996 dels genom att ingå avtal om att begränsa tillgången till och innehållet i serviceavtal (nedan även kallat det första missbruket), dels genom att förändra marknadens konkurrensmässiga struktur för att stärka TACA:s dominerande ställning (nedan kallat det andra missbruket) (skälen 550–576).
- 68 Kommissionen anför i fråga om det första missbruket (skälen 551–558) att detta ”särskilt hade samband med de villkor som TACA-parterna uppställde ... beträffande 'contingency'-klausuler, serviceavtalens löptid, förbud mot ingående av flera avtal med samma avlastare och vitesnivåer för avtalsbrott” samt ”förbud mot individuella serviceavtal för 1995” (skäl 556 och 557).
- 69 I fråga om det andra missbruket (skälen 559–567) anför kommissionen att ”TACA-parternas avsikt var att ... tillse att om en potentiell konkurrent ville komma in på marknaden skulle det ske först sedan denne hade blivit part i TACA” (skäl 562). De åtgärder som TACA-parterna vidtog för att uppmuntra potentiella konkurrenter att gå in på marknaden som TACA-parter omfattar enligt det omtvistade beslutet specifika åtgärder till förmån för Hanjin (överlämnande av konfidentiell information och utdelning av en marknadsandel) och Hyundai (omedelbar tillgång till serviceavtal), att TACA-parterna ingick ett stort antal serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur och att de tidigare strukturerade TAA-medlemmarna inte konkurrerade om vissa serviceavtal med ”non vessel operating common carriers” (nedan kallade NVOCC-bortfraktare).

### *Böter*

- 70 I det omtvistade beslutet åläggs var och en av TACA-parterna böter för att de överträtt artikel 86 i EG-fördraget. Det har inte ålagts några böter för överträdelse av artikel 85 i EG-fördraget.
- 71 Enligt det omtvistade beslutet varade dessa två överträdelser under en del av år 1994 och hela år 1995 och 1996 (skälen 592 och 594).

### *Beslutsdel*

- 72 I det omtvistade beslutets beslutsdel anges följande:

#### *”Artikel 1*

De företag som anges i bilaga I har överträtt bestämmelserna i artikel 85.1 i EG-fördraget, artikel 53.3 i EES-avtalet och artikel 2 i förordning (EEG) nr 1017/68 genom att avtala om priser för landtransporttjänster inom Europeiska gemenskapen till avlastare i förening med andra tjänster som del av en multimodal transport för befordran av containerlast mellan Nordeuropa och Förenta staterna. Villkoren i artikel 85.3 i EG-fördraget, artikel 53.3 i EES-avtalet och artikel 5 i förordning (EEG) nr 1017/68 är inte uppfyllda.

## *Artikel 2*

De företag som anges i bilaga I har överträtt bestämmelserna i artikel 85.1 i EG-fördraget och artikel 53.1 i EES-avtalet genom att fastställa belopp, nivåer eller satser för ersättningar till mäklare och speditörer samt villkor för betalning av sådana belopp och utnämning av personer som kan agera som mäklare. Villkoren i artikel 85.3 i EG-fördraget och artikel 53.3 i EES-avtalet är inte uppfyllda.

## *Artikel 3*

De företag som anges i bilaga I har överträtt bestämmelserna i artikel 85.1 i EG-fördraget och artikel 53.1 i EES-avtalet genom att överenskomma om de villkor på vilka de får ingå serviceavtal med avlastare. Villkoren i artikel 85.3 i EG-fördraget och artikel 53.3 i EES-avtalet är inte uppfyllda.

## *Artikel 4*

De företag som anges i bilaga I uppmanas härmed att omedelbart upphöra med de överträdelser som avses i artiklarna 1, 2 och 3 och uppmanas härmed att i fortsättningen avstå från alla avtal eller samordnade förfaranden med samma eller liknande syfte eller verkan som de avtal som avses i artiklarna 1, 2 och 3.



### *Artikel 5*

De företag som anges i bilaga I har överträtt bestämmelserna i artikel 86 i EG-fördraget och artikel 54 i EES-avtalet genom att förändra konkurrensstrukturen på marknaden så att den dominerande ställningen för Trans-Atlantic Conference Agreement förstärks.

### *Artikel 6*

De företag som anges i bilaga I har överträtt bestämmelserna i artikel 86 i EG-fördraget och artikel 54 i EES-avtalet genom att begränsa tillgången och innehållet i serviceavtal.

### *Artikel 7*

De företag som anges i bilaga I uppmanas härmed att omedelbart upphöra med de överträdelser som avses i artiklarna 5 och 6 och att i framtiden avstå från alla åtgärder med samma eller liknande syfte eller verkan som de överträdelser som avses i artiklarna 5 och 6.

*Artikel 8*

För de överträdelse av bestämmelserna i artikel 86 i EG-fördraget och artikel 54 i EES-avtalet som avses i artiklarna 5 och 6 åläggs följande böter:

A. P. Møller-Mærsk Line	27 500 000 ecu
Atlantic-Container Line AB	6 880 000 ecu
Hapag Lloyd Container Line GmbH	20 630 000 ecu
P & O Nedlloyd Container Line Limited	41 260 000 ecu
Sea-Land Service Inc.	27 500 000 ecu
Mediterranean Shipping Co.	13 750 000 ecu
Orient Overseas Container Line (UK) Ltd	20 630 000 ecu
Polish Ocean Lines	6 880 000 ecu
DSR-Senator Lines	13 750 000 ecu
Cho Yang Shipping Co. Ltd	13 750 000 ecu
Neptune Orient Lines Ltd	13 750 000 ecu
Nippon Yusen Kaisha	20 630 000 ecu
Transportación Marítima Mexicana SA de CV/Tecomar SA de CV	6 880 000 ecu
Hanjin Shipping Co. Ltd	20 630 000 ecu
Hyundai Merchant Marine Co. Ltd	18 560 000 ecu

*Artikel 9*

De företag som anges i bilaga I uppmanas härmed att inom två månader från dagen för delgivning av detta beslut underrätta de kunder med vilka de ingått gemensamma serviceavtal om att de har rätt att omförhandla villkoren i dessa avtal eller att omedelbart säga upp dem.

## *Artikel 10*

De böter som anges i artikel 8 skall betalas, i ecu, inom tre månader från dagen för delgivning av detta beslut till Europeiska kommissionens bankkonto nr 310-0933000-43, Banque Bruxelles Lambert, Agence Européenne, Rond-Point Schumann 5, B-1040 Bryssel.

Då denna period löpt ut skall ränta på böterna automatiskt påläggas till den räntesats som tillämpas av Europeiska centralbanken för transaktioner i ecu den första arbetsdagen i den månad då detta beslut antas, plus 3,5 procentenheter, nämligen 7,5%.

## *Artikel 11*

Detta beslut riktar sig till de företag som anges i bilaga I.

Detta beslut skall vara verkställbart enligt artikel 192 i EG-fördraget.”

## **Förfarande**

<sup>73</sup> Tolv av de sjutton rederier som det omtvistade beslutet var riktat till, närmare bestämt ACL, Cho Yang, DSR-Senator, Hanjin, Hapag Lloyd, Hyundai, Mærsk, MSC, OOCL, POL, P & O Nedlloyd (P & O Nedlloyd är resultatet av fusionen i

januari 1997 mellan Nedlloyd och P & O, som vid tidpunkten för antagandet vart och ett för sig var det omtvistade beslutets adressater) samt Sea-Land har, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 7 december 1998, med stöd av artikel 173 i EG-fördraget (nu artikel 230 EG i ändrad lydelse) väckt talan om ogiltigförklaring av detta beslut. Talan registrerades under nr T-191/98 (Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen).

74 Genom särskild handling som inkom den 29 december 1998 har NOL väckt talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Denna talan registrerades under nr T-212/98 (Neptune Orient Lines mot kommissionen). NYK har likaledes samma dag väckt talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Denna talan registrerades under nr T-213/98 (Nippon Yusen Kaisha mot kommissionen). Den 30 december 1998 slutligen har också rederierna TMM och Tecomar väckt talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet. Denna talan registrerades under nr T-214/98 (Transportación Marítima Mexicana och Tecomar mot kommissionen).

75 Den 18 januari 1999 höll referenten, domaren Jaeger, på justitiesekreterarens initiativ, ett informellt möte med sökandena för att uppmana dem att iordningställa sina ansökningar som totalt omfattade 2 000 sidor (bilagor ej inräknade), att fundera över om det skulle vara lämpligt att göra en sammanfattning av dem, att sortera ut de relevanta handlingar som fanns bland de hundratals pärmar som utgjorde bilagorna och att lösa de sekretessproblem som tagits upp i samband med vissa bifogade handlingar. Endast vissa av sekretessproblemen kunde lösas under detta möte.

76 Genom beslut av den 22 februari 1999 meddelade ordföranden på förstainstansrättens tredje avdelning att målen T-191/98 och T-212/98–T-214/98 skulle förenas vad gällde det skriftliga förfarandet, det muntliga förfarandet och domen.

- 77 Den 21 juni 1999 ansökte The European Council of Transport Users ASBL (nedan kallat ECTU), som omfattar The Europeans Shippers Council (nedan kallat ESC), om att få intervensera till stöd för kommissionens yrkanden i målen T-191/98 och T-212/98–T-214/98.
- 78 Genom beslut av den 21 juli 1999 avslog förstainstansrättens ordförande den ansökan om uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet som ingivits av DSR-Senator (beslut av förstainstansrättens ordförande av den 21 juli 1999 i mål T-191/98 R, DSR-Senator Lines mot kommissionen, REG 1999, s. II-2531). Överklagandet av detta beslut ogillades av domstolens ordförande (beslut av domstolens ordförande av den 14 december 1999 i mål C 364/99 P (R), DSR-Senator Lines mot kommissionen, REG 1999, s. I-8733).
- 79 Den 17 augusti 1999 begärde sökandena konfidentiell behandling av vissa handlingar gentemot intervenienten. De förklarade närmare denna begäran i ett fax den 23 augusti 1999. Genom skrivelser av den 10 september och den 8 oktober 1999 framställde kommissionen diverse invändningar mot denna begäran.
- 80 Genom beslut av den 15 november 1999 godtog ordföranden på förstainstansrättens tredje avdelning ECTU:s intervention, och biföll till viss del begäran om konfidentiell behandling. Vidare beviljades konfidentiell behandling tills vidare av vissa bilagor till ansökan i mål T-191/98.
- 81 Genom skrivelse av den 8 december 1999 underrättade sökandena kansliet om att de avsåg att avlägsna alla bilagor från handlingarna i målet som avsågs i beslutet av den 15 november 1999 med undantag av en av dem. Genom skrivelse av den 10 december 1999 begärde sökandena konfidentiell behandling av vissa upplysningar i dupliken och dess bilagor. Kommissionen framställde invändningar mot denna begäran genom skrivelse av den 17 januari 2000.

- 82 Genom beslut av den 14 mars 2000 biföll ordföranden på förstainstansrättens tredje avdelning till viss del begäran om konfidentiell behandling av vissa upplysningar i ansökan och dupliken.
- 83 Genom beslut av den 28 juni 2000 avlog förstainstansrättens ordförande den ansökan om uppskov med verkställigheten av det omtvistade beslutet som ingetts av Chou Yang (beslut av förstainstansrättens ordförande av den 28 juni 2000 i mål T-191/98 R II, Chou Yang Shipping mot kommissionen, REG 2000, s. II-2551). Överklagandet av detta beslut ogillades av domstolens ordförande (beslut av domstolens ordförande av den 15 december 2000 i mål C-361/00 P (R), Chou Yang mot kommissionen, REG 2000, s. I-11657).
- 84 Sökanden i mål T-213/98 begärde den 27 september 2000 i ett följebrev till dess yttrande över interventionsinlagan från ECTU att vissa sifferuppgifter som fanns i yttrandet skulle behandlas konfidentiellt. Denna begäran upprepades i skrivelse av den 20 oktober 2000. Genom skrivelse av den 17 november 2000 framställde kommissionen invändningar mot denna begäran. Genom beslut av den 20 juni 2002 efterkom ordföranden på förstainstansrättens tredje avdelning sökandens begäran.
- 85 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (tredje avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet. Såsom en processledningsåtgärd anmodade förstainstansrätten parterna att inkomma med vissa handlingar och svara på skriftliga frågor. Parterna efterkom dessa förelägganden inom utsatt tid.
- 86 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens muntliga frågor vid offentlig förhandling den 26 och 27 juni 2003.

## Parternas yrkanden

87 Sökandena har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogiltigförklara det omtvistade beslutet,
- i andra hand upphäva eller nedsätta de böter som ålagts genom artikel 8 i det omtvistade beslutet,
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, och
- förplikta kommissionen att ersätta de kostnader sökandena haft i samband med ställande av bankgaranti i stället för att betala böter i avvaktan på förstainstansrättens dom.

88 Kommissionen har med stöd av intervenienten ECTU yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan,
- förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

## Rättslig bedömning

- 89 Sökandena har till stöd för sin talan om ogiltigförklaring väsentligen framställt sju grupper av grunder. Den första avser grunderna om åsidosättande av rätten till försvar. Den andra avser grunderna om avsaknad av överträdelse av artikel 85 i EG-fördraget. Den tredje avser grunderna om avsaknad av överträdelse av artikel 86 i EG-fördraget. Den fjärde gäller underlåtet iakttagande av det förfarande som föreskrivs i förordning nr 4056/86. Den femte avser grunderna om olika brister i motiveringen. Den sjätte avser grunderna om böter. Den sjunde slutligen avser grunden om åsidosättande av artikel 215 andra stycket i EG-fördraget (nu artikel 288 andra stycket EG).
- 90 Förstainstansrätten framhåller inledningsvis att de av sökandena ingivna ansökningarna och deras bilagor dels är osedvanligt omfattande till sin karaktär eftersom var och en av ansökningarna består av nästan 500 sidor och bilagorna motsvarar innehållet i ett hundratal pärmar, dels att sökandena har anfört nästan 100 olika grunder. Det bör härvidlag erinras om att enligt domstolens rättspraxis kan förstainstansrättens skyldighet att motivera sina beslut inte tolkas som att den är tvungen att i detalj bemöta varje argument som åberopas av en part, särskilt inte om argumentet inte är tillräckligt klart och precist och inte stöds av tillräckligt utförlig bevisning (domstolens dom av den 6 mars 2001 i mål C-274/99 P, Connolly mot kommissionen, REG 2001, s. I-1611, punkt 121, och av den 11 september 2003 i mål C-197/99 P, Belgien mot kommissionen, REG 2003, s. I-8461, punkt 81). Det är mot bakgrund av denna rättspraxis som förstainstansrätten skall pröva de talrika grunder som sökandena anfört till stöd för sin talan.

## I — Grunderna om åsidosättande av rätten till försvar

- 91 Inom ramen för grunderna om åsidosättande av rätten till försvar har sökandena väsentligen utvecklat tre särskilda delgrunder. Den första delgrunden gäller



åsidosättande av rätten att yttra sig. Den andra delgrunden avser åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingarna i målet. Den tredje delgrunden slutligen avser åsidosättande av principerna om god förvaltnings sed, objektivitet och opartiskhet.

*Den första delgrunden: Åsidosättande av rätten att yttra sig*

- 92 Sökandena har i sin ansökan delat upp denna delgrund i tre delar. I den första delen har sökandena påstått att meddelandet om anmärkningar inte är giltigt, med motiveringen att det inte antogs efter den utredning som kommissionen genomförde och att det följaktligen antogs för tidigt. I den andra delen har de hävdats att påståendet om en otillåten ändring av marknads konkurrensstruktur är en ny anmärkning som dessutom baseras på nya bevisfakta. Slutligen har sökandena i den tredje delen hävdats att det omtvistade beslutet innehåller faktiska och rättsliga påståenden som är nya i förhållande till meddelande om anmärkningar.
- 93 Det framgår emellertid vid ett studium av ansökan att denna delgrund i själva verket innehåller två grunder av olika slag vad beträffar det av kommissionen bedrivna administrativa förfarandet. Sökandena har nämligen för det första genom en grund som visar sig i den första delen av argumenteringen bestridit lagenligheten hos meddelandet om anmärkningar som sådant, såtillvida att det antogs för tidigt. För det andra har sökandena genom grunder som framkommer i de tre delarna av deras argumentering framställt invändningar mot att det finns nya faktiska och rättsliga påståenden i det omtvistade beslutet.

*A — Grunden om att meddelandet om anmärkningar är rättsstridigt såtillvida att det antogs för tidigt*

1. Parternas argument

- 94 Sökandena har påstått att det meddelande om anmärkningar som kommissionen översände till dem den 24 maj 1996 inte är giltigt då det inte antogs efter den av kommissionen bedrivna utredningen.
- 95 Sökanden har erinrat om att enligt rättspraxis skall det i meddelandet om anmärkningar tydligt anges vilka faktiska omständigheter kommissionen grundar sig på och vilken rubricering de ges (domstolens dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen, REG 1991, s. I-3359, punkt 29, och av den 31 mars 1993 i de förenade målen C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 och C-125/85–C-129/85, Ahlström m.fl. mot kommissionen, kallad Pappersmassa II, REG 1993, s. I-1307, svensk specialutgåva, volym 14, s. 111, punkterna 40–54 och 152–154, förstainstansrättens dom av den 18 december 1992 i de förenade målen T-10/92–T-12/92 och T-15/92, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 1992, s. II-2667, svensk specialutgåva, volym 13, s. 97, punkt 33). Följaktligen kräver såsom förstainstansrätten fann i domen av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen (REG 1991, s. II-1711; svensk specialutgåva, volym 11, s. 83, punkt 51), ”iakttagandet av rätten till försvar ... att sökanden på lämpligt sätt har lämnats tillfälle att yttra sig över samtliga anmärkningar som kommissionen riktat mot sökanden i meddelandet om anmärkningar, samt över det bevismaterial som stöder dess anmärkningar och som kommissionen nämnde i sina meddelanden om anmärkningar eller i sina bilagor till dessa” (se även förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-334/94, Sarrió mot kommissionen, REG 1998, s. II-1439, punkt 39).
- 96 Sökandena drar härav slutsatsen att kommissionen i sitt beslut inte kan basera sig på bevis som framkommit efter det att meddelandet om anmärkningar antagits och beträffande vilka det berörda företaget inte haft tillfälle att framföra sina

synpunkter. Sökanden har således gjort gällande att domstolen i sin dom av den 11 november 1981 i mål 60/81, IBM mot kommissionen (REG 1981, s. 2693; svensk specialutgåva, volym 6, s. 225, punkt 15), fann att "... i enlighet med artikel 19.1 i förordning nr 17 och för att säkerställa iakttagandet av rätten till försvar, är det nödvändigt att se till att det berörda företaget vid avslutandet av undersökningen lämnas tillfälle att yttra sig över alla de anmärkningar som kommissionen avser att rikta mot det i sitt beslut ...".

- 97 I förevarande mål har sökandena dock framhållit att kommissionen översände en begäran om upplysningar till dem två dagar innan meddelandet om anmärkningar översändes och ett trettiotal framställningar med begäran om ytterligare upplysningar efter det att meddelandet om anmärkningar översändes, såväl under den period då meddelandet om anmärkningar skulle besvaras som efter det att meddelandet om anmärkningar hade besvarats. Härav följer enligt sökandena att meddelandet om anmärkningar översändes till sina adressater för tidigt i strid med principen om god förvaltningssed och ovannämnda rättspraxis.
- 98 Enligt sökandena fick den omständigheten att meddelandet om anmärkningar antogs för tidigt följande konsekvenser i förevarande mål:
- I meddelandet om anmärkningar anges inte alla faktiska omständigheter som kommissionen ansett vara relevanta för undersökningen av TACA:s anmälan.
  - Den rättsliga bedömning som görs i meddelandet om anmärkningar baseras inte på alla de faktiska omständigheter som kommissionen ansett vara relevanta för bedömningen av anmälan.

— Meddelandet om anmärkningar kan inte anses återspegla kommissionens uppfattning om anmälan och dess förenlighet med gemenskapsrätten.

— Sökandena kunde inte på ett effektivt sätt utöva sin rätt till försvar när de besvarade meddelandet om anmärkningar.

99 Härav följer att meddelandet om anmärkningar av den 24 maj 1996 inte fyllde den funktion som var avsedd för denna handling, det vill säga att ge det företag som är föremål för en utredning möjlighet att, i enlighet med rätten till försvar, yttra sig över kommissionens argument innan den antar det slutliga beslutet.

100 Sökandena har anfört att även om vissa framställningar med begäran om ytterligare upplysningar rörde frågor som var föremål för meddelandet om anmärkningar fanns det andra sådana framställningar som rörde helt nya frågor.

101 Det föreligger följaktligen i förevarande mål en legal och processuell motsättning mellan den ståndpunkt som kommissionen intagit i meddelandet om anmärkningar och fullföljandet av dess utredning efter meddelandet om anmärkningar. Medan kommissionen motiverade sin begäran om upplysningar av den 11 juli 1996 med att det var nödvändigt att bedöma parternas ansökan om individuellt undantag i hela dess ekonomiska och rättsliga sammanhang, uppgavs i meddelandet om anmärkningar av den 24 maj 1996 att TACA inte kunde komma i åtnjutande av ett undantag (punkt 249 i meddelandet om anmärkningar).

- 102 Som svar på de av kommissionen framförda motiveringarna, i vilka framhävdes den ständiga utvecklingen av TACA:s praxis och sökandenas hindersamma beteende, har dessa anfört att kommissionen inte uppgett vari den praxis består som medlemmarna i TACA använder och vars ständiga utveckling motiverar framställningar med begäran om ytterligare upplysningar. De har även bestridit att de någonsin hindrat utredningen.
- 103 Eftersom meddelandet om anmärkningar således inte är giltigt, inledde kommissionen inte med giltig verkan förfarandet mot sökandena. Det omtvistade beslutet behandlar således inte någon anmärkning över vilken sökandena har haft möjlighet att yttra sig. Det omtvistade beslutet i dess helhet bör följaktligen ogiltigförklaras på grund av att rätten till försvar har åsidosatts.
- 104 Kommissionen har hävdat att den är i sin fulla rätt att sätta igång en utredning efter att den avsänt ett meddelande om anmärkningar. Den anser följaktligen att sökandenas talan inte kan bifallas på denna grund.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

- 105 Det är utrett att kommissionen i förevarande mål översände en begäran om upplysningar till TACA-parterna två dagar innan meddelandet om anmärkningar översändes samt ett trettiotal framställningar med begäran om ytterligare upplysningar efter det att meddelandet om anmärkningar avsänts, inklusive efter det att meddelandet om anmärkningar hade besvarats av sökandena och efter förhöret inför kommissionen och detta fram till mars månad 1998.

- 106 Enligt sökandena visar dessa omständigheter att meddelandet om anmärkningar, på grund av att det översändes för tidigt, inte fyllde den funktion som i normala fall var avsedd för denna handling, det vill säga att ge det företag som är föremål för en utredning en god möjlighet att yttra sig över alla de faktiska och rättsliga påståenden som kommissionen framfört mot sökanden.
- 107 Eftersom sökandena, såsom har angetts ovan i punkt 93, genom denna grund har förebrått kommissionen att den använt svaren på framställningarna med begäran om ytterligare upplysningar för att i det omtvistade beslutet formulera nya faktiska och rättsliga påståenden utan att ge sökandena tillfälle att yttra sig i denna fråga, sammansmälter denna grund med grunderna om nya faktiska och rättsliga påståenden och skall följaktligen behandlas i samband med prövningen av dessa.
- 108 Förstainstansrätten kommer således här att pröva denna grund endast såvitt avser rättsstridighet hos meddelandet om anmärkningar enbart på grund av att meddelandet antogs för tidigt.
- 109 Det skall därför i detta hänseende slås fast att sökandenas uppfattning baseras på premissen att kommissionen, innan den översänder ett meddelande om anmärkningar, måste ha avslutat sin inledande utredning. För att kunna bedöma huruvida det finns stöd för denna grund från sökandenas sida skall det följaktligen undersökas om kommissionen har en sådan skyldighet.
- 110 Det är riktigt att enligt rättspraxis innehåller de regler som är nödvändiga för tillämpningen av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, vilka införts av rådet i förordningarna nr 17, nr 1017/68 och nr 4056/86 och på grundval av vilka det omtvistade beslutet antogs, två på varandra följande men helt åtskilda

förfaranden, närmare bestämt ett första förfarande som består av en inledande utredning och ett andra förfarande av kontradiktorisk karaktär som inleds genom ett meddelande om anmärkningar (domstolens dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem mot kommissionen, REG 1989, s. 3283, svensk specialutgåva, volym 10, s. 217, punkt 20, och domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 45).

- 111 Härav följer att ett meddelande om anmärkningar översänds i princip efter en inledande utredning som kommissionen beroende på det enskilda fallet genomför efter en anmälan, ett klagomål eller på eget initiativ för att avgöra om ifrågasvarande praxis är förenlig med artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget. Det är nämligen inte förrän efter det att en sådan utredning genomförts som kommissionen kan anse sig vara tillräckligt upplyst i såväl faktiskt som rättsligt hänseende och följaktligen i stånd att besluta om ett överträdelseförfarande skall inledas genom översändande av ett meddelande om anmärkningar.
- 112 I strid med sökandenas uppfattning följer emellertid inte härav att kommissionen efter att den avsänt meddelandet om anmärkningar saknar rätt att fullfölja sin utredning, bland annat genom att översända framställningar med begäran om ytterligare upplysningar.
- 113 Förstainstansrätten erinrar härvidlag om att enligt artikel 19.1 i förordning nr 17, artikel 26.1 i förordning nr 1017/68 och artikel 23.1 i förordning nr 4056/86 har meddelandet om anmärkningar till funktion att, innan kommissionen antar ett beslut i vilket det konstateras att en överträdelse har skett av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, ge de berörda företagen tillfälle att redogöra för sina synpunkter i fråga om anmärkningar som görs mot dem. Enligt artikel 4 i kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i förordning nr 17 (EGT 127, s. 2268; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 32), artikel 4 i kommissionens förordning nr 1630/69 av den 8 augusti 1969 om förhör enligt artikel 26.1 och 26.2 i förordning nr 1017/68/EEG (EGT L 209, s. 11; svensk specialutgåva, område 7, volym 1, s. 92) och artikel 8 i förordning nr 4260/88 kan kommissionen i sitt beslut endast ta

upp sådana anmärkningar mot företag beträffande vilka de har haft tillfälle att yttra sig. Enligt rättspraxis iaktas detta krav om parterna i beslutet inte anklagas för andra överträdelse än de som nämns i meddelandet om anmärkningar och om det i beslutet endast tas hänsyn till faktiska omständigheter som parterna haft tillfälle att yttra sig över (domstolens dom av den 15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661; svensk specialutgåva, volym 1, s. 457, punkt 94).

- 114 Meddelandet om anmärkningar utgör således en förberedande rättsakt i förhållande till det beslut som avslutar det administrativa förfarandet (domen i det ovan i punkt 96 nämnda målet IBM mot kommissionen, punkt 21).
- 115 Kommissionen kan följaktligen ända fram till dess att ett slutligt beslut är fattat med beaktande av bland annat parternas skriftliga och muntliga synpunkter återkalla vissa av, eller till och med alla, de anmärkningar som ursprungligen framställts mot dem och således ändra sin ståndpunkt till deras fördel (domen i det ovan i punkt 96 nämnda målet IBM mot kommissionen, punkt 18, och i det ovan i punkt 95 nämnda målet Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 47), eller tvärtom besluta att lägga till nya anmärkningar, såvitt kommissionen ger de berörda företagen tillfälle att inkomma med yttrande (domstolens dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG mot kommissionen, REG 1983, s. 3151, svensk specialutgåva, volym 7, s. 287, punkt 29, och domstolens beslut av den 5 juni 2002 i mål C-217/00 P, Buzzi Unicem mot kommissionen, inte publicerat i rättsfallssamlingen, punkt 65, och förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-16/99, Lögstör Rör mot kommissionen, REG 2002, s. II-1633, punkt 168).
- 116 Meddelandet om anmärkningar utgör således långt ifrån en rättsakt i vilken kommissionen på ett slutgiltigt sätt redogör för sin bedömning av huruvida ifrågavarande praxis är lagenlig. I stället utgör det en rent förberedande rättsakt som innehåller kommissionens preliminära påståenden som den har möjlighet att på nytt pröva i det slutliga beslutet. Kommissionen är därför i sin fulla rätt, för att bland annat beakta argument eller vilken annan omständighet som helst som de berörda företagen anför, fullfölja sin utredning av de faktiska omständigheterna efter det att meddelandet om anmärkningar antagits i syfte att vid behov återkalla vissa anmärkningar och lägga till andra. Detta äger i desto högre grad sin giltighet när såsom i förevarande mål kommissionen måste kontrollera om de argument



och omständigheter som framförts av de företag som meddelandet om anmärkningar riktas till motiverar att den praxis som är föremål för nämnda meddelande om anmärkningar åtnjuter ett individuellt undantag med tillämpning av artikel 85.3 i EG-fördraget.

- 117 Det måste slås fast att de framställningar med begäran om upplysningar som föreskrivs i artikel 11 i förordning nr 17, artikel 19 i förordning nr 1017/68 och artikel 16 i förordning nr 4056/86 utgör lämpliga instrument för att genomföra en utredning. Enligt punkt 1 i nämnda bestämmelser kan kommissionen nämligen genom sådana framställningar samla in alla upplysningar som behövs hos företag och företagssammanslutningar, med förbehåll för att den i enlighet med punkt 3 i samma bestämmelser anger den rättsliga grunden och syftet med begäran samt sanktionsåtgärderna för det fall att en oriktig uppgift lämnas. Genom att översända framställningar med begäran om upplysningar kan kommissionen erhålla alla de förklaringar som behövs i fråga om de argument och omständigheter som de berörda företagen framfört i sitt svar på meddelandet om anmärkningar.
- 118 Det måste dock slås fast att, med förbehåll för regler om preskription, kommissionen genom de ovannämnda bestämmelserna i tillämpliga förordningar inte åläggs någon skyldighet vad gäller tidpunkten då den kan översända framställningar med begäran om upplysningar. Förstainstansrätten noterar särskilt att, såvida de begärda upplysningarna är nödvändiga, dessa bestämmelser inte alls inskränker kommissionens befogenhet att översända en begäran om upplysningar efter det att den översänt meddelandet om anmärkningar.
- 119 Även om kommissionen således redan förfogar över indicier eller till och med bevis på att det föreligger en överträdelse, är den i sin fulla rätt att begära kompletterande upplysningar för att bättre fastställa överträdelsernas omfattning, varaktighet eller kretsen av inblandade företag (domen i det ovan i punkt 110 nämnda målet Orkem mot kommissionen, punkt 15). Enligt rättspraxis kan nämligen framställningar med begäran om upplysningar göra det möjligt för kommissionen att få kännedom om överträdelser av konkurrensreglerna (domen i det ovannämnda målet Orkem mot kommissionen, punkt 15) och att samtidigt granska misstänkta överträdelser (förstainstansrättens dom av den 12 december 1991 i mål T-39/90, SEP mot kommissionen, REG 1991, s. II-1497, punkt 25).

- 120 Enbart den omständigheten att kommissionen fullföljer sin utredning efter översändandet av meddelandet om anmärkningar genom att översända framställningar med begäran om ytterligare upplysningar kan således inte i sig påverka giltigheten av meddelandet om anmärkningar.
- 121 Med tanke på att meddelandet om anmärkningar är förberedande till sin karaktär och att det återspeglar det faktum att det administrativa förfarandet är kontradiktoriskt vid tillämpning av konkurrensreglerna i EG-fördraget, ingår det tvärtom i detta förfarande att kommissionen skall kunna översända framställningar med begäran om ytterligare upplysningar efter det att meddelandet om anmärkningar översänts i syftet att vid behov återkalla vissa anmärkningar eller lägga till nya.
- 122 I motsats till vad sökandena har påstått saknar det härvidlag relevans att nämna att framställningarna med begäran om ytterligare upplysningar väcker nya frågor i förhållande till dem som är föremål för meddelandet om anmärkningar. Visserligen skulle denna omständighet kunna visa att kommissionen vid tidpunkten för antagandet av meddelandet om anmärkningar inte hade avslutat sin administrativa utredning av ifrågavarande praxis. Eftersom meddelandet om anmärkningar emellertid, såsom har angetts ovan, är en förberedande handling som kommissionen kan ändra, bland annat för att ta hänsyn till svaret på meddelandet om anmärkningar, krävs det ingalunda att kommissionen skall ha slutfört sin administrativa utredning vid tidpunkten för antagandet av meddelandet om anmärkningar. Följaktligen kan inte kommissionen begränsas vad gäller de frågor som den avser att ta upp i sina framställningar med begäran om upplysningar som översänds efter meddelandet om anmärkningar, såvida dels dessa frågor i enlighet med bestämmelserna i tillämpliga förordningar gör det möjligt att erhålla upplysningar som är nödvändiga för utredningen, dels de berörda företagen av kommissionen ges tillfälle att yttra sig över nya faktiska och rättsliga påståenden som den har för avsikt att framföra på grundval av de berörda företagens svar på nämnda frågor. De båda sistnämnda frågorna hänför sig emellertid till olika grunder som kommer att prövas i samband med de grunder som sökandena anfört dels om åsidosättande av principerna om god förvaltningssed, objektivitet och opartiskhet, dels om att det finns nya faktiska och rättsliga påståenden i beslutet.

- 123 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på den grunden att meddelandet om anmärkningar är rättsstridigt såtillvida att det antagits för tidigt.

*B — Grunderna om att det finns nya faktiska och rättsliga påståenden i det omtvistade beslutet*

- 124 Genom dessa grunder har sökandena hävdat att de varken haft tillfälle att framföra sina synpunkter på anmärkningen om det andra missbruket som bestod i den ändrade konkurrensstrukturen på marknaden, eller på vissa faktiska och rättsliga omständigheter som utgjorde grunden för andra påståenden vilka återges i det omtvistade beslutet.

1. De faktiska och rättsliga påståenden om det andra missbruket som av sökandena påstås vara nya

a) Parternas argument

- 125 Sökandena har påstått i första hand att kommissionen, vad gäller det andra missbruket av dominerande ställning som identifieras i skälen 559–567 i det omtvistade beslutet, har ändrat den ursprungliga formuleringen av anmärkningen i meddelandet om anmärkningar.
- 126 Sökandena har härvidlag hävdat att de varken har haft tillfälle att framföra sina synpunkter på påståendet om att de uppmuntrat Hanjin och Hyundai att ansluta sig till konferensen (skälen 563–566) eller på påståendet om åtgärder som

sökandena skall ha vidtagit med detta syfte (skälen 561 och 563–565). Ingen av dessa omständigheter framgår av meddelandet om anmärkningar i punkterna 107–115 angående påståendet om den otillåtna ändringen av marknadsstrukturen. Det görs särskilt gällande att TACA-parterna i meddelandet om anmärkningar inte förebrås att de vidtog åtgärder för att hjälpa dessa potentiella konkurrenter att gå in på marknaden som TACA-parter, vilket dock framhålls i skäl 563 i det omtvistade beslutet.

- 127 Sökandena har gjort gällande att det i meddelandet om anmärkningar i punkt 112 endast avsågs ett strukturellt missbruk baserat på att det fanns fyra rederier som var oberoende av TACA och som inte var verksamma på rutten över Atlanten men som var bundna till TACA på andra trader, att olika avtal möjliggjorde att NYK, NOL, Hanjin och Hyundai kom in på marknaden och att TACA:s förmåga att neutralisera den potentiella konkurrensen hade visat sig genom serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur och genom att majoriteten av medlemmarna i TACA inte deltog i serviceavtalen med NVOCC-bortfraktare. Genom att tvärtom åberopa åtgärder som vidtagits av sökandena för att uppmuntra Hyundai och Hanjin att ansluta sig till TACA, anklagas sökandena genom det omtvistade beslutet för ett missbruk som väsentligen har med deras beteende att göra.
- 128 Sökandena har vidare hävdad att kommissionen i sitt svaromål intar en annan ståndpunkt än den som framgår av meddelandet om anmärkningar och det omtvistade beslutet. Enligt sökandena har kommissionen sedermera i sitt svaromål påstått att missbruket inte består i att uppmuntra Hanjin och Hyundai att ansluta sig till konferensen, utan att innan dess bedriva en strategi som syftade till att neutralisera den potentiella konkurrensen och undvika att verklig konkurrens uppstår. Detta påstående finns inte i meddelandet om anmärkningar. Detsamma gäller påståendet i punkt 557 i svaromålet om att den verksamhet som är knuten till serviceavtal med NVOCC-bortfraktare för oberoende rederier uppmuntrat dessa rederier att stanna kvar på traden i egenskap av medlemmar i TACA och inte i egenskap av oberoende konkurrenter.

129 Sökandena har i andra hand gjort gällande att det nya påståendet om missbruk som återges i det omtvistade beslutet baseras på bevisning som de inte haft tillfälle att kommentera. Det rör sig i detta avseende om följande bevisning:

— Hanjins skrivelse till TACA av den 19 augusti 1994 angående överlämnande till detta rederi av konferensens relevanta handlingar och statistik (skälen 229 och 563).

— Protokollet från ett sammanträde med TACA:s högre chefer (TACA PWSC meeting No 95/8) på vilket kommissionen har baserat påståendet om att sökandena lät Hyundai få omedelbar tillgång till konferensens serviceavtal (skälen 230 och 564).

— Skrivelsen av den 30 januari 1996 från ordföranden för TACA till Hanjin (skälen 292 och 561).

— Dokumentet av den 15 februari 1996 i vilket TACA:s sekretariat rekommenderar dess ordförande att ”uppmuntra och övertyga alla bortfraktare för att kollektivt finna ett sätt som gör det möjligt för Hanjin att bygga upp en marknadsandel som överensstämmer med dess lastkapacitet på traden” (skälen 239 och 564).

130 Sökandena har påstått att ingen av dessa handlingar nämns i meddelandet om anmärkningar eller har bifogats detta. Kommissionen har för övrigt inte gett den minsta indikation till sökandena om vad den hade tänkt använda dessa handlingar till. Det har, till skillnad mot vad kommissionen har hävdad, föga

betydelse att handlingarna härrör från sökandena. Enligt sökandena ankom det på kommissionen att ange vilken betydelse kommissionen skulle tillmäta dessa dokument, om de skulle användas som bevisning mot sökandena. Eftersom sökandena inte visste vad kommissionen avsåg att göra med dessa handlingar, kunde de inte på ett meningsfullt sätt yttra sig över deras relevans inom ramen för utövändet av rätten till försvar.

- 131 Kommissionen har för det första hävdad att det i meddelandet om anmärkningar formulerade påståendet inte har ändrats genom det omtvistade beslutet. Kommissionen har betonat att i meddelandet om anmärkningar förebrås sökandena att de vidtog åtgärder för att neutralisera den potentiella konkurrensen (punkterna 107–115 och 345–346), särskilt genom att sluta avtal med Hanjin och Hyundai angående delbefraktning av utrymme (punkt 110) och serviceavtal (punkt 112).
- 132 Enligt kommissionen påverkar användningen av ordet ”uppmuntra” i det omtvistade beslutet på intet sätt det faktum att TACA-parterna är kända för att ha underlättat Hanjins och Hyundais inträde på traden i egenskap av medlemmar i TACA, vilket de just förebrås i meddelandet om anmärkningar. Det är endast detaljer som tillförts genom det omtvistade beslutet i förhållande till meddelandet om anmärkningar, närmare bestämt att sökandena gav Hanjin känslig information och gjorde det möjligt för Hyundai att omedelbart delta i slutande av serviceavtal. De övriga beståndsdelarna i det andra missbruket, det vill säga serviceavtalen med dubbel fraktsatsstruktur och avtalen med NVOCC-bortfraktare, beskrivs i meddelandet om anmärkningar.
- 133 Kommissionen har således bestridit sökandenas argument om att det i det omtvistade beslutet ifrågavarande missbruket rör sökandenas beteende medan det är strukturellt till sin natur enligt meddelandet om anmärkningar. Kommissionen anser att det är svårt att föreställa sig ett strukturellt missbruk. I förevarande mål består missbruket i att det förs en politik som syftar till att neutralisera konkurrensen, delvis genom att erbjuda incitament för att underlätta inträdet på traden som medlem i konferensen.

- 134 Kommissionen har vidare bestridit att den i sitt svaromål gör ett nytt påstående i förhållande till meddelandet om anmärkningar och det omtvistade beslutet. Kommissionen har betonat att de åtgärder som återges i meddelandet om anmärkningar, vilka syftade till att uppmuntra Hyundai och Hanjin att ansluta sig till TACA, endast illustrerar den strategi som sökandena hade för att neutralisera konkurrensen. Argumentet om att avtalen med NVOCC-bortfraktare var förbehållna de icke traditionella medlemmarna i konferensen är inte något nytt argument. Det finns vidare inte någon logisk skillnad mellan uppmuntran att komma in i konferensen och uppmuntran att stanna kvar i den.
- 135 Vad för det andra gäller de fyra nya handlingar som används i det omtvistade beslutet har kommissionen uppmärksammat att de tillhandahållits av sökandena. Invändningen att sökanden inte kunnat kommentera dessa handlingar kan således inte godtas.

b) Förstainstansrättens bedömning

- 136 Genom dessa grunder avseende det andra missbruk som konstaterats i det omtvistade beslutet har sökandena i huvudsak förebrått kommissionen dels att den ändrat missbrukets natur i jämförelse med det missbruk som konstateras i meddelandet om anmärkningar, dels att den baserat sitt konstaterande på bevishandlingar som sökandena inte haft tillfälle att yttra sig över.

i) Ändring av missbrukets natur i det omtvistade beslutet

- 137 Sökandena har väsentligen gjort gällande att kommissionen i det omtvistade beslutet har ändrat formuleringen av anmärkningen i meddelandet om anmärk-

ningar avseende det andra missbruket såtillvida att de i det omtvistade beslutet förebrås ett missbruk genom sitt beteende vilket består av att de företog vissa handlingar i syfte att uppmuntra de potentiella konkurrenterna att ansluta sig till TACA, medan de i meddelandet om anmärkningar endast förebrås ett strukturellt missbruk till följd av vissa strukturella band mellan de potentiella konkurrenterna och TACA-parterna.

138 Förstainstansrätten erinrar om att enligt rättspraxis skall meddelandet om anmärkningar innehålla en redogörelse för anmärkningarna som är tillräckligt klar, om än kortfattad, för att de som berörs verkligen skall kunna få kännedom om vilka beteenden kommissionen anklagar dem för (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-352/94, Mo och Domsjö mot kommissionen, REG 1998, s. II-1989, punkt 63). Iakttagandet av rätten till försvar under ett förfarande som kan leda till sådana sanktionsåtgärder som den nu aktuella kräver nämligen att de berörda företagen och företagssammanslutningarna under loppet av det administrativa förfarandet har lämnats tillfälle att på ett tillfredsställande sätt få yttra sig om riktigheten och relevansen i de omständigheter, anmärkningar och förhållanden som kommissionen har åberopat (domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 39). Detta krav iaktas, om beslutet inte anklagar parterna för andra överträdelse än dem som nämns i redogörelsen för anmärkningarna och endast tar hänsyn till faktiska förhållanden som parterna haft tillfälle att yttra sig om (domen i det ovan i punkt 113 nämnda målet ACF Chemiefarma mot kommissionen). Härav följer att kommissionen endast kan åberopa de anmärkningar beträffande vilka parterna haft tillfälle att uttrycka sina synpunkter (förstainstansrättens dom av den 23 februari 1994 i de förenade målen T-39/92 och T-40/92, CB och Europay mot kommissionen, REG 1994, s. II-49, punkt 47).

139 Förstainstansrätten kommer vid prövningen av huruvida det finns stöd för denna grund att undersöka om det i meddelandet om anmärkningar på ett tillräckligt klart och precist sätt redogörs för anmärkningarna avseende det andra missbruk som konstaterats i det omtvistade beslutet. Det bör i detta syfte först erinras om hur de anmärkningar som konstaterats i nämnda beslut på denna punkt är beskaffade och därefter undersökas i vilken utsträckning dessa anmärkningar redan förekommer i meddelandet om anmärkningar.



- 140 Vad först beträffar beskaffenheten hos de anmärkningar avseende det andra missbruk som konstaterats i det omtvistade beslutet noterar förstainstansrätten att parterna tvistade därom på stadiet för grunderna om tillämpning av artikel 86 i EG-fördraget. Av de skäl som anges nedan i punkterna 1255–1257 och 1261–1265 skall det dock beaktas att det framgår av artikel 5 i beslutdelen i det omtvistade beslutet och av skälen till detta såsom de förklaras i skälen 559–567 att kommissionen genom att åberopa ett andra missbruk förebrår sökandena att de på ett otillåtet sätt förändrat konkurrensstrukturen på marknaden så att den dominerande ställningen för TACA förstärkts genom att de vidtagit vissa åtgärder för att uppmuntra de potentiella konkurrenterna att gå in på den transatlantiska traden, inte i egenskap av oberoende bortfraktare utan som parter i TACA.
- 141 Det visar sig härvidlag att det i det omtvistade beslutet görs en åtskillnad mellan om det förekommit specifik uppmuntran riktad till Hanjin och Hyundai och om det förekommit allmän uppmuntran riktad till alla potentiella konkurrenter. Vad gäller den specifika uppmuntran framgår det av skälen 563 och 564 i det omtvistade beslutet att beträffande Hanjin utgjordes den av delgivning av konfidentiella upplysningar om TACA och av den kollektiva beredskapen att låta detta rederi bygga upp en marknadsandel som överensstämmer med dess lastkapacitet på traden och, i fråga om Hyundai, av att företaget omedelbart deltog i TACA:s serviceavtal. När det gäller allmän uppmuntran framgår det av skäl 565 i det omtvistade beslutet att denna bestod i att TACA-parterna ingick ett stort antal serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur och i att de tidigare strukturerade TAA-medlemmarna inte konkurrerade om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare.
- 142 Vad därefter beträffar beskaffenheten hos de anmärkningar som finns i meddelandet om anmärkningar konstaterar förstainstansrätten att kommissionen i punkt 340 i nämnda meddelande förebrår TACA-parterna att de missbrukat sin dominerande ställning ”genom att ändra konkurrensstrukturen på marknaden för

att stärka TACA:s dominerande ställning”. I denna fråga anför kommissionen följande i punkt 346:

”I styckena 107–115 anges med vilka medel TACA vidtog åtgärder för att neutralisera den potentiella konkurrensen. Dessa åtgärder inbegrep nya medlemmars ankomst, TACA-parternas överenskommelse i syfte att möjliggöra den dubbla fraktsatsstrukturen i serviceavtalen och att de tidigare strukturerade TAA-medlemmarna inte konkurrerade om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare. Kommissionen anser att ett sådant beteende som inte angavs i begäran om individuellt undantag, har skadat marknadens konkurrensstruktur och utgör missbruk av dominerande ställning. Kommissionen anser att TACA-medlemmarnas syfte var att undanröja priskonkurrensen genom att skada marknadens struktur och begränsa tillgången till transporter. Mot denna bakgrund skall noteras att ett företag med en dominerande ställning har ett ’särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende hämma den effektiva konkurrensen’.”

143 Förstainstansrätten framhåller även att kommissionen i punkterna 107–115 i meddelandet om anmärkningar, vilka åberopas i punkt 346, anför bland annat följande:

”108 Kommissionens allmänna synpunkter på flottornas rörlighet och möjligheten att konkurrera på marknaderna för linjesjöfart redogörs för nedan i punkterna 126–168. Det går emellertid att visas att den potentiella konkurrensen i TACA:s fall i form av flottans rörlighet inte kan vara effektiv. Tidsordningen för nya medlemmars ankomst till TACA visar att varje potentiell konkurrent som kommit in på den transatlantiska traden sedan TAA skapades har gjort det genom att bli medlem i TAA/TACA.

*Version I (28/8/92) —*

*11 rederier*

ACL

Hapag Lloyd

P & Q

Nedlloyd

Sealand

Mærsk

MSC

OOCL

POL

DSR-Senator

Cho Yang

*Version II (12/3/93) —*

*12 rederier*

NYK

*Version III (31/3/93) —*

*13 rederier*

NOL

*Version IV (7/4/93) —*

*15 rederier*

TMM

Tecomar

*Version V (26/8/94) —*

*16 rederier*

Hanjin

*Version VI (31/8/95) —*

*17 rederier*

Hyundai

109 Det är särskilt betydelsefullt att ingen av de fyra asiatiska bortfraktare som kommit in på marknaden sedan år 1992 (NYK, NOL, Hanjin och Hyundai) gjorde det i egenskap av oberoende bortfraktare i konkurrens med TACA-parterna. Dessutom har olika arrangemang med TACA-parterna gjort det möjligt för var och en av dessa bortfraktare att träda in och etablera sig på marknaden utan att möta den konkurrens som normalt är att vänta under sådana omständigheter.

110 Framför allt Hanjin och Hyundai kunde gå in på marknaden på grundval av ett avtal om delbefraktning av utrymme utan att behöva investera i fartyg för traden. TAA/TACA har hävdats att dessa bortfraktare var betydande potentiella konkurrenter till TAA/TACA. I själva verket hade TAA kunnat säkerställa att de inte gick in på den transatlantiska traden som oberoende rederier utan som parter i TACA. I Lloyd's list av den 11 september 1995 uppges att Hyundai inom ramen för sina avtal med syftet att gå in på traden på grundval av ett avtal om delbefraktning av

utrymme förbundit sig att inte föra in sina egna fartyg på traden under en period av tre år.

- 111 Detta är inte avsett att antyda att det nödvändigtvis är konkurrensbegränsande att gå in på en särskild trad, på grundval av ett avtal om delbefraktning av utrymme utan att bidra med egna fartyg. Frågan är om fördelarna med ett sådant samarbete är förknippade med förändringar av marknadens struktur, såsom undanröjande av potentiell konkurrens.
- 112 Denna förmåga att neutralisera den potentiella konkurrensen har delvis uppstått genom TACA:s praxis som består i att erbjuda avlastare serviceavtal som innehåller en dubbel prisstruktur och genom att majoriteten av TACA-parterna inte konkurrerar om serviceavtal med NVOCC-bortfraktare (se punkterna 88–93 ovan). De dubbla fraktsatstarifferna och undanröjandet av konkurrensen har i stort sett samma verkningar som de som beskrivs i punkterna 341–343 i TAA-beslutet.”
- 144 Förstainstansrätten framhåller slutligen att det vidare nämns i punkterna 113–115 i meddelandet om anmärkningar att fyra potentiella konkurrenter (APL, Mitsui, Yangming och K Line) är bundna till TACA på andra trader och att den potentiella konkurrens som bedrivs via de kanadensiska hamnarna är begränsad.
- 145 Mot bakgrund av de ovannämnda avsnitten i meddelandet om anmärkningar noterar förstainstansrätten inledningsvis att det i likhet med i artikel 5 i beslutsdelen i det omtvistade beslutet anges i punkt 340 i meddelandet om anmärkningar att det missbruk som förebrås TACA-parterna består i att de förändrat konkurrensstrukturen på marknaden så att den dominerande ställningen för TACA förstärkts.

- 146 Därefter måste det konstateras att TACA-parterna i meddelandet om anmärkningar, precis som i det omtvistade beslutet, förebrås att de ändrat marknadens konkurrensstruktur genom att vidta vissa åtgärder som var avsedda att uppmuntra de potentiella konkurrenterna att gå in på den transatlantiska traden inte i egenskap av oberoende bortfraktare utan som TACA-parter. I punkt 346 i meddelandet om anmärkningar uttalas nämligen med hänvisning till punkterna 107–115 att TACA vidtog vissa åtgärder för att neutralisera den potentiella konkurrensen. Dessa åtgärder utgjordes av nya medlemmars anslutning, dubbel fraktsatsstruktur i serviceavtalen och avsaknad av konkurrens i fråga om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare. När det rör sig om nya medlemmars anslutning framgår det emellertid av punkterna 109 och 110 i meddelandet om anmärkningar att kommissionen uttryckligen förebrår TACA-parterna att de ingått avtal med potentiella konkurrenter som gjorde att de kunde säkerställa att de sistnämnda ”inte gick in på den transatlantiska traden som oberoende rederier utan som parter i TACA”. Vad vidare beträffar de båda andra ifrågasvarande typerna av praxis understryks det i punkt 112 i meddelandet om anmärkningar att de möjliggjort för TACA att neutralisera den potentiella konkurrensen med hänvisning i detta hänseende särskilt till skäl 341 i TAA-beslutet enligt vilket ”det verkliga syftet med att införa differentierade satser [i tariffen] i ett fall som TAA är att införliva oberoende i avtalet som utan den möjlighet de fått att bjuda under tidigare medlemmar i konferenserna, skulle förbli outsiders och fortsätta att konkurrera med konferensen särskilt i fråga om priser”.
- 147 Förstainstansrätten framhåller slutligen att det i överensstämmelse med skälen 563–565 i det omtvistade beslutet, såsom framgår av vad som anförts ovan, görs en åtskillnad i meddelandet om anmärkningar mellan det fall att det förekommit specifika åtgärder riktade till Hanjin och Hyundai och det fall att det förekommit allmänna åtgärder riktade till alla potentiella konkurrenter. Det framgår nämligen av punkterna 109, 110 och 346 i meddelandet om anmärkningar, att kommissionen precis som i skälen 563 och 564 i det omtvistade beslutet konstaterar att det förekommit specifika åtgärder riktade till Hanjin och Hyundai för att göra det möjligt för dem att komma in på ifrågasvarande marknad. Vidare framgår det av punkterna 112 och 346 i meddelandet om anmärkningar att kommissionen, precis som i skäl 565 i det omtvistade beslutet, konstaterar dels att det förekommit åtgärder från TACA:s sida riktade till alla potentiella konkurrenter för att neutralisera potentiell konkurrens, vilka bestod i att det

ingicks serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur, dels att majoriteten av de tidigare strukturerade TAA-medlemmarna inte konkurrerade om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare.

- 148 Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten att sökandena genom att läsa meddelandet om anmärkningar kunde förstå att kommissionen förebrådde dem att de förändrat marknadens konkurrensstruktur genom att vidta åtgärder för att förmå potentiella konkurrenter att ansluta sig till TACA.
- 149 Inget av de av sökanden framförda argumenten föranleder förstainstansrätten att göra någon annan bedömning.
- 150 Vad för det första angår den påstådda strukturella karaktären hos det missbruk som förebrås sökandena i meddelandet om anmärkningar konstaterar förstainstansrätten att med hänsyn till de ovannämnda avsnitten i meddelandet om anmärkningar kan sökandena inte på allvar hävda att de i meddelandet om anmärkningar endast förebrås det "objektiva faktum", såsom de länge betonat vid förhandlingen, att vara bundna på ett strukturellt plan vid de potentiella konkurrenterna och inte det faktum att de betett sig på ett visst sätt gentemot dessa. Eftersom det konstateras i meddelandet om anmärkningar att de potentiella konkurrenterna förmåtts att ansluta sig till TACA med anledning av att vissa avtal skulle ingås med TACA-parterna, den dubbla fraktsatsstrukturen i de av TACA föreslagna serviceavtalen och därför att majoriteten av TACA-parterna inte konkurrerade om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare, förebrår kommissionen sökandena att de uppenbarligen betett sig på ett visst sätt eftersom TACA-parterna är involverade i alla de omtvistade åtgärderna.

- 151 Vidare måste det konstateras att missbrukets beteendemässiga karaktär följer uttryckligen av själva ordalydelsen i ovannämnda avsnitt i meddelandet om anmärkningar. Således redogörs uttryckligen i punkt 346 i meddelandet om anmärkningar för olika handlingar ("steps") som TACA utfört. Vidare betonas i nämnda punkt 346 i meddelandet om anmärkningar att sådana handlingar är utslag av ett beteende ("behaviour") som utgör missbruk av dominerande ställning. Därefter återopas i punkt 109 i meddelandet om anmärkningar, vad angår nya medlemmars anslutning till TACA, avtal ingångna "med TACA" som gjorde det möjligt för nya medlemmar att komma in på traden utan att möta den konkurrens som normalt är att vänta under sådana omständigheter. Slutligen anges uttryckligen i punkt 112 i meddelandet om anmärkningar, vad gäller den dubbla fraktsatsstrukturen i serviceavtalen och att de tidigare strukturerade TAA-medlemmarna inte konkurrerade om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare, att det handlar om "TACA:s praxis" som är ett uttryck för dess förmåga att neutralisera den potentiella konkurrensen.
- 152 Förstainstansrätten noterar vidare att det saknar relevans att det i det omtvistade beslutet när ett andra missbruk konstateras inte slås fast att det finns vissa strukturella band mellan TACA-parterna och de potentiella konkurrenter som identifierats i meddelandet om anmärkningar. Enligt rättspraxis behöver beslutet nämligen inte nödvändigtvis vara en exakt kopia av meddelandet om anmärkningar (domstolens dom av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78–215/78 och 218/78, van Landewyck m.fl. mot kommissionen, REG 1980, s. 3125; svensk specialutgåva, volym 5, s. 345, punkt 68). Så länge den inte ändrar anmärkningarnas natur är det tillåtet för kommissionen att ändra sin bedömning och vid behov återkalla vissa anmärkningar, bland annat med hänsyn till svaren på meddelandet om anmärkningar (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 7 oktober 1999 i mål T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, REG 1999, s. II-2969, punkterna 34 och 36, och domen i det ovan i punkt 138 nämnda målet CB och Europay mot kommissionen, punkterna 49–52). Kommissionen var således i förevarande mål i sin fulla rätt att återkalla sina påståenden om de strukturella banden mellan TACA-parterna och de potentiella konkurrenterna eftersom återkallandet inte innebar någon förändring av anmärkningarnas natur, då missbrukets beteendemässiga natur är en följd av andra faktorer som framgår klart och precist av meddelandet om anmärkningar.
- 153 När det för det andra gäller de påstådda åtgärdernas uppmuntrande karaktär är det riktigt att kommissionen, såsom sökandena har framhållit i sina inlagor, inte

uttryckligen anger i de ovannämnda avsnitten i meddelandet om anmärkningar att TACA-parterna enligt det omtvistade beslutet vidtog åtgärder för att uppmuntra de potentiella konkurrenterna. Eftersom det dock framgår av meddelandet om anmärkningar att kommissionen förebrår sökandena att de vidtog åtgärder för att hellre låta de potentiella konkurrenterna, däribland Hanjin och Hyundai, ansluta sig till konferensen än komma in på den transatlantiska traden som oberoende konkurrenter, finner förstainstansrätten att det indirekt men med nödvändighet konstateras i meddelandet om anmärkningar att TACA-parterna uppmuntrade nämnda potentiella konkurrenter att agera på detta sätt.

154 Detta konstaterande framgår vidare av själva ordalydelsen i meddelandet om anmärkningar. I punkt 109 i meddelandet om anmärkningar hänvisas således till avtal som ingåtts med TACA genom vilka nya medlemmar tillåtits ("have allowed") komma in på den transatlantiska traden. Närmare bestämt i punkt 110 i meddelandet om anmärkningar uttalas att TAA/TACA genom att befракtningsavtal ingicks "kunnat" ("has been able") säkerställa att Hyundai och Hanjin inte tog sig in på marknaden i egenskap av oberoende rederier. Likaså när det gäller den dubbla fraktsatsstrukturen i serviceavtalen och den omständigheten att de tidigare strukturerade TAA-medlemmarna inte konkurrerade om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare, preciseras det i punkt 112 i meddelandet om anmärkningar att denna praxis är ett uttryck för TACA:s "förmåga" ("ability") att neutralisera den potentiella konkurrensen. Det måste konstateras att genom dessa ord framgår det att det i meddelandet om anmärkningar, liksom i det omtvistade beslutet, inte är fråga om något annat än att TACA-parterna förebrås att de vidtagit åtgärder som uppmuntrat potentiella konkurrenter att hellre ansluta sig till TACA än gå in på ifrågavarande trad som oberoende konkurrenter.

155 När det för det tredje gäller den omständigheten att de specifika åtgärder riktade till Hanjin och Hyundai som nämns i det omtvistade beslutet inte längre består i ingåendet av vissa avtal, utan i överlämnandet till Hanjin av konfidentiell information rörande TACA i enlighet med TACA:s kollektiva önskan att låta Hanjin bygga upp en viss marknadsandel som överensstämmer med dess lastkapacitet och det faktum att Hyundai erhöll omedelbar tillgång till serviceavtal, är det tillräckligt att konstatera att denna omständighet inte innebär någon förändring av de anmärkningar som riktas mot sökandena, eftersom kommissio-



nen fortsätter att förebrå TACA-parterna att de uppmuntrat de potentiella konkurrenterna, däribland Hanjin och Hyundai, att hellre träda in på ifrågavarande marknad genom att ansluta sig till TACA än i egenskap av oberoende konkurrenter. Genom denna omständighet väcks på sin höjd den särskilda frågan om huruvida sökandena borde höras angående denna nya bevisning som är ägnad att stödja anmärkningen i meddelandet om anmärkningar, en fråga som är föremål för en särskild grund vilken prövas nedan i punkterna 159–188.

156 Mot bakgrund av det ovan anförda måste följaktligen slutsatsen dras att anmärkningarna avseende det andra missbruket i det omtvistade beslutet redan fanns beskrivna på ett klart och precist sätt i meddelandet om anmärkningar, så att sökandena i detta skede kunde förstå innebörden av nämnda anmärkningar. Härav följer att inget åsidosättande av rätten till försvar kan konstateras på denna punkt.

157 Vad beträffar påståendet om att kommissionen i fråga om det andra missbrukets natur intar en annan ståndpunkt i sitt svaromål än den som framgår av meddelandet om anmärkningar och det omtvistade beslutet, är det tillräckligt att notera att denna omständighet, om det antas vara styrkt, saknar relevans inom ramen för bedömningen av det omtvistade beslutets lagenlighet. Även om kommissionen i sina inlagor till förstainstansrätten tog sig för att ändra naturen hos det missbruk som förebrås sökandena i det omtvistade beslutet, kvarstår inte desto mindre att den kontroll av lagenligheten som utförs av förstainstansrätten inom ramen för denna talan om ogiltigförklaring som väckts med stöd av artikel 173 i EG-fördraget endast avser påståendet om missbruk såsom det framställs i det omtvistade beslutet och inte det påstående om missbruk som finns i det av kommissionen ingivna svaromålet. Följaktligen skall sökandenas argumentation på denna punkt inte godtas och det är inte nödvändigt att uttala sig om huruvida kommissionen, enligt vad som påstås, verkligen ändrat ståndpunkt i svaromålet i förhållande till beslutet.

158 Av dessa skäl finner förstainstansrätten att talan inte kan finna bifall på sökandenas grund såvitt avser åsidosättande av rätten till försvar vad gäller naturen hos de anmärkningar om det andra missbruk som anges i det omtvistade beslutet.

ii) Bevisning som lagts fram till styrkande av det andra missbruk som anges i det omtvistade beslutet

159 I syfte att pröva huruvida det finns stöd för sökandenas grund såvitt avser åsidosättande av rätten till försvar vad gäller bevisning som lagts fram till styrkande av det andra missbruket, framhåller förstainstansrätten inledningsvis följande. De handlingar beträffande vilka sökandena påstått sig inte kunnat inkomma med yttrande, det vill säga protokollet från ett sammanträde med TACA:s högre chefer som hölls den 5 oktober 1995 (PWSC 95/8) (nedan kallat protokoll PWSC 95/8), Hanjins skrivelse till TACA av den 19 augusti 1994 (nedan kallad Hanjins skrivelse av den 19 augusti 1994), skrivelsen från Rakkens, ordföranden för TACA och ACL, till Rhee på Hanjin av den 30 januari 1996 (nedan kallad TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996) och dokumentet från TACA av den 15 februari 1996 (nedan kallat TACA:s dokument av den 15 februari 1996), återges åtminstone delvis i faktadelen i det omtvistade beslutet i skälen 229, 230, 239 och 292 och därefter inom ramen för den rättsliga bedömningen med avseende på artikel 86 i fördraget i skälen 561, 563 och 564.

160 Det framgår av de sistnämnda skälen att kommissionen använde nämnda handlingar när den konstaterade att det förekommit ett andra missbruk till styrkande av anmärkningen enligt vilken det anges i skäl 562 att det var "TACA-parternas avsikt ... att tillse att om en potentiell konkurrent ville komma in på marknaden skulle det ske först sedan denne hade blivit part i TACA".

161 Förstainstansrätten framhåller således följande :

— Protokoll PWSC 95/8 nämns för att visa att "[d]en omedelbara tillgången till ... [serviceavtal] skulle ha fungerat som en övertygande uppmuntran för Hyundai att gå in på den transatlantiska traden som part i TACA" (skälen 230 och 564 i det omtvistade beslutet).

- Hanjins skrivelse av den 19 augusti nämns för att visa att överlämnandet av konfidentiell information fungerade som en övertygande uppmaning för Hanjin att gå in på den transatlantiska traden som part i TACA och inte som oberoende redare (skälen 229 och 563 i det omtvistade beslutet).
  
- TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996 nämns för att visa att TACA avsåg att hjälpa potentiella konkurrenter att komma in på marknaden i egenskap av medlemmar i TACA (skälen 292, 561 och 562).
  
- TACA:s dokument av den 15 februari 1996 nämns för att visa att TACA:s önskan att göra det möjligt för Hanjin att bygga upp en marknadsandel som överensstämmer med dess lastkapacitet på traden minskar de affärsmässiga riskerna med inträdet på en ny marknad och har härigenom varit ett incitament för att förmå Hanjin att gå in på den transatlantiska traden i egenskap av part i TACA (skälen 239 och 564 i det omtvistade beslutet).

<sup>162</sup> Förstainstansrätten erinrar om att enligt rättspraxis kräver rätten till försvar att det berörda företaget har lämnats tillfälle att på ett lämpligt sätt yttra sig över de handlingar som kommissionen stött sig på i de konstateranden som ligger till grund för dess beslut (domstolens dom av den 17 januari 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB mot kommissionen, REG 1984, s. 19; svensk specialutgåva, volym 7, s. 437, punkt 25). Följaktligen är det endast de handlingar som citerats eller nämnts i meddelandet om anmärkningar som i princip utgör bevisning som kan åberopas mot dem som meddelandet om anmärkningar riktas till (domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet AKZO mot kommissionen, punkt 21, förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-11/89, Shell mot kommissionen, REG 1992, s. II-757, svensk specialutgåva, volym 12, s. 47, punkt 55, och i mål T-13/89, ICI mot kommissionen, REG 1992,

s. II-1021, svensk specialutgåva, volym 12, s. 183, punkt 34). Vad vidare beträffar de handlingar som bifogats meddelandet om anmärkningar men inte nämns i detta kan de enligt rättspraxis endast göras gällande mot den som meddelandet om anmärkningar riktas till om denne av meddelandet om anmärkningar rimligtvis kunde sluta sig till vilka slutsatser kommissionen avsåg att dra av handlingarna (domarna i de ovannämnda målen Shell mot kommissionen, punkt 56, och ICI mot kommissionen, punkt 35).

- 163 Det måste i förevarande mål konstateras att ingen av de ifrågasvarande handlingarna citeras eller nämns i meddelandet om anmärkningar av den 24 maj 1996 och att dessa handlingar inte heller har bifogats meddelandet. Kommissionen har för övrigt uttryckligen bekräftat detta vid förhandlingen som svar på en fråga från förstainstansrätten.
- 164 Förstainstansrätten framhåller härvidlag att tre av ifrågasvarande handlingar överlämnades av sökandena som svar på framställningar med begäran om upplysningar som kommissionen översänt efter förhöret den 25 oktober 1996 och följaktligen efter meddelandet om anmärkningar. Således översändes Hanjins skrivelse av den 19 augusti 1994, TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996 och TACA:s dokument av den 15 februari 1996 genom skrivelse av den 24 december 1996 som svar på en begäran om upplysningar av den 15 november 1996. TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996 översändes även senare genom skrivelse av den 7 februari 1997 som svar på en begäran om upplysningar av den 24 januari 1997. Även om ett utdrag ur protokoll PWSC 95/8 översändes av sökandena genom skrivelse av den 9 maj 1996 som svar på en begäran om upplysningar av den 8 mars 1996, så att kommissionen hade utdraget i sin besittning vid tidpunkten för översändandet av meddelandet om anmärkningar, är det utrett att hela kopian av protokollet tillhandahölls av sökandena, efter det att det översänts, genom skrivelse av den 4 juni 1996 som svar på en begäran om upplysningar av den 22 maj 1996.
- 165 Det finns visserligen inte någon bestämmelse enligt vilken det är förbjudet för kommissionen att använda nya handlingar till styrkande av sina anmärkningar vilka erhållits efter det att meddelandet om anmärkningar översänts och som den anser kan stödja dess uppfattning. I sådant fall bör dock kommissionen ge de berörda företagen möjlighet att yttra sig i denna fråga (domen i det ovan i

punkt 115 nämnda målet, AEG mot kommissionen, punkt 29, beslutet i det ovan i punkt 115 nämnda målet Buzzi Unicem mot kommissionen, punkt 65, och domen i det ovan i punkt 115 nämnda målet Lögstör Rör mot kommissionen, punkt 168).

- 166 Det har inte bestridits att kommissionen i förevarande mål inte uttryckligen gav sökandena tillfälle att yttra sig över de fyra ifrågavarande handlingarna innan den använde dem till stöd för sina anmärkningar i det omtvistade beslutet. Det är i synnerhet ostridigt att kommissionen inte underrättade sökandena om sin avsikt att använda nämnda handlingar till stöd för sina anmärkningar och följaktligen att den varken uppgav för sökandena på vilket sätt den avsåg att använda dessa handlingar eller begärde av sökandena att de skulle uttala sig om handlingarnas bevisvärde.
- 167 Såsom har konstaterats ovan i punkt 156, är det riktigt att anmärkningen om att sökandena uppmuntrade Hanjin och Hyundai att hellre gå in på den transatlantiska traden i egenskap av parter i TACA än som oberoende rederier redan fanns i meddelandet om anmärkningar. Meddelandet om anmärkningar baserades i detta avseende i punkterna 109 och 110 på avtal om delbefraktning av utrymme som ingåtts av två av dessa rederier med parterna i TACA. Enligt kommissionen gjorde dessa avtal det möjligt för Hanjin och Hyundai att ta sig in på marknaden utan att behöva möta den konkurrens som normalt kunde förväntas. Sökandena var således i stånd att i sitt svar på meddelandet om anmärkningar besvara kommissionens anmärkning på denna punkt.
- 168 Eftersom kommissionen emellertid till följd av sökandenas förklaringar, särskilt i punkterna 192–206 i meddelandet om anmärkningar, valde att inte längre basera anmärkningen på att det fanns avtal om delbefraktning av utrymme utan på de fyra ifrågavarande handlingarna, närmare bestämt protokoll PWSC 95/8, Hanjins skrivelse av den 19 augusti 1994 och TACA:s dokument av den 15 februari 1996, måste den i princip låta sökandena få möjlighet att kommentera relevansen och bevisvärdet för att den skall få lägga detta till grund för anmärkningen. Även om kommissionen är i sin fulla rätt att i såväl faktiskt som rättsligt avseende tillrättalägga eller komplettera sin argumentation till stöd för anmärkningarna

(domen i det ovan i punkt 152 nämnda målet Irish Sugar mot kommissionen, punkt 34), kan den inte byta ut ett bevis som den tar tillbaka mot tre andra utan att ge ifrågavarande rederier möjlighet att yttra sig för det fall att anmärkningen inte längre kan anses styrkt om dessa nya bevis inte ligger till grund för bedömningen.

169 Detsamma gäller anmärkningen om att TACA uppmuntrade de potentiella konkurrenterna att ansluta sig till TACA. Denna anmärkning fanns visserligen i meddelandet om anmärkningar, så att sökandena hade tillfälle att lägga fram sina synpunkter i detta avseende. Eftersom kommissionen emellertid hade avstått från att åberopa vissa bevis som fanns i meddelandet om anmärkningar för att ersätta dem med en av de fyra ifrågavarande handlingarna, nämligen TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996, måste kommissionen, om den ville åberopa detta bevis till stöd för anmärkningen, ge sökandena tillfälle att kommentera dess bevisvärde för att detta skulle kunna läggas till grund för nämnda anmärkning.

170 Det bör emellertid noteras dels att alla ifrågavarande handlingar har tillhandahållits av parterna själva, dels att de alla består av skrivelser som antingen upprättats av TACA själv eller av dess parter, så att sökandena måste ha haft kännedom om innehållet i nämnda handlingar.

171 Under dessa förhållanden framgår det av rättspraxis att ifrågavarande handlingar skall betraktas som bevis som inte kan åberopas mot sökandena såvida det inte visas att sökandena inte kunde vara ovetande om risken för att kommissionen skulle använda handlingarna som bevis mot sökandena (domen i det ovan i punkt 162 nämnda målet Shell mot kommissionen, punkt 59). Det är härvidlag lämpligt att kontrollera om sökandena rimligtvis kunde sluta sig till vilka slutsatser kommissionen avsåg att dra av handlingarna (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 162 nämnda målet Shell mot kommissionen, punkt 56, och i det ovan i punkt 162 nämnda målet ICI mot kommissionen, punkt 35). Det följer nämligen av rättspraxis att det viktiga inte är handlingarna som sådana utan de slutsatser som kommissionen dragit av dessa. Om handlingarna inte nämndes i meddelandet om anmärkningar kunde det

berörda företaget med rätta anta att de inte hade någon betydelse i ärendet. Genom att inte informera ett företag om att vissa handlingar används i beslutet, hindrar kommissionen på så sätt företaget från att i tid ta ställning till dessa handlingars bevisvärde (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 115 nämnda målet AEG mot kommissionen, punkt 27, och i det ovan i punkt 95 nämnda målet AKZO mot kommissionen, punkt 21).

- 172 Det är riktigt att förstainstansrätten redan har funnit att en sökandes rätt till försvar inte har åsidosatts av den anledningen att kommissionen inte har tillställt honom ett dokument som kan ha innehållit uppgifter till hans fördel, om detta dokument härrör från sökanden eller om det är uppenbart att sökanden har förfogat över dokumentet under det administrativa förfarandet (förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen T-25/95, T-26/95, T-30/95–T-32/95, T-34/95–T-39/95, T-42/95–T-46/95, T-48/95, T-50/95–T-65/95, T-68/95–T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-491, punkt 248). Denna rättspraxis kan emellertid inte i något fall tillämpas på handlingar som innehåller uppgifter till sökandens nackdel. Även om det ankommer på sökandena att på eget initiativ åberopa varje handling som innehåller uppgifter till deras fördel som kan fria dem, ankommer det i gengäld på kommissionen att bevisa överträdelsen och att i detta syfte lägga fram varje omständighet till sökandens nackdel varigenom det kan visas att det föreligger en överträdelse (förstainstansrättens dom av den 7 juli 1994 i mål T-43/92, Dunlop Slazenger mot kommissionen, REG 1994, s. II-441, punkt 79).
- 173 För att kontrollera om sökandena rimligtvis kunde sluta sig till vilka slutsatser kommissionen dragit av de fyra i det omtvistade beslutet ifrågavarande handlingarna är det nödvändigt att beakta inte bara innehållet i meddelandet om anmärkningar utan också omständigheter som ligger senare i tiden utifrån vilka sådana slutsatser kunde dras. I förevarande mål är det därvid fråga om ordalydelsen i de framställningarna med begäran om upplysningar som ledde till att ifrågavarande handlingar upprättades och innehållet i dessa handlingar.
- 174 Vad för det första beträffar innehållet i meddelandet om anmärkningar erinrar förstainstansrätten om att även om TACA förebrås i punkt 109 i meddelandet om anmärkningar att de ingått vissa avtal för att möjliggöra för Hyundai och Hanjin

att komma in på marknaden utan att möta den konkurrens som dessa rederier normalt kunde förvänta sig, anförs i punkt 110 enbart det faktum att Hanjin och Hyundai kunde gå in på marknaden på grundval av ett avtal om delbefraktning av utrymme. Däremot anges härvidlag inte alls i meddelandet om anmärkningar den omständigheten, vad gäller Hyundai, att TACA gett rederiet omedelbar tillgång till serviceavtal eller, vad gäller Hanjin, att TACA överlämnat konfidentiell information till rederiet eller att TACA velat låta Hanjin bygga upp en marknadsandel som överensstämde med dess lastkapacitet på traden.

175 I detta sammanhang konstaterar således förstainstansrätten att meddelandet om anmärkningar inte innehöll något bevis på att den omedelbara tillgången till serviceavtal, överlämnandet av konfidentiell information och önskan att bygga upp en marknadsandel som överensstämde med lastkapaciteten på traden kunde utgöra åtgärder som uppmuntrade Hanjin och Hyundai att ansluta sig till TACA.

176 Vad för det andra gäller ordalydelsen i framställningarna med begäran om upplysningar som ledde till att ifrågavarande handlingar upprättades, erinrar förstainstansrätten om att utdraget ur protokoll PWSC 95/8, såsom nämns i skälen 230 och 564 i det omtvistade beslutet, tillhandahölls som svar på en begäran om upplysningar av den 8 mars 1996 enligt vilken kommissionen bland annat önskade erhålla alla uppgifter från TACA eller andra någon av dess parter angående "a) frågan om delbefraktning av utrymme mellan TACA-parterna å ena sidan, och de oberoende icke konferensanslutna rederierna på den transatlantiska traden å den andra, b) Hyundais beslut att ansluta sig till TACA ..." och detta "i syfte att hjälpa kommissionen att pröva begäran ... om individuellt undantag för TACA i dess ekonomiska och juridiska sammanhang".

177 Det måste således slås fast att det framgår av själva ordalydelsen i ifrågavarande begäran om upplysningar att med denna avsågs, inte att göra det möjligt för kommissionen att konstatera en eventuell överträdelse av artikel 86 i fördraget, utan att bevilja ett individuellt undantag med stöd av artikel 85.3 i fördraget. Det



framgår i detta hänseende av nämnda begäran att frågan om Hyundais anslutning till TACA väcktes inom ramen för kommissionens prövning av problematiken med avtalen om delbefraktning av utrymme som ingåtts mellan TACA-parterna och de oberoende rederierna. Det är nämligen utrett att Hyundai anslöt sig till TACA år 1995 på grundval av ett sådant avtal. Mot denna bakgrund borde TACA:s överlämnande av upplysningar angående Hyundais anslutning göra det möjligt för kommissionen att bedöma den interna konkurrensen inom TACA med avseende på det villkor för individuellt undantag som anges i artikel 85.3 i fördraget enligt vilket ifrågavarande avtal inte får ge företagen möjlighet att sätta konkurrensen ur spel.

- 178 Det är utrett att kommissionen, efter det att TACA översänt sitt svar på nämnda begäran om upplysningar den 9 maj 1996, begärde i begäran om upplysningar av den 22 maj 1996 av TACA att "mot bakgrund av detta svar" tillhandahålla "fullständiga kopior av protokollen från sammanträdena med TACA:s högre chefer som hölls den 31 augusti 1995 och den 5 oktober 1995". Med hänsyn till den uttryckliga hänvisningen till TACA:s svar på föregående begäran om upplysningar och i avsaknad av uppgift med annat innehåll i begäran om upplysningar av den 22 maj 1996, finner förstainstansrätten att denna senare begäran hade samma syfte som den första, nämligen att göra det möjligt för kommissionen att bedöma den interna konkurrensen inom TACA i samband med prövningen av huruvida villkoren för individuellt undantag i artikel 85.3 i fördraget var uppfyllda.

- 179 Under dessa förhållanden konstaterar förstainstansrätten att det inte framgår av ordalydelsen i de framställningar med begäran om upplysningar som ledde till upprättandet av protokoll PWSC 95/8 att kommissionen hade för avsikt att använda denna handling till stöd för sin anmärkning om att TACA-parterna åsidosatt artikel 86 i fördraget, bland annat genom att uppmuntra Hyundai att ansluta sig till TACA. I än högre grad kan det inte anses framgå av ordalydelsen i ifrågavarande framställningar med begäran om upplysningar att kommissionen avsåg att använda den aktuella handlingen för att konstatera att den omständigheten att TACA gav Hyundai omedelbar tillgång till serviceavtal utgjorde en åtgärd som uppmuntrade detta rederi att ansluta sig till TACA.

180 När det därefter gäller Hanjins skrivelse av den 19 augusti 1994, TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996 och TACA:s dokument av den 15 februari 1996, bör det erinras om att kommissionen mottog dessa handlingar som svar på en begäran om upplysningar av den 15 november 1996 enligt vilken kommissionen önskade erhålla uppgifter om varje avtal mellan TACA-parterna med anledning av Hanjins beslut att ansluta sig till TACA, samt varje dokument rörande oberoende åtgärder, TVR, individuella serviceavtal och andra serviceavtal som ingicks av Hanjin ”i syfte att hjälpa kommissionen att pröva begäran ... om individuellt undantag för TACA i dess ekonomiska och juridiska sammanhang och särskilt i syfte att hjälpa den att pröva TACA:s svar på meddelandet om anmärkningar (särskilt punkterna 195–200 och 216–217)”.

181 Det måste således på nytt slås fast att det framgår av själva ordalydelsen i ifrågavarande begäran om upplysningar att det med denna avsågs, inte att göra det möjligt för kommissionen att konstatera en eventuell överträdelse av artikel 86 i fördraget, utan att bevilja ett individuellt undantag med stöd av artikel 85.3 i fördraget. Förstainstansrätten noterar i detta avseende att i punkterna 195–200 och 216–217 i TACA-parternas svar på meddelandet om anmärkningar, till vilka ifrågavarande begäran om upplysningar hänvisar för att precisera sitt syfte, lade dessa fram ett antal omständigheter avsedda att visa att Hanjins inträde på den transatlantiska traden bidragit till att öka den interna priskonkurrensen inom TACA, med avseende på det initiativ som tagits av Hanjin i fråga om oberoende åtgärder, TVR och individuella serviceavtal. Det framgår av punkterna 192–194 i svaret på meddelandet om anmärkningar samt av rubriken till denna avdelning i nämnda skrivelse, ”Priskonkurrens mellan parter i arrangemang om delande av fartyg”, att TACA-parterna genom dessa omständigheter, bland annat under åberopande av Hanjins ställning på ifrågavarande trad, avsåg att tillbakavisa kommissionens argumentation, såsom den uttrycks i punkterna 106, 235 och 238 i meddelandet om anmärkningar, enligt vilken de avtal om delbefraktning av utrymme mellan parterna i TACA och de oberoende rederierna, bland annat det avtal som Hanjin var part i, hade den verkan att de begränsade priskonkurrensen mellan parterna i sådana avtal och följaktligen mellan medlemmarna i konferensen. Förstainstansrätten konstaterar dock att kommissionen i punkterna 235–238 i meddelandet om anmärkningar undersöker huruvida villkoren för återkallelse av gruppundantag i artikel 7 i förordning nr 4056/86 om att en undantagen linjekonferens får verkningar som är oförenliga med artikel 85.3 i fördraget är uppfyllda i förevarande mål, särskilt villkoret om avsaknad av potentiell konkurrens utanför konferensen. I detta sammanhang visar det sig att när kommissionen begärde av TACA-parterna att de skulle överlämna information om varje avtal som ingåtts dem emellan angående Hanjins anslutning samt varje handling rörande Hanjins prisinitiativ avsåg den att genom nämnda

begäran om upplysningar kontrollera om TACA kunde fortsätta att utnyttja det i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget och/eller beviljas ett individuellt undantag, bland annat med avseende på villkoret i artikel 85.3 i fördraget om att konkurrensen inte får sättas ur spel.

- 182 Det är utrett att TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996 också var ett svar på begäran om upplysningar av den 24 januari 1997. Enligt denna begäran önskade kommissionen med avseende på TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996 som tillhandahållits tidigare, erhålla kopior av korrespondensen mellan Rhee och Rakkenes angående TACA:s prispolitik samt korrespondensen mellan Rakkenes och TACA eller dess medlemmar och varje annan handling angående den ”dåliga prispolitik” (”pricing malpractices”) som var föremålet för ifrågasvarande skrivelse, och detta för att studera TACA:s svar på meddelandet om anmärkningar, särskilt ”kommentarerna om graden av intern konkurrens inom TACA”. Det framgår således uttryckligen av nämnda begäran att denna i likhet med begäran av den 15 november 1996 hade som enda syfte att göra det möjligt för kommissionen att kontrollera om TACA kunde utnyttja ett individuellt undantag i enlighet med artikel 85.3 i fördraget och särskilt om det i nämnda artikel föreskrivna villkoret att konkurrensen inte får sättas ur spel var uppfyllt.

- 183 Under dessa förhållanden konstaterar förstainstansrätten att det inte framgår av ordalydelsen i de framställningar med begäran om upplysningar som ledde till upprättandet av Hanjins skrivelse av den 19 augusti 1994, TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996 och TACA:s dokument av den 15 februari 1996 att kommissionen hade för avsikt att använda dessa handlingar till stöd för sin anmärkning om att parterna åsidosatt artikel 86 i fördraget, vad beträffar den första och den tredje av handlingarna, genom att uppmuntra Hanjin att ansluta sig till TACA och, vad beträffar den andra handlingen, genom att uppmuntra de potentiella konkurrenterna att ansluta sig till TACA. I än högre grad kan det inte anses framgå av ordalydelsen i ifrågasvarande framställningar med begäran om upplysningar att kommissionen avsåg att använda de aktuella handlingarna för att konstatera att överlämnandet av konfidentiell information och beredskapen att bygga upp en marknadsandel som överensstämde med lastkapaciteten på

traden utgjorde åtgärder som uppmuntrat Hanjin att ansluta sig till TACA eller att TACA fortfarande hade för avsikt att hjälpa de potentiella konkurrenterna att ta sig in på marknaden i egenskap av medlemmar i TACA.

- 184 När det för det tredje gäller innehållet i ifrågavarande handlingar konstaterar förstainstansrätten att av vad som anförs nedan i punkterna 1279–1304 och 1311–1326 i samband med prövningen av om det finns stöd för grunderna avseende påståendet om missbruk av dominerande ställning, kan inte de slutsatser som kommissionen dragit av nämnda dokument i det omtvistade beslutet anses styrkta.
- 185 Det går uppenbarligen inte att förebrå sökandena att de av innehållet i de handlingar som de överlämnade till kommissionen inte kunde dra slutsatser som det saknades grund för.
- 186 Det följer således av det ovan anförda att varken innehållet i meddelandet om anmärkningar eller ordalydelsen i de framställningar med begäran om upplysningar som ledde till att ifrågavarande handlingar upprättades eller innehållet i dessa rimligtvis kunde få sökandena att sluta sig till vilka slutsatser kommissionen dragit till deras nackdel i det omtvistade beslutet.
- 187 Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten att kommissionen har åsidosatt rätten till försvar genom att åberopa de fyra ifrågavarande handlingarna gentemot sökandena till stöd för det andra missbruk som konstateras i det omtvistade beslutet. Nämnda handlingar kan därför inte användas som bevisning mot sökanden.
- 188 Det följer emellertid av rättspraxis att det faktum att handlingar inte kan användas som bevis inte medför en ogiltigförklaring av beslutet i dess helhet utan endast har betydelse i den mån den anmärkning som har framställts av

kommissionen inte kan styrkas på annat sätt än genom dessa handlingar (förstainstansrättens dom av den 29 juni 1995 i mål T-37/91, ICI mot kommissionen, REG 1995, s. II-1901, punkt 71, och av den 15 mars 2000 i de ovan i punkt 172 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 364). Denna fråga rör även de grunder som har samband med frågan om kommissionen har gjort en riktig bedömning till stöd för påståendet om missbruk av dominerande ställning till följd av ändringen i marknadsstrukturen, vilken kommer att prövas inom ramen för den tredje gruppen av grunder som avser åsidosättande av artikel 86 i fördraget.

2. Andra faktiska och rättsliga påståenden än de som avser det andra missbruket som av sökandena påstås vara nya

189 Sökandena har även förebrått kommissionen att den baserade andra påståenden än dem om det andra missbruket på faktiska och rättsliga omständigheter beträffande vilka de inte haft tillfälle att yttra sig.

190 Sökandena har i detta avseende först gjort gällande att det omtvistade beslutet innehåller nya påståenden om de gemensamma serviceavtalens lagenlighet, om den kollektiva ställning som TACA-parterna har och om att denna ställning är dominerande. De har sedan vid förhandlingen hävdad, som svar på en fråga från förstainstansrätten på denna punkt, att det omtvistade beslutet innehåller nya påståenden som är en följd av uppgifter som tillhandahållits av sökandena som svar på vissa framställningar med begäran om upplysningar som upprättats vid en senare tidpunkt än meddelandet om anmärkningar.

a) Inledande anmärkningar

191 Förstainstansrätten erinrar om att enligt rättspraxis behöver beslutet inte nödvändigtvis vara en exakt kopia av meddelandet om anmärkningar (domen i

de ovan i punkt 152 nämnda förenade målen van Landewyck m.fl. mot kommissionen, punkt 68). Kommissionen måste nämligen i sitt beslut kunna ta hänsyn till de berörda företagens svar på meddelandet om anmärkningar. Kommissionen bör härvidlag inte endast kunna godta eller förkasta de argument som framställts av de berörda företagen, utan även göra sin egen analys av faktiska omständigheter som dessa framställt antingen för att avstå från sådana anmärkningar som har visat sig ogrundade eller för att faktiskt eller rättsligt, tillrättalägga eller komplettera sin argumentation till stöd för de anmärkningar som den vidhåller (domen i det ovan i punkt 113 nämnda målet ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkt 92, dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73–48/73, 50/73, 54/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkterna 437 och 438, och domen i det ovan i punkt 152 nämnda målet Irish Sugar mot kommissionen, punkterna 34 och 36). Det är också endast om det slutgiltiga beslutet anklagar de berörda företagen för andra överträdelse än de som nämns i meddelandet om anmärkningar eller tar hänsyn till andra faktiska omständigheter som det skall konstateras att det skett ett åsidosättande av rätten till försvar (domen i det ovan i punkt 113 nämnda målet ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkterna 26 och 94, domen i det ovan i punkt 138 nämnda målet CB och Europay mot kommissionen, punkterna 49–52). Så är inte fallet när de påstådda skillnaderna mellan meddelandet om anmärkningar och det omtvistade beslutet inte avser andra beteenden än dem som de berörda företagen redan har yttrat sig över och som därför inte kan utgöra några nya anmärkningar (förstainstansrättens dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94–T-307/94, T-313/94–T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, kallade PVC II, REG 1999, s. II-931, punkt 103).

- 192 Förstainstansrätten understryker härvidlag att för att ifrågasvarande företag skall kunna göra gällande att rätten till försvar har åsidosatts avseende de anmärkningar som återges i det omtvistade beslutet kan de inte nöja sig med att enbart åberopa att det finns skillnader mellan meddelandet om anmärkningar och det omtvistade beslutet, utan att på ett precist och konkret sätt redogöra för vari var och en av dessa skillnader består, vilket i förevarande fall innebär en ny anmärkning som de inte har haft tillfälle att yttra sig över (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 152 nämnda målet Irish Sugar mot kommissionen, punkt 33). Enligt rättspraxis måste nämligen en kränkning av rätten till försvar prövas mot bakgrund av de specifika omständigheterna i varje enskilt fall eftersom den i huvudsak är beroende av de anmärkningar som kommissionen anfört för att fastställa den överträdelse som de berörda företagen anklagas för (förstainstansrättens dom av den 29 juni 1995 i mål T-36/91, ICI mot kommissionen, REG 1995, s. II-1847, punkt 70).

- 193 För att det skall kunna fastställas om de påstådda skillnaderna utgör nya anmärkningar i fråga om vilka de berörda företagen borde ha fått tillfälle att yttra sig, finner förstainstansrätten vidare att det måste göras en distinktion mellan det fall då nämnda skillnader direkt avser den rättsliga bedömning som det omtvistade beslutet innehåller och då de avser den redogörelse för de faktiska omständigheterna som görs i beslutet.
- 194 I det första fallet kan det i överensstämmelse med ovannämnda rättspraxis endast konstateras att det skett ett åsidosättande av rätten att yttra sig, om de påstådda skillnaderna mellan meddelandet om anmärkningar och det omtvistade beslutet visar att detta innehåller faktiska eller rättsliga påståenden som inte redan fanns i meddelandet om anmärkningar. Om det däremot framgår av prövningen av meddelandet om anmärkningar att de faktiska eller rättsliga påståenden som påståtts vara nya i själva verket endast är en omformulering, ett tillrättaläggande eller ett utvecklande av en omständighet som redan framförts i meddelandet om anmärkningar, i förekommande fall för att besvara de berörda företagens synpunkter i deras svar på meddelandet om anmärkningar, följer inte härav något åsidosättande av rätten att yttra sig (domen i det ovan i punkt 113 nämnda målet ACF Chemiefarma mot kommissionen, punkt 92, och domen i det ovan i punkt 191 nämnda målet Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, punkterna 437 och 438, och domen i det ovan i punkt 152 nämnda målet Irish Sugar mot kommissionen, punkterna 34 och 36).
- 195 I det andra fallet noterar förstainstansrätten att enbart skillnader i det sätt på vilket de faktiska omständigheterna presenteras mellan meddelandet om anmärkningar och det omtvistade beslutet i princip inte kan visa att de berörda företagen inte haft tillfälle att yttra sig över alla de anmärkningar som riktats mot dem, såvida inte kommissionen i samband med sin rättsliga bedömning uttryckligen eller till och med indirekt men med säkerhet hänvisar till dem, så att de berörda sakomständigheterna kan betraktas som den nödvändiga grunden för den rättsliga bedömningen. De omständigheter som nämns i det omtvistade beslutet för att beskriva ett faktum eller ett beteende men som därefter inte har använts för att konstatera en överträdelse kan inte åberopas gentemot de ifrågavarande företagen (dom av den 15 mars 2000 i de ovan i punkt 172 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 387).

- 196 Det skall i vart fall understrykas att även om beslutet innehåller nya faktiska och rättsliga påståenden angående vilka de berörda företagen inte har yttrat sig, kan den konstaterade bristen endast medföra att beslutet ogiltigförklaras på denna punkt om de berörda påståendena inte på ett tillfredsställande sätt kan bevisas på grundval av andra omständigheter som anges i beslutet och över vilka de berörda företagen haft tillfälle att yttra sig (förstainstansrättens dom av den 28 februari 2002 i mål T-86/95, Compagnie générale maritime m.fl. mot kommissionen, kallat FEFC-målet, REG 2002, s. II-1011, punkt 447).
- 197 Det är mot bakgrund av dessa principer som sökandenas argument skall prövas.

b) Nya faktiska och rättsliga påståenden om de gemensamma serviceavtalens lagenlighet, TACA-parternas kollektiva ställning och denna ställnings dominerande karaktär

i) Parternas argument

- 198 Sökandena har förebrått kommissionen att den baserat vissa påståenden i det omtvistade beslutet på faktiska och rättsliga omständigheter över vilka de inte haft tillfälle att yttra sig. Dessa påståenden hänför sig till huruvida konferensserviceavtal är förenliga med förordning nr 4056/86 och artikel 85.1 och 85.3 i fördraget, till möjligheten att betrakta sökandenas ställning som kollektiv och till sökandenas effektiva innehav av en kollektiv dominerande ställning.



- 199 Enligt sökandena innehåller det omtvistade beslutet, vad gäller dessa påståenden, nya konstaterande av fakta, inklusive nya kvalifikationer av fakta och nya slutsatser, och nya slutsatser av rättslig art som inte återfinns i meddelandet om anmärkningar.
- 200 Kommissionen har erinrat om att enligt rättspraxis behöver det slutgiltiga beslutet inte nödvändigtvis vara en exakt kopia av redogörelsen för anmärkningarna (domen i de ovan i punkt 152 nämnda förenade målen van Landewyck m.fl. mot kommissionen, punkt 68). Följaktligen finner kommissionen att sökandenas argument på denna punkt inte kan godtas.

## ii) Förstainstansrättens bedömning

- 201 Förstainstansrätten noterar inledningsvis att sökandena vad gäller ifrågavarande aspekter av det omtvistade beslutet endast har räknat upp i sina ansökningar de skäl i det omtvistade beslutet som enligt dem inte redan fanns i meddelandet om anmärkningar och de har därvid hävdad att de inte haft tillfälle att yttra sig över de bedömningar eller konstateranden som gjorts i skälen.
- 202 Det måste konstateras att sökandena härigenom inte har uppgett på vilket sätt de påstådda skillnaderna mellan det omtvistade beslutet och meddelandet om anmärkningar, med hänsyn till de specifika omständigheterna i förevarande fall, utgör nya anmärkningar som kan utgöra ett åsidosättande av rätten till försvar. Det framgår på sin höjd av den i ansökan gjorda uppräknningen att denna inte är en exakt kopia av meddelandet om anmärkningar beträffande ifrågavarande aspekter av det omtvistade beslutet. Enligt rättspraxis behöver dock det omtvistade beslutet inte nödvändigtvis vara en exakt kopia av meddelandet om anmärkningar, eftersom kommissionen kan ändra sin argumentation till grund för anmärkningarna. Det ankom följaktligen på sökandena, såsom har angetts ovan i punkt 192, att konkret förklara i vilken mån de nya bedömningar och

konstateranden som förekommer i det omtvistade beslutet kunde åberopas gentemot sökandena för att visa att det skett ett åsidosättande av rätten till försvar. I avsaknad av sådana förklaringar kan inte förstainstansrätten slå fast att det skett något åsidosättande av rätten till försvar.

- 203 Även om detta är ett tillräckligt skäl för att inte godta sökandenas argument, såvitt kommissionen genom dessa argument klandras för att ha gjort nya bedömningar eller konstateranden i det omtvistade beslutet, konstaterar förstainstansrätten vidare att det i vart fall inte framgår vid prövningen av de av sökandena påstådda skillnaderna att dessa visar att rätten till försvar åsidosatts.

— Påståendena om de gemensamma serviceavtalens lagenlighet

- 204 Sökandena har påstått att flera konstateranden i det omtvistade beslutet angående de gemensamma serviceavtalen baseras på sakomständigheter som inte angetts i meddelandet om anmärkningar.
- 205 Vad för det första gäller tillämpningen av förordning nr 4056/86 på de gemensamma serviceavtalen har sökandena inledningsvis gjort gällande att skillnaderna mellan tariffen och de avtal som det är frågan om i skälen 104–108 i det omtvistade beslutet inte framgår av meddelandet om anmärkningar.
- 206 Det måste konstateras att tvärtemot vad sökandena har hävdats angavs två av de påstådda skillnaderna, nämligen dels rätten för medlemmar i en konferens som beviljats undantag enligt amerikansk lagstiftning att vidta en oberoende åtgärd med avseende på tariffbaserade fraktsatser (skäl 104 i det omtvistade beslutet),

dels att det faktum att priset i avtalsarrangemang, till skillnad från priset i tariffarrangemang, inte framgår av tariffen (skäl 108), redan i meddelandet om anmärkningar, respektive i fotnot 3 under punkt 12 samt i punkterna 64 och 58. Sökandenas argument saknar således grund på dessa punkter.

- 207 Härav följer att den enda nya omständighet som finns i det omtvistade beslutet i fråga om vilken sökandena inte har yttrat sig är konstaterandet i skäl 106 om att "[b]ortfraktare som verkar enligt tariffarrangemang förväntas uppträda inför allmänheten som allmänna bortfraktare".
- 208 Förstainstansrätten konstaterar i detta hänseende att skäl 106, i likhet med övriga aktuella skäl, återfinns endast i faktadelen i det omtvistade beslutet och är rent deskriptivt. Vidare utgör inte detta skäl i högre grad än övriga ifrågavarande skäl det nödvändiga stödet för konstaterandet i skälen 454–462 i det omtvistade beslutet att de gemensamma serviceavtalen, till skillnad mot tariffen, inte omfattas av begreppet enhetlig eller gemensam fraktsats i den mening som avses i artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86 och därför inte åtnjuter det gruppundantag som föreskrivs i artikel 3 i nämnda förordning. Detta sistnämnda konstaterande baseras nämligen inte på skillnaderna mellan tariffen och de avtal som det är frågan om i skälen 104–108 i det omtvistade beslutet, utan på andra omständigheter som redan återfinns i punkterna 206–208 i meddelandet om anmärkningar.
- 209 Därefter har sökandena påstått att analysen av lojalitetsavtalen i skälen 113–119 i det omtvistade beslutet är ny på flera punkter i förhållande till meddelandet om anmärkningar.
- 210 Förstainstansrätten framhåller, tvärtemot vad sökandena har gjort gällande, att två av de fyra omständigheter som utvecklas i skälen 113–119 i det omtvistade beslutet, det vill säga dels att definitionen av serviceavtal i US Shipping Act inte omfattar avtal om en andel eller del av en avlastares last (skäl 113 i det omtvistade

beslutet), dels att det uttryckligen hänvisas till lojalitetsarrangemang i artikel 5.2 i förordning nr 4056/86 (skäl 114 i det omtvistade beslutet), redan fanns i meddelandet om anmärkningar, respektive i fotnot 15 under punkt 60 och i punkt 211. På dessa punkter saknas följaktligen grund för sökandenas klagomål.

- 211 En tredje omständighet som nämns på detta ställe i det omtvistade beslutet, nämligen att det i reglerna för Förenta nationernas konferens om handel och utveckling (UNCTAD-koden) klart står att andra avtalsformer mellan avlastare och konferenser än lojalitetsarrangemang inte erkänns (skäl 115 i det omtvistade beslutet), har tagits med i syfte att beakta de argument som sökandena framfört i punkterna 281–283 i svaret på meddelandet om anmärkningar.
- 212 Härav följer att den enda nya omständighet som finns i det omtvistade beslutet i fråga om vilken sökandena inte har yttrat sig är konstaterandet i skäl 116 i det omtvistade beslutet om att det finns tre typer av lojalitetsarrangemang och beskrivningen av vart och ett av dessa i skälen 117–119.
- 213 Förstainstansrätten noterar emellertid i detta hänseende att dessa skäl, i likhet med övriga aktuella skäl, återfinns i faktadelen i det omtvistade beslutet och är rent deskriptiva. Vidare utgör inte dessa skäl ett nödvändigt stöd för konstaterandet i skäl 463 i det omtvistade beslutet om att serviceavtalen, till skillnad mot lojalitetsarrangemangen, inte omfattas av det gruppundantag som föreskrivs i artikel 3 i förordning nr 4056/86. Detta konstaterande baseras nämligen inte på de omständigheter som nämns i skälen 116–119, utan på andra omständigheter som redan fanns i punkt 211 i meddelandet om anmärkningar, vilken i huvudsak återges i punkt 463 i det omtvistade beslutet.

- 214 Vad för det andra beträffar tillämpningen av artikel 85 i fördraget på de gemensamma serviceavtalen anser sökandena inledningsvis att konstaterandet i skäl 443 i det omtvistade beslutet, enligt vilket gemensamma serviceavtal kan begränsa konkurrensen när det finns en uttrycklig eller tyst överenskommelse om att inte sluta individuella serviceavtal, utgör en ny anmärkning.
- 215 Det måste emellertid slås fast att det anges i punkt 202 i meddelandet om anmärkningar att TACA:s förbud mot individuella serviceavtal strider mot artikel 85.1 i fördraget. Det anförs vidare i punkterna 200 och 201 i meddelandet om anmärkningar att gemensamma serviceavtal ”av den typ som ingåtts av TACA-parterna” också omfattas av denna bestämmelse. I punkt 82 i meddelandet om anmärkningar framhålls dock att TACA förbjöd individuella serviceavtal under åren 1994 och 1995. Med hänsyn till dessa upplysningar i meddelandet om anmärkningar anser förstainstansrätten att sökandena var fullt kapabla att förstå den anmärkning som riktades mot dem på denna punkt.
- 216 I den mån sökandena klandrar kommissionen för att den baserat sina bedömningar i det omtvistade beslutet på ett resonemang som inte fanns i meddelandet om anmärkningar, är det i vart fall tillräckligt att framhålla att ett sådant resonemang inte alls medför att det är frågan om en ny anmärkning eftersom det inte avser andra beteenden än dem som företagen redan hade uttalat sig om.
- 217 Sökandena har vidare gjort gällande att tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget på gemensamma serviceavtal av den typ som ingåtts av sökandena baseras på två faktiska påståenden som formulerats för första gången i skäl 444 i det omtvistade beslutet, nämligen dels påståendet om den andel som utgjordes av individuella serviceavtal vilka ingicks av de tidigare ledamöterna i TACA:s avtalskommitté, dels påståendet om det stora antalet avtal om delbefraktning av utrymme.

- 218 Det måste emellertid slås fast att dessa faktiska påståenden har till enda syfte att stödja slutsatsen i skäl 443, enligt vilken gemensamma serviceavtal kan begränsa konkurrensen när det finns en uttrycklig eller tyst överenskommelse om att inte sluta individuella serviceavtal. Det har dock slagits fast ovan i punkt 215 att med hänsyn till de upplysningar som ges i punkterna 200–202 i meddelandet om anmärkningar var sökandena fullt kapabla att förstå den anmärkning som riktades mot dem på denna punkt. Följaktligen kan inte den omständigheten att sökandena inte haft tillfälle att yttra sig över de faktiska påståenden som skäl 444 innehåller förringa värdet av den slutsats i skäl 443 som dessa påståenden hade till syfte att stödja.
- 219 Sökandena har slutligen påstått att konstaterandet i skälen 500 och 501 i det omtvistade beslutet är nytt. Här anges att förbudet mot oberoende åtgärder i fråga om serviceavtal inte uppfyller villkoren i artikel 85.3.
- 220 Det skall emellertid framhållas att det uttryckligen anges i punkt 203 i meddelandet om anmärkningar att nämnda förbud inte är tillåtet enligt förordning nr 4056/86, och att det således i avsaknad av individuellt undantag är förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget. Denna punkt i meddelandet om anmärkningar är den exakta motsvarigheten till skäl 449 i det omtvistade beslutet. Det är visserligen riktigt att beviljande av individuellt undantag till förmån för nämnda förbud inte behandlas i meddelandet om anmärkningar. Förstainstansrätten understryker emellertid att det ankommer på sökandena att för kommissionen framlägga bevisning som motiverar att ett individuellt undantag beviljas i enlighet med artikel 85.3 i fördraget (se bland annat domen i de ovan i punkt 162 nämnda förenade målen VBVB och VBVB mot kommissionen, punkt 52).
- 221 Förstainstansrätten finner således att eftersom det uttryckligen nämns i meddelandet om anmärkningar att förbudet mot oberoende åtgärder var konkurrensbegränsande i den mening som avses i artikel 85.1 i EG-fördraget, var sökandena i stånd att förstå innehållet i de anmärkningar som kommissionen

riktat mot dem. Följaktligen ankom det på dem att i sitt svar på meddelandet om anmärkningar lägga fram bevisning på att nämnda förbud kunde komma i åtnjutande av ett individuellt undantag i enlighet med artikel 85.3 i EG-fördraget.

- 222 Förstainstansrätten godtar således inte sökandenas klagomål avseende åsidosättande av rätten till försvar i samband med påståendena om de gemensamma serviceavtalens lagenlighet.

— Påståendena om den kollektiva ställning som TACA-parterna har

- 223 Sökandena har gjort gällande att när kommissionen kom fram till slutsatsen att det föreligger en kollektiv dominerande ställning baserade den sig på flera omständigheter som visar att det saknas intern konkurrens. Dessa omständigheter nämns inte i meddelandet om anmärkningar.
- 224 Sökandena har för det första framhållit att det omtvistade beslutet innehåller nya påståenden i förhållande till meddelandet om anmärkningar såtillvida att det i beslutet finns en beskrivning av NVOCC-bortfraktarna (skälen 158–161) och det konstateras att TACA-parterna i US Shipping Act åläggs att offentliggöra sin tariff (skälen 174–176), att det anges att TVR utgör rabatter på tariffen (skäl 120) och att det hävdas att det inte förekommer några oberoende åtgärder i fråga om serviceavtal (skäl 131).
- 225 Förstainstansrätten framhåller i detta hänseende att dessa skäl återfinns i faktadelen i det omtvistade beslutet och att de är rent deskriptiva.

- 226 Vad vidare angår frågan huruvida dessa skäl utgör det nödvändiga stödet för den rättsliga bedömningen av den kollektiva karaktären hos den dominerande ställning som innehas av TACA-parterna bör observeras att, såsom kommer att redogöras för mer detaljerat inom ramen för prövningen av grunderna om tillämpningen av artikel 86 i fördraget på skälen 521–531 i det omtvistade beslutet, kommissionen anser att TACA-parternas ställning borde bedömas kollektivt på grundval av fem faktorer, det vill säga TACA:s tariff (skäl 526), de verkställighetsbestämmelser som antagits av TACA (skäl 527), den av TACA årligen publicerade verksamhetsplanen (skälen 528 och 530), TACA-sekretariatet (skälen 528 och 529) samt de konsortiearrangemang som sammanbinder vissa av TACA-parterna (skäl 531).
- 227 Härav följer att bland sökandenas påståenden är det endast det faktum att det enligt amerikansk rätt krävs att tariffen offentliggörs som delvis utgör den nödvändiga grunden för den rättsliga bedömningen, såtillvida att kommissionen enligt dess uppfattning fastställer att tariffen utgör ett ekonomiskt band som förenar TACA-parterna. Däremot är det uppenbart att de övriga omständigheter som anförts av sökandena är rent deskriptiva och inte har något samband med de ekonomiska band som nämns i skälen 521–531 i det omtvistade beslutet.
- 228 Det måste emellertid slås fast beträffande tariffen att kommissionen redan i punkt 318 i meddelandet om anmärkningar angav att verkställighetsbestämmelser som antagits av TACA hade till syfte att undanröja priskonkurrensen mellan parterna i konferensen med hänvisning till punkterna 16 och 17 i nämnda meddelande om anmärkningar, enligt vilka kommissionen underströk att verkställighetsbestämmelser som antagits av TACA gjorde det möjligt för konferensen att bland annat ålägga sina medlemmar höga viten för det fall att de kollektiva prisavtalen åsidosattes. Under dessa förhållanden anser förstainstansrätten att sökandena var fullt kapabla att förstå räckvidden av den anmärkning som framförts mot dem på denna punkt.
- 229 Talan kan således inte bifallas såvitt avser detta klagomål.



- 230 Sökandena har för det andra påstått att det omtvistade beslutet innehåller nya påståenden i skälen 177 och 178 såvitt avser de av TACA antagna verkställighetsbestämmelserna.
- 231 Förstainstansrätten finner att kommissionen i syfte att konstatera att det föreligger en kollektiv dominerande ställning anger att det finns verkställighetsbestämmelser i skäl 527 i det omtvistade beslutet. Det måste dock konstateras att, såsom har anförts ovan, denna omständighet nämns uttryckligen i egenskap av ekonomiskt band mellan TACA-parterna i punkt 318 i meddelandet om anmärkningar och den är föremål för en detaljerad beskrivning i punkterna 16 och 17 i meddelandet om anmärkningar.
- 232 Sökandenas argument på denna punkt kan således inte godtas.
- 233 Sökandena har för det tredje påstått att det omtvistade beslutet innehåller nya påståenden i skälen 181–198 såvitt avser de begränsande arrangemang som berör den transatlantiska traden, närmare bestämt konsortiearrangemangen.
- 234 Det är riktigt att konsortiearrangemangen nämns i skäl 531 i det omtvistade beslutet för att det skall konstateras att det föreligger en kollektiv dominerande ställning. Det måste dock slås fast att sagda avtal uttryckligen nämns i egenskap av ekonomiska band mellan TACA-parterna i punkt 322 i meddelandet om anmärkningar och att de är föremål för en detaljerad beskrivning i punkterna 94–106 i meddelandet om anmärkningar.
- 235 I den mån sökandena vidare har förebrått kommissionen att den i det omtvistade beslutet nämnt ett större antal avtal av denna typ i skälen 182, 188 (tabell 4), 190 och 191, och att den i skälen 181, 192, 194, 220 (tabell 5) och 221 identifierat ytterligare verkningar för den interna konkurrensen i förhållande till meddelandet

om anmärkningar, finner förstainstansrätten att sökandenas kritik saknar relevans. Eftersom det i meddelandet om anmärkningar uttryckligen anges att förekomsten av konsortiearrangemang förstärker de ekonomiska banden mellan TACA-parterna, var sökandena nämligen fullt kapabla att förstå innebörden av den anmärkning som kommissionen riktat mot dem. Förstainstansrätten noterar således att TACA-parterna framfört diverse argument i punkterna 192–196 i sitt svar på meddelandet om anmärkningar för att visa att konsortiearrangemangen inte begränsar den interna konkurrensen. Under dessa förhållanden kan sökandena inte vinna framgång med att hävda att meddelandet om anmärkningar inte var tillräckligt klart på denna punkt.

236 Det är dessutom inte riktigt att kommissionen i det omtvistade beslutet identifierar ytterligare konkurrensbegränsande verkningar som orsakats av de konsortiearrangemang som ingicks mellan TACA-parterna.

237 Vad först beträffar skäl 181 i det omtvistade beslutet, i vilket kommissionen rent allmänt anger att konsortiearrangemangen kan bidra till att minska konkurrenstrycket inom TACA, framhåller förstainstansrätten att samma tanke uttrycks inte endast i själva titeln i den relevanta avdelningen av meddelandet om anmärkningar ("VII. Andra begränsande arrangemang som påverkar den transatlantiska trade"), utan även i punkt 101 i vilken föreskrivs att nämnda arrangemang bidrar till att koordinera och disciplinera parterna i arrangemangen. Samma konstaterande finns för övrigt i punkt 226 i meddelandet om anmärkningar.

238 Vad vidare beträffar skäl 193 i det omtvistade beslutet, i vilket kommissionen framhåller att "[v]erksningen av dessa avtal har sålunda varit att begränsa konkurrensen mellan TACA-parterna, i första hand genom att inskränka vidtagandet av oberoende åtgärder", skall det framhållas att samma slutsats finns i punkt 101 i meddelandet om anmärkningar.

- 239 Vad vidare gäller skälen 220 och 221 i det omtvistade beslutet i vilka kommissionen gör en jämförelse mellan den transatlantiska traden och andra trader för att visa att antalet oberoende åtgärder på denna första trad var obetydligt, konstaterar förstainstansrätten att det i meddelandet om anmärkningar redan i punkt 101 och i fotnot 69 under punkt 224 görs en sådan jämförelse och att det är som svar på sökandenas argument i punkterna 168–191 i deras svar på meddelandet om anmärkningar som de exempel som nämns i meddelandet om anmärkningar har utvecklats i det omtvistade beslutet.
- 240 Kommissionen noterar slutligen i skälen 193 och 194 i det omtvistade beslutet att konsortiearrangemangen har den verkan, beroende på den utbredda användningen av utrymme på andra TACA-parters fartyg, att andra typer av konkurrens än priskonkurrens mellan TACA-parterna begränsas. Förstainstansrätten noterar att samma tanke uttrycks i punkterna 102 och 103 i meddelandet om anmärkningar.
- 241 Förstainstansrätten betonar i vart fall att det i skälen 526–530 nämns andra band mellan TACA-parterna som dessa har yttrat sig över och vilka på ett tillfredsställande sätt visar, av skäl som kommer att redogöras för nedan i samband med prövningen av den första delen av grunderna om tillämpningen av artikel 86 i fördraget, att TACA-parterna måste betraktas som ett kollektiv vid tillämpningen av artikel 86 i fördraget.
- 242 Under dessa förhållanden kan förstainstansrätten inte godta sökandenas argument om att det skett ett åsidosättande av rätten till försvar på denna punkt.
- 243 Sökandena har för det fjärde påstått att det i det omtvistade beslutet anges för första gången i skälen 214–219 att de oberoende åtgärderna inte utgör ett bevis på intern konkurrens.

- 244 Det måste emellertid slås fast att det uttryckligen sägs i punkt 223 i meddelandet om anmärkningar att den minskade tidsfristen för föranmälan innan en oberoende åtgärd vidtas inte kan ge en påtaglig effekt på den interna konkurrensen. I punkt 224 i meddelandet om anmärkningar understryks vidare att det inte förekom några betydande oberoende åtgärder under åren 1994 och 1995 på ifrågavarande trad. Förstainstansrätten konstaterar slutligen att även om kommissionen utvecklar denna punkt mer utförligt i det omtvistade beslutet, är det i syfte att besvara de uppgifter som tillhandahållits av TACA-parterna i punkterna 168–191 i svaret på meddelandet om anmärkningar för att visa att de oberoende åtgärderna avslöjar att den interna konkurrensen är hård.
- 245 Sökandenas argument på denna punkt kan således inte godtas.
- 246 Sökandena har slutligen för det femte påstått att kommissionen baserar sig på två bevis som inte nämns i meddelandet om anmärkningar, nämligen en skrivelse från POL till Hanjin av den 28 december 1995 och TACA:s dokument av den 15 februari 1996.
- 247 Förstainstansrätten framhåller att innehållet i POL:s skrivelse till Hanjin delvis återges i skäl 180 i det omtvistade beslutets faktadel för att illustrera "[s]amarbetsandan inom TACA". Vad gäller TACA:s dokument av den 15 februari 1996 förebrår sökandena kommissionen inom ramen för dessa grunder att den inte gav dem tillfälle att yttra sig över den del av dokumentet som nämns i skäl 129 det omtvistade beslutet där det anges att oberoende åtgärder utgör en "sista utväg".
- 248 Förstainstansrätten finner att även om dessa handlingar inte uttryckligen nämns av kommissionen till stöd för skälen 521–531 i det omtvistade beslutet inom ramen för dess rättsliga bedömning i samband med att den drar slutsatsen att det föreligger en dominerande kollektiv ställning, kan dessa handlingar inte desto

mindre stödja konstaterandet i punkt 528 att tariffen och de verkställighetsbestämmelser som antagits av TACA är avsedda att i betydande grad avlägsna priskonkurrens mellan TACA-parterna.

- 249 Det framgår emellertid av det omtvistade beslutet att detta konstaterande även baseras på en mängd andra omständigheter, särskilt de som återfinns i skälen 199–222, vilka sökandena har yttrat sig över. Av skäl som anges nedan i punkterna 697–712 räcker dessa omständigheter dock för att visa att tariffen och de verkställighetsbestämmelser som antagits av TACA är avsedda att i betydande grad avlägsna priskonkurrens mellan TACA-parterna.
- 250 Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.

— Påståendena om att den ställning som TACA-parterna har är dominerande

- 251 För det första har sökandena gjort gällande att den i skäl 271 omtalade korrespondensen och de slutsatser som dras av den i skälen 271 och 273 i det omtvistade beslutet inte nämns i meddelandet om anmärkningar.
- 252 Förstainstansrätten framhåller att kommissionen i skälen 265–273 i det omtvistade beslutet undersöker den reella externa konkurrens som utövas av de aktörer som bedriver containerfart och som transporterar laster med ursprung i eller destinerade till Förenta staternas delstater i Mellanvästern och till eller från Nordeuropa genom kanadensiska hamnar (nedan kallad Canadian Gateway). I skäl 271 i det omtvistade beslutet återger kommissionen utdrag ur skrivelser från Canadian Conferences sekretariat till medlemmar i Canadian Conferences' Joint

Inland Committee som enligt kommissionen bland annat visar att medlemmarna i de kanadensiska konferenserna hade ingående uppgifter om TACA:s prissättningsmetoder. Kommissionen finner i skäl 273 i det omtvistade beslutet på grund av alla ovannämnda skäl att TACA-parternas marknadsandel av trafiken genom Canadian Gateway bör läggas till TACA-parternas marknadsandel av den direkta trafiken och inte behandlas som en separat konkurrent.

253 Det är riktigt att det i meddelandet om anmärkningar, såsom sökandena har gjort gällande, inte hänvisas till utdragen ur den korrespondens som citeras i skäl 271 i det omtvistade beslutet.

254 Eftersom TACA-parternas marknadsandel avseende last som transporteras genom kanadensiska hamnar har beaktats för att fastställa sökandenas marknadsandel på ifrågavarande marknad, finner förstainstansrätten att skälen 271–273 i det omtvistade beslutet utgör det nödvändiga stödet för en rättslig bedömning enligt vilken TACA-parternas marknadsandel under ifrågavarande period i överensstämmelse med skäl 533 ger anledning till en stark förmodan om en dominerande ställning.

255 Förstainstansrätten framhåller emellertid att kommissionen redan i punkt 50 i meddelandet om anmärkningar klart anger följande:

”Kommissionen ansåg i TAA-beslutet att lasten per kontainer som transporteras mellan Förenta staterna och Nordeuropa genom de kanadensiska hamnarna (Canadian Gateway) tillhörde samma marknad som den som transporteras direkt. Kommissionen vidhåller denna ståndpunkt.”

- 256 Kommissionen redogör vidare i punkterna 51–55 i meddelandet om anmärkningar för de orsaker som motiverar denna ståndpunkt.
- 257 Sökandena har, som svar på de påståenden som formulerats i meddelandet om anmärkningar, gjort gällande i punkterna 15–17 i sitt svar på meddelandet om anmärkningar att den konkurrens som utövas av TACA:s medlemmars transport genom Canadian Gateway gentemot den direkta transporten visades genom uppgifter om de båda transporttypernas priser och genom en avlastares anbudsinfordran.
- 258 Det bör under dessa förhållanden slås fast att sökandena mycket väl från det att de mottog meddelandet om anmärkningar varit i stånd att förstå innebörden av den anmärkning som kommissionen formulerat avseende den reella externa konkurrensen genom last som transiteras genom Canadian Gateway, eftersom utdragen ur den i skäl 271 i det omtvistade beslutet citerade korrespondensen uteslutande var avsedd att stödja kommissionens ställningstagande till följd av sökandenas kritik i deras svar på meddelandet om anmärkningar.
- 259 Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.
- 260 Sökandena har för det andra gjort gällande att skälen 207–213 i det omtvistade beslutet innehåller nya påståenden som rör TACA:s diskriminerande prispolitik.
- 261 Förstainstansrätten finner att skälen 207–213 i det omtvistade beslutet utgör det nödvändiga stödet för en rättslig bedömning av den dominerande karaktären hos den ställning som innehas av TACA-parterna. I skäl 534 i det omtvistade beslutet anser kommissionen att presumptionen om en dominerande ställning som en följd

av TACA-parternas marknadsandel bekräftades av det faktum att dessa har lyckats med att upprätthålla en diskriminerande prisstruktur.

- 262 Denna bedömning återfinns emellertid i sin helhet i punkt 326 i meddelandet om anmärkningar.
- 263 Förstainstansrätten noterar i vart fall att det i skälen 207–213 i det omtvistade beslutet, som verkligen inte innehåller några nya påståenden, endast förklaras i vilken mån sökandena kan utöva prisdiskriminering, bland annat genom att kommissionen tar hänsyn till de synpunkter som sökandena gett uttryck för under förhöret inför kommissionen. Så är fallet i fråga om skälen 209 och 210 i det omtvistade beslutet som har sitt ursprung i kommentarer från TACA:s administrativa chef Jeffries, som svar på en fråga som kommissionen ställde under förhöret.
- 264 Under dessa förhållanden kan sökandena inte vinna framgång med sitt argument att kommissionen på denna punkt åsidosatt rätten till försvar.
- 265 För det tredje slutligen har sökandena förebrått kommissionen att den i skälen 324–328 i det omtvistade beslutet baserar sig på en ny analys av TACA:s priser för att vid tillämpningen av artikel 86 i fördraget dra slutsatsen att TACA var i stånd att reglbundet höja priserna under åren 1994–1996.
- 266 Förstainstansrätten finner att skälen 224–328 i det omtvistade beslutet utgör det nödvändiga stödet för en rättslig bedömning av den dominerande karaktären hos den ställning som innehas av TACA-parterna. I skäl 543 i det omtvistade beslutet anser nämligen kommissionen att det faktum att TACA var i stånd att höja



priserna är en avgörande faktor när det gäller påvisande av en dominerande ställning.

- 267 Det måste emellertid slås fast att kommissionen redan i punkterna 118 och 119 i meddelandet om anmärkningar uppger på basis av uppgifter som ESC (European Shipping Council) tillhandahållit att TACA genomförde betydande prishöjningar under åren 1994–1996. Denna omständighet återges visserligen inte som sådan i meddelandet om anmärkningar som indicium på att det föreligger en dominerande ställning utan finns i faktadelen i nämnda meddelande för att beskriva TACA:s verkningar. Förstainstansrätten framhåller emellertid att det i punkt 243 i meddelandet om anmärkningar uttryckligen anges i samband med prövningen av en eventuell återkallelse av gruppundantaget med tillämpning av artikel 7 i förordning nr 4056/86 att den omständigheten att TACA var i stånd att vidmakthålla sin marknadsandel under åren 1994–1996 trots betydande prishöjningar antyder att den effektiva externa konkurrensen är begränsad. Dessutom har TACA-parterna i punkterna 224–245 sitt svar på meddelandet om anmärkningar lämnat detaljerade sifferuppgifter rörande TACA:s priser under perioden 1994–1996.
- 268 Det skall under dessa förhållanden slås fast att sökandena mycket väl varit i stånd att förstå innebörden av kommissionens anmärkningar på denna punkt, eftersom prisanalysen i beslutet utgör ett direkt svar på de påståenden som formulerats under det administrativa förfarandet.
- 269 Förstainstansrätten finner följaktligen att kommissionen inte har åsidosatt rätten till försvar på denna punkt.
- 270 Det följer således av vad som ovan anförts att prövningen av de påstådda skillnaderna mellan det omtvistade beslutet och meddelandet om anmärkningar inte gör det möjligt att slå fast att det omtvistade beslutet innehåller nya anmärkningar eller grundas på nya omständigheter som sökandena inte haft

möjlighet att yttra sig över i sitt svar på meddelandet om anmärkningar. Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.

c) Nya faktiska och rättsliga påståenden till följd av sökandenas svar på vissa framställningar med begäran om upplysningar som upprättats vid en senare tidpunkt än meddelandet om anmärkningar

i) Parternas argument

- 271 Sökandena har gjort gällande att även om vissa framställningar med begäran om upplysningar som upprättats vid en senare tidpunkt än meddelandet om anmärkningar rörde frågor som var föremål för meddelandet om anmärkningar, fanns det andra framställningar med begäran om upplysningar som rörde helt nya frågor. Så var fallet såväl med de framställningar med begäran om upplysningar som översänts inom den fastställda tidsfristen för besvarande av meddelandet om anmärkningar, som med framställningar med begäran om upplysningar som översänts efter det att meddelandet om anmärkningar besvarats.
- 272 Sökandena har dock uppmärksammat att kommissionen, med undantag av meddelandet om anmärkningar av den 11 april 1997 som rör anmälan av "hub and spoke"-systemet, inte har antagit något tilläggsmeddelande om anmärkningar med avseende på dessa nya frågor och inte gett dem möjlighet att kommentera bevisvärdet hos den tillhandahållna informationen eller de slutsatser som dragits av kommissionen (domen i det ovan i punkt 95 nämna målet Sarrió mot kommissionen, punkterna 36 och 41). Framställningar med begäran om upplysningar kan enligt sökandena inte i något fall lagenligt ersätta antagandet av ett meddelande om anmärkningar.
- 273 Sökandena har följaktligen hävdats att rätten till försvar åsidosatts på denna punkt.

- 274 Kommissionen har hävdat att det omtvistade beslutet inte baseras på någon information eller handling som tillhandahållits som svar på de ifrågasatta framställningarna med begäran om upplysningar. Följaktligen anser kommissionen att sökandens argumentation på denna punkt inte kan godtas.

ii) Förstainstansrättens bedömning

- 275 Sökandena har med dessa argument förebrått kommissionen att den översände framställningar med begäran om upplysningar till dem senare än meddelandet om anmärkningar i vilka frågor togs upp som var nya i förhållande till meddelandet och att den använde upplysningar som tillhandahållits som svar på dessa framställningar för att gentemot sökandena åberopa nya handlingar eller göra nya påståenden i det omtvistade beslutet.

— Huruvida talan kan upptas till sakprövning på denna grund

- 276 Förstainstansrätten noterar att denna argumentation finns i den del av ansökan där sökandena förebrår kommissionen att den översänt ett meddelande om anmärkningar till dem vid en för tidig tidpunkt. Det har redan härvidlag konstaterats ovan i punkt 122, tvärtemot sökandenas argument, att den omständigheten att vissa av framställningarna med begäran om upplysningar väcker nya frågor och att de upplysningar som erhållits som svar på dessa har använts i det omtvistade beslutet, förutsatt att det kan styrkas, inte alls visar att meddelandet om anmärkningar är olagligt.
- 277 Det framgår emellertid av ansökans ordalydelse på denna punkt att sökandena även förebrår kommissionen att den åsidosatt rätten till försvar genom att i det omtvistade beslutet använda handlingar och upplysningar som tillhandahållits

som svar på framställningar med begäran om upplysningar som översänts senare än meddelandet om anmärkningar i vilka nya frågor togs upp utan att ge sökandena tillfälle att yttra sig över dessa handlingars och upplysningars bevisvärde. Sökandena har, efter att de räknat upp och beskrivit innehållet i de framställningar med begäran om upplysningar som översändes senare än meddelandet om anmärkningar och satt det i relation till vissa punkter i det omtvistade beslutet, understrukit inte endast att vissa av dessa framställningar med begäran om upplysningar som de räknat upp väcker nya frågor i förhållande till meddelandet om anmärkningar, utan även att "kommissionen, med undantag av meddelandet om anmärkningar av den 11 april 1997 som endast rör anmälan av 'hub and spoke'-systemet, inte har antagit något tilläggsmeddelande om anmärkningar eller reviderat meddelandet om anmärkningar och inte gett sökandena möjlighet att kommentera bevisvärdet hos den delgivna informationen eller de slutsatser som kommissionen dragit av den".

- 278 Förstainstansrätten framhåller att eftersom det genom denna grund åtminstone delvis hänvisas till de framställningar med begäran om upplysningar som gav upphov till att sökandena översände de fyra handlingar som nämns ovan i punkt 159, sammansmälter grunden med de grunder som anförts angående åsidosättande av rätten till försvar, såvitt avser de faktiska och rättsliga påståenden om det andra missbruket som enligt sökandena var nya, på vilka talan skall bifallas av skäl som anförts ovan i punkterna 163–187.
- 279 På detta stadium skall förstainstansrätten således endast pröva denna grund såvitt avser åsidosättande av rätten till försvar beträffande andra upplysningar än dessa fyra handlingar som tillhandahållits som svar på ifrågavarande framställningar med begäran om upplysningar.
- 280 Sökandena har vid förhandlingen uppgett, som svar på en fråga från förstainstansrätten som syftade till att få dem att precisera sin ansökan på denna punkt, att denna argumentation således hade till syfte inte bara att utgöra stöd för grunden om att meddelandet om anmärkningar hade antagits för tidigt, utan också att anföra en annan grund om åsidosättande av rätten att yttra sig angående vissa uppgifter som tillhandahållits som svar på framställningar med begäran om upplysningar vilka kommissionen använde i det omtvistade beslutet.

281 Förstainstansrätten erinrar om att enligt artikel 21 första stycket i EG-stadgan för domstolen som skall tillämpas på förfarandet vid förstainstansrätten i enlighet med artikel 53 första stycket i samma stadga och artikel 44.1 c och d i förstainstansrättens rättegångsregler, skall en ansökan bland annat innehålla uppgifter om föremålet för talan, sökandens yrkanden samt en kortfattad framställning av grunderna för talan. Dessa uppgifter i ansökan skall vara tillräckligt klara och precisa för att svaranden skall kunna förbereda sitt försvar, och förstainstansrätten skall kunna pröva talan, i förekommande fall utan att ha tillgång till andra uppgifter. För att garantera den kontradiktoriska principen, rättssäkerheten och en god rättskipning krävs, för att en talan skall kunna tas upp till sakprövning, att de mest väsentliga faktiska och rättsliga omständigheter som talan grundas på åtminstone kortfattat men på ett konsekvent och begripligt sätt framgår av innehållet i själva ansökan (förstainstansrättens beslut av den 28 april 1993 i mål T-85/92, de Hoe mot kommissionen, REG 1993, s. II-523, punkt 20, förstainstansrättens dom av den 15 juni 1999 i mål T-277/97, Ismeri Europa mot revisionsrätten, REG 1999, s. II-1825, punkt 29, och förstainstansrättens beslut av den 12 mars 2003 i mål T-382/02, Partido Latinoamericano mot rådet, REG 2003, inte publicerat i rättsfallssamlingen, punkt 6).

282 I förevarande mål betonar förstainstansrätten inledningsvis att de fyra ansökningar som sökandena ingett, i likhet med tillhörande bilagor, är osedvanligt voluminösa. Det finns visserligen för närvarande ingen bestämmelse för att begränsa omfattningen av skrivelser och handlingar som sökandena inkommer med till stöd för sin talan om ogiltigförklaring enligt artikel 173 i fördraget. Det ankommer dock på sökandena, bland annat med hänsyn till de formföreskrifter som ovan erinrats om, att hålla sin ansökan inom rimliga gränser och att i vart fall låta de rättsliga grunder framgå klart som de anför till stöd för sina yrkanden om ogiltigförklaring i förhållande till de faktiska och rättsliga omständigheter som framförts för att styrka dem och som inte i sig utgör rättsliga grunder.

283 Härvidlag noterar förstainstansrätten först att denna grund endast framgår i en enda punkt i ansökan och som finns i faktadelen ("factual background") i den avdelning av ansökan som handlar om att meddelandet om anmärkningar skall anses ha antagits för tidigt. Det finns däremot inte någon motsvarighet till denna avdelning i delen "rättsliga grunder" ("submissions of law") i ansökan. Det bör således noteras att enligt den punkt som avslutar avdelningen i ansökan om att

meddelandet om anmärkningar hade antagits för tidigt sammanfattar sökandena själva denna del av sin ansökan och uppger därvid att de hävdar att kommissionen "har åsidosatt väsentliga krav i det administrativa förfarande som ledde till antagandet av det [omtvistade beslutet] såtillvida att den inte översände ett giltigt meddelande om anmärkningar [till dem]", och åberopar således att meddelandet om anmärkningar antagits för tidigt. Sökandena har däremot inte alls gjort gällande att deras rätt att yttra sig över uppgifter som tillhandahållits som svar på framställningar med begäran om upplysningar har åsidosatts.

284 Förstainstansrätten konstaterar vidare att ingen del av ansökan innehåller ifrågavarande grund. Det skall vidare noteras att denna grund inte finns med på den förteckning över rättsliga grunder ("submissions") som sökandena själva har upprättat ovanför var och en av de relevanta delarna av ansökan i syfte att sammanfatta de rättsliga resonemang som utvecklas i dessa. Det skall särskilt betonas att denna grund inte finns med på förteckningen över de grunder som sammanfattas i den inledande delen av ansökan om åsidosättande av rätten att yttra sig.

285 Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten att grunden inte lagts fram på ett sätt som är förenligt med artikel 21 första stycket i stadgan för domstolen och artikel 44.1 c och d i förstainstansrättens rättegångsregler, såsom de tolkats i rättspraxis. Talan skall därför inte upptas till sakprövning på denna grund.

— Huruvida det finns stöd för grunden

286 Förstainstansrätten konstaterar som ett förtydligande att det saknas stöd för denna grund.

- 287 Förstainstansrätten erinrar om att det följer av rättspraxis att även om kommissionen enligt rättspraxis har rätt att efter det att meddelandet om anmärkningar översänts formulera nya påståenden till stöd för sina anmärkningar, bör dock kommissionen i detta fall ge de berörda företagen möjlighet att yttra sig i denna fråga (domen i det ovan i punkt 115 nämnda målet AEG mot kommissionen, punkt 29). Så är även fallet, såsom redan har konstaterats ovan, när de nya påståendena baseras på uppgifter som tillhandahållits av de berörda företagen som svar på framställningar med begäran om upplysningar som kommissionen översänt till dem, åtminstone när nämnda företag inte rimligtvis kan sluta sig till vilka slutsatser kommissionen avsåg att dra av handlingarna (domen i det ovan i punkt 162 nämnda målet Shell mot kommissionen, punkt 56).
- 288 Det bör dock observeras i förevarande mål att, såvida det är möjligt att sluta sig till denna grund av ansökan, ansökan inskränker sig till att syftet med varje begäran om upplysningar som översändes senare än meddelandet om anmärkningar ställs i relation till de punkter i det omtvistade beslutet som behandlar nämnda syfte. I ansökan påstås att uppgifter som tillhandahållits som svar på vissa av dessa framställningar med begäran om upplysningar, det vill säga de som väcker nya frågor i förhållande till meddelandet om anmärkningar, har använts i det omtvistade beslutet utan att sökandena varit i stånd att yttra sig över dem. Förstainstansrätten finner att sökandena härigenom nöjt sig med att på ett allmänt och opreciserat sätt åberopa möjligheten av att vissa uppgifter som tillhandahållits som svar på ifrågavarande framställningar med begäran om upplysningar gett upphov till nya anmärkningar i det omtvistade beslutet utan att vid något tillfälle konkret förklara i vilken mån dessa uppgifter använts mot sökandena.
- 289 Även om detta enda skäl räcker för att talan inte kan vinna bifall på denna grund, finner förstainstansrätten vidare att inget av de argument som framförts av sökandena kan styrka att de uppgifter som tillhandahållits som svar på ifrågavarande framställningar med begäran om upplysningar har använts i det omtvistade beslutet på ett sådant sätt att rätten till försvar har åsidosatts. Förstainstansrätten konstaterar nämligen att kommissionen i det omtvistade beslutet inte har använt de handlingar eller upplysningar som tillhandahållits som

svar på framställningar med begäran om upplysningar vilka översänts senare än meddelandet om anmärkningar, vilka sökandena anser väcker nya frågor, närmare bestämt framställningarna av den 22 maj 1996, den 11 juli 1996, den 17 juli 1996, den 8 augusti 1996, den 12 september 1996, den 8 november 1996, den 12 februari 1997, den 13 februari 1997, den 15 maj 1997, den 19 juni 1997 samt den 2 oktober 1997.

#### Begäran om upplysningar av den 22 maj 1996

- 290 Såsom sökandena med rätta har uppgett framgår det av begäran om upplysningar av den 22 maj 1996 att denna syftade till att information skulle erhållas om sammanträden med TACA:s högre chefer angående TACA:s uppförandekod, "Transatlantic Associated Freight Conference" och korrespondensen mellan MSC och Hyundai.
- 291 Det skall slås fast att förutom protokoll PWSC 95/8, som det är fråga om vid bedömningen ovan av de specifika grunderna avseende det andra missbruket, har kommissionen inte använt andra uppgifter som tillhandahållits som svar på begäran om upplysningar av den 22 maj 1996 i det omtvistade beslutet till stöd för sina anmärkningar på ett sådant sätt att rätten till försvar åsidosatts.
- 292 Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.

#### Begäran om upplysningar av den 11 juli 1996

- 293 Det framgår av begäran om upplysningar av den 11 juli 1996 att denna syftade till att information skulle erhållas om serviceavtalen, marknadsvillkoren, EIEIA och den nya kapacitet som introducerats på marknaden.



- 294 Vad för det första angår serviceavtalen konstaterar förstainstansrätten att sökandenas svar på nämnda begäran gjorde det möjligt för kommissionen att få detaljerad information om TACA:s serviceavtal och de individuella serviceavtalen avseende år 1996 särskilt om priser, ensidiga åtgärder, tvång på minimikvantiteter och de fall då transporter av last utförts av avlastare som är parter i serviceavtal mot TVR.
- 295 Sökandena har först gjort gällande att kommissionen använt vissa av dessa uppgifter i skälen 127–155 i det omtvistade beslutet.
- 296 Förstainstansrätten erinrar emellertid om att kommissionen i dessa skäl som återfinns i faktadelen i det omtvistade beslutet, endast beskriver serviceavtalens mekanism. Eftersom denna beskrivning inte i något fall utgör ett tillräckligt stöd för de anmärkningar som återges i den rättsliga bedömningen i det omtvistade beslutet kan den inte i sig åberopas mot sökandena.
- 297 Därefter har sökandena framhållit att de i skälen 551–558 i det omtvistade beslutet inom ramen för det första missbruket klandras för att de missbrukat sin dominerande ställning genom att ålägga restriktioner avseende tillgången till och innehållet i serviceavtalen. De har också åberopat att det i skäl 540 i det omtvistade beslutet anges att serviceavtalen utgör ett hinder för inträde och av detta dras slutsatsen att det föreligger en dominerande ställning som innehas av TACA och att det i skäl 564 anges att TACA har missbrukat sin dominerande ställning inom ramen för det andra missbruket genom att låta Hyundai få omedelbar tillgång till serviceavtalen.
- 298 Vad först gäller det första missbruket framgår det inte av skälen 551–558 i det omtvistade beslutet, som innehåller kommissionens rättsliga bedömning på denna punkt, att de uppgifter som tillhandahållits som svar på begäran om upplysningar av den 11 juli 1996 har använts till stöd för denna anmärkning. Kommissionens bedömning baseras nämligen väsentligen på bestämmelserna i TACA-avtalet

angående serviceavtal vilka har anmälts till kommissionen såsom eventuella begränsningar av konkurrensen i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget och vars räckvidd har preciserats som svar på diverse framställningar med begäran om upplysningar som inte har bestridits av sökandena inom ramen för denna anmärkning. Slutligen konstaterar förstainstansrätten att det klandrade missbruket av serviceavtal redan fanns tydligt angivet i punkterna 73–87, 341 och 342 i meddelandet om anmärkningar så att sökandena hade möjlighet att yttra sig i detta hänseende.

- 299 Vad sedan beträffar de hinder för inträde som utgjordes av serviceavtalen, räcker det att framhålla att denna omständighet uttryckligen nämns i punkt 331 i meddelandet om anmärkningar bland dem som kommissionen stödjer sig på när den konstaterar att det föreligger en dominerande ställning som innehas av TACA. Sökandena kan därför inte vinna framgång med sitt påstående om att rätten till försvar har åsidosatts på denna punkt.
- 300 När det slutligen gäller Hyundais omedelbara tillgång till serviceavtal framgår det av skäl 564 i det omtvistade beslutet att, såsom redan anförts ovan, kommissionen inte använt andra omständigheter till stöd för denna anmärkning än protokoll PWSC 95/8. Det är dock utrett att denna handling tillhandahållits av sökandena inte som svar på begäran om upplysningar av den 11 juli 1996 utan på framställningarna med begäran om upplysningar av den 9 och den 22 maj 1996 varom fråga är i samband med den prövning som gjorts ovan av de specifika grunderna avseende det andra missbruket.
- 301 Sökanden har beträffande marknadsvillkoren gjort gällande att deras svar på begäran om upplysningar av den 11 juli 1996 har använts i det omtvistade beslutet i skälen 85–88 angående marknadsandelarna för ifrågavarande sjötransporter, skäl 533 angående TACA:s kollektiva dominerande ställning och skälen 217–221 angående den interna konkurrensen inom TACA.

- 302 Förstainstansrätten finner att de uppgifter om marknadsandelar som lämnas i skälen 85–88 i faktadelen i det omtvistade beslutet föranledde kommissionen att i skäl 533 konstatera att de marknadsandelar som TACA hade under åren 1994, 1995 och 1996 på ifrågavarande trad ger anledning till en stark förmodan om en dominerande ställning. Det skall emellertid noteras att det redan i meddelandet om anmärkningar uttalas i punkt 325 att TACA innehar en dominerande ställning med avseende på dess marknadsandel på den transatlantiska traden. Förstainstansrätten understryker vidare att de uppgifter om marknadsandelar som tillhandahållits som svar på begäran om upplysningar av den 11 juli 1996 endast utgör en uppdatering av tidigare tillhandahållna uppgifter som lämnats som svar på ostridiga framställningar med begäran om upplysningar.
- 303 I fråga om den analys av den interna konkurrensen som utförs i skälen 217–222 där kommissionen betonar att de oberoende åtgärderna var obetydliga på ifrågavarande trad, har det redan konstaterats ovan i punkt 244 att det redan anges i punkterna 223 och 224 i meddelandet om anmärkningar att de oberoende åtgärderna inte utgör ett bevis på intern konkurrens och att rätten till försvar inte har åsidosatts av det omtvistade beslutet på denna punkt.
- 304 För det tredje har sökandena framhållit att kommissionen beskriver EIEIA i punkterna 35–46 i det omtvistade beslutet och att den finner i skälen 425–436 att det enligt detta avtal inte är tillåtet att bevilja ett undantag för kollektiva prisöverenskommelser om landtransporter.
- 305 Förstainstansrätten konstaterar härvidlag att skälen 425–436 i det omtvistade beslutet exakt motsvarar punkterna 269–277 i meddelandet om anmärkningar. De enda handlingar som således nämns i det omtvistade beslutet i fotnot 124 under skälen 430, 434 och 435 till stöd för konstateranden angående EIEIA, det vill säga interimrapporten från multimodalgruppen och kommentarerna från

ordföranden för TACA och en styrelseledamot i Hapag Lloyd, nämns i fotnot 70 under punkt 271 samt i punkterna 275 och 276 i meddelandet om anmärkningar.

- 306 Förstainstansrätten noterar dessutom att det framgår av skäl 426 att kommissionen inte uttalar sig i det omtvistade beslutet om EIEIA:s konkurrensbegränsande karaktär, vilket innebär att sökandenas svar på ifrågavarande begäran om upplysningar inte kan ha använts gentemot dem på denna punkt. Visserligen dras slutsatsen i det omtvistade beslutet att det inte är tillåtet enligt EIEIA att bevilja ett undantag för kollektiva prisöverenskommelser om landtransporttjänster som utförs inom en multimodal ram. Enligt rättspraxis ankommer det emellertid på sökandena att bevisa att ett avtal uppfyller de villkor som föreskrivs i artikel 85.3 i fördraget (domen i de ovan i punkt 162 nämnda förenade målen VBVB och VBBB mot kommissionen, punkt 52) och följaktligen att lägga fram de uppgifter som behövs till stöd för sin ansökan. Även om kommissionen således hade använt en handling som tillhandahållits som svar på en begäran om upplysningar för att avslå deras ansökan om individuellt undantag, kan de inte med framgång göra gällande att deras rätt till försvar åsidosatts. Det förefaller i vart fall inte som om kommissionen i skälen 425–436 i det omtvistade beslutet använt någon av de uppgifter som sökandena tillhandahållit som svar på ifrågavarande begäran om upplysningar.
- 307 När det för det fjärde gäller den nya kapacitet som introducerats på marknaden räcker det att konstatera att sökandena själva vitsordat att det i det omtvistade beslutet inte uttryckligen hänvisas till de svar som sökandena lämnat. Sökandena har nämligen endast uppgett skälen 364 och 367 vilka enligt vad de vitsordat enbart innehåller ett allmänt påstående om att förordning nr 4056/86 inte är avsedd att hantera problem som linjerederier har orsakat till följd av ekonomiskt okloka investeringsbeslut.
- 308 Av dessa skäl finner förstainstansrätten att sökandenas argument angående begäran om upplysningar av den 11 juli 1996 inte kan godtas.

Framställningarna med begäran om upplysningar av den 17 juli 1996 och den 8 augusti 1996

- 309 Förstainstansrätten framhåller att framställningarna med begäran om upplysningar av den 17 juli 1996 och den 8 augusti 1996 rörde de eventuella kontakterna mellan å ena sidan TACA och å andra sidan rederierna UASC och APL, inför deras anslutning till TACA.
- 310 Sökandenas svar på dessa framställningar med begäran om upplysningar har emellertid inte använts av kommissionen i det omtvistade beslutet. Sökandena har för övrigt själva vitsordat detta eftersom de inom ramen för grunderna om tillämpningen av artikel 86 i fördraget just har förebrått kommissionen att den inte beaktat deras svar på denna punkt, då dessa enligt sökandena motsäger kommissionens påstående om att TACA skulle ha uppmuntrat potentiella konkurrenter att ansluta sig till TACA. Det är dock uppenbart att om kommissionen väljer att inte beakta sökandenas svar i det omtvistade beslutet kan det inte vara frågan om något åsidosättande av rätten till försvar, utan endast i förekommande fall, om otillräckliga bevis för de påstådda överträdelserna, vilket hänför sig till bedömningen av huruvida det omtvistade beslutet är välgrundat.
- 311 Följaktligen finner förstainstansrätten att sökandenas argument på denna punkt inte kan godtas.

Begäran om upplysningar av den 12 september 1996

- 312 Förstainstansrätten noterar att begäran om upplysningar av den 12 september 1996 inte översändes till TACA utan till medlemmarna i de kanadensiska konferenserna i syfte att erhålla information om hur nämnda konferenser fungerade. Sökandena har påstått att uppgifter som tillhandahållits som svar på denna begäran om upplysningar har använts i skälen 265–273 i det omtvistade

beslutet där kommissionen anser att TACA-parternas marknadsandel av trafiken genom Canadian Gateway bör läggas till TACA-parternas marknadsandel av den direkta trafiken och inte behandlas som en separat konkurrent.

- 313 I den mån dessa skäl beaktades på det stadium då TACA:s marknadsandel fastställdes och således utgjorde en anmärkning riktad mot sökandena, på så sätt att de bidrog till att tillerkänna dem en dominerande ställning, vilket sökandena inte har hävdad, räcker det att notera att det i punkterna 324–338 i meddelandet om anmärkningar redogörs mycket utförligt för vilka anledningarna är till att TACA innehar en dominerande ställning. Härvidlag betonas inledningsvis i punkt 325 i meddelandet om anmärkningar den marknadsandel som TACA har på ifrågavarande trad. I punkterna 51–53 i meddelandet om anmärkningar anges dock uttryckligen att TACA:s marknadsandel via de kanadensiska hamnarna skall beaktas vid fastställandet av TACA:s marknadsandel på den transatlantiska traden.
- 314 Förstainstansrätten noterar också att det var som svar på de argument som framförts i punkterna 9–26 i svaret på meddelandet om anmärkningar om att de TACA-parter som är medlemmar i kanadensiska konferenser konkurrerar med TACA som kommissionen översände denna begäran om upplysningar och utvecklade sin argumentation i skälen 265–273 i det omtvistade beslutet. Enligt rättspraxis kan dock den omständigheten att kommissionen har beaktat ett argument som framförts av ett företag under det administrativa förfarandet, utan att företaget kunnat framföra synpunkter vad avser detta beaktande innan det slutliga beslutet antogs, inte i sig utgöra ett åsidosättande av rätten till försvar, och detta gäller särskilt då beaktandet av detta argument inte förändrar arten av de anmärkningar som anförts gentemot företaget (domen i det ovan i punkt 152 nämnda målet Irish Sugar mot kommissionen, punkt 34).
- 315 Av alla dessa skäl finner förstainstansrätten att sökandenas argument angående begäran om upplysningar av den 12 september 1996 inte kan godtas.

## Begäran om upplysningar av den 8 november 1996

- 316 Förstainstansrätten framhåller att kommissionen genom begäran om upplysningar av den 8 november 1996 önskade erhålla en kopia av serviceavtalen avseende den transatlantiska traden vad gäller åren 1992, 1993, 1996 och 1997.
- 317 Det räcker härvidlag att konstatera att sökandena i sin ansökan nöjer sig med att erinra om föremålet för begäran, utan att ens sätta det i samband med de relevanta skälen i det omtvistade beslutet eller framföra andra synpunkter beträffande de klander som formuleras däri.
- 318 Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten att kommissionen inte åsidosatt rätten till försvar på denna punkt.

## Begäran om upplysningar av den 12 februari 1997

- 319 Genom begäran om upplysningar av den 12 februari 1997 avsåg kommissionen att få information om de kostnader som sökandena haft för sjötransporter mellan hamnar.
- 320 Det räcker härvidlag att konstatera, i likhet med vad som gällde den föregående begäran om upplysningar av den 8 november 1996, att sökandena i sin ansökan nöjer sig med att erinra om föremålet för begäran, utan att ens sätta det i samband med de relevanta skälen i det omtvistade beslutet eller framföra andra synpunkter beträffande de klander som formuleras däri. Prövningen av det omtvistade beslutet ger vidare inte vid handen att den information som tillhandahållits som svar på denna begäran har använts.

- 321 Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten att kommissionen inte åsidosatt rätten till försvar på denna punkt.

Begäran om upplysningar av den 13 februari 1997

- 322 Förstainstansrätten noterar att kommissionen genom begäran om upplysningar av den 13 februari 1997 avsåg att få kännedom om sökandenas genomsnittliga intäkt per TEU beträffande åren 1992–1996. Sökandena har gjort gällande att dessa uppgifter använts i skälen 316–319 i det omtvistade beslutet där kommissionen konstaterar att ett antal TACA-parter har kunnat öka sin genomsnittliga intäkt per TEU utan att förlora några marknadsandelar.

- 323 Förstainstansrätten konstaterar att de uppgifter som tillhandahållits som svar på ifrågavarande begäran om upplysningar visserligen har använts, i enlighet med vad sökanden har gjort gällande, i skälen 316–319 i faktadelen i det omtvistade beslutet. Förstainstansrätten finner emellertid att även om det hade visats, vilket sökandena inte har hävdats, att noteringarna om sökandenas genomsnittliga intäkt per TEU underbygger anmärkningen i skäl 543 om att TACA-parterna hade förmåga att ”driva igenom regelbundna, om än anspråkslösa, prishöjningar” och härigenom enligt kommissionen visar att de har en dominerande ställning på ifrågavarande marknad, framgår det av skälen 307 och 308 att nämnda noteringar har till syfte att besvara det påstående som TACA-parterna formulerat i sitt svar på meddelandet om anmärkningar, enligt vilket fraktsatserna i 1996 års serviceavtal är lägre än 1994 års fraktsatser och enligt vilket fraktsatserna sänktes i augusti 1996.

- 324 Under dessa förhållanden kan inte sökandena med framgång göra gällande att rätten till försvar har åsidosatts på denna punkt.



## Begäran om upplysningar av den 15 maj 1997

- 325 Förstainstansrätten framhåller att kommissionen genom begäran om upplysningar av den 15 maj 1997 avsåg att erhålla information om de avtal som fanns mellan TACA-parterna, särskilt konsortiearrangemangen. Sökandena har konstaterat att dessa avtal behandlas i skälen 181–198 i det omtvistade beslutet i vilka det hänvisas till bilaga IV i det omtvistade beslutet som innehåller en uppräknig av alla gällande avtal. Sökandena har hävdad att kommissionen i skäl 531 i det omtvistade beslutet baserar sig på dessa avtal när den konstaterar att det finns ytterligare ekonomiska band mellan TACA-parterna som kan motivera en kollektiv bedömning av deras ställning på marknaden med avseende på artikel 86 i fördraget.
- 326 Det måste emellertid slås fast att det redan i punkt 322 i meddelandet om anmärkningar uttryckligen anges, i samband med prövningen av den kollektiva dominerande ställning som innehas av TACA, att de ekonomiska banden mellan TACA-parterna förstärks genom konsortiearrangemangen och det hänvisas här till den beskrivning av dessa arrangemang som finns i punkterna 94–106. Dessa punkter i meddelandet om anmärkningar, i likhet med bilaga 2 som de hänvisar till, motsvarar i huvudsak skälen 181–198 och bilaga IV i det omtvistade beslutet.
- 327 Under dessa förhållanden kan sökandena inte med framgång göra gällande att de inte haft tillfälle att yttra sig angående den anmärkning som riktas mot dem i det omtvistade beslutet.

## Begäran om upplysningar av den 19 juni 1997

- 328 Eftersom begäran om upplysningar av den 19 juni 1997 har samma föremål som begäran om upplysningar av den 13 februari 1997, finner förstainstansrätten av

samma skäl som angetts i punkterna 322–324 ovan att sökandena inte med framgång kan göra gällande att deras rätt till försvar har åsidosatts på denna punkt.

Begäran om upplysningar av den 2 oktober 1997

- 329 Förstainstansrätten framhåller att kommissionen genom begäran om upplysningar av den 2 oktober 1997 önskade erhålla en kopia av TACA:s tariff.
- 330 Det räcker härvidlag att konstatera att sökandena i sin ansökan nöjer sig med att erinra om föremålet för begäran, utan att ens sätta det i samband med de relevanta skälen i det omtvistade beslutet eller framföra andra synpunkter beträffande de klander som formuleras däri. Eftersom tariffen utgör själva kärnan i det konferenssystem som inrättats av sökandena för vilket de åtnjuter gruppundantag i enlighet med artikel 3 i förordning nr 4056/86, kan de inte förebrås för att tillämpa denna tariff.
- 331 Följaktligen kan inte sökandena med framgång göra gällande att deras rätt till försvar har åsidosatts på denna punkt.

d) Slutsats

- 332 Det följer av det ovan anförda att sökandenas talan kan vinna bifall på de grunder som syftar till ett konstaterande av att det finns nya påståenden i det omtvistade beslutet endast i den mån kommissionen förebrås att den baserat det andra

missbruket på handlingar som sökandena inte haft tillfälle att yttra sig över. I övrigt kan talan inte bifallas på dessa grunder.

*Den andra delgrunden: Åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet*

- 333 Inom ramen för den andra delen av grunderna om åsidosättande av rätten till försvar har sökandena åberopat tre grunder genom vilka de har gjort gällande att kommissionen åsidosatt deras rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet. Den första grunden avser underlåten delgivning av protokollen från mötena mellan kommissionen och klagandena. Den andra grunden avser underlåten delgivning av protokollet och varje annan promemoria från ett möte mellan kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor och ESC. Den tredje grunden slutligen avser att handlingarna i ärendet var ofullständiga.

#### A — Inledande anmärkningar

- 334 Förstainstansrätten erinrar om att enligt rättspraxis har rätten till insyn i akten i konkurrensärenden till syfte att göra det möjligt för mottagarna av ett meddelande om anmärkningar att få kännedom om den bevisning som återfinns i kommissionens akt för att på ett ändamålsenligt sätt på grundval av denna bevisning kunna uttala sig om kommissionens slutsatser i meddelandet om anmärkningar (se bland annat domstolens dom av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen, REG 1998, s. I-8417, punkt 89, och av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1999, s. I-4235, punkt 75, förstainstansrättens dom av den 18 december 1992 i de ovan i punkt 95 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 38, av den 29 juni 1995 i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen, REG 1995, s. II-1775, punkt 59, av den 28 april 1999 i mål T-221/95, Endemol mot kommissionen, REG 1999, s. II-1299, punkt 65, av den 15 mars 2000 i de ovan i punkt 172 nämnda förenade målen Cimenteries

CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 142, samt av den 20 mars 2002 i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen, REG 2002, s. II-1705, punkt 169). Insyn i akten hör till de processrättsliga skyddsregler som syftar till att skydda rätten till försvar och att särskilt säkerställa det faktiska utövandet av rätten att yttra sig (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 30, svensk specialutgåva, volym 14, s. II-1, och domen i det ovannämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 169).

- 335 Kommissionen är således förpliktad att ge de företag som berörs av ett förfarande för tillämpning av artikel 85.1 i fördraget eller artikel 86 i fördraget tillgång till alla handlingar, vare sig de är till nackdel eller fördel för företaget, som kommissionen inhämtat under undersökningen, med undantag för andra företags affärshemligheter, kommissionens interna dokument och annan konfidentiell information (förstainstansrättens dom av den 19 maj 1999 i mål T-175/95, BASF mot kommissionen, REG 1999, s. II-1581, punkt 45).
- 336 Det framgår emellertid av domstolens och förstainstansrättens rättspraxis att det är lämpligt att skilja mellan omständigheter som är till nackdel och sådana som är till fördel för företagen vid bedömningen av den exakta räckvidden av kommissionens förpliktelse och de rättsliga följderna av ett åsidosättande av denna.
- 337 När det gäller omständigheter som är till nackdel för företaget kräver enligt rättspraxis respekten för rätten till försvar att det berörda företaget fått möjlighet att på ett ändamålsenligt sätt framföra sina synpunkter på de dokument som kommissionen använt till stöd för sitt påstående om förekomsten av en överträdelse (domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 7, domen i de ovan i punkt 162 nämnda förenade målen VBVB och VBBB mot kommissionen, punkt 25, och domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet AKZO mot kommissionen, punkterna 21 och 24). Skyldigheten att ge tillgång till handlingarna i ärendet avser här endast omständigheter som slutligen tas upp i beslutet och inte alla anmärkningar som kommissionen eventuellt hade kunnat formulera i något skede av det administrativa förfarandet.

- 338 Om det visar sig att kommissionen i det ifrågasatta beslutet har grundat sig på dokument som inte ingår i akten i utredningen och som inte har delgivits sökandena, skall enligt rättspraxis dessa dokument således inte beaktas som bevisning (domen av den 15 mars 2000 i de ovan i punkt 172 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 382). Förstainstansrätten skall därför i detta fall kontrollera om den anmärkning som tas upp i det slutliga beslutet i tillräckligt hög grad bevisas av de övriga omständigheter till sökandenas nackdel som dessa har fått tillgång till.
- 339 När det gäller handlingar som är till företagets fördel framgår det av rättspraxis att i det kontradiktoriska förfarande som föreskrivs i förordningarna för tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, särskilt förordningarna nr 17, nr 1017/68 och nr 4056/86, kan kommissionen inte ha rätten att ensam avgöra vad som är till nytta för försvaret av de parter som är involverade i ett förfarande om överträdelse av konkurrensreglerna (domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet Solvay mot kommissionen, punkt 81). Särskilt med avseende på principen om jämlikhet i medel kan det inte godtas att kommissionen ensam avgör om den skall använda handlingarna mot sökandena eller ej, då dessa inte haft tillgång till handlingarna och således inte kunnat fatta motsvarande beslut om de skulle använda dessa i sitt försvar eller ej (domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet Solvay mot kommissionen, punkt 83, och av den 29 juni 1995 i det ovan i punkt 192 nämnda målet T-36/91, ICI mot kommissionen, punkt 111).
- 340 När det visar sig att kommissionen under det administrativa förfarandet inte delgett sökandena sådana dokument som kan ha innehållit uppgifter till deras fördel, kan enligt rättspraxis ett åsidosättande av rätten till försvar fastställas endast om det är styrkt att det administrativa förfarandet kunde ha fått en annan utgång, om sökanden hade haft tillgång till ifrågavarande dokument under detta förfarande (se, bland annat, domen av den 17 december 1991 i det ovan i punkt 95 nämnda målet Hercules mot kommissionen, punkt 56, och domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet Solvay mot kommissionen, punkt 98). När nämnda handlingar finns i kommissionens undersökningsakt beror frågan om rätten till försvar har åsidosatts inte på hur det berörda företaget betett sig under det administrativa förfarandet (domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet Solvay mot kommissionen, punkt 96). När handlingar som är till sökandens fördel däremot inte finns i kommissionens akt kan ett åsidosättande av rätten till

försvar fastställas endast om sökanden har tillställt kommissionen en uttrycklig begäran om att få tillgång till dessa handlingar. Om sökanden underlåter att göra detta har den förverkat sin rätt på denna punkt vad avser den talan om ogiltigförklaring som eventuellt kan väckas mot det slutliga beslutet (domen av den 15 mars 2000 i de ovan i punkt 172 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 383).

- 341 Det är mot bakgrund av dessa principer som förstainstansrätten skall pröva de grunder som sökandena åberopat inom ramen för denna delgrund.

B — Grunden om underlåten delgivning av protokollen från mötena mellan kommissionen och klagandena

### 1. Parternas argument

- 342 Sökandena har påstått att kommissionen åsidosatt deras rätt till försvar genom att vägra att ge dem all information om hur utbytet av synpunkter mellan kommissionens tjänstemän och klagandena avlöpte och om föremålet för dessa samtal.

- 343 Sökandena har anfört att kommissionen, till följd av deras begäran om att en promemoria som återgav ett telefonsamtal mellan kommissionens tjänstemän och klagandenas juridiska rådgivare om huruvida vissa upplysningar som fanns i meddelandet om anmärkningar var konfidentiella samt om alla andra promemorior som återgav telefonsamtal med klagandena skulle ingå i handlingarna i ärendet, informerade dem genom skrivelse av den 7 augusti 1996 om att det inte hade upprättats någon promemoria angående ifrågavarande telefonsamtal och att kommissionen enligt rättspraxis i vart fall inte var skyldig att ge tillgång till denna typ av promemorior som utgör institutionens rent interna handlingar.

- 344 Sökandena har hävdats att kommissionen borde ge dem tillgång till alla handlingar som rör dessa diskussioner mellan kommissionen och klagandena i sak- och förfarandefrågor. De anser att den metod som kommissionen använde för att inhämta information och argument från klagandena inte i något fall kan inskränka sökandenas rätt att bli informerade om dessa. Om denna information och dessa handlingar hade sammanställts i skrift skulle korrespondensen med klagandena ha funnits i kommissionens akt i ärendet och skulle ha varit tillgänglig för dem. Det är nämligen troligt att denna korrespondens innehåller uppgifter som är till sökandenas fördel eller som åtminstone är relevanta för deras förvar. Kommissionens förhørsombud har för övrigt i en skrivelse av den 21 oktober 1996 själv vitsordat att sökandena har rätt att formellt yttra sig ”i de fall då en intervenient lägger fram ny bevisning eller nya faktiska omständigheter som svarandena inte tidigare haft tillfälle att yttra sig över”.
- 345 Sökandena anser att det inte med framgång kan påstås att en promemoria som återger ett samtal mellan kommissionen och klagandena utgör en intern handling som inte är tillgänglig. Eftersom en sådan promemoria visar att det förekom ett samtal och att den återger innehållet i klagandenas kommentarer och i kommissionstjänstemännens kommentarer och de slutsatser som samtalsparterna dragit av ifrågavarande kontakter, kan endast den sistnämnda omständigheten räknas till kategorin interna handlingar av konfidentiell art. Vad beträffar det övriga innehåller promemorian endast faktiska omständigheter som redan är kända för klagandena och som följaktligen bör lämnas till sökandena.
- 346 Sökandena anser att domstolens dom av den 6 april 1995 i mål C-310/93 P, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen (REG 1995, s. I-865), och förstainstansrättens dom av den 1 april 1993 i det ovan i punkt 334 nämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen som åberopas av kommissionen i skrivelsen av den 7 augusti 1996 inte är relevanta. I dessa mål behandlas nämligen inte frågan om huruvida kommissionen är skyldig att låta promemorior om samtal mellan dess tjänstemän och klagandena ingå i akten i ärendet.
- 347 Sökandena har följaktligen hävdats att rätten till försvar åsidosatts såtillvida att den akt som de hade tillgång till var ofullständig.

348 Kommissionen anser att den inte har åsidosatt sökandenas rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet och att talan således inte kan vinna bifall på denna grund.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

349 Förstainstansrätten framhåller att kommissionen, enligt en skrivelse av den 7 augusti 1996 som var riktad till företrädaren för TACA och utgjorde ett svar på dennes skrivelse av den 1 augusti 1996, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, uppgett att den inte hade fört protokoll över diskussionerna med klagandena under det administrativa förfarandet.

350 Förstainstansrätten noterar således att denna grund går ut på att sökandena hävdar att kommissionen är skyldig att upprätta sådana protokoll för att den skall anses iaktta de berörda företagens rätt att få tillgång till handlingarna i konkurrensärenden.

351 Förstainstansrätten erinrar om att enligt ovan i punkt 334 nämnda rättspraxis har rätten till insyn i akten i konkurrensärenden till syfte att göra det möjligt för mottagarna av ett meddelande om anmärkningar att få kännedom om den bevisning som återfinns i kommissionens akt. Det föreligger däremot ingen allmän skyldighet för kommissionen att föra protokoll över de diskussioner som den för med klagandena under möten och telefonsamtal med dessa inom ramen för tillämpningen av fördragets konkurrensregler.

352 Visserligen måste kommissionen, om den har för avsikt att i ett beslut använda en uppgift som lämnats muntligen av en klagande, göra den tillgänglig för de företag som meddelandet om anmärkningar riktas till, vid behov genom att i detta syfte



upprätta en skriftlig handling avsedd att ingå i akten i ärendet (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet Endemol mot kommissionen, punkterna 83–91). Det kan nämligen inte godtas att muntliga överläggningar med tredje part leder till att rätten till försvar åsidosätts.

- 353 Förstainstansrätten konstaterar emellertid i förevarande mål att sökandena endast på ett allmänt och abstrakt sätt har begärt tillgång till protokollen från diskussionerna mellan kommissionen och tredje part, utan att precisera på vilket sätt de omständigheter som kommissionen anfört till sökandenas nackdel i det omtvistade beslutet kan ha påverkats av dessa diskussioner.
- 354 Förstainstansrätten betonar dock att enligt rättspraxis kan det inte genom en allmän argumentering fastställas att det verkligen skett en kränkning av rätten till försvar då detta måste prövas mot bakgrund av de specifika omständigheterna i varje enskilt fall (domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet Solvay mot kommissionen, punkt 60). Såsom redan har anförts ovan i punkt 334 erkänns rätten till insyn i akten i konkurrensärenden endast i syfte att göra det möjligt för de berörda företagen att på ett ändamålsenligt sätt kunna uttala sig om kommissionens slutsatser i meddelandet om anmärkningar. Eftersom sökandena, med undantag av den specifika grund som skall prövas nedan, inte åberopat någon anmärkning som angetts i meddelandet om anmärkningar och därefter i det omtvistade beslutet, vilken baseras på uppgifter som klagandena lämnat muntligen och som sökandena inte fått tillgång till, kan inte sökandena med framgång förebrå kommissionen att den på denna punkt åsidosatt rätten till försvar.
- 355 Förstainstansrätten framhåller i detta avseende att den enda diskussion som sökandena har nämnt till stöd för detta klander, vilken under det administrativa förfarandet gav upphov till begäran om tillgång till handlingarna i ärendet och som formulerats i skrivelsen av den 1 augusti 1996, rör ett telefonsamtal mellan kommissionens tjänstemän och företrädaren för ESC. Det är utrett att telefonsamtalet ägde rum på sökandenas begäran för att kommissionen tillsammans med klaganden skulle kontrollera om viss information i meddelandet om

anmärkningar var konfidentiell. Det måste slås fast att ett sådant telefonsamtal med avseende på sitt föremål inte kan åsidosätta rätten till försvar, i synnerhet som sökandena själva hade begärt att samtalet skulle äga rum.

- 356 Under dessa förhållanden konstaterar förstainstansrätten att sökandena inte har lagt fram någon omständighet som kan visa att kommissionen på grundval av diskussionerna med klagandena fastställt vissa anmärkningar mot dem i det omtvistade beslutet. Följaktligen utgör inte det faktum att inget protokoll från nämnda diskussioner ingår i de handlingar i ärendet som sökandena hade tillgång till under det administrativa förfarandet något åsidosättande av rätten till försvar.
- 357 Det är härvidlag inte riktigt, såsom sökandena har påstått, att om kommissionen uteslutande hade kommunicerat skriftligen med klagandena, skulle denna korrespondens med nödvändighet ha funnits i den del av handlingarna i ärendet som var tillgänglig för dem. När kommissionen på grundval av ett klagomål beslutar att inleda ett överträdelseförfarande skall de berörda företagen nämligen inte besvara klagomålet utan meddelandet om anmärkningar. I enlighet med ovan i punkt 337 nämnda rättspraxis utgör dock inte de omständigheter som klagandena lagt fram men som inte återges i meddelandet om anmärkningar några anmärkningar som sökandena skall besvara. Rätten till försvar kan således inte ha åsidosatts om sökandena inte haft tillfälle att besvara dem.
- 358 I den mån sökandena vidare har gjort gällande att vissa uppgifter till deras förmån inte hade delgetts dem, konstaterar förstainstansrätten att även om sökandena rent allmänt har åberopat möjligheten av att sådana uppgifter till deras fördel överlämnats till kommissionen av tredje part har de inte vid något tillfälle, vare sig under det administrativa förfarandet eller inom ramen för denna talan, preciserat de begärda uppgifterna till deras fördel eller tillhandahållit det minsta bevis på att det existerar några sådana och behovet av dem under förfarandet. Eftersom en kränkning av rätten till försvar enligt rättspraxis måste prövas mot bakgrund av de specifika omständigheterna i varje enskilt fall (domen av den 29 juni 1995 i det ovan i punkt 192 nämnda målet T-36/91, ICI mot kommissionen, punkt 70), kan det under dessa förhållanden inte konstateras att det skett något åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet på denna punkt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet Baustahlge-webe mot kommissionen, punkt 93).

359 Det följer av det ovan anförda att talan inte kan vinna bifall på denna grund avseende underlåten delgivning av protokollen från samtalen mellan kommissionen och klagandena.

C — Underlåten delgivning av protokollet och varje annan promemoria om ett möte mellan kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor och ESC

### 1. Parternas argument

360 Sökandena har hävdats att kommissionen åsidosatt deras rätt till försvar under förfarandet genom att vägra att avslöja för dem att det förekommit kontakter mellan kommissionen och klagandena och föremålet för dessa, särskilt genom att vägra att bekräfta eller dementera innehållet i ett protokoll som publicerats i pressen från ett möte mellan klagandena och kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor. Under detta möte som hölls under december månad 1995 hade det diskuterats om det fanns någon möjlighet för TACA att komma i åtnjutande av ett undantag för fastställande av fraktsatser för landtransporter. Sökandena är av den uppfattningen att mötet på ett avgörande sätt kan ha påverkat kommissionens ståndpunkt i detta avseende och särskilt dess beslut att anta ett tilläggsmeddelande om anmärkningar angående upphävande av immuniteten. Det hade således varit av avgörande betydelse för deras försvar att veta vad dessa kontakter bestod i.

361 Sökandena har gjort gällande att kommissionen, ända till dess att detta möte hölls i december 1995, hade medgett att ett avtal om utbyte av utrustning i princip skulle göra det möjligt att undanta deras verksamhet med prissättning på landtransporter inom ramen för TACA. Sökandena har härvidlag framhållit att kommissionen i sin rapport om sjötransporter som förelades rådet den 8 juni 1994 anser att ett flexibelt samarbetsavtal mellan redarna avseende utbyte av containrar skulle innebära fördelar för avlastarna och skulle kunna medföra att befogenheten att fastställa fraktsatser för multimodal transport kom i åtnjutande

av ett individuellt undantag. Kommissionen hade till och med uppmanat linjekonferenserna att anmäla sådana avtal till den. Sökandena hade således utarbetat ett avtal om utbyte av utrustning, EIEIA, med den uttryckliga avsikten att främja och sinsemellan underlätta utbytet av tomma containrar. EIEIA utgör den typ av överenskommelse som beskrivs i rapporten och kommissionen har under diverse möten intagit den ståndpunkten att EIEIA i princip, med förbehåll för uppfyllandet av villkoren för undantag i artikel 85.3 i fördraget, kunde räcka för att motivera ett individuellt undantag för befogenheten att fastställa fraktsatser för multimodala transporter. Under det interimistiska förfarande som ledde till beslutet av domstolens ordförande av den 22 november 1995 i mål T-395/94 R II, Atlantic Cointainer Line m.fl. mot kommissionen (REG 1995, s. II-2893) hade kommissionen likaledes med hänvisning till EIEIA förklarat att anmälan och tillämpningen av avtal som är förenliga med artikel 85.3 i fördraget och med rapporten från juni 1994 skulle göra det uppenbarligen meningslöst att fullfölja varje förfarande och att kommissionen därför inte hade vidtagit några åtgärder för att förbereda ett beslut om att upphäva immuniteten.

362 I sitt tilläggsmeddelande om anmärkningar av den 1 mars 1996 angående upphävandet av immuniteten och utan att skälen till att ändringen i den hitintills intagna ståndpunkten varken framgår av nämnda meddelande eller av akten uttalar kommissionen att EIEIA aldrig, vilka de härmed förbundna fördelarna än var, skulle kunna leda till att utövandet av befogenheten att fastställa fraktsatser för multimodala transporter kom i åtnjutande av ett undantag. Sökandena har anfört att deras precisa frågor om det inte förhöll sig så att kommissionens tjänstemän och/eller ledamöter hade hållit möten med organisationer för avlastare eller deras företrädare angående anmälan av EIEIA eller andra frågor med anknytning till denna ändrade hållning besvarades genom att kommissionen i skrivelser av den 21 mars och den 10 april 1996 endast uppgav följande: "Det har inte förekommit vare sig möten eller officiella diskussioner mellan tjänstemän vid generaldirektoratet för konkurrensfrågor och enskilda avlastare, organisationer av avlastare eller deras företrädare eller ens andra berörda tredje parter angående anmälan av EIEIA." Sökandena har emellertid framhållit att en artikel i pressen som kom ut i juni 1996 innehöll ett protokoll från ett möte, som hållits i december 1995 efter anmälan av EIEIA men före tilläggsmeddelandet om anmärkningar, mellan kommissionsledamöten med ansvar för konkurrensfrågor och en av klagandena, nämligen ESC. Diskussionerna hade rört ESC:s dokument med titeln

”Liner Shipping — Time for Change” i vilket det hänvisas till TAA och TACA och i vilket det krävs att undantaget för linjekonferenser återkallas. Eftersom akten inte innehöll nämnda handling från ESC och eftersom mötet inte omtalades, har sökandena uppgett att de ställde ett antal precisa frågor till kommissionen. Sökandena har betonat att kommissionen inte besvarade dem och att den varken bekräftade eller förnekade att det hållits ett möte samt inskränkte sig till att uppge att ESC:s handling inte hade införts i akten med motiveringen att det gällde en handling som rörde lobbying och som var tillgänglig för allmänheten.

- 363 Sökandena har erinrat om att kommissionen är förpliktad att ge det berörda företaget tillgång till kopior på alla handlingar som behövs eller kan behövas för dess försvar oberoende av huruvida kommissionen baserar sig på dem i deras egenskap av omständigheter till nackdel för företaget eller huruvida det är uppenbart att de är till fördel för företaget (domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet Solvay mot kommissionen, domen av den 29 juni 1995 i det ovan i punkt 192 nämnda målet T-36/91, ICI mot kommissionen, och domen i det ovan i punkt 188 nämnda målet T-37/91, ICI mot kommissionen). Enligt den allmänna princip som innebär att kommissionen är skyldig att delge försvaret alla handlingar den mottagit från tredje part (domen av den 6 april 1995 i det ovan i punkt 346 nämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen) måste kommissionen delge det berörda företaget all information den erhållit av klagandena, oavsett om kommissionen baserar sig på dessa uppgifter eller ej. Likaledes kan principen om att ingen skall dömas ohörd och principen om jämlikhet i medel endast iakttas om företaget är i stånd att försvara sig mot alla de argument som kommissionen framför och verkligen får tillgång till samma information. Med avseende på kommissionens beslutsfattande kan det inte med framgång hävdas att diskussioner mellan klagandena och kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor, som spelar en central roll när konkurrenspolitiken slås fast och som aktivt deltog i detta ärendes förlopp, skulle sakna intresse för försvaret.

- 364 Sökandena har hävdats att om en diskussion angående hela den i förevarande mål tvistiga frågan ägde rum mellan kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor och en av klagandena, skulle upplysningar om denna diskussion kunna vara till nytta för deras försvar. Enligt protokollet ägde en

sådan diskussion rum under det administrativa förfarandet och enligt den ståndpunkt som ESC försvarade, kunde ett undantag inte i något fall beviljas för fastställande av fraktsatser för multimodala transporter. Detta möte är vidare den enda omständighet som kan förklara kommissionens ändrade hållning. Det var således i strid med rätten till försvar som kommissionen vägrade att tillhandahålla någon som helst information i denna fråga. På ett mer allmänt plan är sökandena överens om att det inte är godtagbart att kommissionen, inklusive kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor, inte är skyldig att informera de berörda företagen om att det hållits ett möte med klagandena och om föremålet för mötet samt att delge sökandena alla handlingar och annan information som tillhandahållits av klagandena.

365 Sökandena har hävdad att det följer av kommissionens erkännanden i sitt svaromål i mål T-18/97, om att det hållits ett möte mellan kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor och ESC och vilket föremålet för detta möte var, att det juridiskt sett skett ett oppenbart åsidosättande av rätten till försvar.

366 Sökandena har erinrat om att det följer av rättspraxis (domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet Solvay mot kommissionen, och domen av den 29 juni 1995 i det ovan i punkt 192 nämnda målet T-36/91, ICI mot kommissionen) att svarandebolagen har rätt att få tillgång till alla relevanta handlingar i kommissionens besittning med förbehåll endast för sådana upplysningar som är konfidentiella enligt lag och att det ankommer på företagen och inte på kommissionen att avgöra om handlingarna är relevanta eller ej. Begreppet "handlingar till nackdel eller till fördel" för företaget skulle inte kunna tjäna till att definiera räckvidden av den rätt som en svarande har att konsultera akten.

367 Enligt sökandena har de därför, tvärtemot vad kommissionen har hävdad, rätt att få tillgång till information som erhållits från tredje part vilken föranlett kommissionen att ta ställning mot dem, även om denna information inte uttryckligen ligger till grund för kommissionens anmärkningar.

- 368 Ur denna synvinkel har sökandenas försvar i förevarande mål ett självklart intresse av upplysningarna om mötet. För det första är det uppenbart att ESC försökte övertala kommissionen att få fastställandet av fraktsatser för landtransporter att upphöra. För det andra kunde det härledas ur de uttalanden som kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor gjorde att han var positiv till dessa åtgärder. För det tredje innebar antagandet av tilläggsmeddelandet om upplysningar efter detta möte en förändring i kommissionens hållning. För det fjärde hade genom tilläggsmeddelandet om anmärkningar den överenskommelse med kommissionen nonchalerats som avsåg metoden för anmälan av EIEIA samt kommissionens uppmuntran till införandet och utvecklandet av EIEIA. Den underförstådda uppgiften att kommissionen hade "uppmuntrats" (svaromål i mål T-18/97, punkt 57) av ESC under nämnda möte att anta tilläggsmeddelandet om anmärkningar bekräftar dessa frågors betydelse för rätten till försvar.
- 369 Sökandena har uppmärksammat att de hade kunnat få kännedom om ESC:s åtgärder om dessa på sedvanligt sätt hade vidtagits i skriftlig form och de anser att den omständigheten att de hade muntlig form inte borde få leda till ett misslyckande för försvaret. Det är vidare otänkbart att kommissionen inte har promemorior eller ett protokoll från mötet i sin besittning.
- 370 Sökandena har därför hävdat att kommissionen borde ha lämnat ut alla promemorior och anteckningar angående mötet mellan kommissionen och ESC samt alla promemorior och anteckningar angående alla andra möten och alla andra kontakter mellan å ena sidan kommissionens tjänstegrenar, kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor, medarbetarna i hans kabinett, varje annan medarbetare och varje annat kabinett och å andra sidan varje tredje part i frågor som är aktuella i detta ärende.
- 371 Kommissionen anser att den inte har åsidosatt sökandenas rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet och att talan således inte kan vinna bifall på denna grund.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

- 372 Såvitt sökandena genom denna grund rent allmänt förebrår kommissionen att den inte delgett dem protokollen från samtalen mellan kommissionen och tredje part kan talan inte vinna bifall av skäl som angetts ovan i punkterna 349–359.
- 373 Förstainstansrätten skall följaktligen i detta skede endast pröva grunden såvitt avser påståendet att kommissionen underlät att delge sökandena all information om ett möte mellan Van Miert, kommissionens ledamot med ansvar för konkurrensfrågor vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna, och ESC, en sammanslutning av avlastare och intervenient i denna talan, under vilket ESC lade fram för kommissionen ett dokument med titeln ”Liner Shipping — Time for Change” (nedan kallat det omtvistade mötet).
- 374 Informationen om det omtvistade mötet, särskilt själva det faktum att mötet hölls, dess föremål, det protokoll som upprättades vid detta tillfälle och promemorian om mötet, även om den inte uttryckligen ingår i kommissionens anmärkningar, är enligt sökandena av intresse för deras försvar med hänsyn till att detta möte på ett för dem oförmånligt sätt påverkade kommissionens beslut att inte bevilja dem individuellt undantag vad gäller den kollektiva prissättningen för landtransport-tjänster som tillhandahålls inom en multimodal ram. I detta avseende har sökandena framhållit att kommissionen kort efter detta möte, den 1 mars 1996, antog ett tilläggsmeddelande om anmärkningar varigenom immuniteten avseende böterna för detta avtal upphävdes, trots att kommissionen, med tanke på anmälan av EIEIA-avtalet, före mötet verkade ha en gynnsam inställning till överenskommelsen.
- 375 Sökandena har således genom denna grund i huvudsak hävdatt att kommissionen borde ha gett dem tillgång till uppgifter som, även om de inte uttryckligen ligger till grund för anmärkningar avseende den kollektiva prisöverenskommelsen för



landtransporttjänster inom en multimodal ram, föranlett kommissionen att framföra nämnda anmärkningar mot sökandena, eftersom dessa uppgifter är av intresse för försvaret då de kan avslöja skälen till att kommissionen framförde anmärkningarna.

376 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att rätten till insyn i akten inte är ett mål i sig utan ett medel att skydda rätten till försvar (domen av den 15 mars 2000 i de ovan i punkt 172 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 156). Särskilt när det gäller omständigheter som är till nackdel för företaget framgår det av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 337 att respekten för rätten till försvar endast kräver att det berörda företaget fått möjlighet att på ett ändamålsenligt sätt framföra sina synpunkter på de dokument som kommissionen använt i sitt beslut till stöd för sitt påstående om förekomsten av en överträdelse. Rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet iaktas följaktligen om det berörda företaget har hörts beträffande de anmärkningar som riktas mot det efter att det fått kännedom om vilken bevisning till företagets nackdel som kommissionen använt till stöd för dessa anmärkningar, eftersom denna bevisning måste finnas i kommissionens undersökningsakt.

377 Härav följer att den relevanta frågan, vid avgörandet av om rätten att få tillgång till handlingar som är till nackdel för det berörda företaget har iakttagits, inte är av vilken anledning kommissionen framfört en anmärkning eller vem anmärkningen härrör från, utan endast om den i det slutliga beslutet fastställda anmärkningen baseras på omständigheter som är till nackdel för och som har delgetts de företag som är föremål för överträdelseförfarandet. Rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet kan således inte förstås så att den syftar till att de berörda företagen skall få möjlighet att studera det tillvägagångssätt kommissionen använt för att komma fram till sina slutsatser (se, för ett liknande resonemang, domstolens beslut av den 18 juni 1986 i de förenade målen 142/84 och 156/84, BAT och Reynolds mot kommissionen, REG 1986, s. 1899, punkt 16). Eftersom rätten till insyn i akten inte är ett mål i sig utan ett medel att skydda rätten till försvar, är kommissionen nämligen inte skyldig att delge de berörda företagen omständigheter till deras nackdel som den inte tar upp i sitt beslut till stöd för dessa anmärkningar.

378 Det är mot bakgrund av dessa principer som förstainstansrätten skall pröva de argument som sökandena utvecklat inom ramen för denna grund.

- 379 I den mån sökandena för det första har förebrått kommissionen att den inte underrättat dem om själva det faktum att det omtvistade mötet hållits och dess föremål, finner förstainstansrätten att kommissionen under det administrativa förfarandet, trots upprepade förfrågningar från sökandenas sida, systematiskt vägrat att bekräfta eller förneka, såsom framgår av dess skrivelser av den 15 mars, 21 mars, 10 april och 26 april 1996 riktade till företrädare för TACA, att det omtvistade mötet hållits, medan kommissionen inom ramen för denna talan har anfört i sitt svaromål att "det inte är en hemlighet för någon" att nämnda möte ägt rum. Således är det hädanefter otvistigt att det omtvistade mötet ägde rum den 4 december 1995.
- 380 Förstainstansrätten noterar även att kommissionen, som svar på sökandenas frågor på denna punkt, översände den 16 och den 24 juli 1996 två framställningar med begäran om upplysningar till TACA enligt vilka det fordrades att sökandena företedde dokumentet "Liner Shipping — Time for Change", som nämnts av sökandena i deras framställningar med begäran om tillgång till handlingarna i ärendet, medan det är utrett att ESC överlämnade nämnda handling till Van Miert under det omtvistade mötet. Kommissionen hade således denna handling i sin besittning vid den tidpunkt då den översände de båda ovannämnda framställningarna med begäran om upplysningar.
- 381 Förstainstansrätten skall emellertid inom ramen för denna grund om åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet, endast kontrollera om sökandena fått möjlighet att på ett ändamålsenligt sätt framföra sina synpunkter på de handlingar som kommissionen använt till stöd för sina anmärkningar. I detta fall är det fråga om de handlingar som ledde till att kommissionen vägrade att bevilja individuellt undantag till förmån för den kollektiva prisöverenskommelsen för landtransporttjänster som tillhandahålls inom en multimodal ram.
- 382 Det måste dock konstateras att varken själva det faktum att det omtvistade mötet hölls eller dess föremål som sådana utgör omständigheter som kan läggas till grund för de anmärkningar som tas upp i det omtvistade beslutet. Vad beträffar den omständigheten att en underrättelse om att det hållits ett sådant möte och om dess föremål skulle ha kunnat vara till nytta för sökandenas försvar under det

administrativa förfarandet, är den av ovan angivna skäl inte relevant vad gäller tillgången till de uppgifter till nackdel för sökandena som fanns i kommissionens akt. Förstainstansrätten noterar vidare att sökandena inte har hävdats att det faktum att mötet hölls eller dess föremål skulle ha kunnat användas av dem som omständigheter till deras fördel.

383 Förstainstansrätten konstaterar således att iakttagandet av TACA-parternas rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet inte medförde någon skyldighet för kommissionen att underrätta sökandena om att det omtvistade mötet hållits och om dess föremål.

384 I den mån sökandena för det andra har förebrått kommissionen att den inte delgav dem protokollet från det omtvistade mötet eller någon promemoria rörande detta, noterar förstainstansrätten inledningsvis att kommissionen, som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten på denna punkt, utan att motsägas av sökandena, uppgav under förhandlingen att dess tjänstegrener inte förde något protokoll över eller skrev någon promemoria angående det omtvistade mötet.

385 Förstainstansrätten erinrar dock, i enlighet med vad som uttalats ovan i punkt 351, om att rätten till insyn i akten i konkurrensärenden har till syfte att göra det möjligt för mottagarna av ett meddelande om anmärkningar att få kännedom om den bevisning som återfinns i kommissionens akt. Det föreligger däremot ingen allmän skyldighet för kommissionen att föra protokoll över de möten som den håller med klagandena inom ramen för tillämpningen av fördragets konkurrensregler.

386 Visserligen måste kommissionen, om den har för avsikt att i ett beslut använda en uppgift som är till nackdel för företagen, vilken lämnats av en klagande även om det skett muntligen, såsom angetts ovan i punkt 352, göra den tillgänglig för de företag som meddelandet om anmärkningar riktas till, vid behov genom att i detta syfte upprätta en skriftlig handling avsedd att ingå i akten i ärendet (se, för ett

liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet Endemol mot kommissionen, punkterna 83–91). I förevarande mål har sökandena emellertid inte förebrått kommissionen att den inte delgett dem uppgifter som ligger till grund för anmärkningarna, utan endast att den inte delgett dem uppgifter som kunnat föranleda kommissionen att framföra vissa anmärkningar mot dem.

387 Det är härvidlag tillräckligt att erinra om att rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet endast har till syfte att göra det möjligt för de berörda företagen att på ett ändamålsenligt sätt framföra sina synpunkter på de handlingar som kommissionen använt till stöd för sina anmärkningar i det omtvistade beslutet. I detta fall är det fråga om de handlingar som ledde till att kommissionen vägrade att bevilja individuellt undantag till förmån för den kollektiva prisöverenskommelsen för landtransporttjänster som tillhandahålls inom en multimodal ram. De av ESC lämnade uppgifterna till nackdel för företagen vilka kunnat förmå kommissionen att vägra att bevilja ett sådant undantag, fick således endast delges TACA-parterna inom ramen för utövandet av deras rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet om dessa uppgifter verkligen har använts av kommissionen i det omtvistade beslutet till stöd för anmärkningar på denna punkt.

388 Det måste emellertid slås fast att så inte är fallet.

389 Förstainstansrätten finner först att den enda handling som bevisligen överlämnades under det omtvistade mötet är dokumentet med titeln "Liner Shipping — Time for Change". Det är dock otvistigt att sökandena har haft tillgång till denna handling vid utövandet av sin rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet. Vidare framgår det inte av skälen 425–436 i det omtvistade beslutet, enligt vilka kommissionen vägrar att bevilja individuellt undantag till förmån för den kollektiva prisöverenskommelsen om landtransporttjänster som tillhandahålls inom en multimodal ram, att denna handling har använts till stöd för anmärkningar som fastställts av kommissionen. Förstainstansrätten understryker vidare att klaganden i nämnda handling, vars innehåll utgör lobbying, i huvudsak kräver att det system för gruppundantag för linjekonferenser som föreskrivs i förordning nr 4056/86 skall avskaffas. Det måste medges, och detta har för övrigt

inte bestridits, att en sådan handling inte i sig innehåller någon uppgift till nackdel för sökandena som skulle ha kunnat användas på ett relevant sätt av kommissionen för att inte bevilja ett individuellt undantag för prisöverenskommelsen om landtransporttjänster som tillhandahålls inom en multimodal ram.

390 Därefter konstaterar förstainstansrätten att det inte framgår av skälen 425–436 i det omtvistade beslutet att vägran att bevilja individuellt undantag för överenskommelsen skulle ha baserats, om än delvis, på omständigheter till nackdel för sökandena som ESC eventuellt delgett kommissionen muntligen under det omtvistade mötet och som sökandena inte fick tillgång till. Förstainstansrätten finner att det nämligen konstateras i skäl 433 i det omtvistade beslutet att sökandena inte har gjort något försök att visa att gemensamma prisöverenskommelser är oundgängliga för EIEIA eller för några av de vinster som kan uppkomma genom detta arrangemang. Det framgår av det omtvistade beslutet att kommissionen baserar detta konstaterande på den interimrapport från multimodala gruppen som framlades för Van Miert den 6 februari 1996 (fotnot 124 under skäl 430), på kommentarer från Rakkenes, ordförande i TACA och ACL, som fanns med i utgåvan av *American Shipper* i oktober 1995 (skäl 434) och på de kommentarer från Casjens, styrelsemedlem i Hapag Lloyd som citerades i *Journal of Commerce* den 6 december 1995 (skäl 435). Sökandena har emellertid inte hävdats att dessa uppgifter till deras nackdel tillhandahölls kommissionen av ESC under det omtvistade mötet, inte heller har de bestridit att de fick tillgång till dessa uppgifter vid utövandet av deras rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet. Även om kommissionen således till stöd för ifrågasvarande anmärkningar hade tagit upp omständigheter till nackdel för sökandena som tillhandahållits av ESC under det omtvistade mötet, skulle nämnda anmärkningar fortfarande baseras på annan bevisning som sökandena inte har bestridit att de fick tillgång till och inte har bestridit vara välgrundad.

391 I den mån sökandena vidare har förebrått kommissionen att den påverkades av de omständigheter till deras nackdel som ESC lade fram under det omtvistade mötet, utan att emellertid uttryckligen ta med dem i meddelandet om anmärkningar och därefter i det omtvistade beslutet, noterar förstainstansrätten att sökandena inte har tillhandahållit någon konkret omständighet till styrkande av att sådana omständigheter lagts fram. Förstainstansrätten betonar dessutom att deras rätt till

försvar har tillvaratagits i tillräcklig mån genom att sökandena fick möjlighet att yttra sig över de uppgifter till deras nackdel som nämns i meddelandet om anmärkningar. De omständigheter till företagens nackdel som en klagande lagt fram före antagandet av meddelandet om anmärkningar, oavsett om det enbart rör sig om argument eller om skriftliga bevis, vilka inte återges i meddelandet om anmärkningar, utgör inte några anmärkningar som de berörda företagen skall besvara. Dessa omständigheter skall således inte delges dem inom ramen för utövandet av rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet.

392 Det är härvidlag inte riktigt, till skillnad från vad sökandena har påstått, att om de omständigheter som ESC lade fram hade framförts skriftligen i stället för muntligen under ett möte, skulle de med nödvändighet ha funnits i den del av akten som var tillgänglig för dem. När kommissionen, såsom redan har angetts ovan i punkt 357, på grundval av ett klagomål beslutar att inleda ett överträdelseförfarande skall de berörda företagen nämligen inte besvara klagomålet utan meddelandet om anmärkningar. De omständigheter som läggs fram i klagomålet men inte återges i meddelandet om anmärkningar utgör inte anmärkningar som sökandena skall besvara. Rätten till försvar kan således inte ha åsidosatts om sökandena inte haft tillfälle att besvara dem.

393 När det gäller ett förfarande för tillämpning av artikel 86 i fördraget kan vidare kommissionen enligt rättspraxis i vart fall vägra att lämna ut korrespondens med tredje part på grund av handlingarnas konfidentiella karaktär eftersom ett företag som tillställts ett meddelande om anmärkningar och som har en dominerande ställning på marknaden i annat fall skulle kunna vidta repressalier mot ett konkurrerande företag, en leverantör eller kund som deltagit i kommissionens undersökning (domen av den 1 april 1993 i det ovan i punkt 334 nämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 33, fastställt genom domen av den 6 april 1995, i det ovan i punkt 346 nämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 26).

394 Slutligen understryker förstainstansrätten i vart fall att protokollet eller promemorian som kommissionen påstås ha upprättat angående mötet med klaganden — vilket dock inte är fallet — utgör interna handlingar som enligt fast rättspraxis i princip inte skall göras tillgängliga för tredje part inom ramen för

deras rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet (förstainstansrättens dom av den 1 april 1993 i det ovan i punkt 334 nämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 33, domen i det ovan i punkt 335 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 45, dom av den 13 december 2001 i de förenade målen T-45/98 och T-47/98, Krupp Thyssen Stainless och Acciai speciali Terni mot kommissionen, REG 2001, s. II-3757, punkterna 46 och 47, dom av den 15 mars 2000 i de ovan i punkt 172 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkterna 196 och 420, och domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 170). Denna begränsning av rätten att ta del av interna handlingar motiveras av nödvändigheten att säkerställa att den berörda institutionen på ett väl fungerande sätt kan vidta sanktionsåtgärder mot överträdelser av fördragets konkurrensregler.

395 Med hänsyn till det ovan anförda måste följaktligen slutsatsen dras att det faktum att kommissionen inte förde något protokoll över det omtvistade mötet inte fick till följd att sökandena fråntogs möjligheten att under utövandet av sin rätt att få tillgång till handlingarna i ärendet få kännedom om omständigheter till deras nackdel som låg till grund för de anmärkningar som kommissionen tagit upp i det omtvistade beslutet.

396 Förstainstansrätten framhåller vidare att sökandena inte har hävdad att vissa omständigheter i samband med det omtvistade mötet hade kunnat användas av dem som omständigheter till deras fördel. Även om grunden måste förstås på så sätt, konstaterar förstainstansrätten i vart fall att sökandena inte har preciserat ifrågavarande uppgifter till deras fördel eller tillhandahållit bevis på att det existerar några sådana och behovet av dem under förfarandet. Eftersom en kränkning av rätten till försvar enligt rättspraxis måste prövas mot bakgrund av de specifika omständigheterna i varje enskilt fall (domen av den 29 juni 1995 i det ovan i punkt 192 nämnda målet T-36/91, ICI mot kommissionen, punkt 70), kan det under dessa förhållanden inte konstateras att det skett något åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet på denna punkt (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet Baustahlge-webe mot kommissionen, punkt 93).

397 Under dessa förhållanden kan talan inte vinna bifall på den grunden att det skett ett åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet.

## D — Huruvida handlingarna i ärendet var ofullständiga

## 1. Parternas argument

398 Sökandena har slutligen hävdad att det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras redan av det skälet att de har uttryckt allvarliga tvivel om huruvida handlingarna i ärendet var fullständiga, eftersom de uppgifter som saknas i dessa handlingar kan förklara kommissionens inställning i det omtvistade beslutet.

399 Kommissionen anser att denna grund har allmän räckvidd och har yrkat att talan, av samma skäl som i fråga om föregående grunder, skall ogillas.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

400 Såsom följer av prövningen av föregående grunder är det med orätt som sökandena har gjort gällande att kommissionen inte delgett dem vissa uppgifter till deras nackdel som anförs till stöd för de anmärkningar som nämns i det omtvistade beslutet, vilka skulle ha lämnats till kommissionen muntligen av tredje part under samtal. Det måste således slås fast att sökandena på intet sätt har visat att det föreligger allvarliga tvivel om huruvida kommissionens handlingar i ärendet var fullständiga.

401 Det måste i vart fall understrykas, tvärtemot vad sökandena har hävdad, att den omständigheten att kommissionen i det ifrågasatta beslutet skulle ha grundat sig på handlingar som inte ingår i akten i utredningen och som inte har delgivits sökandena, inte i sig kan medföra att hela det omtvistade beslutet ogiltigförklaras.



Enligt den rättspraxis som nämns ovan i punkt 338 skall det vidare i detta fall kontrolleras om den anmärkning som tas upp i det slutliga beslutet i tillräckligt hög grad bevisas av de övriga omständigheter till sökandenas nackdel som dessa har fått tillgång till.

402 Följaktligen kan talan inte vinna bifall på denna grund.

*Den tredje delgrunden: Åsidosättande av principerna om god förvaltningssed, objektivitet och opartiskhet*

403 Inom ramen för den tredje delen av dessa grunder avseende åsidosättande av rätten till försvar har sökandena påstått att kommissionen har åsidosatt principerna om god förvaltningssed, objektivitet och opartiskhet, för det första vad gäller det sätt på vilket det administrativa förfarandet förlöpte, för det andra vad gäller bedömningen av de faktiska omständigheterna, bevisningen och relevanta frågor, och för det tredje vad gäller bedömningen av böterna. Härav följer att det omtvistade beslutet av dessa skäl enligt sökandena borde ogiltigförklaras.

404 För det första noterar förstainstansrätten att bland de garantier som den gemensamma rättsordningen skänker åt de administrativa förfarandena finns bland annat principen om god förvaltningssed, till vilken hör en skyldighet för den behöriga myndigheten att noggrant och opartiskt pröva alla omständigheter som är relevanta i det enskilda fallet (förstainstansrättens dom av den 24 januari 1992 i mål T-44/90, La Cinq mot kommissionen, REG 1992, s. II-1, punkt 86, av den 29 juni 1993 i mål T-7/92, Asia Motor France m.fl. mot kommissionen, punkt 34, av den 11 juli 1996 i de förenade målen T-528/93, T-542/93, T-543/93 och T-546/93, Métropole Télévision m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-649, punkt 93, och av den 20 mars 2002 i mål T-31/99, ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, REG 2002, s. II-1881, punkt 99).

405 Förstainstansrätten skall således undersöka om de klagomål som sökandena framfört kan visa att kommissionen åsidosatt denna princip.

## A — Det administrativa förfarandets förlopp

### 1. Parternas argument

406 Sökandena anser att det sätt på vilket undersökningsförfarandet genomfördes visar att kommissionen gjort en förutfattad bedömning av resultaten från den administrativa utredningen. De har till stöd för sin anmärkning framhållit dels att kommissionen översände ett förutfattat meddelande, dels att kommissionen påbörjade utformningen av det omtvistade beslutet innan undersökningsförfarandet hade avslutats. Sökandena har härvidlag baserat sig på den skrivelse som förhørsombudet ställde till dem två år innan det omtvistade beslutet antogs, den 12 november 1996, i vilken denne underrättade dem om att kommissionens tjänstegrepar förberedde utformandet av ett utkast till beslut.

407 Sökandena har framhållit att denna förutfattade bedömning av resultaten från undersökningen framgår av de hot om böter som kommissionen formulerade under hela det administrativa förfarandet. Till stöd för denna anmärkning har sökandena först lyft fram de i pressen återgivna uttalandena från kommissionens sida i samband med förfarandet för upphävande av immuniteten mot böter avseende den kollektiva prissättningen för landtransporttjänster inom en multimodal ram. Det framgår av dessa uttalanden att kommissionen redan vid denna tidpunkt visade att den avsåg att ålägga sökandena böter i TACA-ärendet, trots beslutet om uppskov av den 10 mars 1995 i mål T-395/94 R. I det pressmeddelande som publicerades i samband med att meddelandet om anmärkningar avseende upphävandet av immuniteten antogs uttalade kommissionen att "TACA-parterna har valt att anmäla en överenskommelse som de är väl medvetna om är olaglig till följd av beslut som antagits av kommissionen". Vad

vidare beträffar påståendena om missbruk av dominerande ställning, har sökandena åberopat olika artiklar och pressmeddelanden som visar att kommissionen betraktade åläggandet av böter i enlighet med artikel 86 i fördraget som ett sätt att kringgå immuniteten mot böter i enlighet med artikel 85 i fördraget som sökandena hade till följd av anmälan av TACA.

- 408 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på de argument som sökandena åberopat i detta avseende.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

- 409 Sökandena anser att det sätt på vilket det administrativa förfarandet förlöpte visar att kommissionen gjort en förutfattad bedömning av resultaten från sin undersökning. Sökandena har härvidlag baserat sig på att meddelandet om anmärkningar antogs för tidigt och att utformandet av det omtvistade beslutet hade påbörjats innan förhöret inför kommissionen samt på de hot om böter som kommissionen formulerade under hela det administrativa förfarandet.

### a) Huruvida meddelandet om anmärkningar hade antagits för tidigt

- 410 Sökandena har i huvudsak påstått att det faktum att kommissionen, kort tid före och efter det att den antog meddelandet om anmärkningar, översände framställningar med begäran om ytterligare upplysningar (nedan kallade de omtvistade framställningarna med begäran om upplysningar) visar att den i meddelandet om anmärkningar gjort en förutfattad bedömning av de definitiva resultaten från undersökningen. De har även i detta sammanhang understrukit att antalet framställningar med begäran om upplysningar och tillhörande frågor var betydande.

- 411 Vad för det första beträffar sökandenas påstående om att själva det faktum att kommissionen översände de omtvistade framställningarna med begäran om upplysningar visar att den i meddelandet om anmärkningar gjort en förutfattad bedömning av de definitiva resultaten från undersökningen, erinrar förstainstansrätten om att det redan har konstaterats ovan i punkt 116 inom ramen för den första delen av dessa grunder avseende åsidosättande av rätten till försvar, att eftersom meddelandet om anmärkningar inte utgör en rättsakt i vilken kommissionen på ett slutgiltigt sätt redogör för sin bedömning av huruvida ifrågavarande praxis är lagenlig utan en rent förberedande rättsakt som innehåller kommissionens preliminära påståenden som den har möjlighet att på nytt pröva i det slutliga beslutet, är kommissionen i sin fulla rätt att, för att bland annat beakta argument eller vilken annan omständighet som helst som de berörda företagen anför, fullfölja sin utredning av de faktiska omständigheterna efter det att meddelandet om anmärkningar antagits genom att översända framställningar med begäran om upplysningar i syfte att vid behov återkalla vissa anmärkningar och lägga till andra.
- 412 Följaktligen utgör den omständigheten att kommissionen översände framställningar med begäran om upplysningar långt ifrån något bevis på en förutfattad bedömning från kommissionens sida till nackdel för sökandena. I stället är det kännetecknande för det kontradiktoriska draget i det administrativa förfarandet för tillämpning av konkurrensreglerna i fördraget, och vittnar tvärtom om kommissionens strävan att noggrant och opartiskt pröva alla relevanta omständigheter i förevarande fall för att bland annat vara i stånd att fatta beslut med full sakkäthed om den begäran om undantag som sökandena framställt.
- 413 Enbart den omständigheten att kommissionen i förevarande mål riktade talrika framställningar med begäran om ytterligare upplysningar till TACA-parterna kort tid före och efter det att den antog meddelandet om anmärkningar kan följaktligen inte visa att kommissionen åsidosatt principerna om god förvaltningsd, objektivitet och opartiskhet.
- 414 Förstainstansrätten understryker vidare att den kontroll av lagenligheten som utförs av förstainstansrätten inom ramen för en talan om ogiltigförklaring som väckts med stöd av artikel 173 i fördraget inte avser meddelandet om

anmärkningar utan det slutgiltiga beslut som antas efter detta. Enligt rättspraxis utgör meddelandet om anmärkningar för övrigt inte en rättsakt som kan bli föremål för en talan om ogiltigförklaring (domen i det ovan i punkt 96 nämnda målet IBM mot kommissionen, punkt 21). Även om kommissionen i meddelandet om anmärkningar hade visat att den gjort en förutfattad bedömning till nackdel för sökandena, kan en sådan förutfattad bedömning således endast utgöra en brist i det omtvistade beslutet om den kommit till uttryck i detta. Sökandena har dock inte visat att så varit fallet i förevarande mål (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 404 nämnda målet ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, punkt 105).

- 415 Förstainstansrätten framhåller slutligen att även om den av sökandena påstådda förutfattade bedömningen hade kommit till uttryck i det omtvistade beslutet, skulle den i vart fall inte utgöra något åsidosättande av rätten till försvar som kan föranleda ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet utan skall prövas inom ramen för kontrollen av bevisvärderingen eller skälen till beslutet (se, för ett liknande resonemang, domen av den 29 juni 1995 i det ovan i punkt 188 nämnda målet T-37/91, ICI mot kommissionen, punkt 72).
- 416 Av dessa skäl finner förstainstansrätten att sökandenas argument inte kan godtas såvitt det avser klagomålet om att kommissionen i meddelandet om anmärkningar gjort en förutfattad bedömning av det slutliga resultatet av undersökningen.
- 417 Vad för det andra beträffar det stora antalet framställningar med begäran om upplysningar, framhåller förstainstansrätten att det är otvistigt att kommissionen under perioden från den 22 maj 1996, det vill säga två dagar innan meddelandet om anmärkningar antogs, till den 16 september 1998, den dag då det omtvistade beslutet antogs, översände 32 framställningar med begäran om upplysningar som innehöll mer än 100 frågor till TACA-parterna. Det är likaledes utrett att flera av dessa framställningar med begäran om upplysningar översändes under den tidsfrist som tilldelats TACA-parterna av kommissionen för att besvara meddelandet om anmärkningar, det vill säga mellan den 24 maj 1996, den dag då meddelandet om anmärkningar antogs, och den 6 september 1996, den dag då TACA-parterna översände sitt svar på meddelandet om anmärkningar.

- 418 Förstainstansrätten finner att översändandet av ett betydande antal framställningar med begäran om upplysningar efter antagandet av meddelandet om anmärkningar kan påverka de berörda företagens möjligheter att på ett ändamålsenligt sätt utöva sin rätt att yttra sig angående de anmärkningar som riktats mot dem. Enligt den rättspraxis som nämns ovan i punkt 404 ankommer det nämligen på kommissionen att tillse att det administrativa förfarandet bedrivs med omsorg. Enligt rättspraxis måste dock kommissionen i sina framställningar med begäran om upplysningar iaktta proportionalitetsprincipen och den skyldighet som åligger ett företag att tillhandahålla upplysningar och det får inte innebära en oproportionerligt tung börda för företaget i förhållande till undersökningens behov (domen i det ovan i punkt 119 nämnda målet SEP mot kommissionen, punkt 51).
- 419 Förstainstansrätten skall således i förevarande mål undersöka om översändandet av de omtvistade framställningarna med begäran om upplysningar ålade sökandena en oproportionerligt tung börda som kunde inkräkta på deras rätt till försvar. Förstainstansrätten tar härvidlag hänsyn till innehållet i nämnda framställningar med begäran om upplysningar, i vilket sammanhang de översändes och deras föremål.
- 420 Det framgår av prövningen av de omtvistade framställningarna med begäran om upplysningar att dessa i huvudsak kan indelas i åtta kategorier.
- 421 För det första översändes en begäran om upplysningar daterad den 22 maj 1996 två dagar innan meddelandet om anmärkningar antogs. Förstainstansrätten konstaterar emellertid att denna begäran syftade till att kommissionen skulle erhålla enkla preciseranden och ytterligare information om uppgifter som sökandena tillhandahållit den 9 maj 1996 som svar på en begäran om upplysningar av den 8 mars 1996, och att den rimligtvis inte kunde betraktas som en oproportionerligt tung börda för sökandena. Det visar sig vidare att den omständigheten att den omtvistade begäran översändes två dagar före antagandet av meddelandet om anmärkningar är en följd av sökandenas eget beteende. De uppgifter som är föremål för frågor i den omtvistade begäran skulle enligt begäran

om upplysningar av den 8 mars 1996 ha inkommit senast den 25 mars 1996, men på grund av diverse av sökandena begärda uppskov, delgavs de inte förrän den 9 maj 1996, det vill säga två månader efter kommissionens ursprungliga begäran.

422 För det andra syftade fyra framställningar med begäran om upplysningar, det vill säga framställningarna av den 16 oktober 1996, den 12 februari 1997, den 2 och den 19 juni 1997, till att kommissionen skulle erhålla information som begärts men inte tillhandahållits efter tidigare framställningar eller medan fyra andra framställningar med begäran om upplysningar, det vill säga de som var daterade den 27 januari, den 13 februari, den 15 maj och den 2 oktober 1997, syftade till att erhålla en uppdatering av uppgifter som tillhandahållits tidigare innan meddelandet om anmärkningar översändes. Såvitt ifrågavarande framställningar med begäran om upplysningar syftade till att erhålla information som begärts tidigare men inte tillhandahållits, erinrar förstainstansrätten om att de berörda företagen enligt artikel 16.5 i förordning nr 4056/86 och motsvarande bestämmelser i förordningarna nr 17 och nr 1017/68 är skyldiga att tillhandahålla de upplysningar som krävs inom den av kommissionen tilldelade tidsfristen, och detta på ett fullständigt sätt. Eftersom dessa framställningar med begäran om upplysningar är en följd av sökandenas egen underlåtenhet att fullgöra denna skyldighet, kan kommissionen inte förebrås att den översände dem. I den mån det endast efterfrågas preciseringar och uppdateringar av uppgifter som tillhandahållits tidigare finner förstainstansrätten vidare att sådana framställningar med begäran om upplysningar var berättigade med hänsyn till att de var nödvändiga för undersökningen och inte innebar en oproportionerligt tung börda för sökandena.

423 För det tredje syftade nio framställningar med begäran om upplysningar, daterade den 12, den 16 och den 18 september 1996, den 9 oktober 1996, den 8 och den 15 november 1996, den 22 april 1997, den 26 maj 1997 och den 30 september 1997, till att göra det möjligt för kommissionen att pröva huruvida sökandenas argument i deras svar på meddelandet om anmärkningar var välgrundade. Det är uppenbart att sådana framställningar med begäran om upplysningar var berättigade av undersökningens behov eftersom de gjorde det möjligt för kommissionen att ta hänsyn till argument och omständigheter som lagts fram av sökandena som svar på meddelandet om anmärkningar och vid behov ändra de anmärkningar som riktats mot sökandena.

- 424 För det fjärde syftade fem framställningar med begäran om upplysningar, det vill säga de som var daterade den 11 juli 1996, den 17 juli 1996, den 8 augusti 1996, den 24 januari 1997 och den 19 juni 1997, till att kommissionen, åtminstone delvis, skulle erhålla information som inte varit föremål för framställningar med begäran om upplysningar före antagandet av meddelandet om anmärkningar. Dessa framställningar med begäran om upplysningar rörde bland annat vissa aspekter av serviceavtalen, kontakterna mellan å ena sidan TACA och å andra sidan UASC och APL inför deras eventuella anslutning till TACA, Hanjins prispolitik och klagomålen från vissa avlastare i Irland. Det måste dock slås fast, och detta har inte bestridits av sökandena, att den information som efterfrågades i dessa framställningar med begäran om upplysningar var relevant inom ramen för undersökningen av TACA:s ifrågavarande praxis, i synnerhet för granskningen av huruvida det påstående om missbruk av dominerande ställning som finns i meddelandet om anmärkningar var välgrundat. Det var således berättigat att översända nämnda framställningar med begäran om upplysningar därför att de var nödvändiga för undersökningen.
- 425 För det femte syftade två framställningar med begäran om upplysningar av den 16 och den 24 juli 1996, som översänts som svar på påståendena om åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet, till att kommissionen skulle erhålla information om dokumentet "Liner Shipping — Time for Change". Såsom redan har konstaterats ovan i punkt 380 framgår det av handlingarna i målet vid förstainstansrätten att kommissionen hade denna handling i sin besittning vid den tidpunkt då den översände de båda ifrågavarande framställningarna med begäran om upplysningar. Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten att dessa framställningar med begäran om upplysningar inte var berättigade med hänsyn till undersökningens behov.
- 426 För det sjätte syftade en begäran om upplysningar av den 5 december 1996 till att kommissionen skulle erhålla svar på frågor som ställts under förhöret den 25 oktober 1996. Det kan inte bestridas att en sådan begäran, som avsåg att ge sökandena möjlighet att i skrift fortsätta den diskussion som inletts under förhöret, var berättigad med hänsyn till undersökningens behov.
- 427 För det sjunde syftade tre framställningar med begäran om upplysningar, det vill säga de som var daterade den 21 oktober 1997, den 24 november 1997 och den 18 mars 1998, till att kommissionen skulle erhålla uppgifter om TACA-parternas



omsättning. Eftersom dessa framställningar med begäran om upplysningar hade till syfte att göra det möjligt för kommissionen att kontrollera att det högsta bötesbelopp som är tillåtet enligt artikel 15.2 i förordning nr 17, artikel 22.2 i förordning nr 1017/68 och artikel 19.2 i förordning nr 4056/86 inte hade överstigits, finner förstainstansrätten att sådana framställningar i princip var berättigade med hänsyn till undersökningens behov (förstainstansrättens dom av den 19 mars 2003 i mål T-213/00, CMA CGM m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-913, punkt 490). Sökandena har i förevarande mål för övrigt inte bestridit att kommissionen använt de uppgifter som tillhandahållits som svar för att försäkra sig om att de böter som ålades genom det omtvistade beslutet inte översteg det högsta tillåtna beloppet.

- 428 För det åttonde rörde tre framställningar med begäran om upplysningar, nämligen de som var daterade den 17 januari 1997, den 17 februari 1997 och den 11 mars 1997 "hub and spoke"-systemet som anmälts efter det att meddelandet om anmärkningar antogs den 10 januari 1997. Det kan inte bestridas att sådana framställningar med begäran om upplysningar, som syftade till att få preciseringar i fråga om de avtal som sökandena anmält i syfte att erhålla individuellt undantag enligt artikel 85.3 i fördraget, var berättigade med hänsyn till att de var nödvändiga för undersökningen eftersom det gjorde det möjligt för kommissionen att kontrollera om villkoren i denna bestämmelse var uppfyllda.
- 429 Det följer av det ovan anförda att endast två av de omtvistade framställningarna med begäran om upplysningar, nämligen de som var daterade den 16 och den 24 juli 1996, inte förefaller vara berättigade med hänsyn till undersökningens krav. Det måste emellertid medges att det faktum att två av de framställningar med begäran om upplysningar som översändes var obefogade, av sammanlagt 32 framställningar med begäran om upplysningar under en period av 22 månader, inte kan ha ålagt sökandena en opropotionerlig tung börda som kunde påverka deras möjligheter att på ett ändamålsenligt sätt utöva sin rätt att yttra sig.
- 430 Även om kommissionen hade åsidosatt deras rätt till försvar finner förstainstansrätten i vart fall att detta åsidosättande endast skulle kunna leda till att beslutet ogiltigförklarades om, för det fall att de omtvistade framställningarna med begäran om upplysningar inte hade översänts, det fanns en möjlighet — även

om den var liten — att sökandena kunnat åstadkomma att det administrativa förfarandet ledde till ett annat resultat (se, för ett liknande resonemang, domen av den 17 december 1991 i det ovan i punkt 95 nämnda målet Hercules Chemicals mot kommissionen, punkt 56, och domen av den 15 mars 2000 i de ovan i punkt 172 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 383). Sökandena har dock inte alls hävdats att så hade kunnat vara fallet i förevarande mål och de har inte lagt fram någon omständighet som pekar i den riktningen.

431 Av dessa skäl finner förstainstansrätten att sökandenas argument inte kan godtas såvitt avser klagomålet om att kommissionen översände ett betydande antal framställningar med begäran om upplysningar till dem efter det att meddelandet om anmärkningar antagits.

432 Det följer av föregående överväganden att sökandenas grund om att principen om god förvaltnings sed har åsidosatts på denna punkt saknar fog.

#### b) Det omtvistade beslutets upprättande

433 Sökandena har i huvudsak förebrått kommissionen att den påbörjade upprättandet av det omtvistade beslutet innan det administrativa förfarandet hade avslutats.

434 Det är otvistigt att kommissionen påbörjade upprättandet av det omtvistade beslutet kort tid efter förhöret med TACA-parterna den 25 oktober 1996. Kommissionens förhørsombud uppgav följande till TACA-parterna i sin skrivelse av den 12 november 1996:

”Jag tror mig förstå att den behöriga ledningen för närvarande förbereder ett utkast till beslut i TACA-ärendet och att det normala förfarandet är tillämpligt.”

- 435 Det är vidare riktigt att kommissionen, såsom sökandena har framhållit, fullföljde det administrativa undersökningsförfarandet, efter förhøret med TACA-parterna, genom att översända framställningar med begäran om ytterligare upplysningar fram till mars 1998. Eftersom det omtvistade beslutet antogs den 16 september 1998 finner förstainstansrätten således att kommissionen påbörjade upprättandet av det omtvistade beslutet innan det administrativa förfarandet hade avslutats.
- 436 Tvärtemot vad sökandena har hävdats strider emellertid inte ett sådant beteende mot principen om god förvaltningssed. Förstainstansrätten anser tvärtom att iakttagandet av denna princip, vilket bland annat kräver att kommissionen med skyndsamhet handlägger de ärenden som den anförtrotts, kan tvinga kommissionen att påbörja upprättandet av sitt slutliga beslut innan det administrativa undersökningsförfarandet avslutats, och detta för att antagandet av beslutet skall säkerställas inom skälig tid med hänsyn till de särskilda omständigheterna i varje fall och särskilt det sammanhang detta fall förekommer i, parternas uppträdande under förfarandets gång, ärendets komplexa karaktär samt dess betydelse för de olika berörda parterna (domen av den 20 april 1999 i de ovan i punkt 191 nämnda förenade målen PVC II, punkterna 187 och 188, förstainstansrättens dom av den 22 oktober 1997 i de förenade målen T-213/95 och T-18/96, SCK och FNK mot kommissionen, REG 1997, s. II-1739, punkt 56, och av den 9 september 1999 i mål T-127/98, UPS Europe mot kommissionen, REG 1999, s. II-2633, punkt 38).
- 437 I förevarande mål har det inte bestridits att de aspekter av TACA som varit föremål för det administrativa förfarandet inför kommissionen gett upphov till komplicerade faktiska och juridiska frågor som föranlett kommissionen att undersöka en betydande mängd uppgifter som tillhandahållits av TACA-parterna i deras olika anmälningar samt i deras svar på meddelandet om anmärkningar och framställningarna med begäran om upplysningar.

438 Eftersom kommissionen efter att 26 månader förflutit sedan anmälan av TACA-avtalet den 5 juli 1994 hade erhållit TACA-parternas svar den 6 september 1996 på meddelandet om anmärkningar och hade hört dessa parter den 25 oktober 1996 under ett förhör, finner förstainstansrätten under dessa förhållanden att kommissionen vid den tidpunkten förfogade över tillräckligt med uppgifter för att påbörja upprättandet av det omtvistade beslutet. Det sagda äger desto större giltighet som det, bland de framställningar med begäran om upplysningar som översändes efter förhöret, endast var i dem av den 24 januari 1997, den 15 maj 1997 och den 19 juni 1997 som rörde respektive viss prispolitik från Hanjins sida, konsortiearrangemang mellan TACA-medlemmarna och klagomål från vissa avlastare i Irland, som det fanns önskemål om information som inte hade varit föremål för tidigare framställningar med begäran om upplysningar.

439 Det måste i vart fall slås fast att sökandena inte har uppgett på vilket sätt de framställningar med begäran om upplysningar som översändes efter förhöret visar att kommissionen inte kunde påbörja upprättandet av det slutliga beslutet efter förhöret.

440 Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.

### c) Hoten om böter

441 För det första har sökandena gjort gällande att vissa förklaringar som gjordes under förfarandet i samband med antagandet den 26 november 1996 av beslutet om att återkalla TACA-parternas immunitet mot böter för den kollektiva prisöverenskommelsen för landtransporter som tillhandahålls inom en multimedial ram, visar att kommissionen redan vid denna tidpunkt hade för avsikt att ålägga dem böter, vid behov höga sådana.

- 442 Sökandena har i detta avseende först framhållit att vid den tidpunkt då förstainstansrättens ordförande fattade beslutet om att förordna om uppskov med TAA-beslutet, såvitt avsåg förbudet mot den kollektiva prisöverenskommelsen (beslutet av den 10 mars 1995 i det ovan i punkt 29 nämnda målet Atlantic Container m.fl. mot kommissionen, fastställt genom beslutet av den 19 juli 1995 i det ovan i punkt 29 nämnda målet kommissionen mot Atlantic Container Line m. fl.) angav kommissionen i ett pressmeddelande av den 14 mars 1995 att ”om medlemmarna i TACA tappar målet i huvudsaken, riskerar de att åläggas höga böter för att de fortsätter med denna praxis”.
- 443 Det måste dock noteras att kommissionen genom detta uttalande långt ifrån att göra en förutfattad bedömning i sitt slutliga beslut vad beträffar åläggandet av böter för TACA-parterna endast med rätta understryker vilka de rättsliga följderna är av ett beslut meddelat av förstainstansrättens ordförande med tillämpning av artiklarna 185 och 186 i EG-fördraget (nu artiklarna 242 EG och 243 EG) inom ramen för en begäran om uppskov med verkställigheten av ett kommissionsbeslut.
- 444 Förstainstansrättens beslut av den 10 mars 1995 som meddelades i TAA-målet (beslutet i det ovan i punkt 29 nämnda målet Atlantic Container m.fl. mot kommissionen) hade till föremål inte att förstainstansrätten skulle uttala sig om huruvida det förbud mot den kollektiva prisöverenskommelsen för landtransporter som tillhandahålls inom en multimodal ram vilket meddelats genom TAA-beslutet var lagenligt, eftersom en sådan bedömning uteslutande ankommer på den domstol som dömer i huvudsaken, utan att den skulle förordna om uppskov med verkställigheten av detta förbud. Så länge som förstainstansrätten inte hade avkunnat sin dom i sakfrågan i TAA-målet, vilket skedde den 28 februari 2002, var det genom TAA-beslutet meddelade förbudet giltigt, eftersom endast verkställigheten av detta förbud hade uppskjutits.
- 445 Eftersom det är utrett att det av TACA-parterna ingångna avtalet i huvudsak är identiskt med det avtal som var föremål för beslutet av den 10 mars 1995 i det ovan i punkt 29 nämnda målet Atlantic Container m.fl. mot kommissionen och eftersom avtalet åtminstone inledningsvis ingicks mellan samma parter, är det

med rätta som kommissionen i det omtvistade beslutet betonar risken för att TACA-parterna kan åläggas böter på grund av att de ingick detta avtal. Vad gäller anspelningen i nämnda uttalande på det höga bötesbeloppet, räcker det att konstatera att kommissionen endast betonar att det finns en risk och inte fattar ett slutgiltigt beslut om detta. Såvida anspelningen på det hot om höga böter som formulerats i ifrågavarande uttalande kommit till uttryck i det omtvistade beslutet genom att de böter som åläggs skulle vara alltför höga, måste sökandenas klagomål bedömas i sak i samband med förstainstansrättens bedömning av bötesbeloppet inom ramen för dess fulla prövningsrätt.

446 Sökandena har vidare åberopat uttalanden från ledamoten av kommissionen med ansvar för konkurrensfrågor, Van Miert, vid tidpunkten för översändandet av meddelandet om anmärkningar den 21 juni 1995. Van Miert underrättade då TACA-parterna om kommissionens avsikt att upphäva immuniteten mot åläggande av böter vad gäller kollektiva prisöverenskommelser mellan TACA-parterna för landtransporter som tillhandahålls inom en multimodal ram.

447 Det är riktigt att Van Miert enligt dessa uttalanden uppgav att det planerade beslutet avsåg att ge "en klar och inte tvetydig signal om att kommissionen anser att TACA-avtalet är oacceptabelt" och att ju längre tid sökandena tar på sig för att finna en lösning på de problem som kommissionen identifierat, "desto högre blir böterna".

448 Det måste dock noteras att Van Miert genom detta uttalande långt ifrån gjorde en förutfattad bedömning av kommissionens slutliga beslut vad beträffar åläggandet av böter för TACA-parterna utan endast med rätta underströk vilka de rättsliga följderna är av ett beslut om att upphäva immunitet mot böter.

- 449 Det beslut om att upphäva immuniteten som antogs av kommissionen i förevarande mål hade inte till syfte att TACA-parterna skulle åläggas böter eller att kommissionen skulle åta sig att anta ett beslut med denna innebörd, utan endast att göra det möjligt för kommissionen att för säkerhets skull bevara denna möjlighet, trots att TACA-parterna gjort en anmälan, för det fall att sökandena skulle komma i åtnjutande av immunitet mot åläggandet av böter för avtal som omfattas av förordning nr 1017/68. Det förefaller således som om kommissionens beslut väsentligen hade motiverats av att de successiva anmälningarna som sökandena gjorde inte skulle leda till att kommissionen fråntogs möjligheten att ålägga böter för förfluten tid för det fall att den ansåg sig kunna undanta en av de ändrade versionerna av TACA.
- 450 Eftersom bötesbeloppet enligt artikel 22.2 i förordning nr 1017/68 bland annat fastställs i förhållande till överträdelsens varaktighet, var det med rätta som kommissionen uppgav till TACA-parterna att varje försening när det gällde att finna lösningen på de problem som kommissionen identifierat skulle få till effekt att bötesbeloppet höjdes.
- 451 I vart fall, med hänsyn till att det inte föreskrivs något system i förordning nr 1017/68 för immunitet mot böter vad gäller avtal som omfattas av förordningens tillämpningsområde och att det inte finns någon allmän gemenskapsrättslig princip som innebär att anmälan av ett avtal medför immunitet mot böter för det företag som har lämnat anmälan även när det inte finns någon bestämmelse i vilken denna immunitet uttryckligen föreskrivs (domen i det ovan i punkt 44 nämnda målet *Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen*, punkterna 48 och 53), kunde det beslut om upphävande av immuniteten som antogs i förevarande mål på intet sätt påverka TACA-parternas rättsliga ställning. Oavsett om kommissionen antog ett beslut om att upphäva immuniteten eller ej, hade den nämligen valmöjligheten att ålägga böter trots att TACA-parterna hade anmält avtalet om kollektiva prisöverenskommelser om landtransporttjänster som tillhandahålls inom en multimodal ram.
- 452 Följaktligen finner förstainstansrätten att sökandenas argument på denna punkt inte kan godtas.

- 453 För det andra har sökandena gjort gällande att det framgår av olika artiklar och pressmeddelanden att kommissionen betraktade en tillämpning av artikel 86 i fördraget på viss praxis som TACA ägnade sig åt som ett sätt att kringgå den immuniteten mot böter vilken sökandena åtnjöt i enlighet med artikel 85 i fördraget.
- 454 Förstainstansrätten konstaterar emellertid att kommissionens eventuella avsikt att ålägga TACA-parterna böter för de avtal som anmälts i syfte att erhålla individuellt undantag enligt artikel 85.3 i fördraget visserligen anges i de olika artiklar och pressmeddelanden som sökandena åberopat. Den slutsatsen kan dock inte dras att kommissionen tillämpade artikel 86 i fördraget på viss praxis som TACA använde sig av i det enda syftet att kringgå immuniteten som dess medlemmar åtnjöt enligt artikel 85 i fördraget. Eftersom sökandena inte har lagt fram någon annan konkret omständighet för att styrka sin tes, konstaterar förstainstansrätten att de inte har styrkt de faktiska omständigheter som den baserar sitt klagomål på.
- 455 Även om det påstådda syftet att kringgå immuniteten kunde härledas ur de olika artiklar och pressmeddelanden som sökandena åberopat, räcker det att konstatera att frågan om huruvida kommissionen hade rätt att ålägga de företag böter som gjort en anmälan för att erhålla individuellt undantag enligt artikel 85.3 i fördraget till följd av en överträdelse av artikel 86 i fördraget, rör det välgrundade i det omtvistade beslutet vad avser tillämpningen av artikel 86 i fördraget och de böter som åläggs av denna anledning. Sökandenas argument baseras dock på premissen att den som gör sig skyldig till en överträdelse av artikel 86 i fördraget inte åtnjuter immunitet mot böter. Om emellertid denna premis, som för övrigt har bestridits av sökandena inom ramen för deras grunder om böterna, saknar fog uppkommer inte frågan om kringgåendet av immuniteten eftersom förhandenva-ron av immunitet enligt artikel 86 i fördraget då skulle utgöra ett hinder mot att ålägga böter som en sanktionsåtgärd för överträdelse av denna bestämmelse. Om det tvärtom finns fog för nämnda premis, beror frågan om huruvida kommissionen hade rätt att ålägga böter endast på om det har skett en överträdelse av artikel 86 i fördraget, vilket har bestridits av sökandena inom ramen för deras grunder om tillämpningen av denna bestämmelse. Antingen har det lagts fram tillräcklig bevisning för att det skett en överträdelse av artikel 86 i fördraget, i vilket fall kommissionen hade rätt att ålägga böter, eller också har det



inte lagts fram tillräcklig bevisning för att det skett en överträdelse av artikel 86 i fördraget, i vilket fall de böter som ålagts i enlighet med artikel 86 i fördraget skall upphävas. Påståendet om ett kringgående av immuniteten enligt artikel 85 i fördraget saknar således räckvidd.

456 Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.

B — Bedömningen av de faktiska omständigheterna, bevisningen och de relevanta frågorna

### 1. Parternas argument

457 Sökandena har i första hand klandrat kommissionen för att den baserat flera konstateranden av faktiska och rättsliga omständigheter i det omtvistade beslutet på spekulationer, antaganden och presumtioner och inte på bevis eller analyser. Sökandena har härvidlag framhållit att uttrycken "sannolikt", "troligt" eller "troligen" och "osannolikt" använts 47 gånger i det omtvistade beslutet i samband med undersökningen av ifrågavarande marknad (skälen 66 och 67), den interna konkurrensen (skäl 193), den externa konkurrensen (skälen 249, 252 och 258), den potentiella konkurrensen (skäl 290), innehållet i serviceavtalen (skälen 490 och 494), speditörernas ersättning (skäl 510) och den dominerande ställningen (skälen 540 och 541). Sökandena har gjort gällande att dessa olika avsnitt i det omtvistade beslutet inte baseras på någon bevisning. Även om det enligt sökandena under vissa förhållanden kan vara tillåtet för kommissionen att väga relevanta omständigheter mot varandra och fatta beslut på grund härav, visar de exempel som nämns i ansökan inte att det gjorts någon avvägning av detta slag.

458 För det andra har sökandena påstått att kommissionens avvisande av deras bevis och argument visar att kommissionen inledde detta ärende "... utan att ha ett öppet sinne vid sökandet av bevis" (förslag till avgörande av generaladvokaten Sir Gordon Slynn till domstolens dom av den 21 februari 1984 i mål 86/82, Hasselblad mot kommissionen, REG 1984, s. 883 och s. 913).

459 Till stöd för detta klagomål har sökandena tagit ett antal exempel ur det omtvistade beslutet. När det för det första gäller undersökningen av den interna konkurrensen (skälen 201 och 202), anser sökandena att påståendet att "[e]ndast det faktum att det förekommer andra priser än de som fastställs i tariffen utgör lika lite ett stöd för förekomsten av konkurrens som det utgör ett stöd för avsaknaden av sådan" visar att kommissionen inte var beredd att godta några bevis på priskonkurrens. När det för det andra gäller konkurrens med andra medel än priser (skälen 242 och 522), har sökandena förebrått kommissionen att den inte förklarat varför den tillbakavisat de bevis de lade fram. Vad för det tredje beträffar utbytbarhet på utbudssidan (skälen 280 och 282), har sökandena klandrat kommissionen för att den presumerat att de bevis som sökandena tillhandahållit var ogiltiga, med motiveringen att Dynamar-rapportens slutsatser "påverkats av de instruktioner som getts till experten". Sökandena har anmärkt att kommissionen i sitt svaromål inte försöker förklara orsakerna till sin misstänksamhet mot Dynamar-rapporten genom att använda korrespondensen mellan sökandena och Dynamar angående upprättandet av denna rapport, trots att den bifogats ansökan. För det fjärde har sökandena i fråga om priser (skälen 308, 325, 543 och 589), anklagat kommissionen för att i det omtvistade beslutet utfört en ny analys av serviceavtalens fraktsatser utan att hänvisa till påståendena i meddelandet om anmärkningar och utan att förkasta de argument som sökandena framfört i sitt svar på meddelandet om anmärkningar. I synnerhet behandlas inte i det omtvistade beslutet frågan om huruvida kommissionens egna konstateranden (det vill säga att sjöfraktsatserna under perioden 1993–1997 steg med 8 procent och att landfraktsatserna sjönk med 4 procent inom gemenskapen, utan hänsyn till inflationen) var förenliga med konstaterandet av att det förelåg en dominerande ställning. Sökandena har noterat att kommissionens misstro mot sin egen analys framgår av den beskrivning som kommissionen gör i det omtvistade beslutet av 1998 års rapport om konkurrenspolitiken (*XXVIII:e rapporten om konkurrenspolitiken — 1998*, punkt 107), i vilken kommissionen åberopar klagandenas kritiserade påståenden snarare än sin egen prisanalys. Vad för det femte gäller serviceavtalen med dubbel fraktsatsstruktur (skäl 154), har sökandena förebrått kommissionen att den inte begärde information av dem om påståendet att initiativet till denna typ av avtal kom från avlastarparten i avtalet. Eftersom det gällde en fråga som var central för påståendet om missbruk, skulle inte kommissionen kunna försöka få bevisbördan att övergå till sökandena.

För det sjätte slutligen har sökandena i fråga om konferensavtalens historia framhållit (skälen 469–471) att kommissionen endast tog upp en av de omständigheter som sökandena hade lagt fram utan att gå in på de övriga. Sökandena har också anmärkt att det inte var förrän i svaromålet och inte i det omtvistade beslutet som kommissionen försökte förklara orsakerna till att den helt och hållet avvisade dessa omständigheter.

- 460 Sökandena har för det tredje förebrått kommissionen att den i det omtvistade beslutet inte beaktade vissa faktiska omständigheter som låg senare i tiden än meddelandet om anmärkningar, då dessa utgjorde bevis för att de för kommissionens resonemang vid tidpunkten för meddelandet om anmärkningar väsentliga påståendena var felaktiga. Sökandena har särskilt förebrått kommissionen att den i det omtvistade beslutet (skälen 296, 562, 566 och 567) vidhåller det påstående som finns i meddelandet om anmärkningar (punkterna 108, 113, 229, 235 och 236), enligt vilket sökandena inte utsätts för betydande potentiell konkurrens, trots att rederierna Chine Ocean Shipping Co. (nedan kallat Cosco), Yangming, K Line (i februari 1997) och Norasia Line (i juni 1998) under det administrativa förfarandet tagit sig in på den transatlantiska traden som oberoende aktörer, medan NOL (i maj 1998) gått ur TACA för att starta ny verksamhet under namnet APL. Kommissionen baserar dock sina slutsatser om den skadliga förändringen av marknadsstrukturen på att de potentiella konkurrenterna uppmanades att bli medlemmar i TACA.
- 461 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på de argument som sökandena åberopat i detta avseende.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

- 462 Sökandena har genom dessa klagomål först klandrat kommissionen för att den baserat flera konstateranden av faktiska och rättsliga omständigheter i det omtvistade beslutet på spekulationer, antaganden och presumptioner och inte på

bevis eller analyser. De har därefter förebrått kommissionen att den avvisade deras bevis och argument utan att ha ett öppet sinne. Slutligen har de förebrått kommissionen att den i det omtvistade beslutet inte beaktade vissa faktiska omständigheter som låg senare i tiden än meddelandet om anmärkningar, då dessa utgjorde bevis för att de för kommissionens resonemang vid tidpunkten för meddelandet om anmärkningar väsentliga påståendena var felaktiga.

463 De framgår härav att sökandena i huvudsak har förebrått kommissionen att den visat brist på objektivitet vid prövningen av de faktiska omständigheterna, bevisen och de i förevarande fall relevanta frågorna.

464 Förstainstansrätten understryker att den brist på objektivitet, som kommissionen påstås ha gjort sig skyldig till, även om den skulle bevisas inte utgör någon överträdelse av rätten till försvar som kan föranleda ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet, utan skall prövas inom ramen för kontrollen av bevisvärderingen eller motiveringen till beslutet (se, för ett liknande resonemang, domen av den 29 juni 1995 i det ovan i punkt 188 nämnda målet T-37/91, ICI mot kommissionen, punkt 72).

465 Förstainstansrätten framhåller således att de flesta av sökandenas påståenden går ut på att visa att det saknas tillräckliga bevis till stöd för kommissionens påståenden. Så är fallet beträffande påståendena om att uttrycken "sannolikt", "troligt" eller "troligen" ("likely") och "osannolikt" ("unlikely") används 47 gånger i det omtvistade beslutet, det faktum att kommissionen inte var beredd att godta några bevis på priskonkurrens mellan TACA-parterna, uteblivet beaktande av slutsatserna i Dynamar-rapporten, det faktum att kommissionen i det omtvistade beslutet utför en ny analys av serviceavtalens fraktsatser utan att hänvisa till de påståenden som formulerats i meddelandet om anmärkningar, den uteblivna utfrågningen av sökandena om det faktum att avlastarna begärt att få serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur, det faktum att kommissionen i fråga om konferensernas historia endast tog upp en av de omständigheter som

sökandena hade framfört i syfte att fastställa lagstiftarens avsikter i fråga om serviceavtal samt det faktum att kommissionens påståenden om avsaknad av potentiell konkurrens motsägs av att rederier nyligen kommit in på den transatlantiska traden.

- 466 Påståendena om att kommissionen inte hade förklarat varför den tillbakavisade de bevis på priskonkurrens som TACA-parterna lagt fram och de omständigheter som TACA-parterna framfört angående konferensernas historia går ut på att bestrida motiveringen till det omtvistade beslutet på dessa punkter.
- 467 Av dessa skäl anser förstainstansrätten att sökandenas argument saknar relevans inom ramen för dessa grunder om åsidosättande av rätten till försvar och att talan följaktligen inte kan vinna bifall på dessa.

## C — Bedömningen av böterna

### 1. Parternas argument

- 468 Sökandena har påstått att det som skedde i samband med åläggandet av böter vittnar om brist på objektivitet från kommissionens sida. Sökandena har härvidlag åberopat tidningsartiklar i vilka det talas om att det förekommit viss opposition inom kommissionen och i vissa medlemsstater mot de bötesbelopp som föreslagits av generaldirektoratet för konkurrens (nedan kallat GD Konkurrens). Sökandena har även åberopat uttalanden från en avlastare som anser att bötesbeloppet är överdrivet högt. Sökandena har uppgett att de inte vet om dessa omständigheter har beaktats av kommissionen — och i så fall i vilken mån — innan den antog det omtvistade beslutet.

469 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på de argument som sökandena åberopat i detta avseende.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

470 Sökandena har genom detta klagomål gjort gällande att det som skedde i samband med att TACA-parterna ålades böter vittnar om brist på objektivitet från GD Konkurrens sida.

471 Vad först beträffar kommissionens påstådda opposition mot det av GD Konkurrens föreslagna åläggandet av böter, noterar förstainstansrätten att även om GD Konkurrens hade åsidosatt principerna om god förvaltningssed, objektivitet och opartiskhet har inte det omtvistade beslutet antagits av nämnda GD utan av kommissionskollegiet (se, för ett liknande resonemang, den ovan i punkt 404 nämnda domen i målet ABB Asea Brown Boveri mot kommissionen, punkt 104).

472 Vad därefter angår den omständigheten att vissa medlemsstater opponerat sig mot det av GD Konkurrens föreslagna bötesbeloppet, erinrar förstainstansrätten om att enligt relevanta bestämmelser i tillämpningsförfordningarna till artiklarna 85 och 86 i fördraget angående förbindelserna med medlemsstaternas myndigheter skall företrädare för nämnda medlemsstater rådfrågas varje gång ett beslut antas om åläggande av böter för överträdelser av konkurrensreglerna inom ramen för de rådgivande kommittéer för konkurrensbegränsande samverkan och dominerande ställning som inrättats genom dessa förordningar. Eftersom kommissionen i förevarande mål antagit sitt beslut på grundval av förordningarna nr 17, nr 1017/68 och nr 4056/86, har de tre rådgivande kommittéer som inrättats genom var och en av dessa förordningar rådfrågats. Det måste slås fast att det ingår i denna beslutsprocess att medlemsstaterna i förekommande fall reserverar sig eller invänder mot kommissionens beslut. Eftersom nämnda kommittéer vidare endast avger yttranden kan kommissionen inte åsidosätta principen om god förvaltningssed enbart genom att avvika från dessa.

- 473 När det vidare gäller den åsikt som en avlastare uttryckte måste det slås fast att denna omständighet, som sådan, saknar relevans vid bedömningen av om kommissionen brast i objektivitet. Det kan nämligen inte ur en åsikt uttryckt av tredje man härledas att kommissionen gjort en förutfattad bedömning till nackdel för sökandena. Dessutom framhåller förstainstansrätten att det i den av sökandena nämnda tidningsartikeln rapporteras att TACA-parterna enligt en annan avlastare är fullt kapabla att betala de böter som ålagts dem tack vare de vinster som de haft de senaste fem åren.
- 474 Slutligen betonar förstainstansrätten att i vart fall den brist på objektivitet, som kommissionen eller GD Konkurrens påstås ha gjort sig skyldig till vad gäller bedömningen av bötesbeloppet, även om den skulle bevisas inte utgör någon överträdelse av rätten till försvar som kan föranleda ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet, utan skall prövas inom ramen för kontrollen av bedömningen av bötesbeloppet och den skall därför behandlas i samband med prövningen av grunderna avseende denna fråga (se, för ett liknande resonemang, domen av den 29 juni 1995 i det ovan i punkt 188 nämnda målet T-37/91, ICI mot kommissionen, punkt 72).
- 475 Följaktligen finner förstainstansrätten att talan inte kan vinna bifall på det tredje klagomålet avseende bedömningen av böterna.

#### D — Slutsats om den tredje delen

- 476 Det följer av föregående överväganden att talan inte kan vinna bifall på den tredje delen av denna grupp av grunder.

*Slutsats om grunderna om åsidosättande av rätten till försvar*

- 477 Det följer av det ovan anförda att förstainstansrätten godtar den första delen av denna grupp av grunder om åsidosättande av rätten till försvar avseende åsidosättande av rätten att yttra sig, i den mån sökandena förebrått kommissionen att den baserat det andra missbruk som konstateras i det omtvistade beslutet på fyra handlingar som sökandena inte haft tillfälle att yttra sig över. Följderna av detta åsidosättande för det omtvistade beslutets lagenlighet beror emellertid på prövningen i sak av de bedömningar kommissionen gjort av det andra missbruket, vilka är föremål för sökandenas grunder om åsidosättande av artikel 86 i fördraget.
- 478 I övrigt kan talan inte vinna bifall på den första delen av denna grupp av grunder. Vidare kan talan inte vinna bifall på den andra och den tredje delen av denna grupp av grunder avseende åsidosättande av rätten till försvar, av rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet respektive av principerna om god förvaltningssed, objektivitet och opartiskhet.

*II — Grunderna om avsaknad av överträdelse av artikel 85 i fördraget och artikel 2 i förordning nr 1017/68 samt förekomsten av olika brister i motiveringen på denna punkt*

- 479 De grunder som utvecklats av sökandena i detta sammanhang kan i huvudsak indelas i tre olika delar. Den första delen gäller bedömningarna i det omtvistade beslutet av prisöverenskommelsen om landtransporttjänster. Den andra delen rör bedömningarna i det omtvistade beslutet av reglerna om serviceavtal. Den tredje delen slutligen gäller bedömningarna i det omtvistade beslutet av reglerna om ersättning till speditörer.



*Den första delgrunden: Bedömningarna i det omtvistade beslutet av prisöverens-  
kommelsen om landtransporttjänster*

- 480 Genom de argument som åberopats inom ramen för den första delen har sökandena för det första gjort gällande att förbudet i artikel 1 i det omtvistade beslutet mot det avtal som ingåtts av TACA-parterna om priser för landtransporttjänster inom Europeiska gemenskapen till avlastare i förening med andra tjänster som del av en multimodal transport för befordran av containerlast mellan Nordeuropa och Förenta staterna är oförenligt med beslutet av den 10 mars 1995 i det ovan i punkt 29 nämnda målet *Atlantic Container m.fl. mot kommissionen*. För det andra har sökandena hävdatt att särskilt med avseende på de samarbetsavtal som de ingått i syfte att förbättra tillgången till landtransporter för avlastare, det vill säga EIEIA-avtalet och ”hub and spoke”-systemet uppfyller ifrågavarande avtal villkoren för att beviljas det individuella undantag som föreskrivs i artikel 85.3 i fördraget.
- 481 Sökandena har emellertid uppgett vid förhandlingen, som svar på en fråga från förstainstansrätten, att de bland annat med hänsyn till domen i det ovan i punkt 196 nämnda FEFC-målet och kommissionens beslut 2003/68/EG av den 14 november 2002 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/37.396/D2 — Det ändrade TACA-avtalet) (EGT L 26, 2003, s. 53), inte vidhåller de argument som åberopats inom ramen för denna del.
- 482 Följaktligen finns det inte längre någon anledning att ta ställning till den första delen av dessa grunder om avsaknad av överträdelse av artikel 85 i fördraget och artikel 2 i förordning nr 1017/68 samt förekomsten av olika brister i motiveringen på denna punkt.

*Den andra delgrunden: Bedömningarna i det omtvistade beslutet av reglerna om serviceavtalen*

483 De grunder som väsentligen åberopats av sökandena inom ramen för den andra delen är av två slag. Genom de första grunderna har sökandena förebrått kommissionen att den i artikel 3 i det omtvistade beslutet förbjudit dem att gemensamt inom konferensen ingå konferensserviceavtal med avlastare enligt det röstningsförfarande som definieras i TACA-avtalet, vilket de i ansökan kallar "befogenheten att ingå konferensserviceavtal" ("conference service contract authority"). Genom de andra grunderna har sökandena förebrått kommissionen att den enligt artikel 3 i det omtvistade beslutet förbjudit vissa regler som föreskrivs i TACA-avtalet angående serviceavtal.

A — TACA-parternas befogenhet att ingå konferensserviceavtal

484 Sökandena har i huvudsak åberopat två grunder vad gäller befogenheten att ingå konferensserviceavtal. De har genom den första grunden hävdatt att kommissionen i det omtvistade beslutet med orätt anser att nämnda befogenhet inte kan komma i åtnjutande av en tillämpning av det gruppundantag som föreskrivs i artikel 3 i förordning nr 4056/86, då denna befogenhet tillhör traditionella konferensaktiviteter och är förenlig med begreppet "enhetlig eller gemensam fraktsats" i den mening som avses i artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86. Genom den andra grunden har sökandena förebrått kommissionen att den inte med tillämpning av artikel 85.3 i fördraget fattat beslut om deras begäran om individuellt undantag för befogenheten att ingå konferensserviceavtal.

1. Tillämpningen av det gruppundantag som föreskrivs i artikel 3 i förordning nr 4056/86

a) Parternas argument

- 485 Sökandena har för det första, tvärtemot vad kommissionen anför i punkt 464 i det omtvistade beslutet, hävdad att befogenheten att ingå konferensserviceavtal utgör en traditionell konferensaktivitet som är förenlig med begreppet "enhetlig eller gemensam fraktsats" som följaktligen åtnjuter det gruppundantag som föreskrivs i artikel 3 i förordning nr 4056/86. Eftersom befogenheten att ingå konferensserviceavtal enligt sökandena utgör en aktivitet som omfattas av gruppundantaget, borde avtalet om villkoren för konferensmedlemmarnas utövande av nämnda befogenhet också åtnjuta det gruppundantag som föreskrivs i förordning nr 4056/86. Sökandena har ytterligare preciserat att kommissionen inte diskuterar tillämpningen av gruppundantaget för gemensamma serviceavtal i TAA-beslutet.
- 486 Sökandena har framhållit att avtal mellan avlastare och konferenser om godshantering under en given period enligt en annan tariff än konferensens hör till traditionell konferenspraxis och att termen "serviceavtal" redan år 1961 användes av US Federal Maritime Board.
- 487 Sökandena har också gjort gällande att de detaljerat beskrivit dessa konferensavtal i sitt svar på meddelandet om anmärkningar (del II, s. 164–181) och de redogör i sin ansökan för traditionell konferenspraxis. Sökandena anser att dessa omständigheter visar att kommissionens argument om att serviceavtalen infördes först efter ikraftträdandet av US Shipping Act år 1994 och inte tillhör de traditionella konferensaktiviteterna, saknar grund.

- 488 För det andra har sökandena, i strid med slutsatserna i skäl 462 i det omtvistade beslutet, påstått att befogenheten att ingå konferensserviceavtal är förenlig med förekomsten av enhetliga eller gemensamma fraktsatser i den mening som avses i förordning nr 4056/86.
- 489 Enligt sökandena framgår det av förordning nr 4056/86 antingen att definitionen av enhetliga eller gemensamma fraktsatser är tillräckligt vid för att inbegripa lojalitetsavtal, TVR och oberoende åtgärder, eller att nämnda förordning gör det möjligt för konferensmedlemmarna att ingå ytterligare prisöverenskommelser med avlastare, som lojalitetsavtal, TVR och oberoende åtgärder.
- 490 Sökandena har hävdad att kommissionen inte tolkar begreppet "enhetliga eller gemensamma fraktsatser" på ett sammanhängande sätt. Enligt deras uppfattning använder kommissionen en snäv definition av uttrycket "enhetliga eller gemensamma" för att utesluta befogenheten att ingå konferensserviceavtal och framför konstgjorda argument för att särskilja serviceavtal från lojalitetsavtal, fraktsatser som är degressiva beroende på varaktigheten och mängden samt oberoende åtgärder.
- 491 Sökandena har vidare påstått att det inte förklaras i det omtvistade beslutet om de tjänster som tillhandahålls inom ramen för lojalitetsavtal, TVR, oberoende åtgärder och individuella serviceavtal utgör "tjänster som till innehållet är annorlunda jämfört med dem som normalt tillhandahålls avlastare som betalar konferensens tariffbaserade fraktsatser" i den mening som avses i skäl 450 i det omtvistade beslutet.
- 492 Sökandena har härvidlag först gjort gällande att kommissionen godtar att konferensmedlemmar under vissa förhållanden avviker från konferensens priser, men att denna ståndpunkt inte är förenlig med kommissionens definition av begreppet "enhetliga eller gemensamma fraktsatser". I synnerhet förklarar inte kommissionen om de tjänster som tillhandahålls inom ramen för lojalitetsavtal,

TVR och oberoende åtgärder utgör tjänster som ”till innehållet är annorlunda jämfört med dem som normalt tillhandahålls avlastare som betalar konferensens tariffbaserade fraktsatser”.

493 Sökandena har därefter gjort gällande att det inte klart framgår i det omtvistade beslutet huruvida de tjänster som tillhandahålls inom ramen för individuella serviceavtal — som enligt kommissionen skall godkännas av konferenserna — är (eller borde vara) ”till innehållet annorlunda jämfört med dem som normalt tillhandahålls avlastare som betalar konferensens tariffbaserade fraktsatser”. Om de är det, förklaras det inte i det omtvistade beslutet varför de tjänster som tillhandahålls inom ramen för konferensserviceavtal inte är det. Om däremot de tjänster som tillhandahålls inom ramen för individuella serviceavtal inte är av den typ som förutsätts i skäl 450 i det omtvistade beslutet, förklaras det inte i nämnda beslut i vilken mån de individuella serviceavtalen skulle vara förenliga med begreppet ”enhetliga eller gemensamma fraktsatser” såsom det tolkas av kommissionen.

494 Kommissionen har med stöd av ECTU redogjort för sin bristande förmåga att exakt förstå vad sökandena menar med uttrycket ”conference service contract authority”. Även om sökandena med detta uttryck avser att medlemmarna i konferensen kan ingå serviceavtal kollektivt med avlastare, understryker den att denna möjlighet i sig inte betraktas som en konkurrensbegränsning i det omtvistade beslutet. Följaktligen uppstår inte det av sökandena nämnda problemet.

## b) Förstainstansrättens bedömning

495 Sökandena har i huvudsak hävdats att det i det omtvistade beslutet med orätt konstateras att TACA-parternas befogenhet att gemensamt inom konferensen

ingå konferensserviceavtal enligt det röstningsförfarande som definieras i TACA-avtalet inte åtnjuter det gruppundantag som föreskrivs i artikel 3 i förordning nr 4056/86.

- 496 Förstainstansrätten skall innan den prövar denna fråga kontrollera om det i det omtvistade beslutet konstateras att nämnda befogenhet i sig utgör en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget.
- 497 Förstainstansrätten framhåller att kommissionen i skäl 449 i det omtvistade beslutet anger att gruppundantaget i artikel 3 i förordning nr 4056/86 "[inte] tillåter ... gemensamma serviceavtal". Kommissionen har dock i sitt svaromål vitsordat att uttrycket "gemensamma serviceavtal", vilket används i det omtvistade beslutet, avser såväl konferensserviceavtal som individuella serviceavtal som ingås gemensamt av flera bortfraktare.
- 498 Förstainstansrätten finner i likhet med sökandena att det skulle kunna härledas ur detta skäl i det omtvistade beslutet att kommissionen anser att själva det faktum att en linjekonferens ingår konferensserviceavtal, i sig utgör en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, vilket inte omfattas av det gruppundantag som föreskrivs enligt artikel 3 i förordning nr 4056/86 och som följaktligen, i avsaknad av ett individuellt undantag beviljat med tillämpning av artikel 85.3 i fördraget, är förbjudet enligt punkt 1 i denna bestämmelse. Detta äger desto större giltighet som ingåendet av konferensserviceavtal ytterst innebär att ett horisontellt avtal ingås om fastställande av priser. Sådana avtal utgör emellertid, förutom att de är uttryckligen förbjudna enligt artikel 85.1 a i fördraget, uppenbara överträdelse av de gemenskapsrättsliga konkurrensreglerna (förstainstansrättens domar av den 10 mars 1992 i mål T-14/89, Montedipe mot kommissionen, REG 1992, s. II-1155, punkt 265, och av den 6 april 1995 i mål T-148/89, Tréfilunion mot kommissionen, REG 1995, s. II-1063, punkt 109). Detta gäller även sjötransporter som omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 4056/86 (domen i det ovan i punkt 427 nämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkterna 100 och 210).

- 499 Det omtvistade beslutets exakta räckvidd i detta avseende måste emellertid bestämmas med utgångspunkt såväl i beslutsdelen som i skälen till beslutet (förstainstansrättens dom av den 17 september 1992 i mål T-138/89, NBV och NVB mot kommissionen, REG 1992, s. II-2181, punkt 31).
- 500 Förstainstansrätten framhåller härvidlag att kommissionen i artikel 3 i beslutsdelen i det omtvistade beslutet konstaterar att TACA-parterna har överträtt bestämmelserna i artikel 85.1 i fördraget ”genom att överenskomma om de villkor på vilka de får ingå serviceavtal med avlastare”. Förstainstansrätten noterar likaledes att kommissionen i motsvarande ordalag uppger i skälen 379 c och 607 b att det är avtalet ”mellan TACA-parterna om på vilka villkor de får ingå serviceavtal med avlastare” som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget.
- 501 Det framgår emellertid för det första av skälen 477–501 i det omtvistade beslutet angående tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget på TACA:s regler i fråga om serviceavtal att de enda ”villkor” som undersökts av kommissionen är dels förbudet under åren 1994 och 1995 mot att ingå individuella serviceavtal, dels de begränsningar som drabbar tillgänglighet och innehåll vad gäller serviceavtal, det vill säga enligt skälen 489–501 i det omtvistade beslutet, förbudet mot villkorsklausuler (”contingency”-klausuler), förbudet mot serviceavtal med längre varaktighet än ett år (vilket förlängdes först till två och sedan till tre år), förbudet mot att ingå flera avtal med samma avlastare, avtalsviten, konfidentiell behandling av serviceavtal och förbudet mot att vidta oberoende åtgärder i fråga om serviceavtal. Kommissionen avslutar sin analys i skäl 502 i det omtvistade beslutet med att dessa villkor inte kan bli föremål för individuellt undantag enligt artikel 85.3 i fördraget. Det skall även noteras att kommissionen i skäl 149 i det omtvistade beslutet bland de bindande riktlinjer som TACA-parterna infört om innehållet i serviceavtal och de förhållanden under vilka de får ingås räknar upp ”begränsningar av löptiden, förbud mot ’contingency’-klausuler och ingående av

flera avtal med samma avlastare, underrättelseskyldigheter och överenskommelser om vitesnivåer för avtalsbrott”.

- 502 Det måste däremot slås fast att själva det faktum att konferensserviceavtalen ingås gemensamt inom konferensen enligt det röstningsförfarande som definieras av konferensen inte finns bland de villkor som tas upp i skälen 477–501 i det omtvistade beslutet, och detta trots att de relevanta bestämmelserna i TACA-avtalet om nämnda förfarande för ingående av serviceavtal har anmälts, i likhet med de flesta villkor som tas upp i skälen 477–501, i syfte att erhålla individuellt undantag enligt artikel 85.3 i fördraget.
- 503 Förstainstansrätten framhåller för det andra att kommissionen uttryckligen förklarar i skäl 445 i det omtvistade beslutet inom ramen för prövningen av huruvida artikel 85.1 i fördraget är tillämplig på serviceavtal att ”[g]emensamma serviceavtal av det slag som TACA-parterna har ingått” omfattas av det förbud som uttalas i bestämmelsen. Enligt föregående skäl, efter att ha erinrat i skäl 442 om att TACA-parterna under åren 1994 och 1995 förbjöd ingåendet av individuella serviceavtal, uppger kommissionen emellertid i skäl 443 att ”[g]emensamma serviceavtal i vilka en eller flera bortfraktare är parter kan begränsa konkurrensen, bl.a. om det finns en uttrycklig eller tyst överenskommelse mellan dessa bortfraktare att inte individuellt sluta serviceavtal med samma avlastare”.
- 504 I ett sådant fall anser kommissionen såsom den utvecklar i skäl 445 att ”[g]emensamma serviceavtal[s] ... syfte eller resultat är att begränsa konkurrensen i fråga om priser och andra villkor mellan konkurrenter som tillhandahåller samma tjänster snarare än att erbjuda nya tjänster till avlastare”. I detta avseende framhåller kommissionen särskilt i skäl 446 att ”[o]m den tjänst som erbjuds skulle kunna erbjudas av ett enskilt rederi, kan bortfraktare vid frånvaro av ett gemensamt serviceavtal erbjuda sådana ytterligare tjänster som ökad ’gratistid’, utökad kredit och fri dokumentation eller rabatter på tjänster som erbjuds på



andra trader”. Kommissionen konstaterar emellertid följande i skäl 445: ”TACA-parterna har inte lämnat några bevis för att de gemensamma serviceavtalen leder till ytterligare vinster för avlastare jämfört med de tjänster som skulle kunna erbjudas av enskilda rederier.” I skälen 127 och 128 samt i skälen 145–148 i det omtvistade beslutets faktdel som innehåller en beskrivning av de av TACA-parterna ingångna serviceavtalen, betonar kommissionen tvärtom utförligt verkningarna av förbudet mot att ingå individuella serviceavtal vilket infördes av TACA för åren 1994 och 1995 och särskilt det faktum att de konferensserviceavtal som TACA ingått erbjud föga individuell service, till skillnad mot vad som gällde tidigare innan TAA/TACA trädde i kraft, då det var möjligt att ingå individuella serviceavtal.

505 Om således skälen 442–446 i det omtvistade beslutet läses sammantagna framgår det att kommissionen ansåg att själva det faktum att TACA-parterna gemensamt inom konferensen kunde ingå serviceavtal med avlastare enligt det röstningsförfarande som definieras i TACA, endast begränsade konkurrensen i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget såtillvida att det var förbjudet för samma TACA-parter att ingå individuella serviceavtal med den följd att dessa endast kunde inbegripa konferensserviceavtal med uteslutande av varje individuellt serviceavtal.

506 Förstainstansrätten konstaterar följaktligen med avseende på artikel 3 i beslutdelen i det omtvistade beslutet, såsom den tolkats mot bakgrund av de i skälen 442–502 angivna motiven, att när det i skäl 449 i det omtvistade beslutet anges att ”gemensamma serviceavtal” inte omfattas av gruppundantaget i artikel 3 i förordning nr 4056/86 och eftersom de i avsaknad av individuellt undantag beviljat med tillämpning av artikel 85.3 i fördraget är förbjudna enligt punkt 1 i denna bestämmelse, åsyftas endast det förbud mot att ingå individuella serviceavtal som ålagts TACA-parterna.

507 Det följer således av det ovan anförda att kommissionen i det omtvistade beslutet inte anser att TACA-parternas befogenhet att gemensamt inom konferensen ingå serviceavtal med avlastare enligt det röstningsförfarande som definieras i TACA-avtalet, som sådan, utgör en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget och att beslutet följaktligen inte innebär ett förbud mot användning av denna befogenhet. Det måste för övrigt slås fast att kommissionen uttryckligen har bekräftat, såväl i sitt svaromål som i sina svar på skriftliga frågor från förstainstansrätten och vid förhandlingen, att TACA-parterna genom det omtvistade beslutet inte är förbjudna att ingå sådana konferensserviceavtal. Förstainstansrätten noterar också att det framgår av beslut 2003/68 om det ändrade TACA-avtalet, bland annat i skäl 66, att TACA-parterna fortsatte att erbjuda konferensserviceavtal efter det att det omtvistade beslutet antagits.

508 Förstainstansrätten konstaterar således att denna grund saknar föremål.

## 2. Beviljande av individuellt undantag i enlighet med artikel 85.3 i fördraget

### a) Parternas argument

509 Sökandena har påstått att de i sin ansökan om undantag av den 5 juli 1994 begärde individuellt undantag för befogenheten att ingå konferensserviceavtal ("conference service contract authority"). De har tillagt att, även om befogenheten att ingå konferensserviceavtal bedöms strida mot artikel 85.1 i fördraget och den inte omfattas av gruppundantaget i artikel 3 i förordning nr 4056/86, avsåg inte kommissionen att eventuellt bevilja individuellt undantag och det hänvisas inte i artikel 3 i det omtvistade beslutet till deras ansökan om undantag.

- 510 Kommissionen har med stöd av ECTU vidhållit att den inte förstår begreppet ”conference contract service authority” vilket används av sökandena. Kommissionen har i vart fall gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

#### b) Förstainstansrättens bedömning

- 511 Sökandena har uppgett som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten att de bland annat med avseende på beslut 2003/68/EG inte vidhåller denna grund. Följaktligen finns det inte längre någon anledning att ta ställning till denna grund.

#### B — Regler i TACA-avtalet om serviceavtal

- 512 Genom dessa grunder har sökandena bestridit kommissionens bedömningar i det omtvistade beslutet, för det första av reglerna om innehållet i konferensserviceavtal, för det andra av reglerna om förekomsten och innehållet vad gäller individuella serviceavtal och för det tredje av förbudet mot oberoende åtgärder i fråga om serviceavtal.

#### 1. Regler om innehållet i konferensserviceavtal

##### a) Parternas argument

- 513 Sökandena har först påstått att eftersom befogenheten att ingå konferensserviceavtal omfattas av gruppundantaget i artikel 3 i förordning nr 4056/86 har TACA-parterna med nödvändighet befogenhet att fastställa regler för hur de villkor

bestäms på vilka de i egenskap av konferens kan ingå konferensserviceavtal. TACA:s fastställande av dessa villkor omfattas därför även av gruppundantaget.

- 514 Sökandena har framhållit att kommissionen inte behandlar denna fråga i det omtvistade beslutet. De har följaktligen yrkat att det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras såtillvida att konstaterandet av att gruppundantaget inte är tillämpligt på reglerna om konferensserviceavtal baseras på den felaktiga slutsatsen att gruppundantaget inte är tillämpligt på befogenheten att ingå konferensserviceavtal.
- 515 Därefter har sökandena framhållit att kommissionen inte har undersökt om befogenheten att ingå konferensserviceavtal uppfyller kraven för beviljande av individuellt undantag. Enligt sökandena kan kommissionen inte vägra att bevilja individuellt undantag för TACA:s regler om innehållet i konferensserviceavtal utan att först göra en sådan undersökning.
- 516 Sökandena har följaktligen begärt att det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras på grund av bristfällig motivering genom att det enligt beslutet inte beviljas individuellt undantag för TACA:s regler om serviceavtal.
- 517 Vad beträffar ECTU:s uttalande att ”det är i vart fall svårt att föreställa sig omständigheter under vilka individuellt undantag skulle kunna beviljas för gemensamma serviceavtal”, har sökandena gjort gällande att detta uttalande inte avspeglar kommissionens ståndpunkt i dess svaromål enligt vilken kommissionen är benägen att tillåta medlemmar i linjekonferenser att ingå gemensamma serviceavtal.

518 Kommissionen har med stöd av ECTU gjort gällande att den inte förstår vad sökandena menar med ”conference contract service authority” eller med ”regler om konferensserviceavtal”. Kommissionen har yrkat att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

#### b) Förstainstansrättens bedömning

519 Sökandena har genom dessa grunder i huvudsak gjort gällande, såsom de uppgett i sitt svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten angående räckvidden hos deras grunder om överträdelse av artikel 85 i fördraget, att TACA-parternas befogenhet att gemensamt inom konferensen ingå konferensserviceavtal enligt det röstningsförfarande som definieras i TACA-avtalet, med nödvändighet skänker dem befogenheten att bestämma innehållet i nämnda avtal. De anser emellertid att de i det omtvistade beslutet inte tillerkänns denna sistnämnda befogenhet.

520 Förstainstansrätten erinrar om att det redan har konstaterats ovan, tvärtemot vad sökandena har hävdad, att TACA-parterna genom det omtvistade beslutet inte är förbjudna enligt artikel 85 i fördraget att ingå nämnda konferensserviceavtal. Förstainstansrätten skall inte desto mindre kontrollera ytterligare om det omtvistade beslutet, såsom sökandena har gjort gällande, innebär ett förbud för dem att med tillämpning av samma bestämmelse inom ramen för konferensen fritt bestämma innehållet i nämnda avtal.

521 Förstainstansrätten erinrar härvidlag om att kommissionen i artikel 3 i beslutetsdelen i det omtvistade beslutet konstaterar att TACA-parterna har överträtt bestämmelserna i artikel 85.1 i fördraget ”genom att överenskomma om de villkor på vilka de får ingå serviceavtal med avlastare”. I enlighet med vad som konstateras ovan framgår det dock av skälen 477–501 i det omtvistade beslutet angående tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget på TACA:s regler i fråga om serviceavtal att nämnda ”villkor” avser, utöver förbudet under åren 1994 och 1995 mot att ingå individuella serviceavtal, vissa begränsningar som drabbar

tillgänglighet och innehåll vad gäller serviceavtal, det vill säga enligt skälen 489–501 i det omtvistade beslutet, förbudet mot villkorsklausuler ("contingency"-klausuler), förbudet mot serviceavtal med längre varaktighet än ett år (vilket förlängdes först till två och sedan till tre år), förbudet mot att ingå flera avtal med samma avlastare, avtalsviten, konfidentiell behandling av serviceavtal och förbudet mot att vidta oberoende åtgärder i fråga om serviceavtal.

- 522 Det måste slås fast att det i skälen 472–502 i det omtvistade beslutet i fråga om de sistnämnda begränsningarna inte görs någon åtskillnad mellan individuella serviceavtal och konferensserviceavtal. Tvärtom understryker kommissionen uttryckligen i skäl 442 i det omtvistade beslutet i samband med tillämpningen av artikel 85.1 i fördraget att, trots de förändringar som gjorts av TACA:s regler, har de villkor som föreskrivs fortsatt att tillämpas på "alla serviceavtal som TACA-parterna ingår (vare sig de är individuella eller gemensamma)". Förstainstansrätten framhåller vidare att en av de begränsningar som tas upp i skälen 487–501, nämligen förbudet mot oberoende åtgärder, endast, såsom framgår av skälen 131–139 och skäl 449, kan avse konferensserviceavtal och inte individuella serviceavtal. När kommissionen dessutom konstaterar i skäl 493 att förbudet mot att ingå flera avtal med samma avlastare har till följd att en part i ett gemensamt serviceavtal inte kan ingå något individuellt serviceavtal, åsyftar kommissionen uttryckligen en begränsning som drabbar konferensserviceavtal. Slutligen noterar förstainstansrätten att skälen 472–502 tillhör den avdelning i det omtvistade beslutet som ägnas åt tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget på "gemensamma" serviceavtal ("XX. Gemensamma serviceavtal — tillämpning av artikel 85.3").

- 523 Mot bakgrund av dessa överväganden och med hänsyn till att uttrycket "gemensamma serviceavtal" vilket används i det omtvistade beslutet kan avse konferensserviceavtal, såsom kommissionen har angett i sitt svaromål, finner förstainstansrätten i likhet med sökandena att det skulle kunna härledas ur det omtvistade beslutet att det innebär ett förbud för TACA att fritt bestämma innehållet i nämnda konferensserviceavtal.

- 524 Det omtvistade beslutet måste emellertid läsas i sin helhet. Förstainstansrätten konstaterar dock att när det gäller frågan om huruvida artikel 85.1 i fördraget är tillämplig på serviceavtal uppger kommissionen — efter att ha anfört i skäl 445 att denna bestämmelse är tillämplig på "[g]emensamma serviceavtal av det slag som TACA-parterna har ingått", ett uttryck som därför såsom förstainstansrätten funnit ovan i punkt 506, avser förbud mot individuella serviceavtal — i skäl 447 att "[ö]verenskommelsen mellan TACA-parterna att begränsa de villkor på vilka individuella serviceavtal får ingås" också omfattas av artikel 85.1 i fördraget. När det gäller tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget, preciserar kommissionen efter att ha konstaterat att det gruppundantag som anges i förordning nr 4056/86 inte är tillämpligt på "gemensamma serviceavtal av det slag som TACA-parterna ingått" i punkt 464 i det omtvistade beslutet att härav följer att "begränsningar av tillgänglighet eller innehåll vad gäller individuella serviceavtal" inte omfattas av gruppundantaget.
- 525 Det framgår av det omtvistade beslutet att de begränsningar som drabbar innehållet i serviceavtal som tas upp i skälen 487–501 endast omfattas av artikel 85.1 i fördraget — och att när det gruppundantag som föreskrivs i artikel 3 i förordning nr 4056/86 inte är tillämpligt på begränsningarna, det endast är nödvändigt att bevilja individuellt undantag för dem i enlighet med artikel 85.3 i EG-fördraget — i den mån begränsningarna rör villkoren för ingående av individuella serviceavtal, antingen genom att innehållet i nämnda avtal eller villkoren för avtalens tillgänglighet bestäms.
- 526 Beträffande innehållet i individuella serviceavtal framgår det således av skälen 487–501 att det omtvistade beslutet innebär att TACA-parterna är förbjudna att i dessa avtal införa villkor som innebär förbud mot villkorsklausuler ("contingency"-klausuler), förbud mot serviceavtal med längre varaktighet än ett år (vilket förlängdes först till två och sedan till tre år) och avtalsviten. Det framgår likaledes i fråga om villkor för individuella serviceavtals tillgänglighet av samma skäl att TACA-parterna genom det omtvistade beslutet är förbjudna att med tillämpning av de regler som föreskrivs i TACA-avtalet angående serviceavtal kräva

underrättelse i fråga om de individuella serviceavtalens villkor och med avseende på förbudet att ingå flera avtal med samma avlastare och förbudet mot oberoende åtgärder, att hindra parterna i ett konferensserviceavtal från att ingå individuella serviceavtal och att vidta en oberoende åtgärd i fråga om konferensserviceavtal.

527 Såvida villkoren i av TACA-parterna ingångna konferensserviceavtal inte påverkar innehåll eller tillgänglighet vad gäller individuella serviceavtal är TACA-parterna genom det omtvistade beslutet inte förbjudna, utan att det påverkar tillämpningen av artikel 86 i fördraget, att inom ramen för konferensen fritt bestämma innehållet i konferensserviceavtal, bland annat deras varaktighet och storleken på avtalsvitena. Det är visserligen sant att somliga begränsningar som tas upp i skälen 487–501 i det omtvistade beslutet åläggs TACA-parter som ingått konferensserviceavtal. Såsom har framhållits ovan bestäms emellertid inte genom dessa begränsningar innehållet i sådana avtal utan på sin höjd indirekt villkoren för individuella servicekontrakts tillgänglighet och för vidtagande av oberoende åtgärder.

528 Förstainstansrätten konstaterar följaktligen, såsom kommissionen har angett såväl i sina inlagor och svar på förstainstansrättens skriftliga frågor som vid förhandlingen när den besvarade specifika frågor på denna punkt, att lika litet som det omtvistade beslutet innebär något förbud för TACA-parterna att med tillämpning av artikel 85 i fördraget ingå konferensserviceavtal, innebär det något förbud att med tillämpning av nämnda bestämmelse fritt bestämma innehållet i dessa avtal. Kommissionen anser nämligen i det omtvistade beslutet att befogenheten att ingå konferensens serviceavtal, såvida inte artikel 86 i fördraget är tillämplig, med nödvändighet innebär en befogenhet att fritt bestämma innehållet i avtalen.

529 Förstainstansrätten konstaterar således att dessa grunder saknar föremål.



## 2. Regler om tillgänglighet och innehåll vad gäller individuella serviceavtal

### a) Parternas argument

- 530 Sökandena har hävdad att kommissionens uppfattning i skäl 464 i det omtvistade beslutet om att eftersom ”[g]emensamma serviceavtal av det slag som TACA-parterna har ingått” inte beviljas gruppundantag kan inte heller ett avtal som begränsar individuella serviceavtal komma i åtnjutande av gruppundantag, inte är motiverat och att den är ologisk. Kommissionen förklarar nämligen inte varför det undantag som föreskrivs i artikel 3 i förordning nr 4056/86 inte kan tillämpas på begränsningar av tillgång till individuella serviceavtal och deras innehåll.
- 531 Sökandena har uppmärksammat att det enda synbara skäl till att kommissionens slutsats är berättigad, är att med hänsyn till att artikel 3 i förordning nr 4056/86 inte är tillämplig på befogenheten att ingå konferensserviceavtal kan den inte heller tillämpas på ett avtal genom vilket begränsningar åläggs innehållet i individuella serviceavtal. Enligt sökandena har konferensmedlemmarna emellertid, även om gruppundantaget inte är tillämpligt på befogenheten att ingå konferensserviceavtal, rätt att ingå eller avstå från att ingå individuella avtal och att avtala om begränsningar av innehållet i avtalen.
- 532 Eftersom medlemmarna i en konferens har rätt att förbjuda individuella serviceavtal följer härav enligt sökandena att varje uppluckring av detta förbud inte utgör en begränsning som är oacceptabel i konkurrenshänseende. Följaktligen anser de att konstaterandet att gruppundantaget inte är tillämpligt på reglerna om individuella serviceavtals tillgänglighet och innehåll baseras på det felaktiga konstaterandet att förbudet mot sådana avtal inte omfattas av gruppundantaget.

533 Kommissionen har med stöd av ECTU gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

b) Förstainstansrättens bedömning

534 Sökandena har genom dessa grunder bestridit kommissionens bedömningar av tillämpningen av gruppundantaget i artikel 3 i förordning nr 4056/86 på TACA:s regler om tillgänglighet och innehåll vad gäller individuella serviceavtal.

535 Sökandena har för det första gjort gällande att det omtvistade beslutet innehåller en ologisk motivering i skäl 464 vad gäller gruppundantagets bristande tillämplighet på förbudet mot individuella serviceavtal och på begränsningar av sådana avtals tillgänglighet och innehåll.

536 Förstainstansrätten framhåller att kommissionen enligt skäl 464 i det omtvistade beslutet anser följande: "Gemensamma serviceavtal av det slag som TACA-parterna har ingått tillhör inte de traditionella konferensaktiviteter som har beviljats gruppundantag, eftersom de infördes först efter genomförandet av US Shipping Act år 1994. Härav följer också att begränsningar av tillgänglighet eller innehåll vad gäller individuella serviceavtal inte omfattas av gruppundantaget och om de skall kunna bli berättigade till individuella undantag måste det visas att de uppfyller villkoren i artikel 85.3 i EG-fördraget."

537 Det måste i likhet med vad sökanden hävdar medges att kommissionens resonemang på denna punkt är helt ologiskt. Den omständigheten att gemensamma serviceavtal som TACA har ingått inte utgör traditionell praxis

för TACA kan inte logiskt motivera att begränsningar av tillgängligheten till individuella avtal, inklusive ett rent förbud mot dem under åren 1994 och 1995, samt begränsningar av deras innehåll inte omfattas av gruppundantaget.

- 538 Även om den motivering som framförs i det omtvistade beslutet på denna punkt därför är felaktig konstaterar förstainstansrätten emellertid, av skäl som redogörs för i punkterna 1381–1385 i samband med prövningen av grunderna om underlåtet iakttagande av det förfarande som föreskrivs i förordning nr 4056/86, att det är med rätta som kommissionen anser i skäl 464 i det omtvistade beslutet att förbudet mot individuella serviceavtal under åren 1994 och 1995 och begränsningarna av tillgänglighet och innehåll vad gäller individuella serviceavtal som tillämpats från och med år 1996 inte omfattas av gruppundantaget.
- 539 Följaktligen kan talan inte vinna bifall på denna grund.
- 540 För det andra har sökandena hävdats att eftersom förbudet mot individuella serviceavtal har beviljats gruppundantag följer härav att varje uppluckring som skett av detta förbud likaledes åtnjuter nämnda undantag.
- 541 Det räcker härvidlag att konstatera, av skäl som redogörs för nedan i punkterna 1381–1385 i samband med prövningen av grunderna om underlåtet iakttagande av det förfarande som föreskrivs i förordning nr 4056/86, att förbudet mot individuella serviceavtal inte omfattas av gruppundantaget.
- 542 Följaktligen är den premiss som grunden baseras på felaktig och talan kan redan av det skälet inte vinna bifall på denna grund.

### 3. Förbudet mot oberoende åtgärder i fråga om serviceavtal

#### a) Parternas argument

- 543 Sökandena har hävdade att det omtvistade beslutet inte innehåller någon motivering av kommissionens påstående om att förbudet mot oberoende åtgärder i fråga om konferensserviceavtal inte kan beviljas det i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget och inte heller något individuellt undantag.
- 544 Kommissionen har med stöd av ECTU gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

#### b) Förstainstansrättens bedömning

- 545 Såsom sökandena har uppmärksammat inskränker sig kommissionen till att i skäl 449 anföra att förbudet mot oberoende åtgärder i fråga om konferensserviceavtal inte kan beviljas tillämpning av det i artikel 3 i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget, utan att ge någon specifik förklaring härtill.
- 546 Förstainstansrätten erinrar emellertid om att kommissionen i skälen 451–471 i det omtvistade beslutet i detalj redogör för skälen till att konferensserviceavtal inte omfattas av nämnda undantag. Eftersom kommissionen har konstaterat att konferensserviceavtal inte omfattas av gruppundantaget i artikel 3 i förordning nr 4056/86, med motiveringen att de fraktsatser som föreskrivs i dessa avtal

varierar beroende på avlastare och därför inte utgör enhetliga eller gemensamma fraktsatser, följer härav att den tillhörande begränsning som har till syfte att säkerställa iakttagandet av de fraktsatser som föreskrivs i konferensserviceavtal och som innebär ett förbud mot att vidta oberoende åtgärder i fråga om dessa, med samma motivering inte kan komma i åtnjutande av en tillämpning av detta gruppundantag.

547 Vad beträffar beviljandet av individuellt undantag med tillämpning av artikel 85.3 i fördraget, räcker det att konstatera att det anges i skäl 500 i det omtvistade beslutet dels att sökandena inte har uppgett något skäl till varför ifrågavarande förbud skulle uppfylla villkoren för att beviljas individuellt undantag, dels att oberoende åtgärder tidigare var tillåtna. Vidare anges det i skäl 501 i det omtvistade beslutet att förbudet mot oberoende åtgärder i fråga om serviceavtal inte förefaller vara oumbärligt, med tanke på att det förekommer oberoende åtgärder i fråga om själva tariffen och att detta förbud inte medför några fördelar för konsumenterna.

548 Härav följer att det omtvistade beslutet ger sökandena tillräckliga upplysningar för att de skall veta om det omtvistade beslutet är välgrundat vad gäller tillämpningen av förordning nr 4056/86 och artikel 85.3 i fördraget på förbudet mot oberoende åtgärder i fråga om serviceavtal eller om det tvärtom eventuellt är behäftat med ett sådant fel att det är möjligt att ifrågasätta dess giltighet (förstainstansrättens dom av den 11 december 1996 i mål T-49/95, Van Megen Sports mot kommissionen, REG 1996, s. II-1799, punkt 51).

549 Följaktligen är det omtvistade beslutet tillräckligt motiverat på dessa punkter och talan kan inte vinna bifall på denna grund om bristfällig motivering.

*Den tredje delen: Bedömningarna i det omtvistade beslutet av reglerna om ersättning till speditörer*

A — Parternas argument

- 550 Sökandena har för det första påstått att den juridiska betydelsen inte beaktas i det omtvistade beslutet av att det sluts avtal mellan konferensmedlemmar om maximinivåer för ersättning till speditörer och inte heller av det sätt på vilket dessa avtal behandlas i amerikansk rätt och att av denna anledning och på grund av avsaknaden av adekvat motivering som är den direkta följden härav borde artiklarna 2 och 4 i det omtvistade beslutet ogiltigförklaras.
- 551 Sökandena har i detta hänseende hävdad att kommissionen gör en alltför snäv tolkning av uttrycket att ”reglera priser och transportvillkor” som förekommer i artikel 3 i förordning nr 4056/86 och att den har en annan inställning än annorstädes bland annat till serviceavtal. Att ingå avtal i vilka tak fastställs för ersättning till speditörer utgör en praxis som härstammar från början av 1900-talet och som förekommer inte bara i Förenta staterna utan också i andra länder. Sökandena har gjort gällande att konferensparter i Förenta staterna kan komma överens om belopp, nivåer och villkor för ersättning till speditörer.
- 552 Sökandena har för det andra hävdad att det finns ett ”direkt och nödvändigt samband” mellan fraktsatserna och de belopp som betalas ut till speditörer så att avtalet om maximiersättningar för speditörer måste betraktas som en nödvändig och accessorisk följd av avtalet om fraktsatser vilket beviljats det i artikel 3 i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget.

- 553 Sökanden i mål T-213/98 har för det tredje hävdad att kommissionen inte har förstått speditörens ställning och hans avtalsförhållande till bortfraktaren och till hans kund (avlastaren). Speditören tillhandahåller normalt inga tjänster till rederiet. Det finns inget avtal mellan speditören och rederiet om tillhandahållande av sådana tjänster, och ersättningen till speditören utgör inte betalning för sådana tjänster. Följaktligen är kommissionens bedömning av ifrågavarande avtal med avseende på artikel 85.1 och 85.3 i fördraget felaktig.
- 554 Sökanden anser att beskrivningen i det omtvistade beslutet av det sätt på vilket speditörerna agerar på marknaden är otydlig på en särskild punkt. Den allmänna regeln i Kontinentaleuropa är nämligen att speditören, även om han agerar som ombud för sin kund (avlastaren), är mellanhand i förhållande till rederiet. Ersättningen till speditören är därför i realiteten en reduktion av fraktsatsen i form av en rabatt på det belopp som speditören är skyldig bortfraktaren enligt transportavtalet. Eftersom TACA-avtalet består i att tak fastställs för ersättning till speditörer i Kontinentaleuropa, är det således ett avtal som har till syfte att reglera priser och transportvillkor i den mening som avses i artikel 3 i förordning nr 4056/86.
- 555 Sökanden har framhållit att kommissionens bedömning baseras på tanken att speditörernas ersättning betalas av TACA-medlemmarna i form av priser för vissa tjänster som speditörerna tillhandahåller rederierna. Detta är felaktigt.
- 556 I Förenade kungariket och Irland varierar speditörens ställning från fall till fall. Han kan agera som ombud i vilket fall transportavtalet ingås mellan rederiet och avlastaren. Under vissa förhållanden kan han ingå avtal med rederiet.

557 Sökanden anser i vart fall att samma felaktiga analys har gjorts i tillämpliga delar i fråga om situationen i Förenade kungariket och Irland. Särskilt det faktum att det i dessa två länder inte betalas ut något belopp till speditörerna, bekräftar att dessa inte tillhandahåller någon särskild tjänst till rederierna och att de enda tjänster som de tillhandahåller är tjänster till sina kunder (avlastarna) som är de enda som betalar ersättning till dem. Härav följer att den regel genom vilken det är förbjudet i Förenade kungariket och Irland att betala provision till speditörerna inte är något annat än ett förbud mot att ge rabatter på fraktsatserna.

558 För det fjärde har sökanden i mål T-213/98 tillagt att det omtvistade beslutet är otillräckligt motiverat i följande avseenden:

- De enda intermediära tjänster som speditörerna tillhandahåller i ifrågavarande situation är tjänster som de tillhandahåller sina kunder (avlastare), för vilka de är ombud.
- Det omtvistade beslutet innehåller inte någon beskrivning av tjänster som speditörerna kan tänkas tillhandahålla rederierna och det förklaras inte hur dessa tjänster skiljer sig från dem som tillhandahålls avlastarna.
- I det omtvistade beslutet identifieras inte avtalsförbindelser eller andra förbindelser mellan rederierna och speditörerna enligt vilka sådana tjänster kan tänkas tillhandahållas rederierna, eftersom det har noterats att det i realiteten inte finns något separat avtal för sådana tjänster och den enda avtalsförbindelse som existerar mellan speditören och rederiet är den enligt vilken speditören i Kontinentaleuropa agerar som ombud inom ramen för ett transportavtal med det berörda rederiet.



559 Kommissionen har med stöd av ECTU gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på dessa grunder.

## B — Förstainstansrättens bedömning

560 Genom dessa grunder har sökandena, som inte har bestridit att ifrågavarande avtal är konkurrensbegränsande i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, i huvudsak gjort gällande att det omtvistade beslutet är felaktigt på flera punkter såtillvida att det konstateras i skälen 509–511 att ifrågavarande avtal inte omfattas av det gruppundantag som föreskrivs i artikel 3 i förordning nr 4056/86.

561 Förstainstansrätten erinrar härvidlag om att det i artikel 3 i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget avser avtal om fastställande av transportpriser och transportvillkor som beslutats inom ramen för linjekonferenser vilka enligt artikel 1.3 b i nämnda förordning skall tillämpa ”enhetliga eller gemensamma fraktsatser ... för sin reguljära linjetrafik”.

562 Härav följer att för att de avtal om fastställande av priser som ingås av medlemmarna i en linjekonferens skall omfattas av det i artikel 3 i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget måste de innebära att en enhetlig eller gemensam fraktsats införs (TAA-domen, punkterna 138–143).

563 Såsom framgår av skäl 164 i det omtvistade beslutet består det i ifrågavarande mål aktuella avtalet enligt artikel 5.1 c i TACA-avtalet av att TACA-parterna skall avtala om belopp, nivåer och satser för ersättningar till mäklare och speditörer

samt villkor för betalning av sådana belopp och utnämning av personer som kan agera som mäklare.

564 Det måste slås fast att det inte införs någon fraktsats i den mening som avses i artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86 genom ett sådant avtal, utan det fastställs endast nivåer på de provisioner som linjekonferensens medlemmar betalar till speditörer som ersättning för intermediära servicetjänster som de tillhandahåller egenskap av ombud för avlastare. Sådana tjänster som i enlighet med vad som framgår av skäl 163 i det omtvistade beslutet består i att skaffa en bortfraktare för transport av godset och att förhandla om villkoren för transporten och fullgöra administrativa formaliteter såsom färdigställande av dokumentation och tullklarering kan inte räknas som sjötransporttjänster i egentlig mening vilka är föremål för fraktsatser som omfattas av gruppundantaget. Förstainstansrätten noterar således att till skillnad från den fraktsats som betalas av avlastare till rederier, betalas de provisioner som är föremål för ifrågakavande avtal av rederierna till ombuden för avlastarna.

565 Under dessa förhållanden var det med rätta som kommissionen uteslöt att det var möjligt att tillämpa det i artikel 3 i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget på ifrågakavande avtal.

566 Ingen av de av sökandena framförda grunderna föranleder förstainstansrätten att göra någon annan bedömning.

567 Vad först beträffar grunden om att det skulle finnas ett direkt och nödvändigt samband mellan fraktsatserna och de belopp som betalas ut till speditörer, räcker det att konstatera att även om sökandena har åberopat att det finns ett sådant samband har de inte förklarat vari detta samband består. Förstainstansrätten har i detta avseende vidare noterat, såsom kommissionen med rätta framhåller i skäl

517 i det omtvistade beslutet, att den omständighet som sökanden i mål T-213/98 understrukit att bortfraktare inte betalar någon provision till speditörerna i Förenade kungariket och Irland tvärtom tyder på att ifrågavarande avtal på intet sätt är oumbärligt för fastställande av fraktsatser.

568 Även om det hade visats att det fanns ett sådant direkt och nödvändigt samband, skulle detta emellertid inte medföra att ifrågavarande avtal härigenom omfattades av gruppundantaget i artikel 3 i förordning nr 4056/86. Enligt fast rättspraxis måste nämligen, med hänsyn till den allmänna principen i artikel 85.1 i fördraget om förbud mot konkurrensbegränsande samverkan, bestämmelser om avvikelser från detta förbud i en förordning om undantag på grund av sin art vara föremål för en restriktiv tolkning (förstainstansrättens dom av den 22 april 1993, i mål T-9/92, Peugeot mot kommissionen, REG 1993, s. II-493, svensk specialutgåva, volym 14, s. 53, punkt 37, och av den 8 oktober 1996 i de förenade målen T-24/93-T-26/93 och T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-1201, punkt 48, kallade CEWAL I-domarna). Förstainstansrätten erinrar dock om att tillämpningsområdet för förordning nr 4056/86 enligt artikel 1.2 i samma förordning är begränsat till sjötransporter från hamn till hamn. Följaktligen kan inte det i artikel 3 i nämnda förordning föreskrivna gruppundantaget utsträckas till att omfatta tjänster som, även om de kan betraktas som accessoriska till eller nödvändiga för sjötransport från hamn till hamn, inte som sådana utgör sjötransporttjänster som omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 4056/86. Det sagda äger desto större giltighet som dessa tjänster hänför sig till en särskild marknad på vilken speditörerna, såsom framgår av skäl 156 i det omtvistade beslutet, konkurrerar med andra ekonomiska aktörer som NVOCC- bortfraktarna (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 196 nämnda FEFC-målet, punkt 261).

569 Vad därefter gäller grunden om att ifrågavarande avtal skulle avspegla traditionell konferenspraxis i Förenta staterna och i andra länder betonar förstainstansrätten att tillämpningen av det i artikel 3 i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget på ett bestämt avtal inte endast kan bero på om det är ett sedvanligt avtal utan framför allt på prövningen av huruvida detta avtal omfattas av tillämpningsområdet för nämnda gruppundantag. Enligt rättspraxis kan vidare nationell praxis, även om den vore gemensam för alla medlemsstater, inte ha någon betydelse för tillämpningen av konkurrensreglerna i fördraget (domen i de

ovan i punkt 162 nämnda förenade målen VBVB och VBBB mot kommissionen, punkt 40). Praxis i vissa tredje stater kan följaktligen *a fortiori* inte styra tillämpningen av gemenskapsrätten (domen i det ovan i punkt 196 nämnda FEFC-målet, punkt 341).

- 570 Härav följer att den av sökandena påstådda omständigheten att ifrågavarande avtal skulle avspegla traditionell konferenspraxis i Förenta staterna och i andra länder inte i sig, i kraft av själva sakförhållandet, kan leda till att det visas att kommissionen med orätt utslöt att det i artikel 3 förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget kunde tillämpas på nämnda avtal.
- 571 I den mån sökandena härutöver har gjort gällande att motiveringen är bristfällig på denna punkt, sammanfaller denna grund med den specifika grunden om bristfällig motivering av det uteblivna beaktandet av amerikansk rätt, vilken är föremål för en särskild prövning i punkterna 1396–1411 nedan.
- 572 Vad gäller den grund som åberopats av den enda sökanden i mål T-213/98, enligt vilken den ersättning som bortfraktare betalar speditörer inte utgör priset för tillhandahållna tjänster utan en reduktion av fraktsatsen, är det tillräckligt att notera att nämnda grund baseras på den felaktiga premissen att speditörerna inte skulle tillhandahålla bortfraktarna några tjänster. Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen i skäl 163 i det omtvistade beslutet konstaterar, utan att motsägas av sökanden på denna punkt, att när speditörerna agerar som ombud för avlastarna är deras uppgift att skaffa en bortfraktare för transport av godset och att förhandla om villkoren för transporten och fullgöra administrativa formaliteter. Det måste medges att sådana tjänster inte endast kommer avlastare till del utan även bortfraktare eftersom de syftar till att underlätta ingåendet och genomförandet av ett sjötransportavtal.

- 573 Förstainstansrätten noterar härvidlag vidare att den omständigheten att bortfraktare inte betalar någon provision till speditörer i Förenade kungariket och Irland, långt ifrån visar att speditörerna inte tillhandahåller några tjänster till bortfraktarna utan snarare, såsom sökanden själv förefaller medge, tyder på att det finns ett avtal i dessa medlemsstater genom vilket all betalning av provision är förbjuden och som med avseende på artikel 85.1 i fördraget är mer konkurrensbegränsande än ifrågavarande avtal.
- 574 Vad slutligen gäller den grund om bristfällig motivering som åberopats av samma sökande, noterar förstainstansrätten att den kritik som formulerats av sökanden i realiteten syftar till att bestrida kommissionens bedömningar i det omtvistade beslutet av de tjänster som speditörerna tillhandahåller och av deras rättsliga ställning i förhållande till bortfraktare och avlastare. Sådana argument som av ovan angivna skäl inte kan godtas saknar dock relevans vid en prövning av huruvida motiveringsskyldigheten fullgjorts (domen av den 20 april 1999 i de ovan i punkt 191 nämnda förenade målen PVC II, punkt 389).
- 575 Även om de argument som sökandena framfört inom ramen för denna grund kan anses avse ett bestridande av motiveringen i det omtvistade beslutet, erinrar förstainstansrätten om att kommissionen enligt fast rättspraxis visserligen enligt artikel 190 i EG-fördraget (nu artikel 253 EG) är skyldig att ange de faktiska och rättsliga omständigheter som utgör den rättsliga grunden för beslutet samt de överväganden som fått kommissionen att fatta sitt beslut. Däremot behöver inte kommissionen behandla samtliga faktiska och rättsliga frågor som har åberopats under det administrativa förfarandet (se bland annat domstolens dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, Remia m.fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 2545, punkterna 26 och 44). Kommissionen är på sin höjd enligt artikel 190 i fördraget skyldig att särskilt bemöta endast de huvudsakliga påståenden som sökandena gjort under det administrativa förfarandet (domen i det ovan i punkt 196 nämnda FEFC-målet, punkt 426).

- 576 Det måste dock i förevarande mål slås fast att sökandena under det administrativa förfarandet, särskilt i svaret på meddelandet om anmärkningar, inte har framfört någon omständighet i syfte att bestrida de av kommissionen i meddelandet om anmärkningar utförda bedömningarna av tjänster som tillhandahålls av speditörer och deras rättsliga ställning i förhållande till bortfraktare och avlastare. Uppenbarligen kan inte kommissionen klandras vad gäller iakttagandet av motiveringsskyldigheten för att den inte tog ställning i det omtvistade beslutet till omständigheter som inte förelagts den före antagandet av nämnda beslut.
- 577 Av alla dessa skäl kan talan inte vinna bifall på de grunder som sökandena åberopat gentemot kommissionens bedömningar av avtalet om ersättning till speditörer.

*Slutsats angående grunderna om avsaknad av överträdelse av artikel 85 i fördraget och artikel 2 i förordning nr 1017/68 samt förekomsten av olika brister i motiveringen på denna punkt*

- 578 Det följer av det ovan anförda att talan inte kan vinna bifall på dessa grunder.

*III — Grunderna om avsaknad av överträdelse av artikel 85 i EG-fördraget och förekomsten av olika brister i motiveringen på denna punkt*

- 579 Dessa grunder har i huvudsak uppdelats i tre delar. Inom ramen för den första delen har sökandena bestridit att deras ställning kan bedömas kollektivt. Inom ramen för andra delen har de gjort gällande att TACA-medlemmarna inte har

någon dominerande ställning. Slutligen har sökanden inom ramen för den tredje delen bestridit de båda missbruk av dominerande ställning som kommissionen förebrår dem i det omtvistade beslutet.

*Inledande anmärkning om talans upptagande till sakprövning på dessa grunder*

- 580 Kommissionen har inledningsvis påstått att den del av ansökningarna i vilken artikel 86 i fördraget behandlas inte kan upptas till sakprövning på grund av att det begärs att de faktiska bedömningar som formuleras i skälen till det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras (domen i det ovan i punkt 499 nämnda målet NBV och NVB mot kommissionen).
- 581 Det måste dock framhållas att sökandena genom dessa grunder i sina ansökningar inte avser att uppnå att de faktiska bedömningar som formuleras i skälen till det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras, utan att nämnda bedömningar ifrågasätts eftersom de utgör det nödvändiga stödet för artiklarna 5–7 i beslutsdelen i det omtvistade beslutet de begärt ogiltigförklaring av och enligt vilket kommissionen dels konstaterar att medlemmarna i TACA har missbrukat sin dominerande ställning genom att förändra marknadens konkurrensmässiga struktur för att stärka TACA:s dominerande ställning och genom att begränsa tillgången till och innehållet i serviceavtal, dels beordrar parterna att upphöra med sitt missbruk.
- 582 Följaktligen kan den av kommissionen på denna punkt framställda invändningen om rättegångshinder inte vinna bifall.

*Den första delen: Avsaknad av dominerande ställning som kollektivt innehas av TACA-parterna*

- 583 Sökandena har bestridit att den ställning som TACA-parterna har kan bedömas kollektivt. Till stöd för denna del av deras grunder har de gjort gällande att kommissionen gjort en felaktig bedömning dels av de ekonomiska banden mellan TACA-parterna, dels av den interna konkurrensen mellan dessa parter.

A — Grunderna om en felaktig bedömning av de ekonomiska banden mellan TACA-parterna

1. Parternas argument

- 584 Sökandena har uppmärksammat att fem band identifieras i punkterna 526–531 i det omtvistade beslutet, det vill säga tariffen, TACA:s verkställighetsbestämmelser, TACA-sekretariatet, publicerandet av verksamhetsplanen samt konsortiearrangemangen. Sökandena anser att dessa faktorer, antingen de betraktas individuellt eller kollektivt, är otillräckliga för att motivera en kollektiv bedömning av deras ställning på ifrågavarande marknad.

- 585 Vad för det första gäller tariffen har sökandena påstått att den skyldighet som föreligger enligt amerikansk rätt (US Shipping Act) att iaktta tariffen inte utgör ett ekonomiskt band som kan leda till att de betar sig på samma sätt på marknaden, eftersom det enligt amerikansk rätt är tillåtet för medlemmarna i en konferens att avvika från tariffen i samband med oberoende åtgärder. Sökandena har i detta avseende preciserat att en tariff innehåller både de ”ordinarie fraktsatserna” och olika former av undantag från dessa fraktsatser. Dessa undantagsmekanismer är lagenliga i lika hög grad som fraktsatserna själva. Enligt sökandena går



kommissionens argument ut på att medlemmar i alla linjekonferenser och priskarteller måste bedömas kollektivt med avseende på artikel 86 i fördraget, vilket leder till att den bevisning som är relevant för en bedömning med avseende på artikel 85 i fördraget används på nytt i syfte att dra slutsatser från den vid tillämpningen av artikel 86 i fördraget.

586 Vad för det andra beträffar verkställighetsbestämmelserna har sökandena hävdats att de är sedvanliga inom linjekonferenser och att US Federal Maritime Commission (nedan kallad FMC) är positiv till dem eftersom de skyddar konkurrensen, genom att de är ämnade att förhindra diskriminerande praxis från konferensmedlemmarnas sida gentemot avlastarna. Eftersom dessa åtgärder vidare inte fyller någon annan funktion än att säkerställa att av TACA föreskrivna skyldigheter iakttas, är det inte logiskt att betrakta dem som ett band i sig. Slutligen begränsar i vart fall inte denna typ av åtgärder konkurrensen mellan TACA-medlemmarna.

587 För det tredje har sökandena vad gäller TACA-sekretariatets roll först betonat att i fråga om förhandlingar om serviceavtal handlar sekretariatet i enlighet med konferensmedlemmarnas instruktioner. De har i detta hänseende preciserat att det inte är riktigt att hävda som kommissionen gör att sekretariatet deltar i förhandlingar om individuella serviceavtal mot en avlastares vilja. Även om en avlastare skulle välja att låta sekretariatet medverka i förhandlingar om individuella serviceavtal skulle detta ytterst sällan delta i förhandlingar om avtalsvillkor. Vad därefter beträffar sekretariatets roll vid genomförandet av serviceavtal anser sökandena att denna uppgift är rent administrativ och utan relevans för medlemmarnas ställning i konkurrenshänseende. Sökanden anser likaledes vad beträffar publicerandet av pressmeddelanden att det handlar om normala administrativa sysslor avsedda att säkerställa delgivningen till avlastare.

588 För det fjärde har sökandena uppmärksammat i fråga om publicerandet av en verksamhetsplan att denna är avsedd att visa de ändringar som gjorts i tariffen och i konferensserviceavtalen. Eftersom medlemmarna i en konferens måste

komma överens om en tariff, anser sökandena att detta periodiska meddelande inte kan utgöra ett band i sig och tjäna till att visa att konferensen uppträder med en "gemensam affärsstrategi på marknaden" (skäl 530 i det omtvistade beslutet). Sökandena har vidare hävdats att verksamhetsplanen är en åtgärd som syftar till att bidra till den samrådsprocess med avlastarna som åläggs genom artikel 5.1 i förordning nr 4056/86.

- 589 För det femte har sökandena vad gäller konsortier anmärkt att de inte deltar i samma konsortium. De har vidare understrukit att konsortiearrangemang medför tekniska och operationella effektivitetsvinster vilka, såsom erkänns i fjärde och sjätte skälen i rådets förordning (EEG) nr 479/92 av den 25 februari 1992 om tillämpning av artikel 85.3 i fördraget på vissa grupper av avtal, beslut och samordnade förfaranden mellan linjerederier (konsortier) (EGT L 55, s. 3; svensk specialutgåva, område 8, volym 2, s. 8), bidrar till att öka konkurrenskraften för linjetransporter. Kommissionen framhåller således i sitt beslut angående koncentrationen mellan P & O och Nedlloyd (beslut av den 19 december 1996 genom vilket en koncentration förklaras förenlig med den gemensamma marknaden (ärende IV/M.831 — P & O/Royal Nedlloyd) på grundval av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (EGT C 110, 1997, s. 7), punkt 65) att "konkurrensen visar sig inom ett konsortium för det första genom att rederierna säljer sina tjänster separat och för det andra genom kvaliteten på deras tjänster, exempelvis att ställa till förfogande specialutrustning, tillhandahålla logistiktjänster (exempelvis packning i containrar) och intermodala tjänster samt genom snabbheten och kvaliteten på dokumentationen, inklusive databehandlingen" (punkt 65). Enligt sökandena är deltagandet i konsortiearrangemang endast relevant som ekonomiskt band om parterna i nämnda arrangemang betar sig på samma sätt på marknaden. Så är dock inte fallet i förevarande mål. Enligt sökandenas uppfattning bidrar tvärtom TACA-medlemmarnas deltagande i olika konsortier snarare till att öka den interna konkurrensen dem emellan.

- 590 Slutligen har sökanden i mål T-212/98 gjort gällande att kommissionens konstaterande att banden mellan sökanden och de övriga TACA-medlemmarna är tillräckligt starka för att motivera att det föreligger en kollektiv dominerande

ställning baseras på en felaktig bedömning av de ekonomiska band som förenar dem. Sökanden har härvidlag framhållit att rederiets marknadsandel på ifrågavarande trad (mindre än 0,1 procent) och omsättningen på denna trad under år 1996 i jämförelse med övriga TACA-medlemmars omsättning (endast 1,2 procent av sökandens omsättning avsåg denna trad) visar att sökanden inte kunnat agera som en enda ekonomisk enhet tillsammans med de övriga sökandena på ifrågavarande marknad.

- 591 Kommissionen anser med stöd av ECTU att de ekonomiska band som identifieras i det omtvistade beslutet utgör tillräcklig bevisning för att den ställning som innehas av TACA-parterna är kollektiv till sin karaktär.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

- 592 Sökanden har genom dessa grunder i huvudsak påstått att de ekonomiska band mellan TACA-parterna som identifieras i det omtvistade beslutet, antingen de betraktas individuellt eller kollektivt, är otillräckliga för att motivera en kollektiv bedömning av deras ställning på ifrågavarande marknad.
- 593 Förstainstansrätten noterar att sökandena genom följande grunder om en felaktig bedömning av den interna konkurrensen, som skall prövas nedan, har förebrått kommissionen att den inte tog hänsyn till den påtagliga konkurrens som råder mellan TACA-parterna inom konferensen, särskilt i fråga om priser. Under dessa förhållanden skall dessa grunder förstås så att de endast avser att klandra kommissionen för att den ansåg att de band som är en följd av att det finns en konferens som sådana kan motivera en kollektiv bedömning av den ställning som innehas av TACA-parterna.

- 594 Förstainstansrätten erinrar om att artikel 86 i fördraget, enligt fast rättspraxis, kan tillämpas på situationer där flera företag gemensamt innehar en dominerande ställning på den relevanta marknaden (domstolens dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo m.fl., REG 1994, I-1477, svensk specialutgåva, volym 15, s. 89, punkt 43, av den 5 oktober 1995 i mål C-96/94, Centro Servizi Spediporto, REG 1995, s. I-2883, punkterna 32 och 33, samt av den 17 oktober 1995 i de förenade målen C-140/94, C-141/94 och C-142/94, DIP m.fl., REG 1995, s. I-3257, punkterna 25 och 26, förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i de förenade målen T-68/89, T-77/89 och T-78/89, SIV m.fl., kallat planglasmålet, REG 1992, s. II-1403; svensk specialutgåva, volym 12, s. 303, punkt 358, och domen av den 8 oktober 1996 i de ovan i punkt 568 nämnda förenade målen CEWAL I, punkt 60).
- 595 En kollektiv dominerande ställning förutsätter enligt rättspraxis att företagen är så nära kopplade till varandra att de kan föra samma handlingslinje på marknaden (domstolens dom i det ovan i punkt 594 nämnda målet Centro Servizi Spediporto, punkt 33, och i de ovan i punkt 594 nämnda förenade målen DIP m.fl., punkt 26, av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen, kallade Kali und Salz, REG 1998, s. I-1375, punkt 221, och av den 19 februari 2002 i mål C-309/99, Wouters m.fl., REG 2002, s. I-1577, punkt 113, samt domen av den 8 oktober 1996 i de ovan i punkt 568 nämnda förenade målen CEWAL I, punkt 62). Det är här nödvändigt att undersöka de ekonomiska banden eller förhållandena mellan de berörda företagen och om dessa band eller faktorer ger dem möjlighet att tillsammans agera oberoende av konkurrenter, kunder och konsumenter (se domstolens dom i det ovan i punkt 594 nämnda målet Almelo m.fl., punkt 43, i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen Kali und Salz, punkt 221, av den 16 mars 2000 i de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, kallade CEWAL II, REG 2000, s. I-1365, punkterna 41 och 42, och domen i det ovan i punkt 595 nämnda målet Wouters m.fl., punkt 114).
- 596 Förstainstansrätten framhåller i förevarande mål att kommissionen i skäl 525 i det omtvistade beslutet anser att "TACA-medlemmarna kollektivt har en dominerande ställning av den anledningen att de är sammanlänkade genom ett ansevärt antal ekonomiska band som har lett till en betydande minskning av deras förmåga att agera oberoende av varandra". Det är otvistigt att kommissionen i skälen 526–531 i det omtvistade beslutet baserar sig på följande fem ekonomiska band: tariffen (skäl 526), bestämmelserna om verkställighet och sanktioner (skäl 527),

sekretariatet (skälen 528 och 529), de årliga verksamhetsplanerna (skälen 528 och 530) och konsortiearrangemangen (skäl 531). Det framgår härvidlag av skäl 528 i det omtvistade beslutet att tariffen och bestämmelserna om verkställighet och sanktioner enligt kommissionen utgör ”begränsningar av TACA-parternas förmåga att vidta åtgärder [som] oberoende av varandra är avsedda att i betydande grad avlägsna priskonkurrens mellan dem”. I samma skäl i det omtvistade beslutet konstaterar kommissionen vidare att TACA-sekretariatet och de årliga verksamhetsplanerna är åtgärder som gjort det möjligt att ”framställa TACA-parterna som en enda enad organisation och så sätt minska trycket på prissänkningar från kunderna”.

597 Förstainstansrätten noterar att, med undantag av konsortiearrangemangen, är de band som kommissionen identifierat, dvs. tariffen, bestämmelserna om verkställighet och sanktioner, sekretariatet och de årliga verksamhetsplanerna, en direkt följd av de verksamheter som sökandena utövar inom ramen för TACA och följaktligen av deras anslutning till denna konferens.

598 Det är utrett att TACA utgör en linjekonferens i den mening som avses i artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86. Förstainstansrätten noterar dock att för att utgöra en linjekonferens i den mening som avses i denna bestämmelse i förordning nr 4056/86 måste de berörda företagen med nödvändighet skapa ett antal band sinsemellan.

599 Enligt artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86 är en linjekonferens ”en grupp om minst två rederier som tillhandahåller internationell linjetrafik för transport av last på en eller flera rutter inom angivna geografiska gränser och som har ingått någon sorts avtal eller överenskommelse som innebär att de tillämpar enhetliga eller gemensamma fraktsatser och andra villkor som de kommit överens om för sin reguljära linjetrafik”.

600 Det framgår av åttonde skälet i denna förordning att dessa konferenser ”har en stabiliserande roll som säkerställer tillförlitliga tjänster för avsändarna. De bidrar rent allmänt med att tillhandahålla ett utbud av regelbundna, tillräckliga och effektiva sjötransporttjänster, och användarnas intressen beaktas därvid i rimlig mån. Dessa resultat kan inte uppnås utan rederiernas samarbete inom dessa konferenser i fråga om tariffer och, i förekommande fall, om utbud av kapacitet eller om uppdelning av tonnage som skall transporteras, och till och med av intäkter. Konferenserna är i de flesta fall fortfarande utsatta för en effektiv konkurrens från såväl icke-konferensansluten linjetrafik som, i vissa fall, från trampfart och andra transportsätt. Flottans rörlighet, vilken är kännetecknande för utbudsstrukturen i sjötransportsektorn, utövar ett ständigt konkurrenstryck på konferenserna, vilka normalt inte har möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av transporttjänsterna i fråga”.

601 Såsom domstolen och förstainstansrätten redan har funnit (domen av den 16 mars 2000 i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen CEWAL II, punkterna 48 och 49, domen i det ovan i punkt 594 nämnda planglasmålet, punkt 359, och domen av den 8 oktober 1996 i de ovan i punkt 568 nämnda förenade målen CEWAL I, punkterna 63 och 66), följer det av dessa bestämmelser att en linjekonferens, som enligt rådets definition omfattas av det gruppundantag som föreskrivs i förordning nr 4056/86, på grund av sin beskaffenhet och med hänsyn till sina syften kan kvalificeras som en kollektiv enhet som uppträder som en sådan på marknaden i förhållande till såväl användare som konkurrenter. Rådet anger för övrigt genom förordning nr 4056/86 de bestämmelser som är nödvändiga för att undvika att en linjekonferens får verkningar som inte är förenliga med artikel 86 i fördraget. Detta har ingen betydelse för huruvida en linjekonferens i en given situation har en dominerande ställning på en viss marknad eller *a fortiori* har missbrukat denna ställning. Såsom framgår av lydelsen av artikel 8.2 i förordning nr 4056/86 är det nämligen till följd av sitt agerande som en konferens med en dominerande ställning kan få verkningar som strider mot artikel 86 i fördraget.

602 Med hänsyn till det föregående anser förstainstansrätten således att de band som är en följd av att det finns en linjekonferens i den mening som avses i artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86 i princip kan motivera att den ställning som medlemmarna

i nämnda konferens har på den berörda marknaden bedöms kollektivt med avseende på tillämpningen av artikel 86 i fördraget, eftersom dessa band kan göra det möjligt för dem att gemensamt i egenskap av en kollektiv enhet som uppträder som en sådan på marknaden i förhållande till användare och konkurrenter ha samma handlingslinje på denna marknad.

- 603 Inget av de argument som framförts av sökandena inom ramen för dessa grunder kan föranleda förstainstansrätten att göra någon annan bedömning.
- 604 Vad för det första gäller TACA:s tariff har sökandena påstått att skyldigheten i amerikansk rätt att iakta tariffen inte utgör ett ekonomiskt band som kan leda till att de betar sig på samma sätt på marknaden, eftersom det enligt amerikansk rätt är tillåtet för medlemmarna i en konferens att avvika från tariffen i samband med oberoende åtgärder. Sökandena har vidare preciserat att en tariff innehåller både de "ordinarie fraktsatserna" och olika former av undantag från dessa fraktsatser.
- 605 I syfte att pröva huruvida det finns fog för denna grund erinrar förstainstansrätten om att kommissionen i skäl 526 i det omtvistade beslutet anser att tariffen utgör det främsta ekonomiska bandet mellan TACA-parterna. Kommissionen noterar härvidlag att TACA-parterna inte endast är överens om att hålla sig till en tariff, utan dessutom är skyldiga att göra det enligt amerikansk lag. Underlåtelse att följa tariffen kan medföra skadeståndskrav på upp till 25 000 US-dollar per överträdelse. Kommissionen anser således i skäl 528 i det omtvistade beslutet att tariffen utgör begränsningar av TACA-parternas förmåga att vidta åtgärder oberoende av varandra som är avsedda att i betydande grad avlägsna priskonkurrens mellan dem.
- 606 Förstainstansrätten erinrar om att för att en linjekonferens i den mening som avses i artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86, som TACA, skall anses föreligga krävs således att en tariff tillämpas i vilken det föreskrivs enhetliga eller gemensamma fraktsatser.

- 607 Det måste konstateras att en sådan linjekonferens följaktligen visar sig i princip vara en enhet på marknaden eftersom den fastställer enhetliga eller gemensamma fraktsatser för alla sina medlemmar på så sätt att samma pris är tillämpligt för transport av en och samma vara från punkt A till punkt B, oberoende av vilket rederi i konferensen som åtar sig transporten (TAA- domen, punkt 157).
- 608 Det faktum att det utöver de "ordinarie fraktsatserna" i nämnda tariff föreskrivs vissa undantagsfraktsatser, som exempelvis tids- eller volymbaserade fraktsatser, saknar relevans, eftersom, i enlighet med vad kommissionen konstaterar angående dessa båda typer av fraktsatser i skäl 120 i det omtvistade beslutet och såsom sökandena vidare själva har vitsordat, dessa undantag också utgör enhetliga eller gemensamma fraktsatser som helt och hållet ingår i tariffen.
- 609 Vad beträffar den av sökandena påstådda omständigheten att det i amerikansk rätt föreskrivs en rätt att vidta oberoende åtgärder i fråga om tariffens fraktsatser för medlemmarna i en linjekonferens, skall det betonas att nämnda oberoende åtgärder är av undantagskaraktär i förhållande till principen om gemensamt fastställande av priser (TAA- domen, punkt 307). Dessa åtgärder kan således i princip inte skada den enhetlighet som präglar fraktsatserna i tariffen och följaktligen leda till att den kollektiva bedömningen av konferensen som tillsammans med andra faktorer är en följd av tariffen på nytt ifrågasätts. Vad beträffar frågan i förevarande mål huruvida de oberoende åtgärderna och TACA- parternas övriga konkreta prispolitik kan leda till att en sådan bedömning på nytt ifrågasätts, är den såsom ovan har angetts föremål för särskilda grunder som skall behandlas i det följande.
- 610 Till skillnad från vad sökandena har gjort gällande hindrar inte den omständigheten att ett avtal är förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget kommissionen från att beakta ett sådant avtal för att inom ramen för artikel 86 i fördraget dra slutsatsen att de berörda företagens ställning på ifrågavarande marknad är kollektiv. Såsom domstolen redan har funnit kan ett avtal, ett beslut eller ett samordnat förfarande (oavsett om det faller under något av undantagen i artikel 85.3 i fördraget), när det genomförs, medföra att de berörda företagen förenas på



ett sådant sätt vad gäller deras agerande på en viss marknad att de uppträder som en kollektiv enhet på denna marknad i förhållande till sina konkurrenter, sina handelspartner och konsumenterna. En kollektiv dominerande ställning kan således vara resultatet av ett avtals beskaffenhet och villkor, sättet för dess genomförande samt de band eller förhållanden mellan företagen som följer av detta (domen av den 16 mars 2000 i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen CEWAL II, punkterna 44 och 45). Så är enligt rättspraxis, såsom har erinrats om ovan i punkt 601, fallet med en linjekonferens i den mening som avses i artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86. Det är emellertid utrett i förevarande mål att TACA utgör en sådan linjekonferens. Följaktligen hade kommissionen rätt att basera sig på ett sådant avtal när den i samband med tillämpningen av artikel 86 i fördraget fann att TACA-parternas ställning på ifrågavarande marknad var kollektiv till sin karaktär.

- 611 Förstainstansrätten finner således att kommissionen var i sin fulla rätt att bland annat basera sig på TACA:s tariff när den gjorde en kollektiv bedömning av den ställning som TACA-medlemmarna har på den berörda marknaden. Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.
- 612 Vad för det andra beträffar TACA:s bestämmelser om verkställighet och sanktioner har sökandena framhållit att de är sedvanliga inom linjekonferenser och att FMC är positivt inställd till dem eftersom de skyddar konkurrensen, genom att de är ämnade att förhindra diskriminerande praxis från konferensmedlemmarnas sida gentemot avlastarna. Eftersom dessa åtgärder vidare inte fyller någon annan funktion än att säkerställa att av TACA föreskrivna skyldigheter iakttas, är det enligt sökandena inte logiskt att betrakta dem som ett band i sig.
- 613 Förstainstansrätten framhåller att kommissionen i punkt 527 i det omtvistade beslutet konstaterar att den omständigheten att TACA efterlevs säkerställs genom omfattande verkställighetsbestämmelser. Det framgår av skäl 21 i det omtvistade beslutet att artikel 10 i TACA-avtalet innehåller bestämmelser om inrättande av en ”verkställande myndighet” (”enforcement authority”) som på eget initiativ

eller efter klagomål skall undersöka eventuella påstådda brott mot nämnda avtal. Kommissionen framhåller härvidlag i skäl 22 i det omtvistade beslutet att nämnda myndighet har fullständig och oinskränkt tillgång till alla handlingar som kan ha samband med en bortfraktares verksamhet på traden och har befogenhet att vidta kännbara sanktionsåtgärder vid brott mot avtalet, särskilt för olika arrangemang för prissättning och vägrad tillgång till material under utredningen. Kommissionen konstaterar således i skäl 527 i det omtvistade beslutet att "[d]essa bestämmelser är de mest omfattande övervakningsordningar som kommissionen någonsin har sett inom linjefartssektorn".

614 Det måste slås fast att sådana bestämmelser för verkställighet och sanktionsåtgärder som bland annat är avsedda att säkerställa iakttagandet av den tariff som antagits av en linjekonferens kan förstärka det band som skapats genom nämnda tariff. Detta äger desto större giltighet som, i enlighet med vad som konstaterats ovan i punkt 599, själva det faktum att det finns en linjekonferens i den mening som avses i artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86 kräver tillämpning av en tariff i vilken det föreskrivs enhetliga eller gemensamma fraktsatser. Således är de bestämmelser om verkställighet och sanktionsåtgärder som är avsedda att säkerställa att linjekonferensens parter iakttar avtalets bestämmelser nödvändiga och följaktligen accessoriska till varje linjekonferens i den mening som avses i ovannämnda bestämmelse.

615 Till skillnad mot vad sökandena har påstått saknar det härvidlag relevans att FMC är positivt inställd till verkställighetsbestämmelser som antas av linjekonferenser. Nämnda bestämmelser betraktas nämligen inte i det omtvistade beslutet som en överträdelse av fördragets konkurrensregler utan som en omständighet som kan förstärka det band mellan TACA-parterna som är en följd av den av TACA antagna tariffen. Förekomsten av ett sådant band, som kan föranleda kommissionen att göra en kollektiv bedömning av den ställning som TACA-parterna har, innebär inte i sig att det skett någon överträdelse av fördragets konkurrensregler. Endast ett missbruk av denna ställning kan utgöra en sådan överträdelse, åtminstone när den ställning som innehas kollektivt är dominerande på den berörda marknaden (dom av den 16 mars 2000 i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen CEWAL II, punkterna 37–39).

- 616 Vad gäller den av sökandena påstådda omständigheten att bestämmelser om verkställighet och sanktionsåtgärder inte utgör ett band i sig, saknar den relevans eftersom det har konstaterats ovan att nämnda bestämmelser kunde förstärka det genom tariffen skapade bandet.
- 617 Kommissionen var således i sin fulla rätt att bland annat basera sig på att det fanns bestämmelser om verkställighet och sanktionsåtgärder när den gjorde en kollektiv bedömning av den ställning som TACA-parterna har på den berörda marknaden.
- 618 För det tredje har sökandena vad gäller TACA-sekretariatet först betonat att i fråga om förhandlingar om serviceavtal handlar sekretariatet i enlighet med konferensmedlemmarnas instruktioner, och även om en avlastare väljer att låta sekretariatet medverka i förhandlingar om individuella serviceavtal, deltar detta ytterst sällan i förhandlingar om avtalsvillkor. Vad därefter beträffar sekretariatets roll vid genomförandet av serviceavtal anser sökandena att denna uppgift är rent administrativ och utan relevans för medlemmarnas ställning i konkurrens-hänseende.
- 619 Förstainstansrätten framhåller att kommissionen i skäl 528 konstaterar att TACA-sekretariatet gör det möjligt för linjekonferensen att framställa sig som en enda enad organisation på marknaden. I skäl 529 framhåller kommissionen härvidlag att TACA-sekretariatet har omfattande administrativa och finansiella funktioner. Det är bemyndigat att agera som ombud för TACA-parterna genom att ingå transportavtal för deras räkning. Det har rätt att närvara vid förhandlingar om serviceavtal mellan avlastare och individuella TACA-parter. TACA-sekretariatet publicerar pressmeddelanden på TACA-parternas vägnar.
- 620 Utan att det är nödvändigt att ställa frågan om vilken TACA-sekretariatets exakta roll är vid förhandlingar och genomförande av serviceavtal, måste det godtas att enbart den icke bestridda förekomsten av ett gemensamt administrativt organ som är behörigt att företräda TACA-parterna, särskilt i förhållande till avlastare, utgör

en omständighet som kan visa att TACA är i stånd att framställa sig som en enda enad organisation på marknaden, och på så sätt illustrera att det finns band mellan TACA-parterna genom deras verksamheter i egenskap av medlemmar i en linjekonferens i den mening som avses i artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86. Det framgår för övrigt härvidlag av handlingarna i målet vid förstainstansrätten att avlastarnas korrespondens angående ingåendet av konferensserviceavtal är riktad till TACA-sekretariatet.

- 621 Kommissionen var således i sin fulla rätt att basera sig på att det fanns ett TACA-sekretariat när den gjorde en kollektiv bedömning av den ställning som TACA-parterna har på den berörda marknaden. Sökandenas argument på denna punkt kan följaktligen inte godtas.
- 622 För det fjärde anser sökandena i fråga om TACA:s årliga verksamhetsplaner att eftersom dessa är avsedda att visa de ändringar som gjorts i tariffen kan de inte utgöra ett band i sig och tjäna till att visa att konferensen uppträder med en gemensam affärsstrategi. Sökandena har vidare framhållit att den årliga verksamhetsplanen är en åtgärd som syftar till att bidra till den samrådsprocess med avlastarna som åläggs genom artikel 5.1 i förordning nr 4056/86.
- 623 Förstainstansrätten framhåller att kommissionen i skälen 528 och 530 i det omtvistade beslutet konstaterar att TACA:s publicerande av årliga verksamhetsplaner visar att TACA-parterna uppträder inför avlastarna med en gemensam affärsstrategi på marknaden och således möjliggör för TACA att framställa sig som en enhet på marknaden.
- 624 Förstainstansrätten finner att TACA:s publicerande av årliga verksamhetsplaner som upprättats gemensamt av medlemmarna inom ramen för deras verksamheter inom linjekonferensen i den mening som avses i artikel 1.3 b i förordning

nr 4056/86 är en omständighet som uppenbarligen kan få TACA att framstå som en enhet i förhållande till tredje part och på så sätt avspegla att det finns band mellan medlemmarna i en linjekonferens i den mening som avses i nämnda förordning. Tvärtemot vad sökandena har påstått utgör därför de årliga verksamhetsplanerna ett band i sig som genom själva det faktum att de publiceras av TACA kan framställa konferensen som en kollektiv enhet på den berörda marknaden inför konkurrenter och avlastare.

625 Detta äger desto större giltighet som nämnda årliga verksamhetsplaner, såsom sökandena själva har understrukit, är avsedda att bidra till den samrådsprocess med avlastarna som föreskrivs i artikel 5.1 i förordning nr 4056/86. Enligt denna bestämmelse skall nämligen dessa samråd äga rum i syfte att finna lösningar på allmänna principiella frågor om priser, villkor och kvalitet för reguljära sjötransporttjänster som uppstår mellan å ena sidan användare och å andra sidan linjekonferensen i dess helhet. Långt ifrån att motsäga kommissionens konstaterande om att konferensen framställs som en kollektiv enhet på den berörda marknaden genom att TACA publicerar de årliga verksamhetsplanerna, kan den omständigheten att nämnda publicerande följer av en skyldighet som åläggs linjekonferenser genom förordning nr 4056/86 tvärtom stödja detta konstaterande.

626 Förstainstansrätten noterar vidare härvidlag att nämnda publicerande i det omtvistade beslutet inte betraktas som en överträdelse av fördragets konkurrensregler utan som en omständighet som kan framställa TACA som en kollektiv enhet på den berörda marknaden. Förekomsten av en sådan kollektiv enhet innebär dock inte i sig att det skett någon överträdelse av fördragets konkurrensregler. Endast ett missbruk av denna ställning som begås av denna kollektiva enhet kan utgöra en sådan överträdelse, åtminstone när den ställning som innehas är dominerande på den berörda marknaden (dom av den 16 mars 2000 i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen CEWAL II, punkterna 37–39).

- 627 Kommissionen var således i sin fulla rätt att bland annat basera sig på TACA:s publicerande av årliga verksamhetsplaner när den gjorde en kollektiv bedömning av den ställning som TACA-parterna har på den berörda marknaden. Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.
- 628 Det måste slås fast att det följer av det ovan anförda att i överensstämmelse med ovan i punkt 601 nämnda rättspraxis innebär tariffen, bestämmelserna om verkställighet och sanktionsåtgärder och TACA:s sekretariat och årliga verksamhetsplaner tillräcklig bevisning för att det föreligger väsentliga band mellan TACA-parterna som kan motivera en kollektiv bedömning av deras ställning på den berörda marknaden.
- 629 Förstainstansrätten finner följaktligen, utan att det är nödvändigt att uttala sig om andra band sökandena emellan vilka är en följd av att det ingåtts andra avtal som konsortiearrangemang, att kommissionen var i sin fulla rätt att basera sig på dessa omständigheter vilka är ett resultat av sökandenas verksamhet i egenskap av TACA-parter och således av deras anslutning till en linjekonferens i den mening som avses i artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86 när den gjorde en kollektiv bedömning av den ställning som TACA-parterna har på den berörda marknaden.
- 630 Denna slutsats kan inte på grund av företagets obetydliga marknadsandel eller omsättning på ifrågavarande trad ifrågasättas vad gäller sökanden i mål T-212/98. Eftersom de band som utgör grunden för den kollektiva bedömningen av TACA-parternas ställning är en följd av deras anslutning till TACA, måste nämligen varje TACA-parts ställning enbart på grund av denna anslutning bedömas kollektivt tillsammans med de övriga TACA-parternas ställning, eftersom sökanden genom denna anslutning förenas med de övriga parter som anslutit sig till TACA på ett sådant sätt vad gäller agerandet på en viss marknad att de uppträder som en kollektiv enhet på denna marknad i förhållande till sina konkurrenter, sina handelspartner och konsumenterna (domen i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen CEWAL II, punkt 44). I förevarande mål har sökanden dock inte bestridit att företaget var part i TACA under ifrågavarande period.

- 631 Förstainstansrätten noterar vidare i detta hänseende att för att flera företags ställning skall kunna bedömas kollektivt på en berörd marknad räcker det enligt rättspraxis att de har möjlighet att föra samma handlingslinje på denna marknad. Det är däremot inte nödvändigt att visa att alla dessa företag verkligen fört samma handlingslinje under alla förhållanden (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen Kali und Salz, punkt 221).
- 632 Under dessa förhållanden saknar det relevans inom ramen för dessa grunder om TACA-parternas kollektiva ställning att sökanden med hänsyn till sin obetydliga ställning på marknaden inte kan tillräknas varje handling som TACA utfört.
- 633 Den omständigheten att en del av TACA inte betedde sig på samma sätt som de övriga TACA-parterna kan på sin höjd visa att denna del av TACA inte deltog i en överträdelse av artikel 86 i fördraget om det framkommer att de övriga TACA-parternas beteende utgör ett missbruk i den mening som avses i denna bestämmelse. Även om förekomsten av en kollektiv dominerande ställning kan härledas från den ställning som de berörda företagen tillsammans har på den relevanta marknaden, är det inte nödvändigt att samtliga företag tillsammans har missbrukat denna dominerande ställning. Det är tillräckligt att missbruket kan anses som ett uttryck för företagets kollektiva dominerande ställning (domen i det ovan i punkt 152 nämnda målet Irish Sugar mot kommissionen, punkt 66).
- 634 Även om sökandens marknadsandel eller omsättning på ifrågavarande trad var obetydlig under samma period anser förstainstansrätten följaktligen att sökanden, med avseende på tariffen, bestämmelserna om verkställighet och sanktionsåtgärder samt TACA:s sekretariat och årliga verksamhetsplaner, tillsammans med de övriga TACA-parterna kunde utgöra en enhet på den berörda marknaden.

- 635 Det följer av det ovan anförda att dessa grunder, klagomålen och argumenten om en felaktig bedömning av de ekonomiska banden mellan TACA-parterna inte kan godtas och att talan inte kan vinna bifall på dessa grunder.
- 636 Förstainstansrätten kommer emellertid även att kontrollera om, i enlighet med vad sökandena har gjort gällande i sina följande grunder, de uppgifter angående den interna konkurrensen som de framfört kan visa att de band som identifieras i det omtvistade beslutet är otillräckliga för att motivera en kollektiv bedömning av den ställning som TACA-parterna har på ifrågavarande marknad.

## B — Grunderna om en felaktig bedömning av den interna konkurrensen mellan TACA-parterna

- 637 Vad gäller den interna konkurrensen mellan TACA-parterna har sökandena först gjort gällande att kommissionen i det omtvistade beslutet fastställt ett felaktigt rättsligt kriterium. Därefter har sökandena påstått att kommissionen gjort en felaktig bedömning av den interna konkurrensen med priser och på annat sätt än med priser mellan TACA-parterna. Slutligen har sökandena åberopat olika brister i motiveringen av det omtvistade beslutet på dessa punkter.

### 1. Det felaktiga rättsliga kriterium som fastställts i det omtvistade beslutet

#### a) Parternas argument

- 638 För det första har sökandena klandrat kommissionen för att den inte undersökte om de band som fanns mellan TACA-medlemmarna ledde till att det bildades en enda enhet som agerade på marknaden. De anser i synnerhet att dessa band av



kommissionen inte ”definieras ... med hänvisning till sitt resultat, nämligen att skapa en situation där en grupp av självständiga företag verkar som en enda enhet på marknaden” (förslag till avgörande av generaladvokaten Fennelly under domen av den 16 mars 2000 i de förenade målen CEWAL II, REG 2000, s. I-1371, punkt 28).

- 639 Till stöd för detta klander har sökandena gjort gällande att kommissionen således i skälen 528–530 i det omtvistade beslutet hänvisar till deras intentioner och till deras synbara handlingar dock utan att bevisa att dessa band fått några följder för deras beteende på marknaden.
- 640 För det andra har sökandena bestridit kommissionens uttalande i punkt 522 i det omtvistade beslutet enligt vilket det följer av domen i de ovan i punkt 594 nämnda planglasmålet ”att en viss kvarstående konkurrens mellan parterna inte utesluter att man finner en kollektiv dominerande ställning”.
- 641 Sökandena anser att denna tes inte framgår av domen i det ovannämnda planglasmålet. Sökandena har erinrat om att förstainstansrätten i denna dom endast fann att ”[m]an ... i princip inte [kan] utesluta att två eller flera oberoende ekonomiska enheter på en viss marknad är förenade av sådana ekonomiska bindningar att de, på grund härav, tillsammans har en dominerande ställning i förhållande till övriga aktörer på samma marknad” (punkt 358 i domen). Enligt sökandena kan det inte dras någon slutsats av detta avsnitt om vilken grad av konkurrens som skulle vara förenlig med konstaterandet att det föreligger en kollektiv dominerande ställning.
- 642 Sökandena har gjort gällande att kommissionen genom sin tes försöker skapa ett nytt kriterium som gör den gemensamma tariffen till den huvudsakliga faktor som motiverar konstaterandet att det föreligger en kollektiv dominerande ställning, på så sätt att om ifrågavarande företag intar samma allmänna hållning står inte beviset på ett oberoende beteende på marknaden, exempelvis en självständig

prissättning, i strid med förekomsten av en kollektiv dominerande ställning. Eftersom varje linjekonferens, i enlighet med artikel 3 i förordning nr 4056/86, baseras på en enhetlig eller gemensam tariff använder kommissionen således en synbart ovedersäglig presumtion enligt vilken medlemmar i alla linjekonferenser, inklusive TACA, kan ha en kollektiv dominerande ställning. Sökandena anser att denna tes även förklarar kommissionens motvillighet att undersöka bevisen på effektiv konkurrens.

- 643 Enligt sökandena följer det tvärtom av gemenskapsrättslig rättspraxis att förekomsten av en kollektiv dominerande ställning förutsätter avsaknad av konkurrens mellan de berörda företagen. De har framhållit att domstolen i punkt 34 i domen i det ovan i punkt 594 nämnda målet *Centro Servizi Spediporto* fann att "man inte [kan] anse att nationella föreskrifter, vari stadgas att den offentliga myndigheten skall fastställa taxor för godstransporter på väg, leder till att ekonomiska aktörer får en kollektiv dominerande ställning som kännetecknas av att det inte finns något konkurrensförhållande dem emellan" (se även domen i de ovan i punkt 594 nämnda förenade målen *DIP m.fl.*, punkt 27, och, i fråga om kommissionens praxis, kommissionens tillkännagivande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn — ramen, relevanta marknader och principer *EGT C 265*, 1998, s. 2, punkterna 78 och 79). Generaladvokaten Fennelly fann i sitt förslag till avgörande till den ovan i punkt 638 nämnda domen av den 16 mars 2000 i de förenade målen *CEWAL II* att "det klart framgår av den rättspraxis som diskuterats ovan, i synnerhet *Centro Servizi Spediporto-* och *DIP*-målet, [*Kali und Salz*], att avsaknaden av konkurrens mellan ett antal förmodat kollektivt dominerande företag är ett kännetecken på kollektiv dominans" (punkt 34). Denna rättspraxis överensstämmer vidare med allmänt accepterade ekonomiska teorier om kollektiv dominerande ställning.

- 644 Enligt sökandena skall det i syfte att fastställa att det föreligger en kollektiv dominerande ställning för det första undersökas om de berörda företagen har en gemensam marknadsstrategi i fråga om priser och om så är fallet, för det andra, om de alternativa konkurrensformerna är av sådan omfattning och har sådan intensitet att de kan utgöra hinder för att man kan grunda sig på deras

gemensamma prispolitik för att fastställa att det föreligger en kollektiv dominerande ställning (det ovan i punkt 638 nämnda förslaget till avgörande av generaladvokaten Fennelly till domen av den 16 mars 2000 i de förenade målen CEWAL II, punkt 34). Det görs inte någon sådan dubbel undersökning i det omtvistade beslutet.

- 645 För det tredje har sökandena förebrått kommissionen att den inte undersökt den väsentliga frågan om huruvida sökandena fört "samma handlingslinje på marknaden" (domen i det ovan i punkt 594 nämnda målet Almelo m.fl., punkt 42) och om de verkar som "en enda enhet på marknaden" (det ovan i punkt 638 nämnda förslaget till avgörande av generaladvokaten Fennelly till domen av den 16 mars 2000 i de förenade målen CEWAL II, punkt 28). De har framhållit att det i det omtvistade beslutet endast konstateras i skäl 525 att de ekonomiska banden mellan TACA-medlemmarna "har lett till en betydande minskning av deras förmåga att agera oberoende av varandra". Enligt sökandena motiverar inte denna omständighet slutsatsen att sökandena är i stånd att inneha en kollektiv dominerande ställning. I strid med rättspraxis krav och ekonomiska teorier på området, försöker inte kommissionen visa att dessa band resulterar i samma beteende på marknaden för samtliga aspekter som är relevanta för konkurrensen på marknaden. Påståendet i svaromålet att det är tillräckligt att TACA-medlemmarna intagit "en i hög grad likartad hållning" kan således inte godtas.
- 646 Sökandena har avslutningsvis även uppmärksammat att kommissionens uppfattning späder ut kriteriet "samma beteende" och härigenom suddar ut skillnaden mellan artiklarna 85 och 86 i fördraget samt leder till att kommissionen tillåts göra en skönmässig bedömning när den skall avgöra under vilka omständigheter artikel 86 i fördraget är tillämplig på två eller flera företags beteende. Kommissionen har enligt sökandena vägrat att definiera räckvidden av denna skönmässiga bedömning. Den anser att horisontell hemlig samverkan kan vara "värre" än ett enda företags dominerande ställning och att den av detta skäl måste omfattas av artikel 86 i fördraget.
- 647 Sökanden i mål T-212/98 har vidare gjort gällande att, även om sökanden tillsammans med de övriga TACA-medlemmarna kunde anses inneha en kollektiv

dominerande ställning redan till följd av dess anslutning till TACA, det inte kan följa härav att varje åtgärd som vidtas av två eller flera TACA-parter rörande den transatlantiska traden, med nödvändighet vid varje tillfälle måste tillskrivas alla TACA-parterna. Trots att de missbruk som förebrås sökandena helt eller delvis ligger utanför tillämpningsområdet för TACA-avtalet har inte kommissionen visat att alla TACA-parter betedde sig på samma sätt på marknaden vad gäller de frågor som är föremål för det omtvistade beslutet. Enligt sökanden gör dess svaga ställning på marknaden vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna det föga troligt att sökandens beteende var unikt eftersom sökanden endast i ringa mån skulle ha dragit någon nytta härav. Sökanden har dessutom understrukt att företaget i egenskap av ny medlem av TACA har godtagit konferensavtalets villkor vid tidpunkten för dess anslutning.

648 Kommissionen har med stöd av ECTU yrkat att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

#### b) Förstainstansrättens bedömning

649 Förstainstansrätten noterar att genom de argument som sökandena framfört inom ramen för denna grund förebrås kommissionen i huvudsak att den inte lagt fram tillräcklig bevisning för att TACA-medlemmarna utgjorde en enda enhet som betedde sig på samma sätt på marknaden vilket ledde till att all konkurrens dem emellan undanröjdes.

650 Förstainstansrätten finner, såsom sökandena med rätta har påpekat, att kommissionen inte slår fast i det omtvistade beslutet att TACA-parterna betedde sig på samma sätt på den berörda marknaden, utan endast såsom det uppges i skäl 525 att ett ansevärt antal ekonomiska band lett till en ”betydande” minskning av deras förmåga att agera oberoende av varandra. Dessa band som identifieras i skälen 526–531 är ett resultat dels av tariffen, bestämmelserna om verkställighet och sanktioner, sekretariatet, TACA:s årliga verksamhetsplaner, dels av konsortiearrangemangen. Vidare betonar kommissionen uttryckligen i skäl 528

i det omtvistade beslutet att de begränsningar av TACA-parternas förmåga att vidta åtgärder oberoende av varandra som är en följd av tariffen och TACA:s bestämmelser om verkställighet och sanktioner är avsedda att i ”betydande grad” avlägsna priskonkurrens mellan dem. Kommissionen anser således, såsom den anger i skäl 522 i det omtvistade beslutet, att ”en viss kvarstående konkurrens mellan parterna inte utesluter att man finner en kollektiv dominerande ställning”.

- 651 Förstainstansrätten kommer att undersöka om såsom sökandena har hävdad kommissionen för att göra en kollektiv bedömning av den ställning som flera företag har inom ramen för tillämpningen av artikel 86 i fördraget med nödvändighet måste slå fast att de berörda företagen betedde sig på samma sätt på marknaden vilket ledde till att all konkurrens dem emellan undanröjdes.
- 652 Förstainstansrätten erinrar om att för att flera företags ställning skall kunna göras till föremål för en kollektiv bedömning på den berörda marknaden måste det enligt rättspraxis visas att ifrågavarande företag tillsammans, bland annat på grund av vissa band dem emellan, kan inta samma hållning på marknaden (domen i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen Kali und Salz, punkt 221). Så är fallet om dessa företag kan förutse varandras uppträdande och därför är starkt benägna att samordna sitt beteende på marknaden för att bland annat maximera sin gemensamma vinst genom att begränsa produktionen i syfte att höja priserna (förstainstansrättens dom av den 25 mars 1999 i mål T-102/96, Gencor mot kommissionen, REG 1999, s. II-753, punkt 276, och av den 6 juni 2002 i mål T-342/99, Airtours mot kommissionen, REG 2002, s. II-2585, punkt 60).
- 653 Förstainstansrätten noterar att även om ett företags möjlighet att anpassa sitt beteende efter en eller flera konkurrenter med nödvändighet innebär att konkurrensen mellan dem begränsas betydligt, innebär däremot en sådan möjlighet till anpassning av konkurrensbeteendet på intet sätt att konkurrensen mellan de berörda företagen fullständigt undanröjs. Förstainstansrätten erinrar

för övrigt om att förekomsten av en kollektiv dominerande ställning, i den mening som avses i artikel 86 i fördraget, förutsätter att det finns ekonomiska band mellan två eller flera ekonomiska enheter som per definition är oberoende och följaktligen kan konkurrera med varandra, och inte att det finns institutionella band mellan företagen motsvarande dem som finns mellan moderbolag och dotterbolag (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 594 nämnda planglasmålet, punkterna 357 och 358).

654 Följaktligen utgör brist på effektiv konkurrens mellan aktörer som påstås ingå i ett dominerande oligopol en betydande omständighet bland de som spelar en viktig roll vid bedömningen av huruvida en kollektiv dominerande ställning föreligger (domen i det ovan i punkt 652 nämnda målet *Airtours* mot kommissionen, punkt 63, se även för ett liknande resonemang domarna i de ovan i punkt 594 nämnda målen *Centro Servizi Spediporto*, punkt 34, och *DIP m.fl.*, punkt 27). Det kan dock inte krävas för att det skall kunna konstateras att det föreligger en sådan dominerande ställning att undanröjandet av den effektiva konkurrensen leder till att all konkurrens undanröjs mellan de berörda företagen.

655 Härav följer att det är med orätt som sökandena har hävdad att förekomsten av en kollektiv dominerande ställning, i den mening som avses i artikel 86 i fördraget, till sitt väsen utesluter all konkurrens mellan de företag som har en sådan ställning och kräver att dessa företag betar sig på samma sätt vad gäller alla konkurrensaspekter på den berörda marknaden.

656 Vad beträffar de argument som sökanden i mål T-212/98 framfört, vilka baseras på den omständigheten att även om sökanden tillsammans med de övriga TACA-medlemmarna kunde anses inneha en kollektiv dominerande ställning redan till följd av dess anslutning till TACA, kan det inte följa härav att varje åtgärd som vidtas av två eller flera TACA-parter rörande den transatlantiska traden med nödvändighet vid varje tillfälle måste tillskrivas alla TACA-parterna, har de redan besvarats i punkterna 630–634 ovan i samband med föregående grunder.

657 Det följer av det ovan anförda att talan inte kan vinna bifall på denna grund avseende tillämpning av ett felaktigt rättsligt kriterium.

2. Grunderna om en felaktig bedömning av den interna priskonkurrensen och konkurrensen på annat sätt än med priser

a) Parternas argument

658 Sökandena har åberopat två grunder. Den första avser en felaktig bedömning av den interna priskonkurrensen och den andra avser en felaktig bedömning av den interna konkurrensen på annat sätt än med priser.

659 Vad för det första gäller priskonkurrensen har sökandena hävdat att bedömningen av de bevis som de lagt fram angående deras individuella prisstrategi, ur ekonomisk och juridisk synvinkel, är oförenlig med konstaterande att det föreligger en kollektiv dominerande ställning.

660 Sökandena har inledningsvis anført att det är lämpligt att göra en åtskillnad mellan konferensfraktsatser och fraktsatser för oberoende åtgärder. De har förklarat att konferensfraktsatserna inbegriper tariffens fraktsatser och konferensserviceavtalens fraktsatser. Tariffens fraktsatser inbegriper i sin tur dels de "ordinarie fraktsatserna" för transport av varor som hör till vissa kategorier, oberoende av mängd ("class tariff"), dels TVR för transport av en bestämd volym under en specifik tidsperiod. Gemensamt för alla dessa fraktsatser är att de fastställs av konferensmedlemmarna kollektivt. De oberoende åtgärdernas fraktsatser inbegriper i sin tur oberoende åtgärder både i fråga om "ordinarie

fraktsatser” och i fråga om TVR (”time/volume rates independant action”, eller TVRIA) och i fråga om individuella serviceavtal. De förhandlas fram direkt mellan avlastaren och medlemmen eller (vid fall av gemensamma serviceavtal) medlemmarna i konferensen.

- 661 Sökandena har understrukit att såväl konferensfraktsatserna som fraktsatserna för oberoende åtgärder avspeglar konkurrensen på marknaden. Således borde det vid fastställandet av konferensfraktsatser tas hänsyn till den konkurrens som utövas av rederier som inte är medlemmar i konferensen, aktörer som är verksamma på alternativa rutter, övriga transportsätt och kundernas köpkraft. Sökandena har uppmärksammat att rådande fraktsatser på den transatlantiska traden är låga, med anledning av denna konkurrens, såsom slutsatserna i Drewrys och Mercers rapporter visar.
- 662 Sökandena har hävdad att för att det skall konstateras att det finns en gemensam prisstrategi inom linjekonferenser krävs det att all eller praktiskt taget all last transporteras av konferensen till konferensens ”ordinarie fraktsatser” eller till konferensserviceavtalens fraktsatser. I förevarande mål har sökandena emellertid bedrivit en oberoende prispolitik för att möta såväl den interna som den externa konkurrensen. Att det finns intern konkurrens framgår av de oberoende åtgärderna, de individuella och gemensamma serviceavtalen och avtalen med NVOCC-bortfraktare. Att förneka denna interna konkurrens är enligt sökandena detsamma som att anse, vilket är kommissionens underförstådda åsikt, att medlemmarna i en linjekonferens per definition måste göras till föremål för en kollektiv undersökning, oberoende av om det finns bevis på intern priskonkurrens eller konkurrens på annat sätt än med priser. Sökandena anser att det av nedan angiven bevisning framgår att de inte betett sig på samma sätt vad gäller prisfastställelse på marknaden. Kommissionen har inte lagt fram något bevis som pekar i motsatt riktning.
- 663 Vad för det första angår oberoende åtgärder har sökandena hävdad att, även om det är riktigt att dessa ofta är mycket kortvariga eller tjänar som en tillfällig åtgärd under den tid förhandlingar om serviceavtal pågår, dessa åtgärder är uttryck för intern priskonkurrens i den meningen att vidtagandet av oberoende åtgärder, även



under en kort period, är ett oberoende beslut om priser. Sökandena har särskilt betonat att möjligheten finns för varje konferensmedlem att följa en oberoende åtgärd som vidtagits av en annan medlem (genom ett "me too"). Dessa åtgärder utgör enligt sökandena ett bevis på intern konkurrens därför att de vittnar om den följsamma medlemmens vilja att fortsätta att vara konkurrenskraftig i förhållande till den medlem som tog initiativet. Rätten till "me too" säkerställs genom US Shipping Act.

664 Sökandena har vidare betonat att det förfarande som är tillämpligt på oberoende åtgärder ger konferenserna ett betydande manöverutrymme för att de skall kunna möta den interna och externa konkurrensen. De har härvidlag anfört att oberoende åtgärder i fråga om "ordinarie fraktsatser" måste anmälas till TACA-sekretariatet som i sin tur underrättar alla konferensmedlemmar och publicerar dem i den nya konferenstariffen, så att alla avlastare kan dra nytta av dem under deras giltighetstid utan att vara skyldiga att utföra transporten med den medlem som tagit initiativet. Vad beträffar TVRIA har sökandena betonat att varje konferensmedlem kan delta i dessa åtgärder, såvida denne gör det innan fraktsatsen blir effektiv och den initiativtagande medlemmen godtar det. Sökandena har vidare understrukt att enligt FMC:s regler kan fraktsatsen så fort den godtagits av avlastaren inte längre ändras även om konferensfraktsatsen vid en senare tidpunkt sjunker.

665 I förevarande mål har sökandena uppgett att TACA-medlemmarnas oberoende åtgärder under perioden 1994–1997 var talrika och de har gjort gällande på grundval av uppgifter om TVRIA för år 1996 för det första att 8,3 procent av den sammanlagda lastningen på den transatlantiska rutten under år 1996 utfördes inom ramen för en TVRIA, för det andra att sökandena bedrivit olika strategier på området (exempelvis har två TACA-medlemmar inte utfört någon TVRIA medan två andra medlemmar har transporterat mer än 20 procent av sin totala last inom denna ram) samt för det tredje att även om sökandena inte kan avgöra hur stor lastvolym som transporteras inom ramen för en oberoende åtgärd för "ordinarie fraktsatser", är det uppenbart att den lastvolym som transporteras inom denna ram är högre än den som transporteras enbart inom ramen för TVRIA.

666 Sökandena har även uppgett, på grundval av sifferuppgifter avseende år 1996, att konkurrensen mellan medlemmarna i vart och ett av de konsortier som TACA-medlemmarna deltar i karaktäriseras av att det genomförs oberoende åtgärder och "me too", vilket motsäger påståendet i skäl 198 i det omtvistade beslutet att "avtal om fartygsdelning har som verkan att reducera antalet oberoende åtgärder som vidtas av konsortiets medlemmar". Sökandena har härvidlag preciserat att uttalandet från en tjänsteman på FMC som återges i det omtvistade beslutet i skäl 197 och som tjänar som grund för detta påstående, inte är representativt för FMC:s officiella ståndpunkt. Det faktum att FMC har godtagit ett stort antal avtal om fartygsdelning visar för övrigt att FMC inte ser något samband mellan förekomsten av denna typ av avtal och aktivitetsnivån i fråga om oberoende åtgärder som vidtas av dess medlemmar. Sökandena har noterat att kommissionen i sitt svaromål anser att denna punkt i det omtvistade beslutet är av mindre betydelse men de har vidhållit att kommissionen inte tillhandahållit något bevis till styrkande av sitt konstaterande.

667 Sökandena har slutligen kritiserat det relevanta i den jämförelse som görs i tabell 4 i det omtvistade beslutet mellan oberoende åtgärder på Stillhavstraden och oberoende åtgärder på den transatlantiska traden. De har anfört för det första att kommissionen inte tillhandahåller någon uppgift om de båda tradernas relativa dimension, för det andra att kommissionen inte tar hänsyn till att varje anmälan av en oberoende åtgärd inom ramen för TACA räknas en enda gång, oberoende av antalet berörda tarifflinjer (i termer av varor och rutter), medan de oberoende åtgärderna på den transatlantiska traden i riktning mot Asien registreras för varje berörd vara och varje berörd rutt, för det tredje att inom ramen för TACA som innehåller "ordinarie fraktsatser" de oberoende åtgärder som vidtas i fråga om en kategori kan beröra flera typer av varor, medan inom ramen för Stillhavstraden vilken har en tariff "per vara", de oberoende åtgärderna i allmänhet vidtas i fråga om en specifik vara, samt för det fjärde att kommissionen inte har uppgett källan till de uppgifter den nämner. Sökandena har till stöd för sin kritik bifogat uttalandet från Conrad, vice vd för Transpacific Stabilisation Agreement och före detta generaldirektör och vd för Asia North America Eastbound Rate Agreement, i vilket förklaras varför tabell 5 i det omtvistade beslutet inte bekräftar kommissionens slutsatser.

668 Vad för det andra gäller serviceavtalen har sökandena understrukit att de under år 1996 ingick sammanlagt 92 individuella och gemensamma serviceavtal, motsvarande 17,8 procent av alla serviceavtal som ingicks av dem och 15,3 procent av den totala last som sökandena transporterade under år 1996. Sökandena har även uppmärksammat att deltagandet i gemensamma serviceavtal är uttryck för de olika affärsstrategier som var och en av TACA-medlemmarna har. Medan således vissa medlemmar inte deltog i något av dessa avtal, deltog sju medlemmar i åtminstone ett avtal, medan åtta medlemmar deltog i fler än 70 avtal. Sökandena har erinrat om att dessa serviceavtal inte kräver omröstning inom konferensen. Eftersom praktiskt taget alla sökandena har ingått individuella eller gemensamma serviceavtal i olika hög grad, har sökandena hävdad att de inte förstår räckvidden av kommissionens anmärkning om att litet mindre än hälften av avtalen ingåtts med avlastare som äger lasten. Vad beträffar den av kommissionen framhållna omständigheten att det angavs olika priser i nästan alla serviceavtal, har sökandena anmärkt att det handlar om resultat från individuella bortfraktares individuella strategier. På samma sätt är det faktum att vissa avlastare även expedierat en del av sin last inom ramen för konferensserviceavtal ett tecken på enskilda bortfraktares önskemål att göra affärer i egenskap av individuella aktörer som konkurrerar på hela konferensens marknad med andra medlemmar i konferensen och rederier som inte är medlemmar i konferensen.

669 Sökandena har gjort gällande att ingåendet av dessa serviceavtal har medfört en sänkning av konferensstariffen. Således har det individuella serviceavtal som Hanjin ingick år 1996 med Wittwer Schwelm angående transport av reservdelar till bilar och kemikalier, efter att ha gett upphov till ett ”me too” från Ocean World Lines sida, medfört en sänkning av de ”ordinarie fraktsatserna” för olika varor som kan uppgå till 17,7 procent. Denna bevisning har kommissionen erhållit i svaret på meddelandet om anmärkningar, men kommissionen har utan att ge den minsta förklaring underlåtit att ta hänsyn till den i det omtvistade beslutet.

670 För det tredje har sökandena beträffande konkurrensen om transport av NVOCC-bortfraktares last påstått att de individuella strategier som var och en av TACA-medlemmarna lagt upp visar att det inte finns någon kollektiv

dominerande ställning. Det framgår således av sifferuppgifter som tillhandahålls i ansökan att för det första konkurrerade år 1994 sju av de sexton TACA-medlemmarna om transport av NVOCC-bortfraktares last, för det andra konkurrerade år 1995 nio av de sju TACA-medlemmarna vid denna tid om transport av NVOCC-bortfraktares last, för det tredje konkurrerade år 1996 femton av de sju TACA-medlemmarna om transport av NVOCC-bortfraktares last och för det fjärde konkurrerade år 1997 sexton av de sju TACA-medlemmarna om transport av NVOCC-bortfraktares last. Det framgår vidare av samma uppgifter att var och en av sökandenas andel i den sammanlagda last som transporterats av konferensen åt NVOCC-bortfraktare varierade påtagligt under ifrågavarande period, vilket åter är ett uttryck för de olika strategier som används på området av var och en av TACA-medlemmarna. Således ökade Hapag Lloyds andel i konferensens frakt hos NVOCC-bortfraktare under åren 1994–1997 från 0,9 procent till 9,6 procent, till nackdel för rederier som av tradition behandlar denna typ av last. Den adekvata förklaringen lämnades av sökandenas rådgivare i en skrivelse till kommissionen av den 3 maj 1995 där följande uttalas:

”I fråga om full containerlast (’full container load’, eller FCL) har dock vissa TACA-parter, som en del av deras övergripande affärspolitik, planering, marknadsföring och investeringsstrategi, valt att inte behålla stora säljarkårer eller omfattande agenturnät för att ta laster från de många små och medelstora avlastare som äger den fulla containerlasten. Följaktligen brukar sådana bortfraktare använda och i större utsträckning lita till NVOCC-branschen i vidare mening för att få och samla ihop väsentliga volymer av full containerlast. Till skillnad från sådana TACA-parter har andra valt att bibehålla och bära de fasta kostnaderna för en omfattande säljarkår, kundtjänst och ett agenturnät. Dessa bortfraktare brukar i mycket större utsträckning ha direkta kontakter med avlastare som äger den fulla containerlasten och ser därför NVOCC-bortfraktare som konkurrerande bortfraktare (eftersom även de konkurrerar om full containerlast som ägs av avlastaren).”

671 I den första gruppen befinner sig exempelvis Cho Yang vars andel i konferensens last hos NVOCC-bortfraktare minskade under åren 1994–1997 från 19,5 procent till 8,3 procent. Sökandena preciserar i dupliken att det var de före detta

oberoende rederier som inte förfogade över den infrastruktur för marknadsföring och försäljning som behövs för att effektivt konkurrera med avlastare som äger lasten, vilka förlitade sig på NVOCC-bortfraktarna för att få tillgång till denna infrastruktur för marknadsföring och försäljning. Sökandena anser att dessa olika strategier vad gäller NVOCC-bortfraktares last har medfört att det råder en påtaglig konkurrens mellan TACA-medlemmarna som fått till följd att vissa medlemmar förlorat en betydande andel av denna verksamhet till förmån för andra medlemmar.

672 Mot bakgrund av dessa omständigheter har sökandena tillbakavisat påståendet i skäl 296 i det omtvistade beslutet att ”en majoritet av TACA-parterna inte konkurrerar om serviceavtal med NVOCC-bortfraktare”. Sökandena har understrukit att kommissionen har ignorerat förklaringen, även om den återger skrivelsen av den 3 maj 1995 i fotnot 55 under skäl 151 i det omtvistade beslutet. Sökandena har vidare förebrått kommissionen att den baserat sitt påstående enbart på uppgifter om år 1995, utan att undersöka tendenserna och utvecklingen på marknaden med anledning av variationerna i var och en av TACA-parternas individuella strategi. De har slutligen anfört att kommissionens påstående verkar inskränka sig till serviceavtal med NVOCC-bortfraktare. Det framgår dock av uppgifter som tillhandahålls i ansökan att Hapag Lloyd transporterade all last tillhörande NVOCC-bortfraktare under åren 1994, 1995 och 1996 inom ramen för TVR och att detta rederi var det enda som gick tillväga på detta sätt under år 1994. Under åren 1995 och 1996 transporterade flera av sökandena likaledes NVOCC-bortfraktares last inom samma ram. Sökandena har i detta avseende preciserat att sedan år 1994 har all last tillhörande NVOCC-bortfraktare inom ramen för TVR transporterats inte till en samtidigt överenskommen fraktsats utan till en fraktsats som fastställts av rederier som agerar individuellt genom TVRIA.

673 Vad gäller kommissionens kritiska iakttagelse enligt vilken fyra av TACA-medlemmarna transporterade större delen av NVOCC-bortfraktarnas last, har sökandena gjort gällande att iakttagelsen innebär att kommissionen hävdar att TACA-medlemmarna endast skulle ha tillräckligt differentierade strategier om de alla gjorde samma sak. Enligt sökandena är den relevanta frågan snarare huruvida TACA-medlemmarna använt olika strategier i fråga om NVOCC-bortfraktarnas

last, vilket de har gjort eftersom ovan anförda omständigheter visar att transporten av NVOCC-bortfraktarnas last har förändrats avsevärt med tiden. Det saknar betydelse om dessa transporter utfördes genom serviceavtal eller inom ramen för TVR. Det är enligt sökandena konkurrensen om denna last som är av betydelse.

674 Vad för det andra gäller konkurrens på annat sätt än med priser har sökandena hävdats att bedömningen av de bevis som de härvidlag lagt fram angående deras individuella prisstrategi, ur ekonomisk och juridisk synvinkel, är oförenlig med en kollektiv dominerande ställning. Sökandena har särskilt förebrått kommissionen att den i skäl 194 i det omtvistade beslutet konstaterar att "[de] olika bortfraktarnas 'produkter' ... i själva verket inte [går] att skilja åt", trots de talrika bevis på konkurrens på annat sätt än med priser som sökandena lagt fram under det administrativa förfarandet.

675 Sökandena har inledningsvis uppmärksammat att de tjänster som bortfraktarna erbjuder inte begränsas till tjänster som uttryckligen inbegrips i serviceavtalen utan att de även bör förstås såsom avseende "mervärdestjänster", närmare bestämt sådana som avgör en avlastares val, innan avtal ingås, av vilka bortfraktare som kan lämna anbud på en bestämd last, valet att samarbeta med den ene eller den andre bortfraktaren eller valet av en bestämd bortfraktare inom ramen för ett konferensserviceavtal eller ett individuellt serviceavtal som ingås gemensamt. Sökandena anser att dessa konkurrensfaktorer avspeglas i konferensserviceavtalen, avlastarnas krav på specifika tjänster och "mervärdestjänsterna".

676 Vad för det första beträffar konferensserviceavtalen har sökandena betonat att när ett sådant avtal undertecknas ankommer det på avlastaren att i överensstämmelse med sitt affärsmässiga omdöme fördela lasten mellan de deltagande bortfraktarna. Sökandena har på grundval av uppgifter som tillhandahålls i ansökan hävdats att identiteten hos den "ledande bortfraktaren" ("lead carrier") i de flesta fall ändrats från år till år och att den andel last som transporteras av den "ledande bortfraktaren" varierar avsevärt från år till år. Det är inte riktigt att

härvidlag hävda, såsom kommissionen gör på grundval av bilaga V till det omvistade beslutet, att de flesta byten av bortfraktare ägt rum inom grupperingar av bortfraktare som är parter i samma avtal. Tvärtom framgår det av denna bilaga att avlastarnas respektive del i den last som transporterades av bolagen i varje gruppering i betydande mån ändrades under åren 1994–1996. Eftersom satserna i konferensserviceavtalen avtalades inom ramen för konferensens förfaranden, anser sökandena att dessa förändringar skall tillskrivas konkurrensen på annat sätt än genom pris.

677 För det andra har sökandena i fråga om avlastarnas specifika krav på tjänster gjort gällande att avlastarna väljer bortfraktare på grundval av specialiserade tjänster med ”mervärde” som dessa erbjuder. Det finns för övrigt ett brett sortiment av tjänster som var för sig eller i kombination med andra avgör avlastarens val av bortfraktare.

678 Till stöd av dessa påståenden har sökandena för det första åberopat avlastarnas uttalanden vid den tidpunkt då konferensserviceavtalen förhandlades fram med TACA-sekretariatet. Det faktum att avlastare fäster avsevärd betydelse vid de olika nivåerna på de tjänster som bortfraktare tillhandahåller framgår särskilt av att avlastare begärt att få åtnjuta en reducerad fraktsats av bortfraktare som från deras synpunkt erbjuder tjänster av lägre kvalitet. Enligt sökandena är de faktorer som skiljer tjänsterna åt relaterade till transitperioder, tillgång till utrustning, tillgång till ”utrymme”, anläpningshamnar, tjänsternas innehåll, försäljnings-tjänster samt hur snabbt lastningen sker. För det andra har sökandena hänvisat till de krav som avlastarna ställer i sin respektive anbudsinfordran samt bortfraktarnas svar på anbudsinfordran. Dessa handlingar illustrerar även variationen i de specifika tjänster som efterfrågas av varje individuell avlastare. Vad angår den omständigheten att sökandena begärt konfidentiell behandling av sin respektive anbudsinfordran under det administrativa förfarandet så att kommissionen inte kunnat kontrollera avlastarnas uppfattning, har sökandena betonat att denna begäran på intet sätt hindrade kommissionen från att göra en

allmän utredning. För det tredje har sökandena understrukit att konferensserviceavtalen i de flesta fall innehåller standardvillkor i vilka bortfraktarna dels åläggs kollektiva skyldigheter avseende tjänster i fråga om regelbundna tider, disponibelt utrymme på fartyget, anlöpning i hamn, transitperioder och containrar, dels individuella skyldigheter avseende tjänster i fråga om publicerandet av tidtabell, säkerhet och speciella tjänster eller speciell utrustning. Sökandena framhåller vidare i sin ansökan att ett stort antal serviceavtal som ingicks år 1995 innehöll villkor om tjänster som förhandlats fram individuellt med avlastare. Sökandena nämner i sin ansökan sexton olika avtalsvillkor av denna typ. Påståendet i skäl 146 i det omtvistade beslutet att "[d]et har framhållits för kommissionen att rederiernas säljare hävdar att de enligt villkoren i TAA och TACA inte får erbjuda något annat än ett standardserviceavtal, dvs. ett volymbaserat avtal utan ytterligare tjänster" är således grundlöst. Det skall i vart fall medges att de faktorer som beaktas av en avlastare vid valet av bortfraktare i regel inte har formen av avtalsvillkor, eftersom valet i allmänhet sker på basis av de mervärdesfaktorer som beskrivits ovan. För det fjärde har sökandena förklarat att konferensmedlemmarna inom ramen för konferensserviceavtal konkurrerar på grundval av individuella anbud om tjänster. Således väljer varje avlastare ut en bortfraktare av skäl som är hans egna. Som svar på kommissionens kritik att det inte är avlastarens uppfattning som anges i ansökan utan sökandenas, har dessa gjort gällande att kommissionen inte försökt erhålla bevis från avlastarnas sida och att den även tillbakavisat avlastarnas uttalanden som nämns i ansökan. För det femte har sökandena slutligen framhållit att det finns heltäckande samarbetsavtal mellan bortfraktare och avlastare.

- 679 Sökandena har för det tredje påstått att de använder olika individuella strategier för att tillfredsställa avlastarnas krav i fråga om tjänster. För det första har de framhållit att TACA-medlemmarna i fråga om transporter mellan Nordeuropa och Nordamerika konkurrerar med transitperioder och anlöpningshamnar, väntetider och upphämtningstider, särskilt vid multimodala transporter samt med anmälningar om förväntad ankomsttid och överliggetidsanmälningar. Enligt sökandena visar dessa sifferuppgifter i vart fall det felaktiga i kommissionens påstående om att TACA-parterna försökt bestämma vilka hamnar de skulle anlöpa och inte anlöpa. För det andra har sökandena betonat att TACA-medlemmarna tar individuella initiativ vad gäller inköp av specialutrustning och



transport av icke standardiserade containrar. För det tredje har sökandena i fråga om hamn- och landtjänster gjort gällande att TACA-medlemmarna konkurrerar inom logistik, bland annat vad gäller kapaciteten att omplacera containrarna i lämpliga hamnar med utgångspunkt i avlastarnas efterfrågan, samt möjligheten att erbjuda tjänster under helger och speciella tjänster vid sen bokning eller leverans. För det fjärde har sökandena betonat att de i fråga om informations-teknik varit tvungna att ta egna initiativ för att tillfredsställa avlastarnas krav på elektroniskt informationsutbyte ("electronic data interchange") och Internet-tjänster, bland annat för att kunna få möjlighet att snabbt bli underrättade om pågående transporter. För det femte erbjuder sökandena olika tjänster i samband med tullklareringen. För det sjätte har sökandena uppmärksammat att alla av dem inte håller samma kvalitetsnivå. I synnerhet har de anfört att alla rederier inte har erhållit certifikat ISO 9002-ackreditering (kvalitetsstyrning). Slutligen har sökandena för det sjunde insisterat på det faktum att de saluför sina tjänster, antingen det sker via traditionella media eller elektroniskt, på individuell basis och att de inte gör reklam kollektivt i egenskap av konferens eller konsortium. Vidare har de gjort gällande att deras marknadspolitik är avsedd att skilja mellan de individuella tjänster som de erbjuder och de tjänster som de övriga rederierna erbjuder.

680 Av alla dessa skäl drar sökandena slutsatsen att de tillhandahåller olika tjänster och konkurrerar sinsemellan för att tillfredsställa avlastarnas specifika krav. Det skulle då vara felaktigt att anse att de betar sig på samma sätt på marknaden och att de framställer sig som en enda enhet på marknaden.

681 Sökanden i mål T-213/98 har anfört att de särskilda omständigheter som är betecknande för rederiets individuella situation och som inte har bestridits av kommissionen bekräftar att det inte finns någon kollektiv dominerande ställning. Sökanden har gjort gällande att rederiets affärsstrategi och särskilt skälen till att det anslöt sig till TACA år 1993, visar att det agerar på ett självständigt sätt i konkurrens med de övriga TACA-medlemmarna och att det därför inte kan anses att sökanden utgör en enda ekonomisk enhet tillsammans med de övriga TACA-medlemmarna.

- 682 Sökanden har inledningsvis gjort gällande att de skäl som förmådde sökanden att bli medlem i TACA, tvärt emot vad kommissionen påstår i skäl 293 i det omtvistade beslutet, var affärsmässiga. Rederiet har gjort gällande att det i egenskap av traditionell bortfraktare verksam på Stillahavstraden och traden mellan Europa och Asien varit tvunget att omvandlas till global bortfraktare för att anpassa sig till kundernas tendens att koncentrera sina inköp regionalt (Nordamerika och Europa), eller till och med globalt. Det är mot denna bakgrund som sökanden beslutat att utveckla sin transportverksamhet på den transatlantiska traden för att ge sina befintliga kunder ett enda nätverk ("one stop shop") för transport av deras varor över världen.
- 683 Med beaktande av de årliga förluster som TACA-medlemmarna lidit på denna trad (se skäl 590 b i det omtvistade beslutet), ansåg NYK att införandet av en oberoende tjänst skulle innebära ett alltför stort risktagande. NYK valde då att utveckla sin verksamhet på denna trad inom ramen för ett konsortiearrangemang med Hapag Lloyd och NOL (Pacific Atlantic Express), vars föremål var att tillhandahålla både en Stillahavstjänst och en transatlantisk tjänst. Sökanden har vitsordat att rederiets närvaro på den transatlantiska marknaden har fortsatt att vara begränsad. Denna omständighet motiveras emellertid av att dess traditionella kundkrets väsentligen efterfrågar transport av last på Stillahavstraden och att det var svårt att förutse i vilken utsträckning kundkretsen skulle vara benägen att anförtro sökanden transporten av sin last på den transatlantiska traden.
- 684 Enligt sökanden var skälet till att rederiet sedan anslöt sig till TAA/TACA att de kunder som utgjorde målgrupper i Europa och Nordamerika använde sig av denna konferens för transport av sin last. Vidare har NYK understrukit att rederiet av tradition är verksam inom konferenser och att dess anslutning till TACA kunde främja stabiliteten på ifrågavarande trad, i överensstämmelse med det ändamål som uttrycks i åttonde skälet i förordning nr 4056/86. Slutligen, eftersom anslutning till en konferens enligt amerikansk rätt inte kan vägras och denna anslutning gör det möjligt att få tillgång till konferensserviceavtal på

samma villkor som övriga medlemmar åtnjuter, har NYK helt enkelt tagit vara på de möjligheter som erbjuds i amerikansk rätt för att öka den last som transporteras på ifrågavarande trad inom ramen för en ny global tjänst.

- 685 Sökanden har hävdad att de skäl som förmådde rederiet att bli medlem i TACA bestämde den oberoende affärsstrategi som sökanden använde efter sin anslutning. Således har sökanden förklarat att dess affärsstrategi på den transatlantiska traden syftade till att rederiet skulle koncentrera sig på de traditionella kunderna på andra trader. Enligt sökanden bestod den affärsmässiga fördel som rederiet kunde erbjuda sina kunder dels i möjligheten att låta transportera den transatlantiska lasten till Förenata staternas västkust och Stillahavslinjerna uteslutande på inre vattenväg (via Panamakanalen), dels i erbjudna tjänster i riktning mot de kanadensiska hamnarna utanför konferensen.
- 686 Till skillnad mot vad kommissionen låter förstå i det omtvistade beslutet (skäl 293 och följande skäl) ger inte anslutningen till TACA en bortfraktare någon som helst garanti att framgångsrikt ta sig in på en ny trad. Sökanden har först och främst preciserat att omedelbar tillgång till TACA:s serviceavtal inte betyder en garanti att erhålla den last som omfattas av dessa avtal, eftersom det ankommer på varje bortfraktare att övertyga avlastarna om att anförtro dem last. Kommissionen drar följaktligen med orätt slutsatsen i skäl 564 att den omedelbara tillgången till konferensserviceavtal uppmuntrat Hyundai att ansluta sig till TACA. Sökanden har för övrigt betonat att även om olika kommersiella initiativ som rederiet har tagit har gjort det möjligt för det att vinna vissa nya kunder och att komma in på nya marknader (exempelvis, marknaden för personliga effekter i Förenade kungariket), har sökanden även förlorat vissa kunder eller varit tvungen att dra sig tillbaka från vissa marknader, exempelvis av logistiska skäl. Sökanden har erinrat om att marknadsandelen på ifrågavarande trad har minskat från 0,9 procent år 1994 till 0,6 procent under åren 1995 och 1996.
- 687 Under dessa förhållanden anser sökanden att kommissionen inte med framgång kan hävda att TACA-medlemmarnas marknadsandelar inte har fluktuerat under ifrågavarande period och att avsaknaden av en sådan fluktuation visar att det inte finns någon konkurrens. Sökanden anser i vart fall att stabila marknadsandelar

inte med nödvändighet betyder att det saknas konkurrens. I sjöfartssektorn finns det en naturlig tendens till att marknadsandelarna avspeglar den kapacitet som rederierna erbjuder på varje linje. Dessutom har sökanden påstått att stabila marknadsandelar också kan förklaras av kundernas trohet eller av att kunderna byter leverantörer. Sökanden har anfört att den ekonomiska doktrin som kommissionen nämner i sitt svaromål stödjer denna uppfattning, eftersom Scherer och Ross (*Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin, 1990) vitsordar att det ofta sker varumärkesförändringar på grund av att konsumenterna inte har några preferenser. Under dessa förhållanden har det enligt sökanden föga betydelse att bortfraktarna hänger sig åt "fåfänga försök att differentiera produkterna", såsom hävdas av dessa författare.

688 Sökanden har vidare hävdad att rederiet aldrig beslutat att inte konkurrera om last för att underlätta Hyundai's och Hanjins etablering på traden. Eftersom en vägran att tillhandahålla kunder skulle riskera att medföra förlust av kunder på andra trader, finns det inte något affärsmässigt skäl till att bete sig på detta sätt.

689 Sökanden har vidare tillagt att eftersom anslutning till en konferens inte kan vägras och det inte finns något avtal inom ramen för TACA som syftar till att begränsa den kapacitet som varje individuell bortfraktare erbjuder är konferensen inte i stånd att kontrollera kapaciteten, i synnerhet inte oberoende bortfraktarens utbud av kapacitet. Härav följer enligt sökanden att TACA-parterna, i fråga om den väsentliga aspekt som utgörs av förhållandet mellan utbud och efterfrågan, varken kan agera som en enda ekonomisk enhet eller undanröja den potentiella konkurrensen.

690 Vad särskilt gäller priskonkurrensen har sökanden preciserat att det relativt låga antal oberoende åtgärder som sökanden vidtagit i jämförelse med övriga TACA-medlemmar i fråga om priser, inklusive i form av TVR eller individuella eller gemensamma serviceavtal såsom anges i tabellerna i den gemensamma delen av ansökan, inte skall tolkas som en indikation på att sökanden inte använt sig av sin rätt att föra en självständig prispolitik. Dels bör hänsyn tas till att dessa siffror,

uttryckta i absoluta termer, måste förstås i sammanhanget av sökandens begränsade marknadsandel på ifrågavarande trad. Dels beaktas inte i dessa uppgifter de åtgärder som sökanden vidtog på traden i riktning mot de kanadensiska hamnarna, på vilken rederiet agerade utanför alla konferenser. Sökanden har likaledes anmärkt att om den last tillhörande NVOCC-bortfraktare som sökanden transporterade kan verka föga betydande kvarstår inte desto mindre att en av sökandens främsta kunder var en NVOCC-bortfraktare och att dennes last motsvarade 25 procent av sökandens transporter i öst-västlig riktning ("Westbound") år 1995. Sökanden har understrukit att mer än 30 procent av den last som transporterades i öst-västlig riktning, inklusive mot de kanadensiska hamnarna, utgjordes av NVOCC-bortfraktares last.

<sup>691</sup> Vad gäller den av kommissionen påstådda omständigheten att sökandena ingår i en linjekonferens som beviljats gruppundantag för fastställandet av sjötariffer saknar det enligt sökanden relevans, eftersom sökandena på grundval av andra parametrar har visat att det finns konkurrens. Kommissionen har för övrigt vitsordat att det förekommer konkurrens i sammanhanget av ett konsortium (det ovannämnda beslutet P & O/Nedlloyd). Sökanden har dock betonat att TACA inbegriper flera konsortier. Likaledes har kommissionen uttryckligen i kommissionens förordning (EG) nr 870/95 av den 20 april 1995 om tillämpning av artikel 85.3 i fördraget på vissa grupper av avtal, beslut och samordnade förfaranden mellan linjerederier (konsortier) i enlighet med rådets förordning (EEG) nr 479/92 (EGT L 89, s. 7, se skäl 8 och artikel 5 andra strecksatsen) medgett möjligheten av att det råder en effektiv konkurrens mellan medlemmarna i en konkurrens vad gäller de tjänster som tillhandahålls eftersom förekomsten av sådan konkurrens är en förutsättning för tillämpning av förordningen om undantag.

<sup>692</sup> Slutligen har sökanden framhållit att det omtvistade beslutet inte behandlar frågan om huruvida sökandens deltagande i TACA haft en så påtaglig inverkan på ifrågavarande marknad att det kan anses att sökanden bidragit till det missbruk som en grupp företag som har en kollektiv dominerande ställning gjort sig skyldig till.

693 Kommissionen anser med stöd av ECTU att det saknas stöd för de argument som sökandena framfört inom ramen för dessa grunder och att talan följaktligen inte kan vinna bifall i denna del.

#### b) Förstainstansrättens bedömning

694 Genom de argument som framförts inom ramen för dessa grunder har sökandena i huvudsak gjort gällande att den påtagliga interna konkurrens som finns mellan TACA-parterna är oförenlig med konstaterandet av att det föreligger en kollektiv dominerande ställning.

695 Utan inverkan på frågan om huruvida förekomsten av påtaglig intern konkurrens inom en linjekonferens, i den mening som avses i förordning nr 4056/86, kan påverka den stabilitet på traden som kan motivera en tillämpning av det i nämnda förordning föreskrivna gruppundantaget och således få kommissionen att återkalla undantaget, finner förstainstansrätten i likhet med sökandena att påtaglig intern konkurrens även kan visa att, trots diverse band eller korrelationsfaktorer mellan medlemmarna i en linjekonferens, dessa inte är i stånd att föra samma handlingslinje på marknaden som kan göra att de förefaller vara en enda enhet i förhållande till tredje part och följaktligen motivera en kollektiv bedömning av deras ställning på marknaden med avseende på artikel 86 i fördraget.

696 I förevarande mål har sökandena framfört omständigheter som avser såväl priskonkurrens, som konkurrens på annat sätt än med priser. Vidare har sökanden i mål T-213/98 framfört ett antal specifika argument.

## i) Den interna priskonkurrensen

- <sup>697</sup> Sökandena har gjort gällande att de oberoende åtgärderna, serviceavtalen och transporten av NVOCC-bortfraktares last vittnar om den priskonkurrens som råder mellan TACA-medlemmarna. Sökandena har i huvudsak gjort gällande att oberoende åtgärder och individuella serviceavtal leder till att det tillämpas priser som är lägre än tariffens priser medan konferensserviceavtal och transport av NVOCC-bortfraktares last är uttryck för individuella affärsstrategier, då vissa TACA-medlemmar använder dem i högre grad än andra.
- <sup>698</sup> Vad för det första beträffar de oberoende åtgärderna, närmare bestämt den rätt för varje medlem av en linjekonferens som föreskrivs i amerikansk rätt att föreslå ett pris som understiger konferenstariffen, skall först konstateras att denna möjlighet, vilken föreskrivs i lagstiftningen i en tredje stat, att på vissa villkor frångå den tariffordning som blev resultatet av överenskommelserna om fastställande av priser för sjötransport är av undantagskaraktär i förhållande till principen om gemensamt fastställande av priser av en konferens (TAA-domen, punkt 307).
- <sup>699</sup> Det framgår vidare av artikel 13 i TACA-avtalet att den oberoende åtgärden, trots dess namn, såsom kommissionen understryker i skäl 104 i det omtvistade beslutet, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, övervakas och regleras genom konferensens regler på så sätt att TACA:s sekretariat skall underrättas innan en sådan genomförs, varvid övriga medlemmar ges möjlighet att tillämpa samma prissättning eller att övertala det rederi från vilken den härrör att avstå från den. Den oberoende åtgärden är således inte en del av den normala konkurrensen, enligt vilken varje företagare på ett självständigt sätt bestämmer den strategi som den avser följa på marknaden, vilken utgör ett kraftfullt hinder mot varje direkt eller indirekt kontakt mellan ekonomiska aktörer som har till föremål eller

resultat att antingen inverka på en aktuell eller potentiell konkurrents agerande på marknaden eller för en sådan konkurrent avslöja det agerande som man har beslutat sig för, eller som man överväger att själv ha på marknaden (TAA-domen, punkt 307).

700 Det är vidare ostridigt mellan parterna att, såsom kommissionen anför i skälen 215 och 216 i det omtvistade beslutet, oberoende åtgärder kan vidtas för mycket korta perioder och användas som en tillfällig åtgärd under den tid förhandlingar om serviceavtal pågår.

701 Härutöver finner förstainstansrätten att de uppgifter som tillhandahållits av sökandena själva inte gör det möjligt att vederlägga konstaterandet i skäl 221 i det omtvistade beslutet om att det antal oberoende åtgärder som vidtas på den transatlantiska traden är obetydligt. Förstainstansrätten anser härvidlag att även om antalet oberoende åtgärder som vidtagits av TACA-medlemmarna i fråga om tariffens priser, inklusive TVRIA, under åren 1994, 1995 och 1996, visserligen anges i dessa uppgifter, anges emellertid inte vad gäller de två första åren hur stora kvantiteter med last som transporterats inom ramen för nämnda åtgärder och att åtgärderna därför inte kan tillerkännas bevisvärde när det gäller att visa att det förekom påtaglig intern konkurrens. Det framgår tvärtom av uppgifterna angående år 1996, vilka är de enda som i fråga om TVRIA anger de kvantiteter med last som transporterats inom ramen för oberoende åtgärder, att den last som rörde TVRIA under det året endast motsvarade 8,3 procent av den sammanlagda last som transporterades av TACA-parterna, det vill säga en relativt marginell kvantitet av denna last.

702 Förstainstansrätten framhåller vidare att kommissionen konstaterar i tabell 5 under skäl 220 i det omtvistade beslutet att det antal oberoende åtgärder som vidtas på den transatlantiska traden är obetydligt i jämförelse med antalet oberoende åtgärder på Stillahavstraden. Även om sökandena har bestridit den metod kommissionen använt för att beräkna och jämföra antalet oberoende åtgärder på de båda ifrågakvarande traderna och även om de har gjort gällande att det inte förklaras i det omtvistade beslutet varför det saknas uppgifter om de båda



tradernas storlek, konstaterar förstainstansrätten att sökandena inte har lagt fram någon omständighet som kan visa att kommissionens slutsats är felaktig enligt vilken antalet oberoende åtgärder på den transatlantiska traden inte är påtagligt stort.

703 Sökandenas argument som syftar till att visa att det finns påtaglig intern konkurrens till följd av oberoende åtgärder kan således inte godtas.

704 Vad för det andra gäller serviceavtalen, finner förstainstansrätten att det är med rätta som kommissionen i fråga om konferensserviceavtal anser i skäl 224 i det omtvistade beslutet att sådana avtal inte kan åberopas för att visa att det förekommer intern priskonkurrens. Med avseende på det faktum att konferensserviceavtalen ingås gemensamt inom konferensen enligt det röstningsförfarande som definieras i TACA-avtalet, innebär dessa avtal till sitt väsen ett kollektivt fastställande av ett gemensamt pris av alla de medlemmar i konferensen som deltar i nämnda avtal. Den av sökandena påstådda omständigheten att vissa TACA-medlemmar deltar oftare än andra i konferensserviceavtal saknar relevans, eftersom de avlastare som är parter i sådana avtal i vart fall åläggs ett gemensamt pris för transporten av sin last oavsett vilken av de i avtalet deltagande TACA-medlemmarna som utför nämnda transport.

705 Vad sedan angår de individuella serviceavtalen konstaterar förstainstansrätten att, även om dessa avtal visserligen utgör en källa till intern priskonkurrens, förbjöds de av TACA åren 1994 och 1995. Följaktligen kan dessa avtal åberopas av sökandena endast som bevis på att det förekom intern konkurrens under ett av de tre år som omfattas av det omtvistade beslutet, nämligen år 1996. Det framgår dessutom av sökandenas egna sifferuppgifter att de individuella serviceavtalen under år 1996 endast uppgick till 15,3 procent av den totala last som transporterades av TACA. Det framgår vidare av samma uppgifter att merparten

av dessa individuella serviceavtal har ingåtts gemensamt av flera bortfraktare med den följd att den interna priskonkurrensen i detta fall inte berörde alla TACA-parterna. Förstainstansrätten erinrar slutligen om att, i likhet med vad som gällde oberoende åtgärder, ingåendet av och förhandlingen om individuella serviceavtal var reglerade i artikel 14 i TACA-avtalet och i detta föreskrevs, såsom framgår av skäl 149 i det omtvistade beslutet, ett antal begränsningar av innehållet i serviceavtalen och de förhållanden under vilka de fick ingås. I skäl 447 i det omtvistade beslutet anser kommissionen, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, att sådana begränsningar omfattas av artikel 85.1 i fördraget. Härav följer att även när individuella serviceavtal tilläts av TACA ingick de inte i den normala konkurrensen.

706 Förstainstansrätten konstaterar, avseende sökandenas påstående om att de individuella serviceavtalen har medfört en sänkning av konferenstariffen, att sökandena beträffande de varor som de identifierar i ansökan inte har visat att det finns ett orsakssamband mellan de individuella serviceavtalen och de av TACA beslutade sänkningarna av tariffen, och att det därför inte har styrkts att de faktiska omständigheter som detta påstående baseras på är riktiga. Vidare skall noteras att den omständigheten att TACA beslutat att sänka tariffen för att anpassa den till de individuella serviceavtalens fraktsatser, långt ifrån att utgöra ett ifrågasättande av att det finns en kollektiv dominerande ställning, tvärtom är en bekräftelse på dess existens, eftersom den är ett uttryck för TACA-parternas förmåga att reagera kollektivt på individuella initiativ som tas av vissa av dem i syfte att få hela konferensen att omfattas av de lägre fraktsatser som dessa medlemmar föreslår.

707 Sökandenas argument som syftar till att visa att det finns påtaglig intern konkurrens till följd av serviceavtalen kan således inte godtas.

708 När det slutligen gäller transporten av NVOCC-bortfraktarnas last noterar förstainstansrätten att det framgår av sifferuppgifter som sökandena tillhandahållit att under åren 1994, 1995 och 1996 transporterades all last tillhörande

NVOCC-bortfraktare av TACA-parterna inom ramen för antingen TVR eller serviceavtal. Vad beträffar TVR har sökandena som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten på denna punkt bekräftat vad som anförs i ansökan om att all last som var föremål för TVR i realiteten transporterades inom ramen för oberoende åtgärder och följaktligen utgjorde TVRIA. Enbart denna omständighet, även om den styrks, räcker emellertid inte för att visa att det fanns påtaglig intern priskonkurrens inom TACA. Förstainstansrätten understryker dels att NVOCC-bortfraktarnas last under åren 1994, 1995 och 1996 endast uppgick till 12,5 procent, 14,5 procent och 15,1 procent av den sammanlagda last som transporterades av TACA under dessa tre år. Det skall vidare framhållas att den andel av NVOCC-bortfraktarnas last som transporterades inom ramen för TVRIA under dessa år endast motsvarade 1 procent, 4,5 procent och 15,5 procent av all last tillhörande NVOCC-bortfraktare som transporterades av TACA-parterna, i och med att huvudparten av denna last transporterades inom ramen för serviceavtal. Förstainstansrätten erinrar dock om att TACA hade förbjudit individuella serviceavtal under åren 1994 och 1995, så att den last tillhörande NVOCC-bortfraktare som transporterades under dessa två år inom ramen för serviceavtal och som motsvarade 99 procent respektive 94,5 procent av NVOCC-bortfraktarnas totala last, blev föremål för konferensserviceavtal som till sitt väsen avser fastställande av gemensamma priser. Kommissionen har vidare angett, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, att de 70 procent av NVOCC-bortfraktarnas last som transporterades inom ramen för serviceavtal år 1996 även var föremål för konferensserviceavtal.

709 Det följer således av sökandenas egna uppgifter att NVOCC-bortfraktarnas last under den period som anges i det omtvistade beslutet huvudsakligen transporterades till gemensamma priser som fastställts av konferensen. Det saknar härvidlag relevans när det skall visas att påtaglig intern priskonkurrens finns, att vissa TACA-parter transporterade mer last tillhörande NVOCC-bortfraktare än andra, eftersom NVOCC-bortfraktarna hade ålagts ett av konferensen gemensamt fastställt pris avseende nästan all sin last.

710 Sökandenas argument som syftar till att visa att det finns påtaglig intern konkurrens till följd av transporten av NVOCC-bortfraktarnas last kan således inte godtas.

- 711 Det följer av det ovan anförda att ingen av de omständigheter som sökandena har lagt fram, oavsett om det gäller vidtagandet av oberoende åtgärder i fråga om tariffen, ingåendet av konferensserviceavtal och individuella serviceavtal eller transporten av NVOCC-bortfraktarnas last, kan visa att det finns påtaglig intern priskonkurrens inom TACA. Dessa omständigheter visar, även sammantagna, att det finns alltför marginell konkurrens för att det skall kunna ifrågasättas att det saknas intern priskonkurrens till följd av priserna i en gemensam eller enhetlig tariff som skapats genom linjekonferensens avtal i den mening som avses i förordning nr 4056/86.
- 712 Förstainstansrätten kommer emellertid även att kontrollera om de omständigheter som sökandena lagt fram angående intern konkurrens på annat sätt än med priser kan leda till att denna slutsats ifrågasätts.

ii) Intern konkurrens på annat sätt än med priser

- 713 För att visa att det finns påtaglig intern konkurrens på annat sätt än med priser har sökandena först gjort gällande att den "ledande bortfraktaren" ("lead carrier") och andelen last som transporteras av denne inom ramen för konferensserviceavtalen varierar år från år. Därefter har de påstått att avlastarna har specifika krav på tjänster som gör att de väljer bortfraktare på grundval av specialiserade tjänster som dessa erbjuder. Slutligen har sökandena hävdatt att TACA-parterna använder olika individuella strategier för att tillfredsställa avlastarnas krav i fråga om tjänster.
- 714 Förstainstansrätten understryker inledningsvis att förekomsten av andra former av konkurrens än priskonkurrens mellan medlemmarna i en linjekonferens, exempelvis genom kvaliteten på den tjänst som tillhandahålls, i princip är otillräcklig för att motsäga ett konstaterande av kollektiv dominerande ställning

grundat på band som fastställts för deras ömsesidiga prisstrategi, om inte de alternativa konkurrensformerna var av sådan omfattning och hade sådan intensitet att man inte rimligen kan grunda sig på deras gemensamma prispolitik för att fastställa att det föreligger en enda enhet på marknaden (förslag till avgörande av generaladvokaten Fennelly under domen av den 16 mars 2000 i de ovan i punkt 638 nämnda förenade målen CEWAL, punkt 34).

- 715 Det ankommer följaktligen på sökandena i förevarande mål att lägga fram bevisning, inte endast på att det finns intern konkurrens inom TACA på annat sätt än med priser utan särskilt på att denna eventuella interna konkurrens är av sådan omfattning och har sådan intensitet att TACA-parterna inte rimligen kan bedömas kollektivt.
- 716 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som förstainstansrätten skall pröva värdet av den bevisning som sökandena lagt fram på denna punkt.
- 717 Vad för det första angår sökandenas argument angående konferensserviceavtalen noterar förstainstansrätten att, vid bedömningen av om det finns intern konkurrens på annat sätt än med priser, är enbart den omständigheten att identiteten hos den "ledande bortfraktare" med vars hjälp avlastarna utför transporten av sin last varierar från år till år inte i sig relevant, om det inte dessutom tas hänsyn till att varje bortfraktare även är part i ett konsortium på ifrågavarande trad. Såsom kommissionen med rätta anför i skäl 232 i det omtvistade beslutet, utan att motsägas av sökanden på denna punkt, är nämligen konkurrens med tjänstens kvalitet utesluten om en bortfraktare är part i ett konsortiearrangemang som t.ex. VSA-avtalet mellan P & O, Nedlloyd, Sea-Land, Mærsk och OOCL, eftersom parterna i sådana avtal delar fartyg och tillämpar en gemensam tidtabell. Konsortiearrangemang syftar till att göra tjänster som erbjuds av de rederier som är medlemmar i dem enhetliga, och förekomsten av konkurrens med de interna tjänsterna i TACA är följaktligen med nödvändighet

begränsad till den konkurrens som finns mellan de olika konsortier som TACA består av. För att påvisa att intern konkurrens förekommer i fråga om kvaliteten på tjänster inom TACA skulle det därför vara nödvändigt, såsom kommissionen anger i skäl 233 i det omtvistade beslutet, att sökandena visar att avlastarna flyttat sina laster mellan olika konsortier och inte enbart inom konsortierna.

718 Kommissionen konstaterar härvidlag i samma skäl att det framgår av de uppgifter som sökandena tillhandahåller i sitt svar på meddelandet om anmärkningar, vilka delvis återges i bilaga V till det omtvistade beslutet, att "de olika bortfraktargruppernas andelar varit relativt stabila och de överflyttningar som ägt rum har inte skett mellan grupper, förutom i ett fåtal fall".

719 Även om sökandena har bestridit denna bedömning i det omtvistade beslutet noterar förstainstansrätten, utöver det faktum att bestridandet förekommer för första gången i repliken, att de uppgifter som sökandena tillhandahållit inom ramen för denna talan och som syftar till att ett visst antal bestämda avlastare skall få reda på förändringar avseende "ledande bortfraktare" samt de årliga variationerna i den andel last som transporteras av dessa, i huvudsak är identiska med dem som framlades för kommissionen i deras svar på meddelandet om anmärkningar. Det framgår dock av en undersökning av dessa uppgifter, såsom kommissionen konstaterar i skäl 233 i det omtvistade beslutet, att förändringar i fråga om "ledande bortfraktare" i de flesta fall äger rum inom samma konsortium. Vad gäller den omständigheten att andelen last tillhörande var och en av avlastarna som transporteras av varje "ledande bortfraktare" varierar från år till år, räcker det att notera att i avsaknad av uppgift om identiteten hos de rederier som transporterar den återstående lasten, kan de uppgifter som sökandena lagt fram inte leda till ett fastställande av det konsortium som gynnas av denna last. Mot denna bakgrund kan sökandenas uppgifter inte anses vara av sådan art att de leder till ett ifrågasättande av det konstaterande som finns i det omtvistade beslutet om att förändringarna i fråga om "ledande bortfraktare" ägde rum mellan rederier som är parter i samma konsortium.

- 720 Härav följer att de omständigheter som sökandena lagt fram inte kan visa att det finns påtaglig intern konkurrens med kvaliteten på tjänster inom ramen för konferensserviceavtal.
- 721 Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.
- 722 När det för det andra gäller argumenten om avlastarnas krav kan det inte bestridas att avlastarna från TACA-medlemmarna kräver en viss nivå på kvaliteten hos de transporttjänster som de tillhandahåller. Enbart denna omständighet i sig saknar emellertid relevans när det skall visas att det finns intern konkurrens mellan TACA-parterna på annat sätt än med priser, såvida det inte bevisas att avlastarna överför last från en bortfraktare till en annan just på grund av de olika tjänster som dessa erbjuder. Förstainstansrätten konstaterar dock att sökandena inte har inkommit med något sådant bevis utan endast presenterat en katalog med tjänster som efterfrågas av avlastarna.
- 723 Även om sökanden har hävdad, utan att kunna styrka det, att det i konferensserviceavtalen, förutom kollektiva åtaganden om tjänster av alla deltagande rederier, erbjuds åtaganden om individuella tjänster av var och ett av dessa rederier, har de inte visat att dessa individuella åtaganden utgörs av överföring av last från ett rederi till ett annat.
- 724 Förstainstansrätten konstaterar slutligen att de enda exempel på villkor som förhandlats fram, vilka läggs fram i ansökan, samtliga är villkor som förhandlats fram av TACA i vilka det föreskrivs kollektiva åtaganden som kan erbjudas av alla deltagande rederier. Det är därför med rätta som kommissionen konstaterar i skäl 242 i det omtvistade beslutet att få konferensserviceavtal innehåller individuellt utformade bestämmelser om den typ av tjänster som erbjuds. Visserligen finner förstainstansrätten att individuella serviceavtal innehåller fler

särskilda villkor än konferensserviceavtal. Det skall emellertid erinras om att individuella serviceavtal tilläts av TACA först från och med år 1996. Vidare framgår det av de uppgifter som sökandena tillhandahållit att år 1996 motsvarade den last som transporterades av TACA-parterna inom ramen för individuella serviceavtal, inklusive de som ingicks gemensamt av flera bortfraktare, endast 15,3 procent av den sammanlagda last som transporterades av TACA och endast en liten del av dessa avtal ingicks individuellt av en enda bortfraktare.

725 Under dessa förhållanden slår förstainstansrätten fast att de uppgifter som sökandena lagt fram inte kan leda till ett ifrågasättande av bedömningen i det omtvistade beslutet på denna punkt.

726 Följaktligen kan sökandenas argument om avlastarnas krav inte godtas.

727 Vad för det tredje beträffar argumenten om den individuella strategi som var och en av TACA-parterna använder, måste det likaledes slås fast att ingen av de uppgifter som tillhandahållits av sökandena kan bevisa att skillnaderna i de tjänster som erbjuds avlastarna har haft en påtaglig inverkan på valet av rederi som anförtrotts transporten av deras last.

728 Följaktligen saknar sökandenas argument på denna punkt relevans och kan således inte godtas.



729 Det följer således av vad som anförts ovan att de omständigheter som lagts fram av sökandena, såvitt de styrker förekomsten av intern konkurrens på annat sätt än med priser, inte visar att denna konkurrens är av sådan omfattning och har sådan intensitet att den kan kompensera den avsaknad av priskonkurrens som är en följd av att det finns enhetliga eller gemensamma fraktsatser i tariffen.

iii) De specifika argument som framförts av sökanden i mål T-213/98

730 Förstainstansrätten konstaterar för det första, angående argumentet om att sökanden anslöt sig till TACA av rent affärsmässiga skäl och fortsatte att bedriva en självständig politik inom ramen för TACA, att sökandens marknadsandel, på ifrågavarande trad under den period som omfattas av de i det omtvistade beslutet fastställda överträdelserna, fortfarande är mindre än 1 procent enligt de uppgifter som sökanden tillhandahållit. Under dessa förhållanden kan, även om dessa påståenden från sökandens sida, som för övrigt är föga underbyggda, är korrekta vad gäller den självständiga karaktären hos dess marknadspolitik, den konkurrens som detta enda rederi bedriver gentemot de övriga TACA-parterna inte i sig utgöra en intern konkurrenskälla som är av sådan omfattning och har sådan intensitet att den kan leda till att den kollektiva naturen ifrågasätts hos den ställning som TACA-parterna har på ifrågavarande trad, vilken är en följd av de band som identifieras i skälen 525–531 i det omtvistade beslutet.

731 För det andra är det, i fråga om argumentet att stabila marknadsandelar inte med nödvändighet betyder att det helt saknas konkurrens eftersom dessa också kan förklaras av kundernas trohet eller av att kunderna gör kompensatoriska byten av leverantörer, tillräckligt att notera att sökandena inte har lagt fram något bevis på att det finns verklig konkurrens. Tvärtom kan den omständighet som understryks av sökandena i samband med detta argument, nämligen att det i sjöfartssektorn finns en naturlig tendens till att marknadsandelarna avspeglar den kapacitet som rederierna erbjuder på varje linje, bekräfta avsaknaden av intern konkurrens

mellan medlemmarna i en linjekonferens. Med avseende på den gemensamma tariff som infördes av konferensen uppmantras inte sökandena att öka sin kapacitet för att vinna marknadsandelar genom en aggressiv prispolitik, eftersom ny kapacitet inte skulle ha någon inverkan på priserna. Under dessa förhållanden är det med rätta som kommissionen anför i skälen 233–239 i det omtvistade beslutet att det faktum att TACA-parternas relativa andelar har varit stabila under ifrågavarande period utgör en indikation på att det saknas påtaglig intern konkurrens.

- 732 Vad för det tredje gäller argumentet om att TACA inte är i stånd att agera som en kollektiv enhet i fråga om en väsentlig aspekt av förhållandet mellan utbud och efterfrågan, eftersom anslutning till en konferens inte kan vägras och det inte finns något avtal inom ramen för TACA som syftar till att begränsa den kapacitet som varje individuell bortfraktare erbjuder, gör förstainstansrätten följande bedömning. Redan det faktum att TACA inte har ingått något internt avtal om att behandla vissa aspekter av dessa affärsrelationer mellan medlemmarna kollektivt saknar relevans, eftersom ett sådant kollektivt avtal finns i fråga om andra aspekter av dessa affärsrelationer och det avtalet utgör tillräcklig bevisning för att TACA-parternas ställning skall bedömas kollektivt med avseende på artikel 86 i fördraget. Förstainstansrätten betonar således att även om det saknas gemensamma regler avseende kapaciteten, kvarstår inte desto mindre att varje ny medlem i TACA till följd av sin anslutning måste iakttä de kollektiva regler som fastställts av TACA, bland annat beträffande tariffen. Förstainstansrätten erinrar i vart fall om att TACA, med anledning av den tariff som införts av konferensen, endast har föga intresse av att reglera kapaciteten eftersom alla medlemmar är medvetna om att varje ökning eller minskning av kapaciteten i princip saknar inverkan på priserna och således på deras marknadsandel.

- 733 Vad för det fjärde beträffar de övriga argument som sökandena lagt fram är det tillräckligt att konstatera att dessa argument inte syftar till att bestrida den kollektiva bedömningen av den ställning som innehas av TACA-parterna, utan det missbruk som förebrås dem i det omtvistade beslutet.

- 734 Följaktligen saknar sökandenas argument all relevans inom ramen för dessa grunder och kan således inte godtas.

iv) Slutsats om graden av intern konkurrens

- 735 Mot bakgrund av det ovan anförda finner förstainstansrätten att de omständigheter som sökandena lagt fram angående intern priskonkurrens och konkurrens på annat sätt än med priser inte visar att kommissionen gjort sig skyldig till en felaktig bedömning genom att basera sig på förekomsten av en enhetlig eller gemensam tariff för att slå fast att priskonkurrensen mellan TACA-parterna i stor utsträckning undanröjts så att nämnda parter kan föra samma handlingslinje på marknaden och att deras ställning på marknaden därför måste bedömas kollektivt med avseende på artikel 86 i fördraget.

- 736 Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.

3. Grunderna avseende bristfällig motivering

a) Parternas argument

- 737 Sökandena har för det första gjort gällande att kommissionen i skäl 531 i det omtvistade beslutet påstår att det finns ”mycket nära ekonomiska band” mellan TACA-medlemmarna och att dessa är i stånd att inneha en kollektiv dominerande ställning, utan att i förväg konstatera att ifrågavarande företag har betett sig på samma sätt på marknaden. Sökandena anser att denna bristfälliga motivering inte

kompenseras av hänvisningarna i svaromålet till den värdering av den interna konkurrensen som sker i skälen 174–242 i det omtvistade beslutet. Den beskrivning av de faktiska omständigheterna som framgår där gör det nämligen inte möjligt att med framgång hävda att sökandena betett sig på samma sätt eller att det fanns otillräcklig priskonkurrens eller konkurrens på annat sätt än med priser.

738 Sökandena har för det andra påstått att kommissionen i skäl 522 i det omtvistade beslutet inte försöker kvantifiera eller förklara vilken grad av intern konkurrens som skulle vara förenlig med konstaterandet av att det föreligger en kollektiv dominerande ställning. Sökandena har dock under det administrativa förfarandet lagt fram bevisning som intygar att det finns intern konkurrens. I avsaknad av tydliga kriterier kan skäl 522 inte göra det möjligt, varken för sökandena eller för förstainstansrätten, att få vetskap om vad som föranledde kommissionen att förkasta dessa bevis och att bedöma huruvida det är riktigt att upprätthållandet av en viss konkurrens inte utesluter att det föreligger en kollektiv dominerande ställning. Sökandena har tillagt att kommissionen inte har identifierat vilka konkurrensaspekter som är relevanta när det skall visas att en kollektiv bedömning är motiverad. Enligt sökandena beaktas nämligen inga andra former av konkurrens än priskonkurrens i det omtvistade beslutet.

739 Sökandena anser för det tredje att kommissionen i fråga om analysen av den interna konkurrensen mellan TACA-medlemmarna inte tillräckligt har motiverat, för det första konstaterandet i skäl 198 om att sådana konsortier som exempelvis avtal om fartygsdelning som TACA-parterna är medlemmar i har som verkan att reducera antalet oberoende åtgärder som vidtas av konsortiets medlemmar, för det andra avsaknaden av uppgifter i skäl 221 om Stillahavstradens relativa storlek i förhållande till den transatlantiska trade samt för det tredje dess beslut att basera sin slutsats i skäl 296, om att en majoritet av TACA-parterna inte konkurrerar om serviceavtal med NVOCC-bortfraktare, på uppgifter avseende ett enda år.

740 Kommissionen har med stöd av ECTU yrkat att talan inte kan vinna bifall på dessa grunder.

## b) Förstainstansrättens bedömning

741 Vad för det första beträffar den grund varigenom kommissionen klandras för att den inte konstaterade i det omtvistade beslutet att TACA-parterna betedde sig på samma sätt på ifrågavarande marknad, räcker det att notera att sökandenas argument i realiteten syftar till att bestrida att kommissionens bedömningar i det omtvistade beslutet i detta avseende är välgrundade. Sådana argument, som av ovan i punkterna 649–655 angivna skäl inte kan godtas, saknar relevans vid en granskning av huruvida motiveringsskyldigheten fullgjorts (domen av den 20 april 1999 i de ovan i punkt 191 nämnda förenade målen PVC II, punkt 389).

742 Förstainstansrätten finner i vart fall att det anges i skälen 525–531 i det omtvistade beslutet att skälen till att kommissionen anser att TACA-parterna tillsammans, på grund av vissa band dem emellan, kan inta samma hållning på marknaden (domen i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen Kali und Salz, punkt 221). I nämnda skäl redogör kommissionen nämligen för de fem ekonomiska band mellan TACA-parterna som den fastställer som en grund för en kollektiv bedömning av den ställning som dessa innehar på ifrågavarande marknad. Kommissionen anger dessutom inom ramen för denna bedömning uttryckligen i skäl 525 i det omtvistade beslutet att nämnda band avsevärt begränsar TACA-parternas förmåga att agera självständigt. Kommissionen preciserar härvidlag i skäl 528 i det omtvistade beslutet att tariffen och bestämmelserna om verkställighet och sanktioner är avsedda ”att i betydande grad avlägsna priskonkurrens mellan [TACA-parterna]”. Kommissionen hänvisar härvid, indirekt men med säkerhet, till skälen 174–242 i vilka den undersöker graden av intern konkurrens mellan TACA-parterna. Därefter preciserar kommissionen att sekretariatet och publicerandet av de årliga verksamhetsplanerna gjort det möjligt att framställa TACA-parterna som en ”enda enad organisation”. Förstainstansrätten konstaterar att dessa skäl utgör en tillräcklig

anvisning om de faktiska och rättsliga omständigheter som utgör den rättsliga grunden för det omtvistade beslutet samt de överväganden som fått kommissionen att fatta sitt beslut (se bland annat domen i det ovan i punkt 575 nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen, punkterna 26 och 44).

743 Förstainstansrätten finner vidare att sökandena under det administrativa förfarandet, särskilt i svaret på meddelandet om anmärkningar, inte har gjort gällande att en kollektiv bedömning av TACA-parternas ställning på den berörda marknaden med avseende på artikel 86 i fördraget krävde av det saknades varje konkurrensmässigt förhållande dem emellan. Uppenbarligen kan emellertid kommissionen inte klandras vad gäller iakttagandet av motiveringsskyldigheten för att den i det omtvistade beslutet inte bemött argument som inte framförts före antagandet av nämnda beslut (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 196 nämnda målet FEFC, punkt 427).

744 Vad för det andra gäller grunden genom vilken kommissionen klandras för att den i det omtvistade beslutet inte kvantifierade eller förklarade vilken grad av intern konkurrens som skulle vara förenlig med konstaterandet av att det föreligger en kollektiv dominerande ställning, erinrar förstainstansrätten om att kommissionen i skälen 174–242 i det omtvistade beslutet i detalj undersöker graden av intern konkurrens mellan TACA-parterna. Det framgår av dessa överväganden i det omtvistade beslutet att kommissionen här konstaterar att den interna konkurrensen mellan TACA-parterna var begränsad eller till och med obetydlig. Efter att ha undersökt räckvidden i detta avseende av de bestämmelser som införts genom US Shipping Act (skälen 175–180) understryker kommissionen den inverkan som de övriga begränsande avtal har som berör den transatlantiska traden, i synnerhet konsortiearrangemangen (skälen 181–198). Därefter undersöker kommissionen i skälen 199–242 vart och ett av de bevis på intern konkurrens som sökandena har lagt fram under det administrativa förfarandet angående oberoende åtgärder, serviceavtal, ensidiga åtgärder i fråga om serviceavtal, TVR, TVRIA och konkurrens med erbjudna tjänster. Kommissionen har således i tur och ordning studerat prisdiskriminering (skälen 203–213), oberoende åtgärder (skälen 214–222), serviceavtal (skälen 223–233), fluktuationer i marknadsandelar (skälen 234–239) och kvalitetskonkurrens (skälen 240–242).

Det är mot denna bakgrund som kommissionen vid den rättsliga bedömningen konstaterar i skäl 525 i det omtvistade beslutet att det är lämpligt att bedöma TACA-parternas ställning kollektivt med avseende på artikel 86 i fördraget eftersom deras förmåga att agera självständigt är begränsad.

- 745 Det följer av det ovan anförda att kommissionen, för att bemöta de bevis som TACA-parterna lagt fram under det administrativa förfarandet, uppger i det omtvistade beslutet orsakerna till att den interna konkurrensen mellan TACA-parterna i förevarande ärende är otillräcklig för att utesluta en kollektiv bedömning av den ställning som dessa har. Härigenom har kommissionen således särskilt bemött de huvudsakliga påståenden som sökandena gjort under det administrativa förfarandet (domen i det ovan i punkt 196 nämnda målet FEFC, punkt 426). Härutöver undersöker kommissionen, tvärtemot vad sökandena gjort gällande, vart och ett av de aspekter beträffande intern konkurrens som kan vara relevanta, inklusive inte endast olika former av priskonkurrens, i skälen 199–222 i det omtvistade beslutet, utan även andra former av intern konkurrens än priskonkurrens i skälen 231–233 och 240–242.
- 746 Kommissionen uppger visserligen inte i det omtvistade beslutet vilken grad av intern konkurrens som i förekommande fall kan utesluta en kollektiv bedömning av den ställning som TACA-parterna har. För att ge en i rättsligt hänseende tillräcklig motivering till sitt beslut behöver kommissionen endast på ett klart och precist sätt redogöra för de skäl som ligger till grund för det (domen i det ovan i punkt 575 nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen, punkterna 26 och 44). Det kan däremot inte krävas att kommissionen redogör för de skäl som ligger till grund för punkter som inte tas upp i beslutet och som följaktligen är rent hypotetiska (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 64).
- 747 Eftersom kommissionen i detta mål inte har konstaterat att den interna konkurrensen inom TACA var tillräcklig för att utesluta en kollektiv bedömning av konferensen, behövde den inte precisera vilken grad av konkurrens som krävdes för att en sådan bedömning skulle vara utesluten.

- 748 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på den grunden att det omtvistade beslutet är bristfälligt motiverat på denna punkt.
- 749 Vad för det tredje gäller grunden genom vilken kommissionen klandras för att den inte tillräckligt motiverat påståendet i skäl 198 i det omtvistade beslutet om att konsortier som TACA-parterna är medlemmar i har som verkan att reducera antalet oberoende åtgärder som vidtas av parter i sådana avtal, är det tillräckligt att notera att det enligt samma skäl handlar om ett påstående inte från kommissionens sida utan från en av TACA-parternas sida. För att motiverings-skyldigheten i artikel 190 i fördraget skall iakttas kan dock inte kommissionen åläggas en skyldighet att motivera tredje mans påståenden, desto mera som det inte framgår av det omtvistade beslutet att kommissionen baserade sig på detta påstående när den drog slutsatsen att det förelåg en kollektiv dominerande ställning.
- 750 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på den grunden att det föreligger bristfällig motivering.
- 751 Vad för det fjärde gäller grunden om avsaknad av uppgifter i skäl 221 i det omtvistade beslutet om Stillahavstradens storlek i förhållande till den transatlantiska traden, noterar förstainstansrätten att eftersom sökandena har hävdats att kommissionen i avsaknad av dessa uppgifter inte kunde konstatera att antalet oberoende åtgärder på den transatlantiska traden var "jämförelsevis" obetydligt i förhållande till antalet oberoende åtgärder på Stillahavstraden, syftar de i realiteten till att bestrida att kommissionens bedömningar i det omtvistade beslutet i detta avseende är välgrundade. Ett sådant argument som av ovan i punkterna 698–703 angivna skäl inte kan godtas saknar dock relevans vid en granskning av huruvida motiverings-skyldigheten fullgjorts (domen av den 20 april 1999 i de ovan i punkt 191 nämnda förenade målen PVC II, punkt 389).
- 752 Förstainstansrätten konstaterar i vart fall att det i skälen 221 och 222 i det omtvistade beslutet nämns de sifferuppgifter som utgör den rättsliga grunden för kommissionens analys samt de slutsatser den dragit av dessa. Följaktligen har



sökandena erhållit tillräckliga upplysningar av kommissionen för att veta om det omtvistade beslutet är välgrundat eller om det eventuellt är behäftat med ett sådant fel att det är möjligt att ifrågasätta dess giltighet och låta gemenskapens domstolar pröva beslutets lagenlighet (se bland annat domen i det ovan i punkt 548 nämnda målet Van Megen Sports mot kommissionen, punkt 51).

753 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på den av sökandena åberopade grunden att det omtvistade beslutet är bristfälligt motiverat på denna punkt.

754 För det femte, i fråga om grunden att kommissionen i skäl 150 i det omtvistade beslutet inte motiverat valet att basera sig på serviceavtal från ett enda år i syfte att understödja konstaterandet av att en mycket stor del av serviceavtalen med NVOCC-bortfraktare har ingåtts av de TACA-parter vilka tidigare var ostrukturerade medlemmar i TAA, slår förstainstansrätten fast att kommissionen på intet sätt var skyldig att motivera sitt beslut vad gäller detta val. Vad gäller iakttagandet av motiveringsskyldigheten anger kommissionen i det omtvistade beslutet de omständigheter som utgör den rättsliga grunden för analysen samt de slutsatser som den dragit av dessa, och följaktligen har sökandena erhållit tillräckliga upplysningar av kommissionen, vilket för övrigt inte har bestridits av sökandena, för att veta om det omtvistade beslutet är välgrundat eller om det eventuellt är behäftat med ett sådant fel att det är möjligt att ifrågasätta dess giltighet och låta gemenskapens domstolar pröva beslutets lagenlighet (se bland annat domen i det ovan i punkt 548 nämnda målet Van Megen Sports mot kommissionen, punkt 51).

755 Förstainstansrätten noterar vidare att även om de uppgifter rörande andra år som sökandena presenterat inom ramen för denna talan kunde motsäga de slutsatser som kommissionen dragit på grundval av det enda år som anges i det omtvistade beslutet, skulle det ankomma på förstainstansrätten att redogöra för följderna härav inte vad gäller iakttagandet av motiveringsskyldigheten utan i sak.

- 756 Av dessa skäl kan talan inte vinna bifall på den grunden att det omtvistade beslutet är bristfälligt motiverat på denna punkt.

### C — Slutsats om den första delgrunden

- 757 Det framgår av det ovan anförda att talan inte kan vinna bifall på någon av de grunder som åberopats inom ramen för den första delgrunden om avsaknad av dominerande ställning som innehas kollektivt av TACA-parterna.

*Den andra delgrunden: Huruvida den ställning som innehas av TACA-parterna är dominerande*

- 758 Inom ramen för denna del av deras grunder om avsaknad av överträdelse av artikel 86 i fördraget har sökandena först bestridit den marknadsdefinition som fastställs i det omtvistade beslutet för tillämpning av denna bestämmelse. Därefter har de bestridit att deras ställning på denna marknad skulle vara dominerande. Slutligen har de åberopat att det finns flera brister i motiveringen på dessa punkter.

### A — Definitionen av ifrågavarande marknad

- 759 Sökandena har åberopat grunder och framfört klander beträffande såväl den definition av ifrågavarande tjänstemarknad som den definition av ifrågavarande geografiska marknad som fastställs i det omtvistade beslutet med avseende på tillämpningen av artikel 86 i fördraget.

## 1. Ifrågavarande tjänstemarknad

- 760 Kommissionen anger i skäl 519 i det omtvistade beslutet att den ifrågavarande tjänstemarknaden med avseende på tillämpningen av artikel 86 i fördraget beskrivs i skälen 60–75. Efter att ha undersökt i nämnda skäl de olika möjligheter till utbytbarhet som sökandena åberopat, finner kommissionen i skäl 84 att den ifrågavarande marknaden för sjötransporttjänster är ”den reguljära containertrafiken mellan nordeuropeiska hamnar och hamnar i USA och Kanada”.
- 761 Sökandena har åberopat grunder och gjort invändningar av två slag mot denna definition. De har dels bestridit att tjänster avseende containersjötransport utgör den ifrågavarande tjänstemarknaden, dels hävdats att marknaden, utöver hamnar i Nordeuropa, omfattar Medelhavshamnar i Sydeuropa.

### a) Ifrågavarande transporttjänster

#### i) Parternas argument

- 762 Sökandena har inledningsvis bestridit att kommissionen kan basera sig på domstolens dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, kallad Tetra Pak II (REG 1996, s. I-5951), för att i det omtvistade beslutet anse att stabil efterfrågan utgör den lämpliga grunden för att definiera ifrågavarande marknad. I skäl 61 i det omtvistade beslutet anför kommissionen nämligen att i denna dom ”förklarade EG-domstolen att den lämpliga grunden för att definiera en relevant marknad är stabil efterfrågan och att den omständigheten att olika produkter på

marginalen är utbytbara inte utgör något hinder för slutsatsen att dessa produkter tillhör olika produktmarknader”.

763 För det första betyder den hänvisning som domstolen gör till en ”lämplig grund” att andra grunder också måste beaktas för att avgöra graden av utbytbarhet. För det andra fann inte domstolen i denna dom att stabil efterfrågan utgör den lämpliga grunden för att bestämma den relevanta marknaden, utan den undersökte frågan om stabil efterfrågan i samband med produkters utbytbarhet. För det tredje slutligen, i motsats till vad som var fallet i domen i det ovan i punkt 762 nämnda målet Tetra Pak II, framgår det av kommissionens konstateranden i skäl 69 i det omtvistade beslutet dels att containertransporternas respektive bulktransporternas andel av godstransporterna har varierat avsevärt under åren, dels att utbytbarheten mellan bulktransporter och containertransporter uttryckt i volym inte är marginell.

764 Sökandena har inom ramen för denna grund i huvudsak klandrat kommissionen för att den i skälen 62–75 och 84 i det omtvistade beslutet anser att ifrågavarande tjänstemarknad är ”den reguljära containertrafiken” med undantag av traditionella bulktransporter, kyltransporter, lufttransporter och NVOCC-bortfraktares transporter. Sökandena anser att kommissionens analys vad beträffar utbytbarheten hos efterfrågan och utbud inte är förenlig med de riktlinjer den uppställt i tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning (EGT C 372, 1997, s. 5).

765 Sökandena har i första hand gjort gällande att kommissionen gjort en felaktig analys av efterfrågans utbytbarhet. De har erinrat om att domstolen i målet Hoffman-La Roche mot kommissionen (domstolens dom av den 13 februari 1979, i mål 85/76, Hoffman-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461;

svensk specialutgåva, volym 4, s. 315, punkt 28), fann att "[b]egreppet relevant marknad ('relevant market') innebär att produkterna på denna marknad kan konkurrera effektivt, vilket förutsätter att alla produkter som tillhör en och samma marknad är i tillräcklig grad utbytbara inom samma användningsområde".

766 Sökandena har först rent allmänt förebrått kommissionen att den försummat den kumulativa inverkan från olika konkurrenskällor genom att anse att var och en av dessa källor endast under exceptionella förhållanden kunde ersätta containertransport och beträffande ett begränsat antal produkter. Det kan enligt sökandena för att två produkter skall vara utbytbara inte krävas utbytbarhet i en majoritet av fallen. En sådan uppfattning tar inte hänsyn till de mycket heterogena produkttyper och användare som sökandena handlar med. En aktör som transporterar 50 olika produkter varav alla har olika värde och som följaktligen är utsatt för konkurrens från en eller annan alternativ bortfraktare är således utsatt för konkurrens beträffande alla sina produkter.

767 Därefter har sökandena förebrått kommissionen att den beträffande traditionella transporter (skälen 65, 68 och 74 samt fotnot 29) och kyltransporter (skäl 73) baserar sina slutsatser på begreppet "ensidig utbytbarhet" i stället för att såsom krävs enligt tillkännagivandet om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning och den ovan angivna ekonomiska doktrinen undersöka känsligheten hos de relativa lastvolymerna som transporteras med de båda ifrågakvarande transportsätten för dessas relativa pris. Sökandena anser att utbytbarheten enligt de ekonomiska principer som är allmänt accepterade, med nödvändighet innebär en symmetrisk (eller tvärsidig) relation. Sökandena har betonat att om kunderna exempelvis övergår från bulktransport till containertransport på basis av det befintliga relativa priset kommer en ökning av transportsättets relativa pris per container tendera att få övergången att gå långsammare eller till och med, om prisändringen är tillräckligt stor, få trenden att vända. Förekomsten av bulktransporttjänster utgör därför en begränsande faktor vid fastställandet av priser på containertransporttjänster. Sökandena har således bestridit kommissionens konstaterande i skäl 67 i det omtvistade beslutet enligt vilket "[d]å väl en typ av last regelbundet börjar transporteras i containerform är det dessutom osannolikt att den någonsin igen skulle börja transporteras i icke-

containerform". Enligt sökandena skulle en strikt ekonomisk prövning ha krävt att kommissionen nyanserade sitt uttalande genom att lägga till orden "om övergången till containrar fortsätter att ge samma nettofördelar som tidigare", en prövning som kräver en analys av efterfrågekänsligheten vid förändringar av nettofördelar som avlastarna anser vara attraktiva. Det omtvistade beslutet innehåller inte någon sådan analys.

768 Sökandena har mer specifikt påstått att bedömningen av utbytbarenheten mellan containertransport och de andra transportsätt som identifierats ovan är sakligt oriktig.

769 Vad för det första gäller traditionella bulktransporter anser sökandena att dessa kan ersättas med containertransporter och att de därför tillhör samma marknad. De har inledningsvis uppmärksammat att denna utbytbarenhet konstateras i en artikel som publicerades i augusti 1996 i tidskriften *American Shipper* där uttalanden citerades av en person i ledande befattning vid Mead Corporation, ett amerikanskt bolag som exporterar papper. De har därefter framhållit att på den transatlantiska traden i väst-östlig riktning ("Eastbound") gäller utbytbarenheten mellan traditionella transporter och containertransporter i allmänhet varor som transporteras i stora kvantiteter med ursprung i specifika regioner i Förenta staterna (exempelvis kaffe, jordnötter, äpplen, päron och citroner). Denna utbytbarenhet är särskilt betydande vid varor av lågt värde med anledning av de reducerade fraktsatser som erbjuds av aktörer med olika typer av fartyg. Sökandena har noterat att kommissionen uttryckligen vitsordar denna utbytbarenhet vad beträffar kaffe och jordnötter i skälen 217 och 218 i det omtvistade beslutet. De anser att deras uppfattning bekräftas av Dynamar-rapporten (bilaga 25), i vilken det på grundval av sifferuppgifter bland annat slås fast att det förekommer sådan utbytbarenhet i fråga om vissa stål- och skogsprodukter. Tvärt emot vad kommissionen har hävdat anser sökandena att utbytbarenhet avseende bulktransport fortfarande är möjlig även i en situation då det råder brist på containerkapacitet på den transatlantiska traden.

770 Sökandena har avslutningsvis förebrått kommissionen att den inte beaktade kriteriet "chocker" på marknaden vilket nämns i punkt 38 i kommissionens ovannämnda tillkännagivande om definitionen av en relevant marknad i

gemenskapens konkurrenslagstiftning, enligt vilket kommissionen borde analysera belägg för att utbytbarhet nyligen förekommit på marknaden. Enligt sökandena utgör ömsesidig utbytbarhet mellan traditionell transport och containertransport sådana exempel men dessa har ignorerats av kommissionen.

- 771 Vad för det andra beträffar bulkkylltransporter, har sökandena påstått att även dessa konkurrerar direkt med containertransporter. Sökandena har uppmärksammat att denna utbytbarhet vitsordas i uttalanden från de aktörer som tillhandahåller traditionella kyltransporttjänster. De har vidare anfört att konkurrensen mellan de båda transportsätten ökar ytterligare i och med att containerbortfraktare som Mærsk beslutat att öka sin kylkapacitet. Till stöd för sitt argument har sökandena citerat en studie av Drewry (*World Reefer Market Prospects and Modal Competition — pallets v containers v breakbulk*, 1997) som enligt sökandena bekräftar att, på trade mellan Europa och Förenta staterna, en del av den amerikanska frukten transporteras både i containrar och traditionella kylfartyg. Sökandena har mot denna bakgrund dragit slutsatsen att containertransport och bulkkylltransport är utbytbara, åtminstone för vissa varor.
- 772 I fråga om lufttransporterna har sökandena för det tredje påstått att dessa för vissa varor utgör ett möjligt alternativ till sjötransport. De har härvidlag baserat sig på ett uttalande av verkställande direktören för Campbell Aviation Group som medger att det förekommer sådan utbytbarhet särskilt i fråga om föremål som har låg vikt och högt värde. Likaledes rapporterade *Journal of Commerce* i maj 1998 att omkring 10–15 procent av speditörernas lastvolym som fraktas över haven har överförs till lufttransport.
- 773 För det fjärde har sökandena i fråga om NVOCC-bortfraktarna hävdatt att dessa utgör en betydande konkurrenskälla som måste beaktas när den relevanta marknaden definieras. Sökandena har preciserat att de enbart äsyftar de NVOCC-

bortfraktare som varken bedriver fartygstrafik på den transatlantiska traden eller på andra trader, vilka identifieras i skäl 159 i det omtvistade beslutet. Enligt sökandena är det ur avlastarnas synvinkel ingen skillnad mellan NVOCC-bortfraktare och andra bortfraktare eftersom båda konkurrerar i detaljhandelsledet om att transportera laster åt avlastare som äger sin last (eller åt speditörer). Sökandena har betonat att NVOCC-bortfraktarna har ett avsevärt överläge vid förhandlingar i förhållande till övriga bortfraktare, dels beroende på deras betydande köpkraft till följd av de individuella avlastarnas sammanlagda volym, dels på grund av förmånliga fraktsatser och tjänster (anlöpningshamnar, transitperioder, tullformaliteter, m.m.), som de kan erhålla av övriga bortfraktare (oavsett om de är medlemmar i en konferens eller ej) i form av servicekontrakt eller TVR, som på grund av NVOCC-bortfraktarnas köpkraft, oundvikligen är lägre än de som erbjuds individuella avlastare av övriga bortfraktare för transport av små volymer.

774 Sökandena anser således att konkurrens bedrivs på tre nivåer. På den första nivån konkurrerar de övriga bortfraktarna sinsemellan om NVOCC-bortfraktarnas last med de fraktsatser och villkor som de erbjuder. På den andra nivån väljer NVOCC-bortfraktarna ut, på grundval av de tjänster och fraktsatser som de övriga bortfraktarna erbjuder, den eller de mest konkurrenskraftiga av bortfraktarna. Slutligen på den tredje nivån konkurrerar också bortfraktarna med NVOCC-bortfraktarna på den tredje nivån om transport av avlastares eller speditörens last. Härav följer att bortfraktarna och NVOCC-bortfraktarna agerar på samma konkurrensnivå. Detta konkurrensförhållande mellan NVOCC-bortfraktarna och de övriga bortfraktarna vitsordas för övrigt av NVOCC-bortfraktarna själva.

775 Till stöd för denna uppfattning har sökandena påvisat ett antal exempel på utbytbarhet avseende frakt mellan TACA-medlemmar och NVOCC-bortfraktare. De har även noterat att beräkningarna av marknadens storlek inbegriper NVOCC-bortfraktarnas försäljning vilket följaktligen minskar sökandenas försäljning. Således har den lastvolym tillhörande NVOCC-bortfraktare som transporteras av TACA-medlemmar inom ramen för serviceavtal och TVR ökat från 11,8 procent år 1994 till 14,4 procent år 1997.



- 776 Enligt sökandena har kommissionen i sitt argument, om att NVOCC-bortfraktare som köper sin kapacitet på den transatlantiska traden av aktörer som bedriver fartygstrafik inte tillhandahåller något annat slags tjänst än dessa aktörer gör och att de således bör uteslutas från ifrågavarande marknad, blandat ihop den mellanliggande marknaden (försäljningen till NVOCC-bortfraktarna) och slutanvändarens marknad (försäljningen till avlastare som äger sin last). Ur slutanvändarens synvinkel kan det dock inte råda något tvivel om att tjänster som erbjuds av de aktörer som bedriver fartygstrafik och de som NVOCC-bortfraktarna erbjuder är likartade och i hög grad utbytbara. Sökandena har härvidlag visat att det föreligger analogi med kabeltv-operatörer som köper en del av sina program av satellittv-bolag med vilka de konkurrerar om att leverera betalkanaler. Sökandena har vidare betonat att de multimodala transporterna består av olika komponenter och olika nivåer av tjänster. På samma sätt som individuella bortfraktare köper de beståndsdelar de behöver av externa leverantörer (landtransport, hamntjänster m.m.) som komplement till sina multimodala transporttjänster, tillhandahåller NVOCC-bortfraktarna själva vissa beståndsdelar av multimodala transporttjänster och köper andra beståndsdelar.
- 777 Slutligen har sökandena fäst uppmärksamheten på att kommissionen inte förklarar varför den anser att NVOCC-bortfraktarna inte ingår i den relevanta marknaden. Kommissionen konstaterar nämligen i skäl 22 i kommissionens beslut 94/985/EG av den 21 december 1994 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (ärende IV/33.218 — Far Eastern Freight Conference) (EGT L 378, s. 17) att NVOCC-bortfraktarna ”erbjuder samma multimodala tjänster som de linjerederier som erbjuder multimodala tjänster med den skillnaden att de inte själva bedriver någon fartygstrafik utan befraktar utrymme hos rederier”.
- 778 För det andra har sökandena förebrått kommissionen att den i strid med punkt 20 i ovannämnda tillkännagivande om definitionen av en relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning inte beaktat utbytbart på utbudssidan. De har anfört att kommissionen i skäl 75 i det omtvistade beslutet hänvisar till skälen 278–282 för en prövning av denna fråga. Dessa skäl i det omtvistade beslutet rör emellertid inte utbytbart på utbudssidan utan potentiell konkurrens. Dessa båda frågor skiljer sig dock åt i såväl ekonomiskt som juridiskt

hänseende och får enligt sökandena inte blandas ihop. Sökandena har vidare konstaterat att slutsatsen i skäl 305 i det omtvistade beslutet om att kommissionen inte godtar påståendet att den stora majoriteten av TACA:s kunder skulle anse att transporter med bulkfartyg skulle kunna ersätta transporter med rena containerfartyg baseras på ett enda bevis. Detta bevis som framgår av ett utdrag ur en annons för ACL som beskriver specialutrustning som finns på rederiets fartyg, ger vid handen att det föreligger utbytbarhet på utbudssidan eftersom en aktör som använder containrar skulle göra reklam på detta sätt bara om han försökte uppmuntra kunderna att gå över till hans tjänster.

779 Sökandena har hävdat att flottornas rörlighet som erkänns i åttonde skälet i förordning nr 4056/86 är förenlig med en hög grad av utbytbarhet på utbudssidan. Det framgår för övrigt av Dynamar-rapporten att de aktörer som inte gått över till containrar vilka var verksamma på den transatlantiska traden via Canadian Gateway år 1996 var potentiellt kapabla att för en minimal kostnad öka sina containertransporter med 200 000 TEU såväl på traden i öst-västlig, som på traden i väst-östlig riktning, vilket motsvarar 15 procent av sökandenas kapacitet, utan att det är nödvändigt att anpassa eller ändra fartygen. Sökandena har erinrat om att domstolen i domen av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen (REG 1973, s. 215; svensk specialutgåva, volym 2, s. 89), ogiltigförklarade kommissionens beslut därför att kommissionen inte tagit hänsyn till utbytbarheten på utbudssidan och underströk därvid följande: "Följaktligen är inte en dominerande ställning på marknaden för konservburkar i lättmetall för kött och fisk avgörande så länge det inte visats att konkurrenter på andra delar av marknaden för konservburkar i lättmetall inte, genom att anpassa sig, kan slå sig in på denna marknad med sådan kraft att en betydande motvikt skapas" (punkt 33).

780 Kommissionen anser med stöd av ECTU att talan inte kan vinna bifall på de grunder som åberopats av sökandena.

ii) Förstainstansrättens bedömning

- 781 Sökandena anser att definitionen av den relevanta tjänstemarknaden i det omtvistade beslutet är resultatet av en felaktig bedömning av utbytbarheten på såväl efterfråge- som utbudssidan.

— Utbytbarhet på efterfrågesidan

- 782 Sökandena har gjort gällande att lufttransporter, traditionell linjesjöfart (bulk- eller styckegodstransporter) och NVOCC-bortfraktarnas transporter är utbytbara mot linjesjötransporter med container. De har även klandrat kommissionen för att den inte tog hänsyn till dessa konkurrenskällors kumulativa verkan.

Lufttransporter

- 783 Även om sökandena i sitt svar på meddelandet om anmärkningar inte längre hävdade att lufttransporttjänster är utbytbara mot sjötransporttjänster med container, har de i sin talan påstått att lufttransporttjänster för vissa varor utgör ett möjligt alternativ till sjötransporttjänster. De har härvidlag baserat sig på ett uttalande av verkställande direktören för Campbell Aviation Group och ett utdrag ur *Journal of Commerce* från maj 1998.

- 784 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen i skäl 62 i det omtvistade beslutet anför att "lufttransporter bildar en separat marknad skild från reguljär containerfart bl.a. av det skälet att det inte har visats att en stor del av de varor som transporteras i containrar med lätthet skulle kunna fraktas med flyg i stället". Kommissionen påpekar härvidlag i samma skäl att "[p]å Nordatlanten är luftfraktransporter upp till 20 gånger dyrare än sjötransporter och upp till nio gånger snabbare".
- 785 Förstainstansrätten finner att de omständigheter som sökandena lagt fram inom ramen för denna talan inte kan visa att dessa konstateranden är oriktiga.
- 786 Vad beträffar uttalandet av verkställande direktören för Campbell Aviation Group är det tillräckligt att framhålla att detta uttalande härrörande från företrädare för flygindustrin, långt ifrån att motsäga kommissionens slutsatser, uttryckligen understryker att den påstådda utbytbarheten rör föremål som har låg vikt och högt värde såsom komponenter till datorer.
- 787 Vad angår artikeln i *Journal of Commerce* från maj 1998, konstaterar förstainstansrätten att denna artikel utöver sin anekdotiska karaktär endast visar det faktum, som inte styrkts på annat sätt, att speditörer fört över 10–15 procent av sin last mellan hamnar i Nordeuropa och Nordamerika till lufttransport vad gäller en obestämd kategori av produkter. Under dessa förhållanden kan inte denna handling tillerkännas något särskilt bevisvärde.
- 788 Mot bakgrund av det ovan anförda finner förstainstansrätten att de omständigheter som sökandena lagt fram inte visar att kommissionen gjort sig skyldig till en felaktig bedömning genom att anse att efterfrågan på lufttransport avsåg

begränsade kvantiteter av varor med högt förädlingsvärde och låg vikt och att lufttrafik utgjorde en annan marknad än den för linjesjötransport i container (se, för ett liknande resonemang, TAA- domen, punkt 279).

789 Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.

Traditionella linjesjötransporter (bulk eller styckegods)

790 Vad för det första gäller traditionella linjesjötransporter anser sökandena att uteslutandet av dem från ifrågasvarande marknad felaktigt baseras på begreppet ”ensidig utbytbarhet”.

791 I detta hänseende bör det framhållas att kommissionen i skäl 65 i det omtvistade beslutet anser att det för att fastställa konkurrensförhållandena på den relevanta marknaden i det föreliggande fallet är nödvändigt att överväga effekten av att containertransporter kan ersättas av bulktransporter. Utbyte av bulktransporter mot containertransporter är irrelevant. Ett identiskt resonemang förs i skäl 73 vad beträffar kyltransporttjänster. Kommissionen anför här att även om kylcontainrar eventuellt kan ersätta bulkkylltransporter betyder det inte att bulkkylltransporter kan ersätta kylcontainertransporter. Kommissionen konstaterar nämligen i skäl 68 att ”[d]å andelen containertransporter ökar vänder sig följljaktligen avlastare av icke-containerfrakter till containertransporttjänster, men då dessa avlastare vant sig vid containerfrakter återgår de inte till icke-containerfrakter. Sådana exempel på ensidig substituerbarhet är inte ovanliga”.

- 792 Det framgår av det omtvistade beslutet att denna situation beror på det faktum att avlastarna vänjer sig vid att frakta i mindre men tätare kvantiteter liksom vid att då lasten väl har lastats i en container är det lättare att frakta den vidare från mottagningshamnen till den slutliga varumottagaren med hjälp av en multimodal transporttjänst (skäl 67). Mindre försändelser medför vidare minskade lagerkostnader och är mindre utsatta för skador och snatteri (skäl 70). Nästan allt gods kan emellertid transporteras i container. På mogna marknader, såsom Nordeuropa/Förenta staterna eller Nordeuropa/Fjärran Östern är således övergången till containertransporter mer eller mindre avslutad och det finns få eller inga frakter kvar som skulle kunna övergå till containertransport (skäl 66).
- 793 Även om sökandena i förevarande mål har bestridit de slutsatser som kommissionen drar i skälen 65 och 73 i det omtvistade beslutet som ägnas användningen av begreppet "ensidig utbytbarhet", har de däremot inte bestridit de faktiska konstaterandena i skälen 66–70 om fenomenet successiv "containering" av last som slutsatserna baseras på. Sökandena har på sin höjd inskränkt sig till att göra gällande att en ökning av transportsättets pris per container kommer att tendera att få övergången att gå långsammare eller till och med, om prisändringen är tillräckligt stor, få trenden att vända. Förekomsten av bulktransporttjänster utgör därför enligt sökandena en begränsande faktor vid fastställandet av priser på containertransporttjänster. Även om det är sant att en kännbar ändring av transportpriset per container, åtminstone teoretiskt, skulle kunna uppmuntra vissa avlastare att övergå till bulktransport, har sökandena inte lagt fram något konkret bevis till styrkande av sitt påstående.
- 794 Under dessa förhållanden skall det anses styrkt att när väl övergången ägt rum från traditionell transport till containertransport, är den definitiv (se, för ett liknande resonemang, TAA- domen, punkt 281).
- 795 Det var således med rätta som kommissionen ansåg att denna övergång inte var relevant för definitionen av den relevanta marknaden. Nämda övergång visar nämligen inte att de båda ifrågavarande transportsätten är utbytbara ur

avlastarens synvinkel, utan den är endast ett uttryck för fenomenet ”containerrisering” av gods som leder till att det uppstår en ny särskild marknad på vilken de traditionella transportererna inte anses som utbytbara mot de tjänster som erbjuds av bortfraktare med containrar. Förstainstansrätten finner följaktligen att kommissionen inte gjorde någon felaktig bedömning när den baserade sin analys av den relevanta marknaden på begreppet ”ensidig utbytbart”.

796 För det andra har sökandena hävdat att bulktransporter, inklusive bulkkylltransporter, är utbytbara mot containertransporter.

797 Vad för det första gäller bulktransporter som inte är kyltransporter har sökandena åberopat till stöd för sitt argument att det finns sådan utbytbart på den transatlantiska traden i väst-östlig riktning (”Eastbound”) beträffande varor som transporteras i stora kvantiteter med ursprung i specifika regioner i Förenta staterna såsom exempelvis kaffe, jordnötter, äpplen, päron och citroner. Sökandena har härvidlag baserat sig på slutsatserna i Dynamar-rapporten, i vilken det bland annat slås fast på grundval av sifferuppgifter att det förekommer sådan utbytbart i fråga om vissa stål- och skogsprodukter. Sökandena har också åberopat en artikel som publicerades i augusti 1996 i tidskriften *American Shipper* i vilken uttalanden citeras av en företagsledare vid Mead Corporation, ett amerikanskt bolag som exporterar papper.

798 Det skall erinras om att enligt rättspraxis omfattar den marknad som skall beaktas alla produkter som, i förhållande till sina utmärkande egenskaper är särskilt lämpade att tillgodose konstanta behov och endast i begränsad omfattning är utbytbara mot andra produkter (domen i det ovan i punkt 337 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 37).

- 799 Såsom domstolen redan har slagit fast är den lämpliga grunden för att definiera en relevant marknad stabil efterfrågan och den omständigheten att olika produkter på marginalen är utbytbara utgör inte något hinder för slutsatsen att dessa produkter tillhör olika produktmarknader (domen i det ovan i punkt 762 nämnda målet Tetra Pak II, punkterna 13–15, se även TAA-domen, punkt 273).
- 800 Det är således med rätta som kommissionen i punkt 61 i det omtvistade beslutet baserar sig på denna rättspraxis när den konstaterar i skälen 64–74 i det omtvistade beslutet att den omständigheten att andra sjötransportsätt för ett begränsat antal varor kan utöva en marginell konkurrens på marknaden för tjänster avseende containertransport ändå inte innebär att de kan anses ingå i denna marknad.
- 801 Hänvisningen till en ”lämplig grund” i punkt 15 i domen i det ovan i punkt 762 nämnda målet Tetra Pak II betyder inte, till skillnad mot vad sökandena har gjort gällande, att andra grunder också måste beaktas för att avgöra graden av utbytbarhet, utan det innebär att kommissionen har rätt att basera sig på denna grund för att utesluta att det finns särskilda marknader. Det framgår i vart fall i förevarande mål av skäl 75 i det omtvistade beslutet att kommissionen inte har begränsat sig till att studera utbytbarhet på efterfrågesidan, utan den har också kontrollerat om de exempel på utbytbarhet på utbudssidan som sökandena lagt fram kunde leda till ett ifrågasättande av dess analys. Kommissionen har således inte baserat sina bedömningar på endast en grund.
- 802 Förstainstansrätten kommer vidare att kontrollera om kommissionen var i sin fulla rätt när den konstaterade att bulktransport i detta fall endast utövade marginell konkurrens mot containertransport.
- 803 Det visar sig härvidlag att sökandena inom ramen för denna talan i huvudsak endast upprepar argumenten under det administrativa förfarandet i sitt svar på meddelandet om anmärkningar. Det kan dock konstateras att sökandena inte



riktigt har bestridit de skäl på vilka dessa argument avfärdas av kommissionen i skälen 64–74 i det omtvistade beslutet. Det framgår av dessa skäl dels att för en övervägande del av alla kategorier gods och användare av reguljär containerfart, kan andra typer av konventionell linjetransport inte erbjuda ett rimligt alternativ till containerfart på den relevanta traden, dels är det då väl en typ av last regelbundet börjat transporteras i container dessutom osannolikt att den någonsin igen skulle börja transporteras på annat sätt än i container. Mot denna bakgrund finner kommissionen i skäl 74 att ”även om det är möjligt att en viss substitution kan förekomma under exceptionella omständigheter mellan styckegods- och containertransporter, har det inte påvisats att det i det stora flertalet fall skulle kunna förekomma någon varaktig övergång från containertransporter till bulktransporter”.

- 804 Förstainstansrätten slår fast att ingen av de omständigheter som sökandena lagt fram inom ramen för denna talan kan visa att dessa konstateranden är oriktiga.
- 805 Vad först beträffar uttalandet av företagsledaren för en avlastare angående den specifika produkten papper, kan detta inte rimligen styrka förekomsten av omfattande utbytbarhet mellan de båda transporttjänsterna i fråga om en bred kategori produkter. Sökandena har i sina skrivelser för övrigt uttryckligen vitsordat att den påstådda utbytbarheten är betydande enbart vid varor av lågt värde med anledning av de reducerade fraktsatser som erbjuds av aktörer med olika typer av fartyg.
- 806 Vad därefter gäller de uppgifter som återges i ansökan i syfte att visa att vissa varor, såsom gödningsämnen och vissa stålprodukter, transporteras med båda typerna av transport, finner förstainstansrätten att dessa uppgifter inte bevisar att det förekommer att avlastarna övergår från den ena typen av transport till den

andra. Kommissionen konstaterar härvidlag, utan att motsägas av sökandena, följande i skäl 71:

”I detta sammanhang är det oväsentligt att vissa varor fortfarande kan transporteras på båda sätten. Den väsentliga frågan för att avgöra substituerbarheten i efterfrågan är huruvida valet av transportsätt görs på grundval av transportsättets egenskaper. Den omständigheten att vissa stålprodukter kan fraktas i bulk eller i container visar således inte att de två transportsätten är substituerbara eftersom den inte säger något om vare sig stålprodukternas olikartade egenskaper (och värde) eller kundernas leveranskrav.”

807 Förstainstansrätten framhåller vidare att kommissionen i skälen 217 och 219 i det omtvistade beslutet noterar, utan att motsägas ytterligare av sökandena, att förekomsten av viss utbytbarhet vid produkter som kaffe, jordnötter och papper i fråga om vilka kommissionen medger att det finns kvar en viss konkurrens från bulkfraktare, var en följd av oberoende åtgärder som vidtagits av TACA-medlemmar. Kommissionen anser med rätta i skäl 72 att, långt ifrån att visa att bulktransporter borde inbegripas i ifrågavarande marknad, dessa exempel bevisar TACA-parternas förmåga till prisdiskriminering för att dra till sig marginella produkter från bulklastare utan att det påverkar de allmänna fraktsatserna och att det inte finns några belägg för att bulkfraktare på samma sätt kan diskriminera mellan kunder.

808 Vad vidare beträffar sökandenas påstående om att de uppgifter som nämns i skäl 69 i det omtvistade beslutet visar att efterfrågan är instabil, anför kommissionen på detta ställe att enligt Drewry (*Global Container Markets — Prospects and Profitability in a High Growth Era*, London, 1996) har containertransporternas andel ökat väsentligt under åren 1980–1994, från 20,7 till 41,6 procent och andelen kommer att öka till 53,8 procent år 2000. Förstainstansrätten erinrar om, såsom kommissionen med rätta anser i skäl 65 i det omtvistade beslutet, att denna utbytbarhet inte skall beaktas vid bestämmandet av den relevanta marknaden

eftersom den enda relevanta frågan inte är i vilken mån containertransport kan utbytas mot andra transportsätt, utan tvärtom i vilken mån, när detta utbyte skett, övriga transportsätt kan ersätta containertransport om priset på denna stiger kraftigt.

- 809 Mot bakgrund av vad som ovan anförts finner förstainstansrätten att ingen av de omständigheter som lagts fram av sökandena kan leda till ett ifrågasättande av kommissionens konstaterande om att för en mycket stor majoritet av varugrupperna och kunderna till de rederier som utför containerlinjetransport, utgör inte bulktransport ett rimligt alternativ till tjänster avseende containertransport (se, för ett liknande resonemang, TAA-domen, punkt 273).
- 810 Vad för det andra beträffar tjänster avseende bulkkyll transporter har sökandena uppmärksammat att denna utbytbarhet vitsordas i uttalanden från aktörer som tillhandahåller traditionella kyltransporttjänster på grund av att konkurrensen mellan de båda transportsätten växer ytterligare i och med att containerbortfraktare som Mærsk beslutat att öka sin kylkapacitet och att en del av den amerikanska frukten på traden mellan Europa och Förenta staterna transporteras både i containrar och traditionella kylfartyg.
- 811 Det visar sig således att sökandena inom ramen för denna talan i huvudsak endast upprepar argumenten under det administrativa förfarandet i sitt svar på meddelandet om anmärkningar. Det kan dock konstateras att sökandena inte riktigt har bestridit de skäl på vilka dessa argument avfärdas av kommissionen i skäl 73 i det omtvistade beslutet. Det framgår av detta skäl dels att även om dessa omständigheter visar att kylcontainrar kan ersätta bulkkyll transporter, visar de däremot inte att bulkkyll transporter kan ersätta kylcontainertransporter. Kommissionen konstaterar vidare på detta ställe i det omtvistade beslutet dels att

kylcontainertransporter erbjuder vissa fördelar, såsom mindre volymer och snabb överföring till andra transportsätt, dels att flera olika slags produkter kan transporteras i kylcontainrar än som bulkkyllost.

- 812 Förstainstansrätten finner att de omständigheter som sökandena lagt fram inom ramen för denna talan inte visar att dessa konstateranden är oriktiga.
- 813 Såsom kommissionen nämligen med rätta hävdar i skäl 73 i det omtvistade beslutet kan ifrågavarande omständigheter på sin höjd bekräfta fenomenet progressiv "containerisering" av kyltransporter och de visar på intet sätt att bulkkyltransporter är utbytbara mot kylcontainertransporter. Såsom emellertid anges i punkt 795 ovan kan endast ett bevis på en sådan övergång visa att dessa båda typer av kyltransporter tillhör samma marknad.
- 814 I de av sökandena åberopade uttalandena från aktörer som tillhandahåller tjänster avseende bulkkyltransporter betonas endast att "containeriseringen utgör det huvudsakliga hotet mot de traditionella kyltransporterna" och det nämns inte något om att bulkkyltransporter skulle vara utbytbara mot kylcontainertransporter. Även om sådana uttalanden kan tolkas på detta sätt, kan de i vart fall inte på allvar utgöra ett bevis på påtaglig utbytbarhet.
- 815 Likaledes visar inte den omständigheten att containerbortfraktare installerar "containeriserad" kylkapacitet att bulkkyltransporter är utbytbara mot kylcontainertransporter, utan endast att fenomenet "containerisering" existerar i fråga om kyltransporttjänster.

- 816 Det faktum slutligen att vissa produkter transporteras både i container och som bulklast styrker inte att det förekommer att avlastare övergår från det ena transportsättet till det andra och kan därför inte bevisa att tjänster avseende bulkkylltransporter till stor del är utbytbara mot tjänster avseende kylcontainertransporter, utan understryker på sin höjd fenomenet att en del av den frysta lasten är på väg att ”containeriseras”.
- 817 Av dessa skäl måste det följaktligen slås fast att sökandena inte har lagt fram omständigheter som kan föranleda förstainstansrätten att ifrågasätta kommissionens konstateranden om att tjänster avseende bulkkylltransporter inte är utbytbara mot tjänster avseende kylcontainertransporter.

#### NVOCC-bortfraktarna

- 818 Sökandena har hävdad att de NVOCC-bortfraktare som inte bedriver fartygstrafik på någon trad utgör en betydande konkurrenskälla som måste beaktas när den relevanta marknaden definieras. Sökandena har också gjort gällande att beslutet inte är tillräckligt motiverat på denna punkt därför att kommissionen inte förklarar varför den anser att NVOCC-bortfraktarna inte ingår i ifrågavarande marknad.
- 819 Det är utrett att de NVOCC-bortfraktare som inte bedriver någon fartygstrafik överhuvudtaget, enligt vad kommissionen anger i skäl 159 i det omtvistade beslutet, skaffar sig sjötransporttjänster från TACA-parterna på samma sätt som avlastare, det vill säga antingen till tariffbaserade fraktsatser eller (vanligare) på basis av ett konferensserviceavtal.
- 820 Dessa aktörer tillhandahåller inte några egna sjötransporttjänster utan skaffar sig sådana tjänster från TACA-parterna och de bedriver således, såsom kommissionen understryker i skälen 160 och 161 i det omtvistade beslutet, ingen som helst

konkurrens med de övriga bortfraktarna vad beträffar kvaliteten och priset på den sjötransporttjänst som tillhandahålls. Det är visserligen riktigt att ifrågavarande NVOCC-bortfraktare kan ha en viss köpkraft och därför kan få lägre priser i serviceavtal än andra avlastare. Emellertid fastställs dessa priser, såsom kommissionen understryker i skäl 161 i det omtvistade beslutet, i vart fall av TACA-parterna.

- 821 Eftersom de inte själva tillhandahåller några sjötransporttjänster på ifrågavarande trad finner förstainstansrätten att de NVOCC-bortfraktare som inte bedriver fartygstrafik på någon trad inte tillför någon egen kapacitet på marknaden utan endast i likhet med avlastarna skaffar sig den kapacitet som de övriga bortfraktarna tillhandahåller.
- 822 Följaktligen var det med rätta som kommissionen ansåg att de NVOCC-bortfraktare som inte bedriver fartygstrafik på någon trad inte tillhör samma marknad som TACA-parterna. De skäl som redogörs för i skälen 159–161 i det omtvistade beslutet innehåller vidare en tillräcklig motivering på denna punkt.
- 823 Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.

Beaktandet av den kumulativa verkan av olika konkurrenskällor

- 824 Sökandena har slutligen förebrått kommissionen att den bortsett från den kumulativa inverkan från olika konkurrenskällor genom att anse att var och en av dessa källor, endast under exceptionella förhållanden, kan ersätta containertransport och endast beträffande ett begränsat antal produkter. Enligt sökandena är en aktör, som transporterar 50 olika produkter varav alla har olika värde och

som följaktligen är utsatt för konkurrens från en eller annan alternativ bortfraktare, således utsatt för konkurrens i fråga om alla sina produkter.

- 825 Det kan såsom kommissionen med rätta gör i skälen 72, 203–213 och 534–537 i det omtvistade beslutet, konstateras att bortfraktare som gör åtskillnad mellan de olika varugrupperna genom att tillämpa starkt differentierade priser (där transportpriset, beroende på vilken vara det är fråga om, kan gå från 1 till 5 för samma transporttjänst) kan begränsa effekterna av en marginell konkurrens för transporten av särskilda varugrupper. Vidare kan förstainstansrätten inte godta sökandenas argument att de, om de var tvungna att möta olika konkurrenskällor för varje varugrupp, skulle vara utsatta för konkurrens i fråga om alla sina varor. Det är inte endast så att sökandena inte har bevisat att de utsätts för konkurrens från andra transporttjänster i fråga om varje varugrupp och följaktligen för hela deras utbud av tjänster, utan dessutom har kommissionen, såsom angetts ovan, i tillräcklig grad bevisat att för det stora flertalet av varugrupperna och användargrupperna är de andra transporttjänsterna inte utbytbara mot sjötransporttjänster i container (se, för ett liknande resonemang, TAA-domen, punkt 282).
- 826 Invändningen att den kumulativa verkan av olika konkurrenskällor inte har beaktats kan således inte godtas.

— Utbytbarhet på utbudssidan

- 827 Sökandena har gjort gällande att kommissionen inte undersökte möjligheten av utbytbarhet på utbudssidan utan endast den andra frågan om huruvida TACA-parterna är utsatta för viss potentiell konkurrens. De har vidare hävdats att flottornas rörlighet som erkänns i åttonde skälet i förordning nr 4056/86 är

förenlig med en hög grad av utbytbarhet på utbudssidan. Det framgår för övrigt av Dynamar-rapporten att de aktörer som inte "containeriserats", vilka var verksamma på den transatlantiska traden via de kanadensiska hamnarna år 1996, var potentiellt kapabla att för en minimal kostnad öka sina containertransporter med 200 000 TEU, såväl på traden i öst-västlig som på traden i väst-östlig riktning, vilket motsvarade 15 procent av sökandenas kapacitet, utan att det var nödvändigt att anpassa eller ändra fartygen.

828 Vad för det första gäller påståendet om att kommissionen i det omtvistade beslutet inte undersöker frågan om utbytbarhet på utbudssidan, erinrar förstainstansrätten om att för att enligt rättspraxis kunna betraktas som en särskild marknad måste de aktuella produkterna kunna särskiljas, inte endast genom sin användning, utan även genom att vissa tillverkningsegenskaper gör dem särskilt lämpliga för denna användning (domen i det ovan i punkt 779 nämnda målet Europemballage och Continental Can mot kommissionen, punkt 33).

829 För att kunna avgränsa den relevanta marknaden i förevarande mål ankom det följaktligen på kommissionen att kontrollera om aktörer som bedriver trafik med fartyg som inte är rena containerfartyg, genom en enkel teknisk anpassning kan bygga om sina fartyg för transport av containrar eller öka det antal containrar som kan transporteras och således slå sig in på containerfraktmarknaden med sådan kraft att en betydande motvikt skapas till containerbortfraktarna (utbytbarhet på utbudssidan).

830 Härvidlag noterar förstainstansrätten att kommissionen i skäl 75 i det omtvistade beslutet hänvisar till skälen 278–282 för en prövning av frågan om utbytbarhet på utbudssidan.



- 831 Förstainstansrätten slår fast att denna hänvisning är felaktig. I nämnda skäl, som utgör den första delen av den avdelning i det omtvistade beslutet som handlar om potentiell konkurrens, undersöker inte kommissionen möjligheterna till utbytbarhet på utbudssidan, utan uttrycker endast vissa preliminära synpunkter på bevisvärdet hos Dynamar-rapporten (*The Transatlantic Trade — An overview of the carrying capacity/potential of non-TACA members*, 1996), vilken åberopats av TACA-parterna till stöd för deras svar på meddelandet om anmärkningar på denna punkt. Kommissionen har i huvudsak anfört att eftersom TACA-parterna inte tillhandahållit de instruktioner som gavs till Dynamar inför upprättandet av denna rapport har den utgått från att slutsatserna i rapporten styrts av nämnda instruktioner.
- 832 Det skall emellertid noteras att kommissionen längre fram i samma avdelning i det omtvistade beslutet, som handlar om den potentiella konkurrensen, i skälen 300–305 undersöker den konkurrens som utövas av aktörer med fartyg som inte är rena containerfartyg och att hänvisningen i skäl 75 därför skall förstås som en hänvisning till dessa skäl.
- 833 Förstainstansrätten finner i likhet med sökandena att inget av dessa skäl uttryckligen behandlar frågan om utbytbarhet på utbudssidan. På detta ställe i det omtvistade beslutet undersöker kommissionen nämligen inte den förmåga som aktörer med fartyg som inte är rena containerfartyg har att anpassa dessa fartyg för att transportera containrar eller öka antalet containrar som transporteras, utan den studerar enbart, såsom framgår uttryckligen av skäl 301, frågan huruvida dessa fartygs operatörer är kapabla att bedriva påtaglig potentiell konkurrens med containerfartyg i den meningen att dessa aktörer för det första kan konkurrera med TACA-parterna på lika villkor och för det andra att kunderna anser transporter som utförs av dem under normala förhållanden vara funktionellt likvärdiga med transporter på rena containerfartyg. I slutet av sin analys avfärdar kommissionen att det skulle finnas sådan påtaglig potentiell konkurrens. Kommissionen har understrukit, angående den första aspekten i skälen 302–304 i det omtvistade beslutet, att fartyg som inte är rena containerfartyg har helt andra tekniska egenskaper och prestanda än rena containerfartyg och att de operatörer som trafikerar med sådana fartyg inte har likadana containerbestånd som de operatörer som trafikerar med rena containerfartyg och i allmänhet inte samma faciliteter i land. Vad gäller den

andra aspekten noterar kommissionen i skäl 305 i det omtvistade beslutet att kunderna inte anser att bulk- eller "neo"-bulkfartyg kan ersätta transporter med rena containerfartyg.

834 Även om den potentiella konkurrensen och utbytbarheten på utbudssidan begreppsmässigt utgör olika frågor, vilket kommissionen för övrigt uttryckligen vitsordar i sitt svaromål, konstaterar förstainstansrätten att dessa frågor delvis överlappar varandra eftersom skillnaden särskilt består i om konkurrensbegränsningen är omedelbar eller ej. Härav följer att de flesta omständigheter som betonas i skälen 302–304 i det omtvistade beslutet kan motivera såväl avsaknad av påtaglig potentiell konkurrens som avsaknad av utbytbarhet på utbudssidan. I fråga om tekniska egenskaper hos fartyg som inte är rena containerfartyg framhåller kommissionen uttryckligen i skäl 303 att vissa av dessa egenskaper "talar emot ombyggnad på utbudssidan" eftersom "extrakostnader ... krävs för att transportera containrar på fartyg som inte är särskilt konstruerade som containerfartyg". Det kan inte heller bestridas att avsaknaden av ett betydande containerbestånd och tillräckliga faciliteter i land utgör påtagliga hinder för en snabb ombyggnad av fartyg som inte är rena containerfartyg till fartyg av denna typ.

835 Förstainstansrätten understryker för övrigt att det framgår av skäl 300 i det omtvistade beslutet att kommissionens bedömningar i skälen 302–304 syftar till att avfärda det argument som bygger på Dynamar-rapporten, som även framförts till stöd för dessa klander, enligt vilket aktörer med fartyg som inte är rena containerfartyg kan anpassa dessa fartyg för att transportera containrar eller öka antalet containrar som transporteras.

836 Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten att frågan om utbytbarhet på utbudssidan, underförstått men med säkerhet, studeras i skälen 302–304 i det omtvistade beslutet. Sökandenas klander på denna punkt kan således inte godtas.

- 837 Vad för det andra beträffar de omständigheter som lagts fram av sökandena för att visa att det föreligger utbytbarhet på utbudssidan betonar förstainstansrätten, såsom angetts ovan, att sökandena inom ramen för denna talan endast upprepar sina på Dynamar-rapporten baserade argument under det administrativa förfarandet i sitt svar på meddelandet om anmärkningar. Det kan dock konstateras att sökandena inte har bestridit de skäl på vilka dessa argument med rätta avfärdas av kommissionen i skälen 302–304 i det omtvistade beslutet.
- 838 Sökandena har på sin höjd gjort gällande att konstaterandet i skäl 305 i det omtvistade beslutet om att det stora flertalet av TACA-parternas kunder skulle anse att transporter med bulkfartyg skulle kunna ersätta transporter med rena containerfartyg baseras på ett enda bevis, närmare bestämt en annons för ACL som återges i samma skäl.
- 839 Förstainstansrätten slår emellertid fast att denna kritik saknar relevans inom ramen för prövningen av dessa klander avseende bedömningen av utbytbarhet på utbudssidan. Det konstaterande som återfinns i skäl 305 i det omtvistade beslutet handlar inte om utbytbarhet på utbudssidan utan om utbytbarhet på efterfrågsidan.
- 840 Till skillnad från vad sökandena har påstått, baseras i vart fall detta konstaterande inte endast på en annons för ACL. Det framgår nämligen av skäl 69 i det omtvistade beslutet att kommissionens bedömningar av möjligheterna till utbytbarhet mellan containertransport och bulktransport, väsentligen baseras på Drewry-rapporten (*Global Container Markets — Prospects and Profitability in a High Growth Era*, London, 1996). Härutöver bör det framhållas, såsom angetts ovan i punkt 803, att sökandena inte riktigt har bestridit de konstateranden som kommissionen gör i skälen 64–74 för att visa att det saknas utbytbarhet.

841 Vad gäller argumentet om att flottornas rörlighet erkänns i åttonde skälet i förordning nr 4056/86, erinrar förstainstansrätten om att rådet i nämnda skäl framhåller följande: "Konferenserna är i de flesta fall fortfarande utsatta för en effektiv konkurrens från såväl icke-konferensansluten linjetrafik som, i vissa fall, från trampfart och andra transportsätt. Flottans rörlighet, vilken är kännetecknande för utbudsstrukturen i sjötransportsektorn, utövar ett ständigt konkurrensstryck på konferenserna, vilka normalt inte har möjlighet att sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av transporttjänsterna i fråga." Det framgår således klart av detta skäl att rådet baserar sig på flottans rörlighet när det inte konstaterar att fartyg som inte är rena containerfartyg kan öka sin containerkapacitet, utan att rederier i linjetrafik som är parter i en linjekonferens på en given trad i princip är utsatta för potentiell konkurrens från containerfartyg på andra trader. Vidare noterar förstainstansrätten i vart fall att kommissionen konstaterar i skälen 289–299 i det omtvistade beslutet, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, att flottornas rörlighet på den transatlantiska traden troligen inte kommer att vara effektiv. Under dessa förhållanden kan inte sökandena med framgång basera något argument på det faktum att flottornas rörlighet erkänns i förordning nr 4056/86 i syfte att bestrida den definition av den relevanta tjänstemarknaden som fastställs av kommissionen i det omtvistade beslutet.

842 Följaktligen kan sökandenas argument avseende utbytbarhet på utbudssidan inte godtas.

## b) Ifrågavarande tjänsters geografiska dimension

### i) Parternas argument

843 Sökandena har hävdad att definitionen av den relevanta geografiska marknaden i skäl 84 i det omtvistade beslutet såsom sjötransport mellan nordeuropeiska

hamnar och hamnar i Förenta staterna och Kanada är felaktig såtillvida att den utesluter Medelhavshamnarna i Sydeuropa (skälen 76–83 i det omtvistade beslutet).

- 844 Sökandena har som inledande anmärkning preciserat att de, tvärtemot vad kommissionen låter förstå i skäl 77 i det omtvistade beslutet, inte har hävdad under det administrativa förfarandet att hamnar i Turkiet, Libanon, Israel, Cypern, Egypten, Libyen, Tunisien, Algeriet och Marocko är utbytbara mot hamnar i Nordeuropa. I övrigt har sökandena anfört vad som följer nedan.
- 845 Sökandena har för det första upprepat att de förebrår kommissionen att den i skäl 76 i det omtvistade beslutet avfärdar att det skulle föreligga utbytbarhet mellan Medelhavshamnarna genom att basera sig på begreppet ”ensidig utbytbarhet”. Samtidigt som de hänvisat till den kritik de formulerade mot definitionen av den relevanta tjänstemarknaden har sökandena särskilt understrukit att kommissionen inte har visat hur det kan komma sig att de omständigheter som bevisar att Nordeuropas hamnar är utbytbara mot Sydeuropas hamnar inte samtidigt visar att de båda regionernas hamnar kan ersätta varandra. Sökandena anser att kommissionen, genom att avfärda de bevis på utbytbarhet som de lagt fram i sitt svar på meddelandet om anmärkningar, har ålagt sökandena att bevisa att Sydeuropas hamnar är utbytbara mot Nordeuropas hamnar, trots att en riktig definition av den relevanta marknaden är en förutsättning för konstaterandet av en dominerande ställning. Enligt sökandena ankom det på kommissionen att översända framställningar med begäran om nödvändig information till avlastarna, eftersom de själva inte lyckades erhålla de relevanta bevisen av avlastarna.
- 846 Sökandena har för det andra påstått att kommissionens konstateranden i skälen 80 och 82 om Medelhavshamnarnas ”otillräcklighet” och ”infrastrukturbegränsningar” motsägs av de faktiska omständigheterna.

- 847 Det framgår för det första av fackpressen att hamnarna i Sydeuropa allt oftare anses vara utbytbara mot hamnarna i Nordeuropa. Således har det rapporterats att ett stort antal bortfraktare anser att det är förståndigare att stanna i Medelhavshamnar för att förbinda tjänster mellan Europa och Asien med tjänster mellan Europa och Nordamerika. Vidare anser Medelhavshamnarna själva att deras tjänster är konkurrenskraftiga i jämförelse med hamnarna i Nordeuropa såsom exempelvis en annons framställd av hamnmyndigheten i Marseille intygar. Sökandena har även gjort gällande att den lastvolym på traden mellan Europa och Förenta staterna som behandlas i hamnarna i Sydeuropa har ökat väsentligt under åren 1994–1997.
- 848 För det andra visar även bortfraktarnas attityd att hamnarna i Sydeuropa är utbytbara mot dem i Nordeuropa. Sökandena har härvidlag anfört att det i en studie som förberetts av en av sökandena dras slutsatsen att hamnarna i Sydeuropa utövar effektiv konkurrens mot dem i Nordeuropa i termer av effektivitet, att det alltid funnits konferenser (SEAC och USSEC) på traden mellan Sydeuropa och Förenta staterna och att oberoende rederier som Lykes och Evergreen har ökat sina tjänster från hamnarna i Sydeuropa.
- 849 För det tredje slutligen framgår det av avlastarnas beteende att hamnarna i Sydeuropa är utbytbara mot dem i Nordeuropa. I en anbudsinfordran från avlastare anges uttryckligen att "hamnarna i Medelhavet kan betraktas som lossningshamnar utan någon särskild preferens från vår sida". Vidare har talrika bortfraktare överfört en del av sin last från hamnarna i Nordeuropa till hamnar i Sydeuropa. Det är inte möjligt att hävda, såsom kommissionen gjort i sitt svaromål, att dessa bevis lagts fram för sent.
- 850 Kommissionen anser med stöd av ECTU att den definition av den relevanta geografiska marknaden som fastställs i det omtvistade beslutet är riktig och tillräckligt motiverad. Kommissionen drar följaktligen slutsatsen att sökandenas argument inte kan godtas och att talan inte kan vinna bifall på de grunder som sökandenas åberopat på denna punkt.

## ii) Förstainstansrättens bedömning

- 851 Sökandena har kritiserat kommissionen för att den utesluter hamnar i Medelhavet från definitionen av den relevanta tjänstemarknaden i skäl 84 i det omtvistade beslutet, då transporttjänster avseende rutten över Atlanten som erbjuds från hamnar i Nordeuropa och sådana transporttjänster som erbjuds från sydeuropeiska hamnar i Medelhavet enligt sökandenas mening är utbytbara.
- 852 Det kan konstateras att sökandena i denna argumentation har bestridit den geografiska omfattningen av de transporttjänster som utgör den relevanta marknaden. För att fastställa denna omfattning måste avgångs- och anlöpningsplatserna för transporttjänster på rutten över Atlanten bestämmas (TAA- domen, punkt 293).
- 853 Såsom kommissionen med rätta har uppmärksammat skiljer sig denna fråga från frågan om definitionen av den relevanta geografiska marknaden, vilken i förevarande mål återfinns i skäl 519 i det omtvistade beslutet och som syftar till att fastställa det område inom vilket de berörda företagen saluför ifrågavarande tjänster och där konkurrensförhållandena är tillräckligt enhetliga och som kan särskiljas från närliggande geografiska områden därför att särskilt konkurrensvillkoren påtagligt skiljer sig åt (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 14 februari 1978 i mål 27/76, United Brands mot kommissionen, REG 1978, s. 207, punkt 11, och förstainstansrättens dom av den 30 mars 2000 i mål T-65/96, Kish Glass mot kommissionen, REG 2000, s. II-1885, punkt 81).
- 854 Sökandena har för det första förebrått kommissionen att den fastställt den geografiska komponenten i den relevanta marknaden genom att med orätt basera sig på begreppet ”ensidig utbytbarhet” i den meningen att den anser att nordeuropeiska hamnar är utbytbara mot sydeuropeiska hamnar men inte

tvärtom. De har gjort gällande att kommissionen inte har visat hur det kan komma sig att de omständigheter som bevisar att nordeuropeiska hamnar är utbytbara mot sydeuropeiska hamnar, inte samtidigt visar att de båda regionernas hamnar kan ersätta varandra.

- 855 Förstainstansrätten finner att kommissionen i skälen 76–83 i det omtvistade beslutet utesluter sydeuropeiska Medelhavshamnar från den relevanta tjänstemarknaden, med den motivering som redogörs för i skäl 76, nämligen att ”medan nordeuropeiska hamnar för en del avlastare kan ersätta en del Medelhavshamnar anser mycket få, om ens någon avlastare, att Medelhavshamnar kan ersätta nordeuropeiska hamnar”.
- 856 Förstainstansrätten konstaterar att det framgår uttryckligen av detta skäl i det omtvistade beslutet att kommissionen, tvärt emot vad sökandena har antytt, inte har konstaterat att nordeuropeiska hamnar är utbytbara mot sydeuropeiska Medelhavshamnar, utan endast att nordeuropeiska hamnar för ”en del” avlastare kan ersätta ”en del” sydeuropeiska Medelhavshamnar.
- 857 Trots att detta enda skäl redan är tillräckligt för att klandret inte skall godtas, understryker förstainstansrätten att även om kommissionen hade fastställt att nordeuropeiska hamnar var utbytbara mot sydeuropeiska Medelhavshamnar skulle den ändå inte varit skyldig att, för att motivera uteslutandet av sydeuropeiska Medelhavshamnar från den relevanta marknaden, fastställa vilka skälen var till att de omständigheter som bevisade denna utbytbarhet inte bevisade att nämnda sydeuropeiska Medelhavshamnar var utbytbara mot nordeuropeiska hamnar.
- 858 Förstainstansrätten understryker att TACA är ett avtal som reglerar villkoren för sjötransporter i container till Förenta staterna, inte från europeiska Medelhavshamnar utan från nordeuropeiska hamnar och särskilt, såsom framgår av skäl 14 i det omtvistade beslutet, hamnar i Europa belägna inom latituder från Bayonne i



Frankrike till Nordkap i Norge och punkter i Europa via de hamnarna utom punkter i Spanien och Portugal. Den enda fråga som är relevant för fastställandet av ifrågavarande tjänstemarknads geografiska komponent, för att kunna bedöma ett sådant avtal i konkurrensrättsligt hänseende, är följaktligen huruvida en avlastare som skickar gods från Nordeuropa till Förenta staterna med lätthet skulle kunna ersätta transporttjänster som erbjuds från nordeuropeiska hamnar med transporttjänster som erbjuds från sydeuropeiska Medelhavshamnar till Förenta staterna. Skälen till att en avlastare som skickar gods från sydeuropeiska Medelhavshamnar till Förenta staterna skulle kunna ersätta dem med nordeuropeiska hamnar, är uppenbarligen irrelevanta.

859 Till skillnad mot vad sökandena har gjort gällande följer på intet sätt härav att bevisbördan övergår på den andra parten. Det framgår nämligen av det omtvistade beslutet att kommissionen, för att kunna utesluta sydeuropeiska Medelhavshamnar från den relevanta marknaden med motiveringen att ingen avlastare har skickat några betydande kvantiteter gods från Nordeuropa till Medelhavshamnar med slutmål i Nordamerika, stödjer sig på flera bevis, vilka i huvudsak är följande:

— Det faktum att de TACA-parter som också är VSA-parter bedriver skytteltrafik med järnväg i form av två till tre tur och retur-resor per vecka mellan Milano och Rotterdam (skäl 80).

— Det faktum att Medelhavshamnar enligt Drewry-rapporten (*Global Container Markets*, London, 1996), inte tycks kunna ersätta nordeuropeiska hamnar ens för trafik mellan Europa och Fjärran Östern (skäl 82).

— Det faktum att TACA-parterna kan begränsa effekten av marginell konkurrens från andra transportsätt för vissa godskategorier genom att erbjuda lägre priser utan att det påverkar den allmänna prisnivån (skäl 83).

860 I skäl 80 i det omtvistade beslutet anser kommissionen att dessa omständigheter väger tyngre än det underlag som lagts fram av TACA-parterna, vilka i huvudsak har gjort gällande att avlastare överfört omkring 8 000–10 000 TEU gods från Nordeuropa till europeiska Medelhavshamnar.

861 Det följer av det ovan anförda att kommissionen uppfyllde den bevisbörda som åligger den inom ramen för den definition av den relevanta marknaden som skall föregå tillämpningen av artikel 86 i fördraget.

862 Av dessa skäl kan klandren avseende en inadekvat användning av begreppet "ensidig utbytbarhet" inte godtas.

863 Sökandena har för det andra påstått att kommissionens konstateranden i skälen 80 och 82 i det omtvistade beslutet om Medelhavshamnarnas "otillräcklighet" och "infrastrukturbegränsningar" motsägs av de faktiska omständigheterna. Enligt sökandenas mening visar de bevis som de lagt fram i ansökan att hamnarna i Sydeuropa allt oftare anses vara utbytbara mot hamnarna i Nordeuropa.

864 Det kan inte förnekas att det finns en viss utbytbarhet mellan de sjötransporttjänster som tillhandahålls inom TACA och de reguljära containertransporter på linjen över Atlanten som utförs från eller till hamnar i Medelhavet (TAA-domen, punkt 294). Det är emellertid inte en fullständig avsaknad av utbytbarhet som

motiverar att dessa sistnämnda tjänster utesluts från den relevanta tjänstemarknaden, utan den omständigheten att denna utbytbarhet är mycket begränsad.

865 I skäl 80 i det omtvistade beslutet konstaterar kommissionen att ”TACA-parterna inte har fört fram några belägg för att någon avlastare skickat några väsentliga kvantiteter gods till Medelhavshamnar från Nordeuropa med slutmål i Nordamerika”. Kommissionen anför härvidlag i skäl 79 i det omtvistade beslutet att den påstådda överföringen av omkring 8 000–10 000 TEU gods från nordeuropeiska hamnar till europeiska Medelhavshamnar som åberopats av sökandena under det administrativa förfarandet skulle ha som enda effekt att den totala marknaden enligt sökandenas egna siffror skulle öka med 2 procent, med den konsekvensen att TACA-parternas andel av den relevanta marknaden skulle minska med ca 1 procent.

866 Såsom anges ovan i punkt 799, följer det av rättspraxis att förekomsten av utbytbarhet på marginalen inte utgör något hinder för slutsatsen att det finns olika marknader (domen i det ovan i punkt 762 nämnda målet Tetra Pak II, punkterna 13–15, och TAA-domen, punkt 273).

867 Förstainstansrätten konstaterar att sökandena inte har lagt fram några omständigheter inom ramen för denna talan som kan visa att de tjänster som erbjuds i sydeuropeiska Medelhavshamnar innebär en förnuftig alternativ lösning för avlastare i Nordeuropa, som utgör upptagningsområdet för de tjänster som TACA-medlemmarna tillhandahåller.

868 För det första har sökandena åberopat att det förekommit överföringar av gods från nordeuropeiska hamnar till sydeuropeiska Medelhavshamnar. Sökandena har härvidlag baserat sig på de överföringar som tretton avlastare gjort under åren 1996–1998, på anbudsinfordran från en avlastare i vilken denne uppger att han

inte har några preferenser bland nordeuropeiska hamnar och europeiska Medelhavshamnar, samt på uppgifter från P & O Nedlloyd angående hamnar från vilka denne erbjuder tjänster åt sina kunder.

869 Förstainstansrätten noterar emellertid att även om sökandena på grundval av dessa uppgifter har påstått att det förekommer överföringar av gods från nordeuropeiska hamnar till sydeuropeiska Medelhavshamnar, har de inte vid något tillfälle hävdats att dessa överföringar är betydande. Det är dock inte, såsom anges ovan, den totala avsaknaden av överföringar som föranlett kommissionen att i skäl 80 i det omtvistade beslutet utesluta de europeiska Medelhavshamnarna från den relevanta marknaden, utan det faktum att det inte är några stora mängder som överförs.

870 Det framgår vidare av en undersökning av de uppgifter som tillhandahållits av sökandena att det inte på grundval av dessa uppgifter kan fastställas att betydande överföringar gjorts.

871 Vad först gäller de exempel på överföringar som utförts av tretton avlastare, visar de uppgifter som tillhandahållits av sökandena att det högst förekommit överföringar avseende en volym på 7 900 TEU under tre år. Det framgår dock av tabell 2 som återfinns under skäl 85 i det omtvistade beslutet att enbart under år 1996 transporterade TACA 1 429 090 TEU på traden mellan Nordeuropa och Förenta staterna och att de påstådda överföringarna således motsvarar en ytterst liten mängd av ifrågavarande marknad. Vidare är det inte möjligt att dra den minsta relevanta slutsats av ifrågavarande uppgifter, eftersom det i dem varken anges var avlastaren är etablerad och än mindre varornas destination. Vad därefter angår den i ansökan nämnda anbudsinfordran, är det tillräckligt att konstatera att den rör ett enda serviceavtal med en enda avlastare och att den således inte kan tillerkännas något särskilt bevisvärde. Vad slutligen beträffar Nedlloyds uppgifter om en enda speditör, noterar förstainstansrätten att dessa, såsom kommissionen med rätta hävdats, inte har något bevisvärde eftersom det i dem, i fråga om vissa av P & O Nedlloyds kunder som är avlastare, endast anges

variationer i den last som transporterades från europeiska Medelhavshamnar under åren 1995–1996, utan att variationer i den sammanlagda last som transporterades från nordeuropeiska hamnar och sydeuropeiska Medelhavshamnar preciseras. Under dessa förhållanden är det inte möjligt att med utgångspunkt i dessa uppgifter fastställa om variationerna i last är en följd av överföringar från nordeuropeiska hamnar eller en variation i de volymer som exporteras till Förenta staterna.

872 För det andra har sökandena gjort gällande att den lastvolym på traden mellan Europa och Förenta staterna som behandlas i sydeuropeiska Medelhavshamnar har ökat väsentligt under åren 1994–1997.

873 Förstainstansrätten finner härvidlag att även om de uppgifter som tillhandahållits av sökandena på denna punkt ovedersägligen visar en sådan ökning, bevisar de däremot inte att ökningen är en följd av överföring av last från nordeuropeiska hamnar och inte av andra faktorer, såsom en utveckling av exporten till Förenta staterna (TAA- domen, punkt 297).

874 För det tredje har sökandena framfört att i en studie som förberetts av en av dem dras slutsatsen att sydeuropeiska Medelhavshamnar utövar effektiv konkurrens mot nordeuropeiska hamnar i termer av effektivitet. I detta sammanhang har de även betonat att det alltid funnits konferenser på traden mellan Sydeuropa och Förenta staterna och att oberoende rederier som Lykes och Evergreen har ökat sina transporttjänster från sydeuropeiska Medelhavshamnar.

875 Det måste emellertid slås fast att dessa uppgifter inte visar att sydeuropeiska Medelhavshamnar ur avlastarnas synvinkel i påtaglig grad är utbytbara mot nordeuropeiska hamnar. I fråga om den av sökandena utförda studien, noterar förstainstansrätten att endast produktiviteten hos europeiska Medelhavshamnar och nordeuropeiska hamnar behandlas i denna utan att deras utbytbarhet

undersöks vid något tillfälle. En sådan studie saknar således relevans för bestridandet av den definition av den relevanta marknaden som fastställs i det omtvistade beslutet. Vad beträffar de övriga omständigheter som sökandena lagt fram kan de däremot, även om de visserligen visar att en viss mängd last med destination Förenta staterna skickas från sydeuropeiska Medelhavshamnar, på inte sätt bevisa att det förekommer att avlastare överför last från nordeuropeiska hamnar till sydeuropeiska Medelhavshamnar.

876 För det fjärde slutligen har sökandena citerat artiklar i fackpressen i vilka det uppmärksammas, dels att "ett stort antal bortfraktare anser att det är förståndigare att stanna i sydeuropeiska Medelhavshamnar" för att förbinda transporttjänsterna mellan Europa och Asien med transporttjänsterna mellan Europa och Nordamerika, dels att de ansvariga för de sydeuropeiska Medelhavshamnarna anser att deras tjänster är konkurrenskraftiga i förhållande till de nordeuropeiska hamnarna.

877 Förstainstansrätten konstaterar emellertid att avlastarnas intryck, såsom de rapporterats i fackpressen, angående förbindelsen mellan Fjärran Östern och Nordamerika, inte rimligen kan leda till ett ifrågasättande av den motsatta slutsats som dras i Drewry-rapporten (*Global Container Markets*, London, 1996), vilken återfinns i skäl 82 i det omtvistade beslutet och har följande lydelse: "[Sydeuropeiska] Medelhavshamnar ... tycks [inte] kunna ersätta nordeuropeiska hamnar, ens för trafik mellan Europa och Fjärran östern." Förstainstansrätten framhåller i vart fall att det i de tidningsartiklar som här åberopats av sökandena endast beaktar ökningen av trafiken i de sydeuropeiska Medelhavshamnarna, utan att det på något sätt visas att nämnda ökning beror på överföringar av last som utförs av nordeuropeiska avlastare.

878 Vad beträffar det faktum att de sydeuropeiska Medelhavshamnarna förklarat att de är konkurrenskraftiga i förhållande till de nordeuropeiska hamnarna, räcker det att konstatera att den enda omständighet som framförts av sökandena med

denna innebörd är en annons från hamnmyndigheten i Marseille, vars innehåll uppenbarligen inte, med hänsyn till sitt syfte, kan leda till ett ifrågasättande av de slutsatser som kommissionen dragit av Drewry-rapporten.

- 879 Det följer av det ovan anförda att sökandena inte har bevisat att det förekommer betydande överföring av last från nordeuropeiska hamnar till sydeuropeiska Medelhavshamnar.
- 880 Förstainstansrätten framhåller vidare att kommissionen konstaterar i det omtvistade beslutet, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, dels i skäl 80 att de TACA-parter som också är VSA-parter bedriver skytteltrafik med järnväg i form av två till tre tur och retur-resor per vecka mellan Milano och Rotterdam, dels i skäl 83 att TACA-parterna kan begränsa effekten av marginell konkurrens från andra transportsätt för vissa godskategorier genom att erbjuda lägre priser utan att det med nödvändighet påverkar den allmänna prisnivån. I sina skrivelser till förstainstansrätten understryker också kommissionen på ett adekvat sätt att TACA:s landtariff sträcker sig ända till Kroatien. Förstainstansrätten finner att sådana omständigheter utgör verkliga indicier som visar, såsom kommissionen med rätta understrukit, de sydeuropeiska Medelhavshamnarnas otillräcklighet för transporter till Nordamerika och att de således inte kan ersätta de nordeuropeiska hamnarna.
- 881 Sökandena har slutligen, såsom redan har nämnts ovan, anført under det administrativa förfarandet att om den last som transporteras från europeiska Medelhavshamnar inbegreps i den relevanta marknaden, skulle effekten av detta bli att den totala marknaden ökade med 2 procent. Kommissionen konstaterar dock härvidlag, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, i skäl 79 i det omtvistade beslutet, att "[e]ftersom de inte räknar in gods som fraktas av TACA-parter på trader som inte omfattas av TACA:s geografiska utsträckning i TACA:s marknadsandel, skulle detta minska TACA-parternas andel av den relevanta marknaden med ca 1 %". I denna utsträckning saknar dessa klander verkan,

såvitt det genom ett bestridande av definitionen av den relevanta marknaden syftar till att den dominerande karaktären ifrågasätts beträffande den ställning som innehas av TACA-parterna på denna marknad.

- 882 Av alla dessa skäl finner förstainstansrätten att sökandenas argument angående den i det omtvistade beslutet angivna geografiska dimensionen av den relevanta marknaden inte kan godtas.

### c) Slutsats om den relevanta tjänstemarknaden

- 883 Det följer av det ovan anförda att sökandenas invändningar mot den definition av den relevanta tjänstemarknaden som kommissionen fastställer i det omtvistade beslutet inte kan godtas.

## 2. Den relevanta geografiska marknaden

### a) Parternas argument

- 884 Sökandena har gjort gällande att kommissionens inställning är inkonsekvent i fråga om definitionen av den relevanta geografiska marknaden. I skäl 84 i det omtvistade beslutet definierar nämligen kommissionen den geografiska marknaden som sjötransport mellan nordeuropeiska hamnar och hamnar i Förenta staterna och Kanada, medan den i skäl 519 hävdar att "[d]en geografiska marknaden består av det område inom vilket de sjötransporttjänster som fastställs ovan saluförs, dvs. i detta fall upptagningsområdena för hamnarna i norra



Europa” och att ”[e]n sådan geografisk marknad sammanfaller med räckvidden för TACA:s landtariff”. Under dessa förhållanden förstår inte sökandena slutsatsen i skäl 91 om att landtransporttjänster inom en multimodal ram mellan Nordeuropa och Förenta staterna inte ingår i marknaden för sjötransporttjänster. Även om den relevanta marknaden inbegrep dessa landtransporttjänster skulle det dock vara obestridligt att sökandena inte hade en dominerande ställning.

885 Kommissionen har med stöd av ECTU att talan inte kan vinna bifall på denna punkt.

#### b) Förstainstansrättens bedömning

886 Det skall inledningsvis erinras om att, till skillnad från vad sökandena har gjort gällande, den definition av den relevanta geografiska marknaden som fastställs av kommissionen i detta mål inte återfinns i skäl 84 utan i skäl 519 i det omtvistade beslutet. Såsom har erinrats om ovan i punkterna 851–852, identifierar kommissionen i skäl 84 i det omtvistade beslutet inte den relevanta geografiska marknaden utan endast ifrågavarande sjötransporttjänsters geografiska komponent.

887 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen i skäl 519 i det omtvistade beslutet anför att den geografiska marknaden för ifrågavarande sjötransporttjänster ”består av det område inom vilket de sjötransporttjänster som fastställs ovan saluförs, dvs. i detta fall upptagningsområdena för hamnarna i norra Europa” och preciserar att ”[e]n sådan geografisk marknad sammanfaller med räckvidden för TACA:s landtariff ”.

- 888 Det är riktigt, såsom sökandena har understrukt, att kommissionen i skäl 91 i det omtvistade beslutet konstaterar att de relevanta landtransporttjänsterna, närmare bestämt de som företas inom gemenskapen och "som avlastare förvärvar tillsammans med andra tjänster som led i en multimodal transport av containergodis mellan Nordeuropa och USA [inte] ingår ... i den marknad för sjötransporttjänster som beskrivs ovan".
- 889 Till skillnad mot vad sökandena har gjort gällande innebär detta emellertid ingen motsägelse. De båda skälen 91 och 519 i det omtvistade beslutet avser olika tjänstemarknader, det vill säga marknaden för ifrågavarande landtransporttjänster, respektive marknaden för ifrågavarande landtransporttjänster. Det faktum att dessa tjänsters geografiska marknader delvis överlappar varandra, såtillvida att båda omfattar det geografiska område inom vilket TACA:s sjötransporttjänster saluförs, kan inte logiskt innebära att ifrågavarande landtransporttjänster och sjötransporttjänster kan ersätta varandra och följaktligen tillhöra samma tjänstemarknad. Inget hindrar nämligen att samma geografiska område omfattar två olika tjänstemarknader.
- 890 Motiveringen i det omtvistade beslutet innehåller ingen motsägelse på denna punkt och detta klander kan således inte godtas.

### 3. Slutsats om definitionen av den relevanta marknaden

- 891 Det följer av det ovan anförda att talan inte kan vinna bifall på de grunder som åberopats av sökandena avseende den definition av den relevanta tjänstemarknaden som kommissionen fastställer i det omtvistade beslutet med tillämpning av artikel 86 i fördraget.

## B — Förekomsten av en dominerande ställning på den relevanta marknaden

892 I denna del av de grunder som rör avsaknaden av överträdelse av artikel 86 i fördraget har sökandena bestridit att TACA-parterna innehade en dominerande ställning på den relevanta marknaden under den period som det omtvistade beslutet omfattar. De har härvidlag hävdade att kommissionen gjorde en felaktig analys inte endast av deras marknadsandel, utan även av den effektiva externa konkurrensen, den potentiella konkurrensen, den interna konkurrensen och fraktsatsernas utveckling på ifrågavarande trad. Sökandena har vidare påstått att det finns olika brister i motiveringen på den sistnämnda punkten.

## 1. Den marknadsandel som innehas av TACA-parterna

## a) Parternas argument

893 Sökandenas första grund baseras på att kommissionen gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att i skäl 533 i det omtvistade beslutet konstatera att den omständigheten att TACA-parterna under åren 1994, 1995 och 1996 hade en marknadsandel på omkring 60 procent ”ger anledning till en stark förmodan om en dominerande ställning”. Sökandena anser att kommissionens analys av uppgifterna om TACA-parternas marknadsandel är felaktig och ofullständig.

894 För det första har sökandena påstått att de uppgifter om marknadsandelar som kommissionen använt sig av inte omfattar en tillräckligt lång period (endast tre år). Domstolen har emellertid erkänt betydelsen av en ihållande stark marknadsandel för konstaterandet av en dominerande ställning (domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 41).

Även om domstolen inte har preciserat vilken varaktighet som krävs framgår det av doktrinen (Bellamy och Child, *Common Market Law of Competition*, 4 uppl., punkt 9024) att en period på fem år troligen skulle vara tillräcklig och att en kortare period än tre år, särskilt på en dynamisk marknad, skulle kunna bedömas vara för kort för att en stor marknadsandel skulle betraktas som en indikator på dominerande ställning.

895 För det andra har sökandena hävdats att kommissionen inte har undersökt parternas ställning i förhållande till de oberoende rederiernas ställning. När emellertid ett företag som har en svag marknadsandel kan tillgodose efterfrågan hos de kunder som vill avstå från att handla hos det företag som har den starkaste marknadsandelen, kan detta företag inte betraktas som en "obligatorisk partner" i den mening som avses i domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen och följaktligen inte befinna sig i en dominerande ställning. Sökandena har erinrat om att enligt denna dom befinner sig ett företag, som har särskilt stora marknadsandelar under en längre tidsperiod genom omfattningen av sin produktion och sitt utbud, i en maktposition som gör det dominerande företaget till en oundgänglig handelspartner och som redan av denna anledning, åtminstone under relativt långa tidsperioder, ger företaget i fråga en för den dominerande ställningen karaktäristisk handlingsfrihet. Innehavarna av betydligt mindre andelar kan inte snabbt uppfylla en efterfrågan från dem som inte längre vill använda sig av företaget med den avsevärt större andelen (domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 41). Sökandena har även understrukit att en isolerad bedömning av marknadsandelen utan hänsynstagande till de främsta konkurrenternas marknadsandel lett till att kommissionen bortsett dels från den belastning som den potentiella konkurrensen innebär (trots att sökanden lagt fram talrika bevis på att det finns sådan konkurrens), dels från hur marknadens konkurrensdynamik är beskaffad.

896 Sökandena har för det tredje hävdats att kommissionen i en situation där det föreligger en kollektiv dominerande ställning kan komma fram till en presumtion om en dominerande ställning endast genom att beakta en marknadsandel som överstiger 50 procent. Sökandena anser att denna presumtion, som baseras på punkt 60 i domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet AKZO mot kommissionen,

inte är relevant i fallet då det föreligger en kollektiv dominerande ställning. I denna sistnämnda situation borde det enligt sökandena vid analysen av de sammanlagda marknadsandelarna vidare tas hänsyn till förekomsten av intern konkurrens mellan ifrågavarande företag. Det är först i avsaknad av sådan intern konkurrens som den analys som görs i domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet AKZO mot kommissionen blir relevant. Domstolen har inom ramen för den gemenskapsrättsliga kontrollen av företagskoncentrationer bekräftat denna uppfattning i domen i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen Kali und Salz, punkt 226, i vilken den fann att en total marknadsandel på omkring 60 procent (fördelad mellan de enskilda företagen på följande sätt: 23 procent för det ena och 37 procent för det andra) inte i sig kan anses utgöra ett avgörande indicium på att nämnda företag intar en kollektiv dominerande ställning. Vidare har kommissionen själv erkänt i sin beslutspraxis på området för företagskoncentrationer att asymmetriska marknadsandelar och produktionsnivåer gör det föga troligt att det lags upp en gemensam affärsstrategi. I förevarande fall varierade dels sökandenas marknadsandelar under år 1996 från 9,6 procent för Sealand till 0,1 procent för NOL, dels skilde sig den individuella användningen av sökandenas kapacitet i hög grad åt.

897 För det fjärde har sökandena betonat att varken enligt kommissionens praxis i fråga om konkurrensbegränsande samverkan (kommissionens beslut 87/500/EEG av den 29 juli 1987 om ett förfarande enligt artikel 86 i EEG-fördraget (ärende IV/32.279 — BBI/Boosey & Hawkes: Interimistiska åtgärder) (EGT L 286, s. 36), punkt 18), eller i fråga om kontroll av företagskoncentrationer (kommissionens beslut 91/251/EEG av den 12 april 1991 genom vilket en koncentration förklaras förenlig med den gemensamma marknaden (ärende IV/MO42 — Alcatel/Telettra) (EGT L 122, s. 48)), kan en betydande marknadsandel ge upphov till en presumtion om dominans. Vad beträffar linjekonferenser erinrar sökandena om att dessa av tradition förfogar över en relativt stor sammanlagd marknadsandel för att kunna fylla den stabiliserande funktion som de tillerkänns genom förordning nr 4056/86. Sökandena anser härvidlag att eftersom förordning nr 4056/86 innehåller en bestämmelse enligt vilken kommissionen kan tillämpa artikel 86 i fördraget på linjekonferenser, kan det inte lagenligt presumeras på grundval av en relativt stor sammanlagd marknadsandel att en linjekonferens innehar en dominerande ställning.

- 898 Sökandenas andra grund avser den omständigheten att även om kommissionen med rätta kunde betrakta TACA-parterna som ett kollektiv, är sökandenas kollektiva marknadsandel oförenlig med konstaterandet av en kollektiv dominerande ställning.
- 899 Sökandena har för det första påstått att på marknaden, såsom den definieras av kommissionen, uppgick den marknadsandel som TACA-parterna innehade under åren 1994–1997 på ifrågasvarande marknad i deras egenskap av TACA-aktörer, till skillnad mot vad som konstateras i det omtvistade beslutet i skäl 85 och tabell 2, i fråga om vart och ett av åren till 58,1 procent, 57,6 procent, 56,2 procent och 54,3 procent. Sökandena har förklarat att skillnaden i marknadsandel i jämförelse med den som konstateras i det omtvistade beslutet motsvarar skillnaden i inställning till frågan om transporter som utförs via de kanadensiska hamnarna. Enligt sökandena omfattas inte de transporter som utförs av enskilda TACA-medlemmar via Canadian Gateway av tillämpningsområdet för TACA, och de skall därför inte läggas till de transporter som utförs av dem på de direkta traderna.
- 900 Sökandena har för det andra påstått att TACA-parternas marknadsandel är väsentligt mindre på den korrekt definierade relevanta marknaden än vad som konstateras i det omtvistade beslutet. Sökandena anser således att TACA-parternas marknadsandel på denna marknad i de olika fallen är 47,2 procent, 46,4 procent eller till och med mindre än 40 procent beroende på om det från efterfrågesynpunkt tas hänsyn till bulktransporter, respektive inom ramen för kyltransporttjänster, Medelhavshamnar och NVOCC-bortfraktare. Sökandena har preciserat att några uppgifter om lufttransporter inte finns tillgängliga, men om de vore det skulle deras marknadsandel vara ännu mindre än dessa angivelser. Om det vidare togs hänsyn till möjligheten av utbyttbarhet på utbudssidan skulle sökandenas marknadsandel uppgå till 43,3 procent (utan att NVOCC-bortfraktarnas last drogs av). Sökandena har uppgett att dessa uppskattningar baseras på deras egna uppgifter, angående år 1995 vad gäller utbyttbarhet på efterfrågesidan och angående år 1996 vad gäller utbyttbarhet på utbudssidan. Sökandena har gjort gällande att de ofullkomligheter som beror på att dessa uppgifter är begränsade i vart fall är till deras egen nackdel eftersom ytterligare information om gods som transporteras i container och som bulklast skulle fått till följd att deras marknadsandel blivit mindre.

- 901 Sökanden i mål T-213/98 har vidare hävdatt att kommissionen inte kan förkasta såsom irrelevant det faktum att TACA:s marknadsandel minskade år 1997 (skäl 533 i det omtvistade beslutet) utan att undersöka orsakerna till denna minskade marknadsandel. Om minskningen beror på den konkurrens som bedrivs gentemot TACA kan denna omständighet vara relevant för bedömningen av TACA:s ställning på ifrågavarande marknad.
- 902 Kommissionen har med stöd av ECTU gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på dessa grunder.

#### b) Förstainstansrättens bedömning

- 903 Sökandena har genom dessa grunder och klander i huvudsak bestridit att deras marknadsandel på den transatlantiska traden kan ge dem en dominerande ställning på denna.
- 904 Förstainstansrätten preciserar inledningsvis att det framgår av det omtvistade beslutet att kommissionen inte enbart baserade sig på innehavet av en sådan marknadsandel, när den drog slutsatsen att det förelåg en dominerande ställning. I skäl 533 i det omtvistade beslutet anger kommissionen uttryckligen att TACA-parternas marknadsandel ”ger anledning till en stark förmodan om en dominerande ställning”. I skälen 534–549 i det omtvistade beslutet konstaterar kommissionen att denna förmodan bekräftas av andra faktorer, närmare bestämt följande:
- Det faktum att TACA-parterna har upprätthållit en diskriminerande prisstruktur, eftersom kommissionen anser i skälen 534–537 att systemet med differentierad prissättning, särskilt beroende på produkternas värde och

kvantiteter, vars syfte är att maximera intäkterna, normalt endast återfinns i marknadssituationer då ett eller flera företag har en betydande styrka på marknaden.

- Kundernas begränsade möjlighet att byta till alternativa leverantörer, eftersom kommissionen anser att denna omständighet är en följd av den kapacitet som TACA besitter (skäl 539), förekomsten av serviceavtal (skäl 540), TACA:s roll som prisledare (skälen 541 och 548), konkurrenternas roll som pristagare (skälen 541 och 544), TACA-parternas förmåga att driva igenom regelbundna, om än anspråkslösa, prishöjningar under ifrågavarande period (skäl 543) och de betydande inträdeshindren på traden (skälen 545–547).

905 Eftersom kommissionen följaktligen inte baserade sitt konstaterande om att TACA-parterna har en dominerande ställning på ifrågavarande trad enbart på deras marknadsandel på nämnda trad, bör dessa grunder och klander förstås så, att kommissionen förebrås att den av en sådan marknadsandel fick en ”stark förmodan om en dominerande ställning”.

906 Det bör i förevarande mål noteras att kommissionen i skäl 533 i det omtvistade beslutet konstaterar att TACA-parterna under åren 1994, 1995 och 1996 hade en marknadsandel på omkring 60 procent av ifrågavarande marknad, närmare bestämt, såsom framgår av skälen 592 och 594, under den period som omfattas av de överträdelser av artikel 86 i fördraget som fastställs i det omtvistade beslutet. Kommissionen har även anfört att denna marknadsandel uppgick till 70 procent på de viktigaste marknadssegmenten på traden, nämligen, såsom framgår av tabell 3 under skäl 86, som det hänvisas till i skäl 533, på segmentet för traden mellan Nordeuropa och Förenta staternas östkust och på segmentet för traden mellan Nordeuropa och Förenta staternas västkust.



- 907 Förstainstansrätten finner, såsom kommissionen med rätta har konstaterat, att en sådan marknadsandel kan ge TACA-parterna en sådan ekonomisk styrka att de kan förhindra effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att i hög grad agera oberoende av sina konkurrenter och avlastarna och därför skänka dem en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget (domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 38). Förekomsten av en sådan dominerande ställning kan nämligen enligt rättspraxis vara resultatet av flera faktorer, som tagna var för sig inte nödvändigtvis skulle vara avgörande. Emellertid utgör extremt stora marknadsandelar, utom i exceptionella fall, i sig bevis för att en dominerande ställning föreligger (domen av den 8 oktober 1996 i de ovan i punkt 568 nämnda förenade målen CEWAL I, punkt 76, och där angiven rättspraxis). Det framgår av rättspraxis att marknadsandelar på över 50 procent utgör extremt stora marknadsandelar (domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet AKZO mot kommissionen, punkt 60, förstainstansrättens dom av den 12 december 1991 i mål T-30/89, Hilti mot kommissionen, REG 1991, s. II-1439, punkt 89, och av den 6 oktober 1994 i mål T-83/91, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1994, s. II-755, svensk specialutgåva, volym 16, punkt 109). Således har förstainstansrätten redan slagit fast att en marknadsandel som uppgår till 70–80 procent i sig utgör ett klart indicium på att det föreligger en dominerande ställning (domen i det ovan i punkt 907 nämnda målet Hilti mot kommissionen, punkt 92).
- 908 Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten att det är med rätta som kommissionen i skäl 533 i det omtvistade beslutet anser att den omständigheten att TACA-parterna har en marknadsandel på 60 procent på ifrågavarande trad ”ger anledning till en stark förmodan om en dominerande ställning”.
- 909 De grunder och det klander som sökandena framfört inom ramen för denna talan föranleder inte förstainstansrätten att göra någon annan bedömning.
- 910 Vad för det första gäller påståendet om att uppgifterna om den marknadsandel som fastställs i det omtvistade beslutet är oriktiga, har sökandena först förebrått kommissionen att den med orätt inbegrep de transporter som utförs av TACA-parterna via de kanadensiska hamnarna.

- 911 Förstainstansrätten erinrar härvidlag om att kommissionen i skälen 265–273 i det omtvistade beslutet anser att TACA-parternas marknadsandel av trafiken genom kanadensiska hamnar bör läggas till TACA-parternas marknadsandel av den direkta trafiken och inte behandlas som en separat konkurrent. Följaktligen har kommissionen när den fastställde TACA-parternas marknadsandel på ifrågavarande marknad under den period som omfattas av det omtvistade beslutet, såsom framgår av skälen 85 och 533 i det omtvistade beslutet, beaktat TACA-parternas last som transporteras genom kanadensiska hamnar.
- 912 Det är på detta stadium inte nödvändigt att uttala sig i frågan om huruvida det var med orätt som kommissionen beaktade den last som transporteras genom kanadensiska hamnar när den skulle fastställa TACA-parternas marknadsandel på ifrågavarande marknad, eftersom denna fråga är föremål för särskilda grunder som kommer att prövas nedan i samband med undersökningen av den externa konkurrensen. Förstainstansrätten noterar i vart fall att TACA-parternas marknadsandel under åren 1994–1996, såsom den beräknats av sökandena med utslutande av nämnda last, endast är något mindre än den som fastställs i det omtvistade beslutet, eftersom den för vart och ett av åren uppgår till 58,1 procent, 57,6 procent och 56,2 procent i stället för 60,6 procent, 61,5 procent och 59,8 procent.
- 913 Emellertid konstaterar förstainstansrätten att en marknadsandel på 56 procent fortfarande utgör en extremt stor marknadsandel, som i överensstämmelse med nämnda rättspraxis, utom i exceptionella fall, i sig utgör bevis för att en dominerande ställning föreligger.
- 914 Under dessa förhållanden skall sökandenas klander, även om det skulle finnas grund för dem, anses sakna verkan.
- 915 Vad därefter gäller sökandenas klander om att TACA-parternas marknadsandel är mindre än 50 procent eller till och med mindre än 40 procent på den relevanta marknaden som definieras av sökandena, saknar det all grund eftersom sökandenas invändningar mot definitionen av den relevanta marknaden inte har godtagits ovan.

- 916 Således kan talan inte vinna bifall på den grunden att det gjorts en oriktig beräkning av TACA-parternas marknadsandel.
- 917 Vad för det andra gäller grunden avseende den ofullständiga och felaktiga analysen av uppgifterna om TACA-parternas marknadsandel har sökandena först förebrått kommissionen att den inte studerade nämnda marknadsandels utveckling under tillräckligt lång tid.
- 918 Förstainstansrätten erinrar härvidlag om att kommissionen i skäl 533 i det omtvistade beslutet konstaterar att TACA-parterna under åren 1994, 1995 och 1996 hade en marknadsandel på omkring 60 procent, närmare bestämt, såsom framgår av skälen 592 och 594 i det omtvistade beslutet, under de tre år som motsvarar den period som omfattas av de överträdelser av artikel 86 i fördraget som fastställs i det omtvistade beslutet. I samma skäl preciserar kommissionen att den inte undersöker i det omtvistade beslutet om denna marknadsandel vidmakthölls under år 1997.
- 919 De kan visserligen inte uteslutas att innehavet av en stor marknadsandel under en mycket kort tid, under vissa omständigheter, inte räcker för att komma fram till en presumtion om en dominerande ställning.
- 920 Förstainstansrätten finner emellertid i förevarande mål att innehavet av en marknadsandel i storleksordningen 60 procent under en period av tre år motsvarande de tre första år som TACA-avtalet fungerade inte a priori kan betraktas som otillräcklig för att det skall anses föreligga en presumtion om en dominerande ställning. Det måste för övrigt i detta avseende slås fast att även om sökandena rent allmänt har hävdat att en period av tre år är otillräcklig, har de inte förklarat varför så skulle vara fallet i förevarande mål.

- 921 Förstainstansrätten noterar vidare att, tvärtemot vad sökandena har hävdad, TACA-parternas innehav av en marknadsandel av den omfattning som fastställs i det omtvistade beslutet inte begränsas till tre år. Såsom förstainstansrätten konstaterade i TAA- domen (punkt 326) innehade TAA, som år 1994 efterträdde av TACA, på den transatlantiska trade mellan Nordeuropa och Förenta staterna en marknadsandel som uppgick till 75 procent år 1992 och till 65–70 procent år 1993. Eftersom TAA år 1992 och 1993 inbegrep de flesta av TACA-parterna, konstaterar förstainstansrätten att TAA/TACA-parterna innehade en marknadsandel som översteg 60 procent under minst fem år. I sina skrivelser till förstainstansrätten har emellertid sökandena själva vitsordat att innehavet av en stor marknadsandel under fem år är tillräckligt för att det skall föreligga en presumtion om en dominerande ställning.
- 922 Härav följer att det är med orätt som sökandena har hävdad att den presumtion om en dominerande ställning som konstateras i det omtvistade beslutet har baserats på uppgifter om en alltför kort tidsperiod.
- 923 Såvitt sökandena vidare genom detta klander har förebrått kommissionen att den inte tog hänsyn till den minskade marknadsandel som innehades av TACA-parterna efter år 1996, sammanfaller den med grunderna och argumenten avseende den undersökning av den potentiella konkurrensen som kommer att göras nedan. En anmärkningsvärd tillbakagång i TACA-parternas marknadsandel, vilken inträffade efter år 1996, skulle nämligen kunna vara ett indicium på att det fanns betydande potentiell konkurrens under åren 1994–1996 som i förekommande fall skulle kunna leda till ett ifrågasättande av att det förelåg en dominerande ställning under sistnämnda period. Denna fråga kommer att behandlas nedan i punkterna 1009–1037.
- 924 Vad därefter gäller klandret om att kommissionen inte har undersökt TACA-parternas konkurrenters ställning framhåller förstainstansrätten att kommissionen i skälen 538–544 i det omtvistade beslutet konstaterar att den förmodan om en dominerande ställning till följd av den marknadsandel som TACA-parterna hade under ifrågavarande period bekräftades av deras kunders begränsade

möjlighet att byta till alternativa leverantörer. Kommissionen noterar härvidlag i skäl 539 i det omtvistade beslutet att TACA-parterna under åren 1993–1995 hade över 70 procent av den tillgängliga kapaciteten på de direkta traderna mellan Nordeuropa och Förenta staterna samtidigt som den betonar att TACA-parternas största konkurrent, Evergreen, hade 11 procent av nämnda tillgängliga kapacitet och att det inte finns någon anledning att anta att dessa siffror förändrades under år 1996. Beträffande övriga viktiga konkurrenter hänvisar kommissionen i samma skäl till den analys som görs i skälen 244–264 i det omtvistade beslutet.

- 925 Visserligen framgår det av det ovan anförda att kommissionen när den konstaterade att TACA-parterna innehade en dominerande ställning på den relevanta marknaden bedömde TACA-parternas konkurrenters ställning genom att hänvisa, inte till deras marknadsandelar, utan till den marknadsandel som innehades av de sistnämnda vad beträffar den kapacitet som är tillgänglig på ifrågavarande marknad. Av detta enda skäl kan emellertid inte slutsatsen dras att kommissionen, såsom sökandena har gjort gällande, jämförde TACA-parternas konkurrenters ställning med TACA-parternas ställning.
- 926 Sökandena har nämligen själva uppgett i sina skrivelser till förstainstansrätten att marknadsandelarna i princip avspeglar kapaciteten på marknaden för sjötransporter.
- 927 Dessutom studerar kommissionen i skälen 244–264, som det uttryckligen hänvisas till i skäl 539, i detalj konkurrenssituationen för var och en av TACA:s konkurrenter som har en marknadsandel på över 1 procent, närmare bestämt utöver Evergreen även Lykes, Atlantic Cargo Service, Independent Container Line och Carol Line. För att kunna bedöma intensiteten i den konkurrens som konkurrenterna bedriver, studerar kommissionen i detta sammanhang inte enbart marknadsandelen för var och en av konkurrenterna utan även samtliga övriga relevanta omständigheter, bland annat den kapacitet som dessa besitter och de andra avtal som de är bundna av.

- 928 Kommissionen betonar vidare i skälen 540–544 och 548 i det omtvistade beslutet den utestängningseffekt som uppstår till följd av serviceavtalen och det faktum att TACA-parternas konkurrenter fastställer sina fraktsatser med hänsyn till TACA och således är pristagare.
- 929 Härav följer, tvärtemot vad sökandena har gjort gällande, att kommissionen undersöker TACA-parternas konkurrenters ställning i det omtvistade beslutet och därvid varit i stånd att i överensstämmelse med rättspraxis (domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 48) bedöma huruvida dessa konkurrenter var i stånd att effektivt konkurrera med TACA-parterna.
- 930 Följaktligen kan klandret avseende en påstått felaktig bedömning av TACA-parternas konkurrenters ställning inte godtas.
- 931 Vad gäller klandret enligt vilket, till skillnad mot vad som gäller vid fall av individuell dominerande ställning, en marknadsandel som överstiger 50 procent inte kan räcka för att fastställa en presumtion om en kollektiv dominerande ställning, erinrar förstainstansrätten om att i rättspraxis åsyftas med begreppet ”dominerande ställning” en enhet som har en sådan ekonomisk styrka att den kan förhindra effektiv konkurrens på den relevanta marknaden genom att i hög grad agera oberoende av sina konkurrenter, kunder och i sista hand av konsumenterna (domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 38).
- 932 Förstainstansrätten konstaterar att en enhet som innehar mer än 50 procent av marknaden, oavsett om den utgör en individuell enhet eller en kollektiv enhet, kan komma i åtnjutande av ett sådant oberoende.

- 933 Såsom sökandena med rätta har anfört består en kollektiv enhet av företag mellan vilka en viss grad av konkurrens kan kvarstå och vars marknadsandelar i viss mån kan vara asymmetriska. Även om en sådan omständighet, i förekommande fall, kan leda till att en kollektiv bedömning av dessa företags ställning på ifrågavarande marknad är utesluten (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen Kali und Salz, punkterna 226 och 233), saknar den däremot relevans vid avgörandet av om denna kollektiva ställning är dominant. Huruvida ett företags ställning på marknaden är dominant eller ej bedöms med utgångspunkt i den grad av beroende som finns i förhållande till konkurrenterna, kunderna och leverantörerna, och således är det endast dessa sistnämnda faktorer som rör den externa konkurrens som skall beaktas.
- 934 I förevarande mål finner förstainstansrätten i vart fall att den marknadsandel som innehades av TACA under ifrågavarande period på ett anmärkningsvärt sätt överskred marknadsandelströskeln på 50 procent. Kommissionen konstaterar nämligen i det omtvistade beslutet att TACA-parterna innehade en marknadsandel på omkring 60 procent. Vidare konstaterar kommissionen i skäl 533 i det omtvistade beslutet att TACA:s marknadsandel under ifrågavarande period uppgick till 70 procent på de viktigaste marknadssegmenten på traden. Slutligen, såsom har anförts ovan, uppgick TACA:s marknadsandel enligt de uppgifter som sökandena tillhandahållit till ännu mer än 56 procent.
- 935 Under dessa förhållanden konstaterar förstainstansrätten att även om sökandenas felaktiga argument godtogs om att den marknadsandelströskel som krävs för att dra slutsatsen att det föreligger en kollektiv dominerande ställning är högre än vid en enbart individuell dominerande ställning, skulle så vara fallet i förevarande mål.
- 936 Sökandenas klander på denna punkt kan således inte godtas.
- 937 Vad slutligen beträffar argumentet om att linjekonferenser bör förfoga över stora marknadsandelar för att kunna fylla den stabiliserande funktion som de

tillerkänns genom förordning nr 4056/86, skall det godtas att en linjekonferens i princip begränsar konkurrensen mellan medlemmarna och kan uppnå sitt mål att stabilisera marknaden som den tillerkänns genom förordning nr 4056/86 endast om den innehar en marknadsandel som inte är försumbar. Den omständigheten att det i förordning nr 4056/86 föreskrivs ett gruppundantag för linjekonferenser gör det följaktligen inte möjligt att automatiskt anse att varje linjekonferens som innehar en marknadsandel på 50 procent inte uppfyller det fjärde villkoret i artikel 85.3 i fördraget, det vill säga sätter konkurrensen ur spel (TAA- domen, punkt 324).

938 Härav kan man på sjötransportområdet dock inte dra slutsatsen att det faktum att en linjekonferens innehar en stor marknadsandel inte utgör ett indicium på en dominerande ställning.

939 Även om det faktum att konkurrensen sätts ur spel kan utesluta en tillämpning av det gruppundantag som föreskrivs i förordning nr 4056/86, har enbart det faktum att en dominerande ställning innehas ingen som helst betydelse härvidlag. Å ena sidan har begreppet "konkurrensen får inte sättas ur spel" en snävare innebörd än begreppen "förekomst" eller "förvärvande" av en dominerande ställning, eftersom ett företag som innehar en sådan ställning kan komma i åtnjutande av ett undantag (domen i det ovan i punkt 853 nämnda målet United Brands mot kommissionen, punkt 113, domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 39, och TAA- domen, punkt 330). Enligt artikel 8 i förordning nr 4056/86 är det endast när en linjekonferens missbrukar sin dominerande ställning som kommissionen kan återkalla rätten till det gruppundantag som föreskrivs i nämnda förordning. Å andra sidan är enbart det faktum att en dominerande ställning innehas, till skillnad från möjligheten att undanröja konkurrensen, inte i sig förbjudet enligt de konkurrensregler som införts genom fördraget, eftersom det endast är missbruket av denna ställning som är förbjudet.

940 Härav följer att även på området för sjötransporter kan innehavet av en stor marknadsandel utgöra ett indicium på en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget.



941 Följaktligen kan detta argument avseende förordning nr 4056/86 inte godtas.

942 Det framgår således av det ovan anförda att talan inte kan vinna bifall på grunderna och klandret avseende den marknadsandel som innehas av TACA-parterna.

## 2. Den effektiva externa konkurrensen

### a) Parternas argument

943 Denna av sökandena åberopade grund baseras på att det i det omtvistade beslutet felaktigt konstateras i skälen 243–275 (avdelning X: ”Extern konkurrens”) samt i skälen 543 och 566 (avdelning XXIII: ”Bedömning med avseende på artikel 86”) att de undanröjt den reella externa konkurrensen. Sökandena har i andra hand påstått att eftersom kommissionen under det skriftliga förfarandet vitsordat att sökandena inte undanröjt den reella externa konkurrensen genom det andra missbruk som anges i det omtvistade beslutet skulle det åtminstone vara lämpligt att ta hänsyn till detta vid bedömningen av huruvida de böter som ålagts är proportionella.

944 För det första har sökandena gjort gällande att kommissionen, när den ansåg att TACA-parternas sammanlagda marknadsandel varit relativt stabil, bortsåg från att en obetydlig numerisk ändring uttryckt i marknadsandelar kunde motsvara en betydande förändring uttryckt i last. När således Evergreen ökade sin marknadsandel år 1995 med 1,2 procent i jämförelse med år 1994 motsvarade detta en ökning i last med 36 466 TEU. Sökandena har tillagt att det finns mer än tjugo oberoende containerbortfraktare på traden mellan Nordeuropa och Förenta staterna som utövar ett sammanlagt konkurrenstryck mot TACA-parterna.

- 945 För det andra har sökandena anfört att ökningstakten för last transporterad av andra bortfraktare under perioden 1994–1996 och 1994–1997 översteg deras egen ökningstakt. Sökandena har till exempel uppmärksammat att under perioden 1994–1996 sjönk den av TACA transporterade lasten på den västliga traden med 8,3 procent medan den last som transporterades av andra bortfraktare ökade med 6,7 procent. Sökandena har även anfört att nya aktörer på marknaden på ett påtagligt sätt ökade sin marknadsandel inom transport av vissa varor. Den kapacitet som oberoende bortfraktare vidare erbjöd på ifrågavarande trad ökade med 41 procent under perioden juli 1996 till juli 1997 och med 47 procent under perioden juli 1995 till juli 1997. Denna ökning berodde på att K Line och Yangming kom in på marknaden i februari 1997.
- 946 För det tredje har sökandena understrukit betydelsen av den konkurrens som utövas av de oberoende containerbefraktarna Evergreen och Lykes på den direkta transatlantiska traden.
- 947 Vad beträffar Evergreen, anser sökandena att denna konkurrens framgår av att avlastarna överfört hela eller delar av sin last från TACA till Evergreen och av ökningen i detta rederis marknadsandel från 10,8 procent till 12 procent under perioden 1994–1996. Evergreen hade vidare i oktober 1997 meddelat sin avsikt att investera i byggandet av 25 nya fartyg. Denna uppgift motsvarar påståendet i skäl 251 i det omtvistade beslutet, enligt vilket ”konkurrenstrycket från Evergreen [begränsas] av att detta rederi med det nuvarande höga kapacitetsutnyttjandet på den transatlantiska traden endast skulle kunna vinna marknadsandelar genom att införa nya fartyg”. Även om Evergreen inte investerade i ny kapacitet skulle detta rederi i vart fall enligt sökandena ha möjlighet att öka sin kapacitet på den transatlantiska traden utan ytterligare kostnader genom att enbart överföra fartyg avsedda för andra trader.
- 948 Vad gäller Lykes, anser sökandena att den konkurrens som detta rederi utsätter TACA-parterna för visas genom överföringar som skett av sökandenas last till Lykes, liksom av den lastvolym som denna bortfraktare transporterade på

ifrågavarande trad under åren 1994–1996. Vad beträffar den av kommissionen påstådda omständigheten att många av dessa fall av överföringar inte rör alla avlastarnas behov, är sökandena av den åsikten att dessa överföringar visar att avlastarna anser att de parter som inte är medlemmar i TACA konkurrerar effektivt med konferensen eftersom avlastarna ofta sprider ut sina behov just för att kunna utöva en större press när de förhandlar om fraktsatser.

- 949 För det fjärde har sökandena betonat konkurrensen till följd av den last som transporteras via de kanadensiska hamnarna, antingen av TACA-medlemmar som är verksamma på denna trad (ACL, DSR-Senator, Hapag Lloyd, MSC, Mærsk, NOL, NYK, OOCL, P & O Nedlloyd, POL och Sea-land) eller av rederier som inte är medlemmar i TACA (CAST och Canadia Maritime, Bolt Canada Line och Norasia). Sökandena har erinrat om att den last som transporteras genom de kanadensiska hamnarna med destination Förenta staterna inte omfattas av det kollektiva fastställandet av tariffer och att de TACA-medlemmar som är verksamma på denna rutt agerar i egenskap av oberoende bortfraktare. De har gjort gällande att det bekräftas av fackpressen att konkurrens bedrevs med den last som transiteras via de kanadensiska hamnarna och att detta visas genom avlastarnas överföringar av last under åren 1993–1998 från TACA-medlemmar till andra aktörer som var verksamma på traden via de kanadensiska hamnarna.
- 950 Vad gäller den konkurrens som TACA-medlemmarna utövar anser sökandena att den bevisas av att olika fraktsatser används på den direkta traden och på traden via de kanadensiska hamnarna. Denna konkurrens vitsordas dessutom av avlastarna själva, som anser att de TACA-medlemmar vars fartyg går via de kanadensiska hamnarna agerar i egenskap av oberoende rederier. Enligt sökandena motsägs dessa uppgifter av de konstateranden som görs i skälen 269 och 270 i det omtvistade beslutet.
- 951 Vad beträffar den konkurrens som de aktörer utövar som inte är medlemmar av TACA har sökandena först preciserat, tvärt emot vad kommissionen låter förstå i skäl 268 i det omtvistade beslutet, att de kanadensiska konkurrensmyndigheterna inte alls har ”intresserat” sig för konkurrenssituationen på traderna mellan

Nordeuropa och Kanada. I sitt beslut angående fusionen mellan Cast och CP Ships, fann Canadian Federal Court of Appeal nämligen att konkurrensen inte skulle minska genom denna fusion, med hänsyn till den intensiva konkurrensen på traden, vilken framgår av att Sea-Land, Mærsk och P & O Nedlloyd meddelat sitt inträde på denna trad. Sökandena har därefter framhållit den påtagliga konkurrens som utövas av koncernen CP Ships, Bolt Canada Line och Norasia. Koncernen CP Ships, som har en kapacitet på 85 000 TEU och en flotta på 46 fartyg, utgör en mäktig konkurrent på rutten via de kanadensiska hamnarna. Den last som transporteras av denna koncern med destination Förenta staterna utgör för övrigt en betydande del av den sammanlagda last som koncernen transporterar. Vidare har Canadia Maritime för avsikt att öka sin närvaro på rutten efter det att rederiet förvärvat nya containrar. Bolt Canada Line trafikerar också rutten med tre fartyg. Rederiet Norasia slutligen, som har sin bas i Schweiz, lanserade i juni 1998 en ny tjänst mellan Nordeuropa och Kanada. Norasias fartyg motsvarar en kapacitet på 1 388 TEU och verksamhetssyftet för detta rederi är att särskilja sig från konkurrenterna genom att endast arbeta från tre hamnar.

- 952 Kommissionen har med stöd av ECTU gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på dessa grunder och anmärkningar.

#### b) Förstainstansrättens bedömning

- 953 Sökandena har bestridit att TACA undanröjt den effektiva externa konkurrensen. De har gjort gällande att det finns ett stort antal konkurrenter till TACA vars marknadsandel har ökat under ifrågavarande period, att konkurrenternas marknadsandel har ökat snabbare än TACA:s marknadsandel och att den kapacitet som de oberoende rederierna erbjuder har ökat efter det att Cosco, K Line och Yangming kommit in på marknaden. De har också anfört att avlastare har överfört hela eller delar av sin last från TACA till Evergreen och Lykes och att Evergreen är i stånd att öka sin kapacitet i framtiden. Sökanden i mål T-213/98 har bestridit att TACA:s roll som prisledare kan utgöra ett indicium på en dominerande ställning på sjötransportområdet. Sökandena anser vidare att

kommissionen på ett felaktigt sätt har bedömt den konkurrens som utövas genom att last transporterats via de kanadensiska hamnarna.

- 954 Förstainstansrätten noterar inledningsvis att kommissionen, i motsats till vad sökandena har påstått, i det omtvistade beslutet inte konstaterar att den effektiva externa konkurrensen gentemot TACA är undanröjd utan endast att den är begränsad. I skäl 538 i det omtvistade beslutet anger nämligen kommissionen att en av de omständigheter som visar TACA:s dominerande ställning är dess kunders "begränsade" möjlighet att byta till alternativa leverantörer, vilket gör TACA till en oundviklig handelspartner även för dess missnöjda kunder. Härvidlag framhåller kommissionen, i fråga om den externa konkurrensen, följande faktorer: det faktum att TACA-parterna har 70 procent av den tillgängliga kapaciteten på de direkta traderna mellan Nordeuropa och Förenta staterna, medan deras största konkurrent har 11 procent, den utestängningseffekt som skapas genom serviceavtalen, TACA:s roll som prisledare och konkurrenternas roll som pristagare samt de regelbundna om än blygsamma prishöjningar som TACA genomförde under åren 1994–1996.
- 955 Härav följer att det således inte var den totala avsaknaden av konkurrens som föranledde kommissionen att dra slutsatsen att det förelåg en dominerande ställning utan det faktum att denna externa konkurrens var föga intensiv. Förstainstansrätten erinrar härvidlag om att en dominerande ställning enligt rättspraxis inte med nödvändighet utesluter att viss konkurrens förekommer, men den möjliggör för det dominerande företaget, om inte att bestämma, så åtminstone att ha ett avsevärt inflytande på de villkor under vilka denna konkurrens utvecklas och att i vart fall i stor omfattning agera utan att behöva ta hänsyn till konkurrensen och utan att för den skull denna hållning skadar företaget (domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 39).
- 956 Förstainstansrätten skall därför i detta sammanhang undersöka om de grunder som åberopats och det klander som framförts av sökandena avseende analysen i det omtvistade beslutet av den externa konkurrensen, förutom att det förekommer extern konkurrens, även visar att denna är påtaglig.

i) Antalet konkurrenter till TACA-parterna och ökningen av deras marknadsandel

957 Sökandena har gjort gällande dels att TACA var föremål för sammanlagd konkurrens från ett tjugotal rederier, dels att ökningen av deras marknadsandel, även om den var blygsam, vittnar om stora kvantiteter uttryckta i volym.

958 Vad för det första angår antalet konkurrenter, har det redan angetts ovan i punkterna 927–929 att kommissionen i skälen 244–262 i det omtvistade beslutet studerar konkurrenspositionen för de fem rederier som är oberoende av TACA, närmare bestämt Evergreen, Lykes, Atlantic Cargo Service, Independent Container Line och Carol Line. Kommissionen anser att dessa företag är de "fem huvudaktörerna" bland TACA-parternas konkurrenter. I skäl 244 i det omtvistade beslutet konstaterar kommissionen att marknadsandelen år 1995 för var och en av dessa konkurrenter var 10,2 procent, 5,7 procent, 3,2 procent, 2,7 procent och 1 procent.

959 Det är riktigt, såsom sökanden har hävdad, att kommissionen däremot inte har studerat den ställning som tolv andra konkurrenter har, vilka är verksamma på den relevanta marknaden.

960 Det är emellertid ostridigt mellan parterna att ingen av de övriga konkurrenterna haft en marknadsandel på över 1 procent under ifrågavarande period. Det kan dock inte på allvar bestridas att ett rederi som förfogar över en marknadsandel som understiger 1 procent inte är i stånd att utöva påtaglig konkurrens gentemot TACA-parterna. Förstainstansrätten noterar för övrigt att sökandena inte har bestridit kommissionens konstateranden i skälen 253–262 i det omtvistade beslutet angående avsaknaden av effektiv konkurrens från Atlantic Cargo Service, Independent Container Line och Carol Line, då dessa innehar marknadsandelar i storleksordningen 2–3 procent. Förstainstansrätten erinrar om att det i fast rättspraxis fastslagits att ju svagare och mindre konkurrenterna är, i desto mindre

utsträckning kan de utöva ett faktiskt konkurrenstryck på det dominerande företaget (domen i det ovan i punkt 835 nämnda målet United Brands mot kommissionen, punkterna 111 och 112, i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkterna 51–58, och TAA-domen, punkt 341). Vad gäller ifrågavarande marknad har förstainstansrätten således redan konstaterat att inget av de andra oberoende rederierna, mot bakgrund av att de hade mindre marknadsandelar och resurser än Evergreen, hade kapacitet att tillhandahålla ett tillräckligt antal tjänster för att utöva ett verkligt konkurrenstryck på medlemmarna i TACA (TAA-domen, punkt 343).

961 Det framgår dessutom, även om hänsyn tas till den sammanlagda ställning som innehas av ifrågavarande konkurrenter, av de uppgifter som sökandena själva tillhandahållit att dessa tillsammans utgjorde högst 2,3 procent av ifrågavarande marknad år 1996. Det är uppenbart att en sådan marknadsandel inte kan utöva något avsevärt konkurrenstryck på en enhet som innehar 60 procent av marknaden. Härvidlag bör för övrigt noteras att sökandena inte har förklarat på vilket sätt det påstådda sammanlagda konkurrenstrycket från ifrågavarande konkurrenter i realiteten har påverkat den ställning som innehas av TACA-parterna.

962 Härav följer att det således var med rätta som kommissionen inte beaktade de konkurrenter vars marknadsandel var mindre än 1 procent när den fastställde huruvida TACA-parterna hade en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Sökandenas klander på denna punkt kan således inte godtas.

963 Vad för det andra gäller påståendet om att en blygsam ökning av marknadsandelen vittnar om stora kvantiteter uttryckta i volym, finner förstainstansrätten att detta påstående är uppenbart grundlöst. Den omständigheten att ett företag ökar sin försäljningsvolym saknar nämligen i sig relevans vid bedömningen av dess konkurrensposition i förhållande till övriga aktörer som är verksamma på ifrågavarande marknad om ökningen i försäljningsvolymen inte sätts i relation till

marknadens totala volym så att det kan bestämmas hur stor andel ökningen utgör av denna.

964 Sökandenas klander på denna punkt kan således inte godtas.

ii) Ökningstakten avseende den lastvolym som transporteras av TACA-parternas konkurrenter

965 Sökandena har hävdats att TACA-parternas konkurrenter har lyckats erövra en påtaglig del av efterfrågeökningen under åren 1994–1996. De har härvidlag uppgett att tillväxttakten hos den last som TACA-parterna transporterar ökade under åren 1994–1996 med 2 procent medan motsvarande ökning hos konkurrenterna var 11 procent.

966 Förstainstansrätten konstaterar emellertid att TACA-parternas marknadsandel har, trots denna omständighet, i huvudsak vidmakthållits på samma nivå under de tre år som omfattas av det omtvistade beslutet. Även om TACA-parternas konkurrenter ökade den lastvolym som de transporterade, var de således inte i stånd att erövra betydande marknadsandelar från TACA-parterna.

967 Det bör vidare erinras om, såsom har angetts ovan, att den marknadsandel som TACA-parterna innehar har vidmakthållits på en hög nivå. Således framgår det även med utgångspunkt i sökandenas uppskattningar att TACA-parternas marknadsandel under åren 1994–1996 fortsatte att överstiga 56 procent, medan TACA-parternas största konkurrent Evergreens marknadsandel inte var större än 12 procent. Förstainstansrätten konstaterar att en sådan skillnad mellan TACA-



parternas marknadsandel och deras främsta konkurrents marknadsandel utgör ett viktigt indicium på att det föreligger en dominerande ställning (domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 48), i synnerhet som de därnäst följande konkurrenterna innehar marginella marknadsandelar (domen i det ovan i punkt 853 nämnda målet United Brands mot kommissionen, punkterna 111 och 112, och i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkterna 51–58, samt TAA-domen, punkt 341).

968 Vad gäller den påstådda omständigheten att den kapacitet som TACA-parternas konkurrenter erbjuder hade ökat efter det att Cosco, K Line och Yangming kommit in på marknaden, räcker det att konstatera att eftersom dessa oberoende rederiers inträde på den transatlantiska traden ägde rum efter den period som omfattas av det omtvistade beslutet, saknar det relevans för prövningen av den effektiva externa konkurrensen.

969 Av dessa skäl kan sökandenas klander på denna punkt inte godtas.

iii) Den effektiva konkurrens som utövas av Evergreen och Lykes

970 I syfte att påvisa den externa konkurrensen från Evergreen och Lykes har sökandena åberopat dels att det förekommer överföringar av last till förmån för dessa båda rederier, dels att Evergreen har möjlighet att öka sin kapacitet.

971 Det kan i detta avseende konstateras att Evergreen var det enda oberoende rederi som innehade en relativt stor marknadsandel, enligt skäl 244 i det omtvistade beslutet, närmare bestämt 10,5 procent år 1995. Såsom emellertid framgår av

skälen 249, 250, 539 och 544 i det omtvistade beslutet kan flera faktorer kraftigt minska den konkurrens som detta rederi kan utöva gentemot medlemmarna i TACA. Således understryker förstainstansrätten att Evergreens marknadsandel är fem gånger mindre än den som innehas av TACA-parterna. Vidare framgår det av skäl 539 i det omtvistade beslutet att Evergreen under åren 1993–1995 förfogade över 11 procent av den tillgängliga kapaciteten på de direkta traderna mellan Nordeuropa och Förenta staterna, medan TACA-parterna förfogade över mer än 70 procent av den. Dessutom är det utrett att Evergreen var part i Eurocorde Discussion Agreement och Southern Europe America Conference samt i avtal om icke-utnyttjande av kapacitet, såsom Transpacific Stabilisation Agreement och Europe Asia Trades Agreement, i vilka även vissa TACA-medlemmar var parter, vilket tyder på intressegemenskap med sökandena. Förstainstansrätten erinrar även om att rederiet Evergreen inledningsvis skulle delta i TAA, TACA:s föregångare, och att det, även om det till slut förblev oberoende, likväl behöll regelbunden kontakt med vissa medlemmar i TAA och i mycket stor utsträckning informerades om deras prisstrategi, vilket gjorde det möjligt för Evergreen att ändra sin tariff för att med en lätt eftersläpning följa de förändringar som gjordes av parterna i TAA (TAA- domen, punkt 342). Kommissionen konstaterar således i skäl 249 i det omtvistade beslutet, utan att sökandena lagt fram någon konkret omständighet som kunnat föranleda kommissionen att göra någon annan bedömning, att Evergreen för år 1996 har tillkännagett samma prishöjningar som TACA och att detta rederi följaktligen bör betraktas som pristagare till TACA.

972 Det visar sig under dessa förhållanden att Evergreen, som var det enda oberoende rederi som var tillräckligt kraftfullt på marknaden för reguljära transporttjänster på rutten över Atlanten, i själva verket inte kunde utöva ett verkligt konkurrenstryck på medlemmarna i TACA (se, för ett liknande resonemang, TAA- domen, punkt 342).

973 Angående den näst mest betydande oberoende aktören på ifrågavarande marknad, nämligen Lykes, framgår det av skäl 244 i det omtvistade beslutet att rederiets andel av den relevanta marknaden år 1995 endast var 5,7 procent. I skäl 252 konstaterar kommissionen vidare, utan att motsägas av sökandena på denna

punkt, att detta rederi år 1995 ansökte om konkursskydd enligt amerikansk lag vilket inskränkte rederiets kommersiella handlingsfrihet på ifrågavarande marknad.

- 974 Det framgår härav att varken Evergreen eller Lykes kunde utöva någon påtaglig extern konkurrens gentemot TACA-parterna.
- 975 Ingen av de omständigheter som lagts fram av sökandena inom ramen för denna talan kan föranleda förstainstansrätten att göra någon annan bedömning.
- 976 Det är tillräckligt att notera, i fråga om den omständigheten att det förekommer att avlastare överför last till förmån för Evergreen och Lykes, att om de uppgifter som tillhandahållits av sökandena ovedersägligen visar att det finns viss konkurrens från dessa oberoende rederier, en omständighet som för övrigt inte har bestridits av kommissionen, framgår det av dessa uppgifter däremot inte att denna konkurrens rör påtagliga mängder last. I skäl 544 i det omtvistade beslutet konstaterar kommissionen, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, att det framgår av de exempel som TACA-parterna valt i sitt svar på meddelandet om anmärkningar, varav de flesta är identiska med de som lagts fram inom ramen för denna talan, att "den överflyttning till Evergreen som skett i många fall representerade endast en del, och i en del fall en mycket liten del, av den ifrågavarande avlastarens behov".
- 977 Vad beträffar Evergreens möjlighet att öka sin kapacitet år 1997, understryker förstainstansrätten att det faktum att Evergreen hade planerat att öka sin kapacitet efter den period som omfattas av det omtvistade beslutet inte bevisar att den externa konkurrensen var effektiv under den period som omfattas av det omtvistade beslutet, utan på sin höjd, i förekommande fall, att det fanns viss potentiell konkurrens. Sökandenas argument saknar följaktligen relevans för bestridandet av bedömningarna i det omtvistade beslutet av den effektiva externa

konkurrensen. Förstainstansrätten noterar i vart fall att de uppgifter som tillhandahållits av sökandena inte gör det möjligt att fastställa den del som motsvarar de av Evergreen beslutade ökningarna av tillgänglig kapacitet på ifrågavarande marknad och att de därför inte kan tillerkännas något som helst bevisvärde.

- 978 Sökandenas klander angående den effektiva externa konkurrens som utövas av Evergreen och Lykes kan således inte godtas.

iv) TACA-parternas och de oberoende konkurrenternas roller som prisledare respektive pristagare

- 979 Även om sökandena i realiteten inte har bestridit att TACA är prisledare, vilket konstateras i skälen 249, 541 och 548 i det omtvistade beslutet, anser sökanden i mål T-213/98 att kommissionen inte härav kan sluta sig till att det finns ett indicium på dominerande ställning. Den omständigheten att oberoende rederier tenderar att följa TACA-parterna genom att använda sig av den enhetliga tariffen som referenspunkt utgör nämligen en aspekt av den stabilitet som konferenserna bidrar till på sjötransportområdet.

- 980 Det är visserligen riktigt, såsom sökandena har uppmärksammat, att den roll som prisledare som linjekonferenserna spelar kan göra det möjligt för dem att säkerställa det i förordning nr 4056/86 angivna syftet med stabilitet på traden. Emellertid kan knappast härav slutsatsen dras att TACA:s roll som prisledare av detta skäl inte utgör ett indicium på en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget.

981 Såsom har angetts ovan i punkterna 937–940, i samband med undersökningen av den marknadsandel som innehas av TACA-parterna, är enbart det faktum att en dominerande ställning innehas inte i sig förbjudet enligt artikel 86 i fördraget och det utgör inte heller något hinder för beviljande av undantag enligt artikel 85.3 i fördraget. Det framgår vidare av fast rättspraxis att förekomsten av en dominerande ställning kan härledas ur varje objektiv omständighet som visar ifrågavarande företags förmåga att bete sig självständigt i förhållande till sina kunder, konkurrenter och leverantörer, inklusive omständigheter som i sig är positiva, såsom förekomsten av effektiva forsknings- och utvecklingsprojekt (domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 48). Den omständigheten att TACA:s roll som prisledare bidrar till syftet med stabilitet på traden kan på intet sätt hindra kommissionen från att göra omständigheten gällande vid konstaterandet av att det föreligger en dominerande ställning.

982 Sökandenas klander på denna punkt kan således inte godtas.

#### v) Konkurrensen från Canadian Gateway

983 Sökandena har hävdats att den last som transporteras via de kanadensiska hamnarna, antingen av TACA-parter som är verksamma på denna trad eller av rederier som inte är TACA-parter, innebär påtaglig extern konkurrens för TACA-parterna. Sökandena har härvidlag framhållit att den last som passerar genom de kanadensiska hamnarna med destination Förenta staterna inte omfattas av det kollektiva fastställandet av tariffer och att de TACA-parter som är verksamma på denna trad agerar i egenskap av oberoende bortfraktare. De har även gjort gällande att det bekräftas av fackpressen att konkurrens bedrevs med den last som transporteras via de kanadensiska hamnarna och att detta visas genom avlastarnas överföringar av last under åren 1993–1998 från TACA-parter till andra aktörer som var verksamma på traden via de kanadensiska hamnarna.

984 Innan förstainstansrätten prövar dessa argument skall det framhållas att kommissionen inte konstaterar i det omtvistade beslutet att den last som transporteras via de kanadensiska hamnarna, med ursprung i eller destinerade till Förenta staterna inte innebär någon konkurrens för TACA-parterna, utan endast att denna konkurrens är relativt begränsad. Kommissionen erkänner nämligen att laster med ursprung i eller destinerade till Förenta staternas delstater i Mellanvästern kan transporteras till eller från Europa antingen genom amerikanska eller kanadensiska hamnar (främst Montreal och Halifax). Kommissionen hävdar även att laster på Canadian Gateway-rutten varken omfattas av undantag från den amerikanska eller den kanadensiska lagstiftningen om konkurrensbegränsande åtgärder. Kommissionen medger därför i skäl 266 i det omtvistade beslutet att Canadian Gateway kan vara ett alternativ till hamnar på Förenta staternas östkust för vissa avlastare.

985 Såsom framgår av skälen 269–272 i det omtvistade beslutet anser kommissionen att denna konkurrens är begränsad dels därför att flera medlemmar i de kanadensiska konferenserna (närmare bestämt OOCL, Hapag Lloyd, ACL och POL) även är parter i TACA, dels därför att de har ingående uppgifter om TACA:s prissättningsmetoder. Kommissionen drar följaktligen slutsatsen i skäl 273 i det omtvistade beslutet att ”TACA-parternas marknadsandel av trafiken genom Canadian Gateway bör läggas till TACA-parternas marknadsandel av den direkta trafiken och inte behandlas som en separat konkurrent”. Det framgår således av skälen 85 och 533 i det omtvistade beslutet att de uppgifter om marknadsandelen som kommissionen använder för att nå fram till en presumtion om en dominerande ställning inbegriper den last som transporteras via de kanadensiska hamnarna.

986 Det måste slås fast att ingen av de omständigheter som sökandena lagt fram inom ramen för denna talan kan föranleda förstainstansrätten att göra någon annan bedömning genom att visa att det förekommit påtaglig konkurrens från den last som transporteras via de kanadensiska hamnarna.

- 987 Vad för det första beträffar den konkurrens som TACA-medlemmar sverksamma på traden via Canadian Gateway bedriver, har sökandena lagt fram vissa uppgifter i syfte att visa att medlemmarna använder olika fraktsatser på den direkta traden och på traden via de kanadensiska hamnarna.
- 988 Förstainstansrätten konstaterar emellertid att dessa uppgifter saknar relevans, eftersom de olika fraktsatser som tillämpas på den direkta traden och på traden via de kanadensiska hamnarna har andra orsaker som rör beskaffenheten hos de tjänster som tillhandahålls på de båda aktuella linjerna. Såsom kommissionen med rätta konstaterar i skäl 270 i det omtvistade beslutet är "[d]et ... fråga om korselasticiteten mellan priserna och inte om prisnivån. TACA-parterna har inte lagt fram något underlag om graden av korselasticitet mellan priserna på de två rutterna". I skäl 269 i det omtvistade beslutet konstaterar kommissionen, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, att Hapag Lloyd, ACL och POL inte erbjuder separata tjänster på traden via Canadian Gateway eftersom samma lastutrymmen används både för direkta transporter och för transporter via Canadian Gateway. Det är således med rätta som kommissionen hävdar i samma skäl att "det är orealistiskt att tro att ett rederi skulle konkurrera med sig själv för att sälja samma lastutrymme, och även om det inte är uteslutet att en viss konkurrens kan finnas, så är den säkerligen begränsad, eftersom vissa TACA-parter även har stor betydelse för konkurrensförhållandena på traderna mellan Nordeuropa och Kanada".
- 989 Följaktligen var det med rätta som kommissionen ansåg att de TACA-parter som trafikerar traden via Canadian Gateway inte i påtaglig utsträckning konkurrerar med de TACA-parter som trafikerar den direkta traden.
- 990 Vad för det andra gäller konkurrensen från rederier som inte är medlemmar av TACA, har sökandena anfört att CP Ships transporterar betydande kvantiteter last via Canadian Gateway och att detta rederi har för avsikt att öka sin närvaro i framtiden. De har även betonat att Bolt Canada Line trafikerar traden med tre

fartyg och att Norasia år 1998 lanserade en ny tjänst mellan Nordeuropa och Kanada.

- 991 Förstainstansrätten slår fast att, även om dessa uppgifter obestriddligen vittnar om att det utövas viss konkurrens från traden via Canadian Gateway mot den direkta traden till Förenta staterna, en omständighet som för övrigt inte har bestridits, de på intet sätt kan vederlägga kommissionens slutsats om att denna konkurrens är begränsad.
- 992 Förstainstansrätten erinrar först om att även om kommissionen har inbegripit den last som transporteras via Canadian Gateway i ifrågavarande marknad, kvarstår dock att den motsvarar en relativt blygsam del av den totala last som skickas mellan Nordeuropa och Förenta staterna. Det framgår nämligen av de uppgifter om marknaden som återfinns i skäl 85 i det omtvistade beslutet att den last som transporteras via de kanadensiska hamnarna med destination Förenta staterna eller Nordeuropa motsvarar 15–17 procent av hela den last som transporteras mellan Nordeuropa och Förenta staterna. Under dessa förhållanden är det konkurrenstryck som utövas av de kanadensiska konferenserna, vilka endast innehar en del av den last som transporteras via Canadian Gateway, mot de rederier som trafikerar den direkta traden, med nödvändighet begränsat.
- 993 Förstainstansrätten finner att sökandena inte har bestridit att de kanadensiska konferenserna, även om de inte åtnjuter undantag för kollektivt fastställande av priser, följer TACA:s prissättningsmetoder på den transatlantiska traden, såsom kommissionen konstaterar i skälen 271 och 272 i det omtvistade beslutet. Även om de kanadensiska konferenserna kunde utöva ett påtagligt konkurrenstryck mot TACA måste det följaktligen konstateras att de i stort sett avstått från detta.
- 994 Slutligen konstaterar förstainstansrätten att ingen av de omständigheter som lagts fram av sökandena förefaller övertygande. Det bör noteras att den av CP Ships planerade kapacitetsökningen och den som genomfördes av Norasia år 1998 inte



visar att det förekom någon extern konkurrens under den period som omfattas av det omtvistade beslutet. Vidare är närvaron av tre fartyg som innehas av Bolt Canada Line, i avsaknad av varje uppgift rörande rederiets marknadsandel, helt utan betydelse. Vad gäller den last som CP Ships transporterar, konstaterar förstainstansrätten att sökandena endast har inkommit med en rad disparata uppgifter som är ämnade att framhålla rederiets betydelse, dock utan att det är möjligt att sluta sig till hur stor lastvolym CP Ships transporterar på ifrågavarande segment och vilken marknadsandel denna volym motsvarar.

995 Det visar sig således att det var med rätta som kommissionen ansåg att de rederier som inte är medlemmar i TACA vilka trafikerar traden via Canadian Gateway inte i påtaglig utsträckning externt konkurrerade med TACA-parterna på ifrågavarande trad.

996 Vad för det tredje beträffar överföringen av last från TACA till medlemmar i kanadensiska konferenser, noterar förstainstansrätten att merparten av de exempel som nämns av sökandena hänför sig till tidigare eller senare år än de år som omfattas av det omtvistade beslutet. Även om dessa uppgifter styrker att vissa avlastare överfört en del av sin last till de kanadensiska konferenserna och härigenom visar, vilket inte har bestridits, att det utövas viss konkurrens från traden via Canadian Gateway, styrker de dock på intet sätt att denna konkurrens är påtaglig. Det framgår tvärtom när dessa uppgifter jämförs med uppgifterna i skäl 85 i det omtvistade beslutet att de exempel på överföringar som sökandena tagit upp motsvarar marginella kvantiteter som inte överstiger 0,8 procent, 0,9 procent respektive 2,3 procent av hela den last som transporterades via de kanadensiska hamnarna under åren 1994, 1995 och 1996.

997 Sökandenas klander om underlåtet hänsynstagande till den effektiva externa konkurrens som utövas via Canadian Gateway kan således inte godtas.

## vi) Slutsats om den effektiva externa konkurrensen

- 998 Det följer av det ovan anförda att talan inte kan vinna bifall på de grunder som åberopats av sökandena avseende bedömningen av den externa konkurrensen.

## 3. Den potentiella konkurrensen

## a) Parternas argument

- 999 Sökandena har påstått att kommissionen i skälen 276–306 i det omtvistade beslutet felaktigt konstaterar att TACA-medlemmarna har undanröjt den effektiva potentiella konkurrensen. I andra hand, för det fall att kommissionen nu skulle medge att den potentiella konkurrensen inte har undanröjts, har sökandena gjort gällande att det skulle vara lämpligt att beakta detta i samband med bedömningen av huruvida det andra missbruk som påtalas i det omtvistade beslutet är gravt och huruvida de ålagda böterna är proportionella.

- 1000 Sökandena har för det första hävdats att kostnaderna för inträde på den transatlantiska traden inte är så höga som kommissionen påstått. De har härvidlag gjort gällande att kommissionens slutsatser i skälen 288 och 545 motsägs av Dynamar-rapporten, enligt vilken den initiala investeringen för att upprätta en fungerande tjänst är omkring 355 miljoner USD, medan en nisch-tjänst endast kräver en investering på 100 miljoner USD, eller i vart fall ett belopp som är betydligt lägre än de 500 miljoner USD som nämns i det omtvistade beslutet. Enligt samma rapport skulle införandet av sjötransport-tjänster genom användning av utrymme på andra fartyg till och med kunna ske inom ramen för nischverksamhet för en investering på 21 miljoner USD. De

nödvändiga investeringarna skulle vidare kunna minskas genom användning av fartyg från andra trader eller genom leasing. Vad gäller kommissionens påstående om att de siffror som anges i det omtvistade beslutet rör en situation där det rederi som inträder på marknaden önskar föreslå en nivå på tjänsten som är jämförlig med TACA-parternas, anser sökandena att kommissionen inte tar hänsyn till att flera TACA-medlemmar inte äger de fartyg som de bedriver verksamhet med utan använder utrymme på fartyg som tillhör andra aktörer (se skäl 182 i det omtvistade beslutet). Det är således inte egenskapen fartygets ägare som avgör huruvida tjänsterna är jämförbara eller ej.

- 1001 Sökandena har för det andra gjort gällande att det faktum att flera rederier som inte är medlemmar i TACA nyligen kommit in på marknaden visar att TACA-medlemmarna utsattes för potentiell konkurrens under den period som omfattas av det omtvistade beslutet. Sökandena har härvidlag hänvisat till K Lines, Yangmings och Coscos inträde i februari 1997 och APL:s och Mitsuis i mars 1998 via användning av utrymme hos Lykes samt till Compagnie Générale Maritimes nya tjänst som startade den 2 december 1997 från Philadelphia. Sökandena har anfört att dessa händelser visar att kommissionen begår ett faktiskt fel när den konstaterar i skäl 113 i meddelandet om anmärkningar att TACA-parterna inte utsätts för effektiv potentiell konkurrens till följd av att APL, Mitsui, Yangming och K Line troligen kommer att inträda på ifrågasvarande rutt genom att ansluta sig till TACA. Det saknar härvidlag relevans att APL och Mitsui är medlemmar i New World Alliance eftersom denna omständighet på intet sätt påverkar den konkurrens som de utövar mot TACA.

- 1002 För det tredje har sökandena bestridit att serviceavtalen utgör hinder för inträde på marknaden (skälen 135, 225 och 564 i det omtvistade beslutet). De har gjort gällande att de av dem framlagda bevisen ger vid handen att för de flesta avlastare kan inte ett enda serviceavtal fylla alla behov. De har anfört att avlastarna ofta överskrider de åtaganden om minimikvantiteter som anges i serviceavtalen med mer än 60 procent, vilket bevisar att avlastarna behåller möjligheten att transportera last med andra bortfraktare till konkurrenskraftiga fraktsatser. Sökandena har vidare bestridit att serviceavtalens konkurrensbegränsande verkan

är större i början av året. De har vidare anfört att Cosco, K Line och Yangming med framgång tog sig in på marknaden i februari 1997 och snabbt erövrade marknadsandelar.

- 1003 Sökandena har för det fjärde betonat att ett visst antal sökanden (Hanjin, NOL, Cho Yang, DSR-Senator, TMM, Tecomar och Hyundai) sedan år 1997 har gått ur TACA och är verksamma som oberoende rederier på den transatlantiska traden.
- 1004 Sökanden i mål T-213/98 har vidare gjort gällande att TACA-parterna inte är kapabla att undanröja konkurrensen.
- 1005 Sökanden har härvidlag uppmärksammat att det framgår av bestämmelserna i förordning nr 4056/86 (åttonde skälet) att såvitt viss aktuell eller potentiell konkurrens kvarstår motiverar den nytta som avlastare och konsumenter drar av konferenserna att det finns begränsningar i konferensens avtal och att varje överdriven marknadsstyrka kan kontrolleras genom de befogenheter som kommissionen har i enlighet med artikel 7.2 b i. Under dessa förhållanden skulle det vara inkonsekvent om kommissionen kunde beteckna som missbruk redan det faktum att en befintlig konferens utvidgas genom tillskott av nya medlemmar, så länge konkurrensen på ifrågavarande marknad inte undanröjs. Sökanden anser att kommissionen förväxlar undanröjande av konkurrens med undanröjande av en potentiell konkurrenskälla (Hanjin och Hyundai). De faktiska omständigheterna visar att konkurrensen på marknaden efter Hanjins och Hyundais anslutning hindrade TACA från att ge prov på någon som helst marknadsstyrka.

- 1006 Sökanden har även hävdad att rederier som trafikerar andra trader har möjlighet att inträda på den transatlantiska traden och samtidigt få stordriftsfördelar. Sökanden har härvidlag framhållit att rederierna kan använda sin operativa och administrativa infrastruktur på andra trader, förvärva rederier som trafikerar den transatlantiska traden eller fusionera med dem och att de flesta av de främsta rederierna är involverade i en process som innebär en utvidgning av deras nätverk genom komplettering av deras viktigaste rutter i västlig riktning med rutter i sydlig riktning.
- 1007 Sökanden har dragit slutsatsen att TACA-parterna under dessa förhållanden inte är i stånd att undanröja konkurrensen. Sökanden har för att illustrera detta anfört att marknadsandelarna för de rederier som är medlemmar och för de som inte är medlemmar i TACA på ifrågavarande trad fluktuerade kontinuerligt under åren 1996–1998 och att oberoende rederier har tagit sig in på denna marknad (Cosco, Yangming och K Line). Sökanden har även åberopat konkurrensen från Medelhavshamnarna vad gäller transport av varor med ursprung i eller destinerade till Spanien, Italien, Sydfrankrike och de centrala delarna av Frankrike samt andra regioner i södra Europa (Schweiz, Österrike, Tjeckiska republiken m. fl.). Sökanden har gjort gällande att i de sistnämnda fallen kompenseras den längre sjötransporten av en kortare landtransport. Sökanden har även framhållit konkurrensen från de kanadensiska hamnarna. Tvärtemot vad som hävdas i skäl 269 i det omtvistade beslutet är det inte ovanligt att företag placerar sig på marknaden på ett sådant sätt att deras produkter konkurrerar sinsemellan. Sökanden har även betonat att det i de kanadensiska myndigheternas förfarande avseende förvärvet av Cast, som nämns i skäl 268 i det omtvistade beslutet, inte anges något om konkurrensen från CP Ships, Cast och OOCL på den amerikanska marknaden. Sökanden har tillagt att inträdet på den transatlantiska traden inte nödvändigtvis kräver fartyg på 4 000 TEU, såsom hävdas i skäl 287, eftersom vägen är relativt kort på denna trad.
- 1008 Kommissionen har med stöd av ECTU gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

## b) Förstainstansrättens bedömning

- 1009 Sökandena har hävdad att kommissionen felaktigt konstaterat att TACA-medlemmarna har undanröjt den potentiella konkurrensen. För det första har de hävdad att kostnaderna för inträde på den transatlantiska traden inte är så höga som kommissionen påstår. För det andra har de understrukit att flera rederier nyligen kommit in på ifrågavarande trad i egenskap av rederier som är oberoende av TACA. För det tredje har sökandena bestridit att serviceavtalen utgör hinder för inträde på marknaden. De har för det fjärde betonat att flera av dem utträtt ur TACA efter år 1997. Sökandena har emellertid uppgett vid förhandlingen, som svar på en fråga från förstainstansrätten på denna punkt, att de inte gjort gällande att utträdet ur TACA bevisade att TACA-parterna var utsatta för påtaglig potentiell konkurrens och att det således inte var nödvändigt att pröva detta klander.
- 1010 Förstainstansrätten noterar inledningsvis att, i motsats till vad sökandena har påstått, kommissionen i det omtvistade beslutet inte konstaterar att den potentiella konkurrensen gentemot TACA-parterna är undanröjd utan endast att den är begränsad. I skäl 538 i det omtvistade beslutet anger nämligen kommissionen att en av de omständigheter som visar TACA:s dominerande ställning är dess kunders begränsade möjlighet att byta till alternativa leverantörer vilket gör TACA till en oundviklig handelspartner även för dess missnöjda kunder. Härvidlag framhåller kommissionen i fråga om den potentiella konkurrensen, att inträdeshindren är avsevärda på grund av de höga kostnaderna för inträde på marknaden (skäl 545), flottornas begränsade rörlighet på ifrågavarande trad — det vill säga de faktiska konkurrenternas reducerade möjlighet att öka sin kapacitet och de potentiella konkurrenternas möjlighet att träda in på traden (skäl 546) — samt det faktum att fartygen är specialiserade (skäl 547).
- 1011 Härav följer att det således inte var den totala avsaknaden av potentiell konkurrens som föranledde kommissionen att dra slutsatsen att det förelåg en dominerande ställning, utan det faktum att denna konkurrens var föga intensiv.

1012 Förstainstansrätten skall därför i detta sammanhang undersöka om de grunder som åberopats och de klander som framförts av sökandena avseende analysen i det omtvistade beslutet av den potentiella konkurrensen, förutom att de visar att det förekommer potentiell konkurrens, även visar att denna konkurrens är påtaglig.

i) Kostnaderna för inträde på marknaden

1013 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen i skäl 545 i det omtvistade beslutet anger att den investering som inträdet på marknaden kräver kan uppgå till allt mellan 400 miljoner USD och 2 miljarder USD. I skäl 288 i det omtvistade beslutet anger kommissionen att det behövs en investering på omkring 500 miljoner USD för att kunna upprätthålla en förbindelse per vecka på en bestämd dag som anlöper tre eller fyra hamnar i Nordeuropa och lika många i Förenta staterna, eftersom en sådan tjänst kräver en serie på fem fartyg med samma hastighet och kapacitet med kompletterande containrar på tre gånger seriens kapacitet.

1014 Det måste slås fast att inget av de argument som sökandena framfört inom ramen för denna talan kan föranleda förstainstansrätten att göra någon annan bedömning än den som gjorts i det omtvistade beslutet.

1015 Vad först gäller argumentet om att det anses i Dynamar-rapporten att den initiala investeringen för en skeppsredare som vill upprätta en fungerande tjänst är omkring 355 miljoner USD, konstaterar förstainstansrätten att ett sådant belopp, även om det är lägre än de uppskattningar som återfinns i det omtvistade beslutet, fortfarande är mycket högt. Kommissionen har vidare uppgett, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, att uppskattningarna i Dynamar-rapporten inte tar hänsyn till investeringar som är omöjliga att få tillbaka och som inte visar sig före år 2.

- 1016 I motsats till vad sökanden i mål T-213/98 har hävdat, bör det även noteras att kommissionen inte alls har hävdat att inträdet på den transatlantiska traden kräver fartyg på 4 000 TEU. I skäl 287 i det omtvistade beslutet anför kommissionen endast att "kostnadsbesparingarna per lastenhet uppgår till 30–40 procent för ett fartyg på 4 000 TEU i jämförelse med ett fartyg på 2 500 TEU".
- 1017 Vad därefter beträffar de övriga uppskattningar som sökandena lagt fram på basis av samma Dynamar-rapport, vilka alla angav ett lägre belopp än 355 miljoner USD, noterar förstainstansrätten att dessa uppskattningar rör införandet av nischtjänster på grundval av avtal om uthyrning av fartyg. För att kunna bedöma betydelsen av inträdeshinder på ifrågavarande marknad, bör dock de nödvändiga kostnaderna fastställas för inrättandet av en tjänst på en nivå som är jämförlig med nivån på TACA-parternas tjänst. Det är nämligen inte förrän i en sådan situation som en ny aktör som inträder på marknaden, i förekommande fall, på ett påtagligt sätt kommer att kunna konkurrera med TACA-parterna. Eftersom det är utrett att TACA-parterna inte endast bedriver nischverksamhet utan allomfattande verksamhet på hela ifrågavarande trad, konstaterar förstainstansrätten att de uppgifter som tillhandahållits av sökandena saknar relevans. Även om det är sant, såsom sökandena har understrukit, att vissa TACA-parter bedriver sin verksamhet med sjötransporter på ifrågavarande trad genom att använda utrymme på fartyg som tillhör andra TACA-parter, understryker förstainstansrätten att de oberoende rederier som nyligen kommit in på marknaden och som inte vill gå med i TACA inte kan utnyttja denna möjlighet på ett sätt som är identiskt med TACA-parternas, eftersom konkurrensen utanför TACA är begränsad. Sökandena har i vart fall uppgett under förhandlingen att det inte var möjligt att fastställa kostnaden för inträde på marknaden genom delbefraktning av utrymme eftersom denna kostnad beror på villkor som förhandlas fram med befraftaren.
- 1018 Vad slutligen gäller argumentet om att en aktör som nyligen kommit in på marknaden skulle kunna reducera de investeringar som behövs genom att utnyttja fartyg som trafikerar andra trader, konstaterar kommissionen i det omtvistade beslutet att flottornas rörlighet som erkänns i förordning nr 4056/86 är begränsad på ifrågavarande trad. För det första anför kommissionen i skäl 287 i det



omtvistade beslutet att den transatlantiska tradens särskilda egenskaper betydligt minskar sannolikheten för potentiell konkurrens, och kommissionen framhåller härvidlag att denna trad är en trad med stora volymer och kräver regelbunden trafik med stor kapacitet, vilket innebär ett betydande antal tillräckligt stora och moderna fartyg som upprätthåller en förbindelse per vecka, som anlöper ett tillräckligt antal hamnar. För det andra konstaterar kommissionen i skäl 290 i det omtvistade beslutet att nästan alla de stora linjefartsrederierna redan är närvarande på den transatlantiska traden. För det tredje konstaterar den i skälen 291–298 att alla betydande potentiella konkurrenter under åren 1993–1995 gick in på denna trad genom att ansluta sig till TACA. För det fjärde konstaterar kommissionen i skäl 299 att kostnaderna för att dra sig ur den transatlantiska traden — med påföljande skador för renommén och för konkurrenspositionen på andra håll, samt sämre utsikter för att återkomma till traden — minskar incitamenten för att inträda. Kommissionen noterar slutligen för det femte i skäl 547 att det är nödvändigt att utnyttja fartyg som är av relativt hög standard och specialiserade på containerfrakt.

1019 Eftersom sökandena inte har bestridit någon av dessa bedömningar, som återfinns i det omtvistade beslutet, finner förstainstansrätten att det är styrkt att flottornas rörlighet är begränsad på ifrågavarande trad.

1020 Argumentet om att en ny aktör som inträder på marknaden skulle kunna sänka sina kostnader för inträdet genom att använda fartyg som trafikerar andra trader kan således inte godtas.

1021 Av dessa skäl kan sökandenas argument om kostnader för inträde på marknaden inte godtas.

## ii) Nya aktörers inträde på ifrågavarande marknad utanför TACA

- 1022 Sökandena har betonat att flera rederier har inträtt på den transatlantiska traden under åren 1997 och 1998 utan att ansluta sig till TACA.
- 1023 Det är ostridigt mellan parterna att K Line, Yangming och Cosco inträdde på ifrågavarande trad den 16 februari 1997 inom ramen för konsortiearrangemang. Likaledes har det inte bestridits att APL och Mitsui inträdde på nämnda trad i mars 1998 på grundval av avtal om delbefraktning av utrymme hos Lykes, medan Compagnie Générale Maritime sedan den 2 december 1997 inrättat en ny tjänst på denna trad från Philadelphia.
- 1024 Det måste slås fast att den omständigheten att rederierna kom in på marknaden — nämligen under den period då det i det omtvistade beslutet konstateras att TACA-parterna innehade en dominerande ställning på ifrågavarande marknad — direkt motsäger kommissionens konstaterande i meddelandet om anmärkningar. I detta meddelande anges att det är troligt, med hänsyn till de band som finns mellan TACA-parterna på andra trader, att dessa rederier, för det fall att de inträder på den transatlantiska traden, kommer att göra det i egenskap av medlemmar i TACA.
- 1025 Till skillnad från vad kommissionen har hävdad saknar det betydelse att dessa inträden på marknaden ägde rum efter den period som omfattas av det omtvistade beslutet. Den potentiella konkurrensen får inte förväxlas med den effektiva externa konkurrensen. Den potentiella konkurrensen syftar nämligen på ett konkurrenstryck som inte har uppstått vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna, men vars uppträdande på kort eller medellång sikt, på basis av precisa och samstämmiga indicier, kan förutses med en viss grad av säkerhet vid tidpunkten för dessa faktiska omständigheter. Under det administrativa förfarandet har sökandena emellertid företett olika artiklar ur fackpressen i vilka det rapporteras att APL och Cosco avser att inom kort ta sig in på marknaden.

- 1026 Förstainstansrätten noterar emellertid att den omständigheten att flera rederier, trots deras band till TACA-parterna på andra trader, inträdde på den transatlantiska traden utanför TACA under åren 1997–1998 inte med nödvändighet visar att dessa rederier under den period som omfattas av det omtvistade beslutet innebar någon påtaglig potentiell konkurrens.
- 1027 Det bör dock framhållas att kommissionen konstaterar i skäl 264 i det omtvistade beslutet, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, att utgående från tradens kapacitet vid mitten av år 1995 skulle denna nya kapacitet som motsvaras av konsortiet Cosco/K Line/Yangming ha gett Cosco en andel på 2,8 procent av kapaciteten i östlig riktning och 2,7 procent av kapaciteten i västlig riktning på de direkta traderna samt 2,3 procent respektive 2,2 procent om de kanadensiska traderna inbegreps. De andra rederierna skulle vardera ha haft precis hälften av denna kapacitet. Vad gäller Mitsuis och APL:s inträde har kommissionen understrukit i skäl 244 i det omtvistade beslutet, utan att motsägas av sökandena, att dessa båda nya operatörer har tillkommit på den transatlantiska traden, dock utan att tillföra den minsta nya kapacitet.
- 1028 Förstainstansrätten erinrar vidare om att kommissionen konstaterar i skäl 249 i det omtvistade beslutet, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, att de oberoende konkurrenterna har en tendens att följa prisledaren TACA. I sina skrivelser framhåller för övrigt sökanden i mål T-213/98 att tendensen att följa de priser som fastställts av TACA utgör en aspekt av den stabilitet som anges i förordning nr 4056/86 och som konferenserna bidrar till på sjötransportområdet.
- 1029 Under dessa förhållanden var kommissionen i sin fulla rätt när den slog fast att K Line, Yangming, Cosco, APL och Mitsui inte kunde utgöra en påtaglig potentiell konkurrenskälla för TACA-parterna.

1030 Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.

### iii) Serviceavtalen

1031 Sökandena har bestridit att serviceavtalen utgör hinder för inträde på marknaden. De har gjort gällande att för de flesta avlastare kan inte ett enda serviceavtal fylla alla behov. De har således anfört att avlastarna ofta överskrider de åtaganden om minimikvantiteter som anges i serviceavtalen med mer än 60 procent, vilket bevisar att avlastarna behåller möjligheten att låta transportera last med andra bortfraktare till konkurrenskraftiga fraktsatser.

1032 Det är ostridigt mellan parterna att ett serviceavtal, antingen det är individuellt eller gemensamt, är ett avtal i vilket avlastaren åtar sig att tillhandahålla en minsta mängd gods över en fastställd period, och konferensen eller bortfraktaren förbinder sig att hålla vissa fraktsatser samt en fastställd servicenivå. Kommissionen konstaterar i skäl 135 i det omtvistade beslutet att avlastarna vanligtvis försöker få serviceavtal för en så stor volym som de tror att de rimligen kan komma att behöva, eftersom de därigenom får en större rabatt på den tariffbaserade fraktsatsen. Av detta skäl anser kommissionen i skäl 540 i det omtvistade beslutet att avlastare som behöver regelbundna sjötransporttjänster under en period av ett år eller mer troligen inte flyttar en del av sina behov till mindre bortfraktare, eftersom detta skulle minska deras minsta volymåtagande enligt ett konferensserviceavtal och leda till mindre rabatt.

1033 Dessa konstateranden vederläggs inte utan bekräftas på alla punkter av de uppgifter som sökandena lagt fram inom ramen för denna talan. Det framgår nämligen av dessa uppgifter att de lastvolymen som är föremål för ett minsta volymåtagande enligt ett serviceavtal motsvarade under de tre år som omfattas av

det omtvistade beslutet 59,2 procent (1994), 60,6 procent (1995) och 61,2 procent (1996) av den totala last som transporterades av de av sökandena angivna avlastarna. Även om dessa uppgifter inte rör alla avlastare och inte verkar inskränka sig till ifrågavarande marknad, då sökandena presenterat dem som representativa för alla avlastares beteende, kan det härledas ur dessa uppgifter att omkring 60 procent av den last som transporterades på ifrågavarande marknad omfattades av en skyldighet gentemot en bortfraktare att transportera en viss minimikvantitet inom ramen för ett serviceavtal. Med hänsyn till den marknadsandel på omkring 60 procent som TACA-parterna hade på ifrågavarande trad under den period som omfattas av det omtvistade beslutet, kan således slutsatsen dras att omkring 36 procent av denna last var förbunden med TACA-parterna.

1034 Förstainstansrätten slår fast att en sådan beroendeträskel avsevärt kan inskränka konkurrenternas tillgång till ifrågavarande marknad (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 8 juni 1995 i mål T-9/93, Schöller mot kommissionen, REG 1995, s. II-1611, punkt 81). Eftersom avlastaren genom serviceavtalet visserligen inte åläggs någon juridiskt bindande exklusiv inköps-skyldighet har han i princip rätt att låta en annan bortfraktare transportera de kvantiteter som omfattas av ett sådant avtal. Underlåtet iakttagande av skyldigheten att transportera minimikvantiteter kan emellertid leda till betydande viten. Serviceavtalen kan därför uppenbarligen ge avlastarna incitamentet att i första hand låta den bortfraktare som de ingått avtal med transportera de berörda kvantiteterna.

1035 Av dessa skäl var kommissionen i sin fulla rätt när den ansåg att serviceavtalen utgjorde ett påtagligt hinder mot inträde för de potentiella konkurrenterna.

1036 Följaktligen kan sökandenas argument på denna punkt inte godtas.

iv) Slutsats om den potentiella konkurrensen

1037 Det följer av det ovan anförda att talan inte kan vinna bifall på sökandenas grunder och argument om den potentiella konkurrensen.

4. Den interna konkurrensen inom TACA

a) Parternas argument

1038 Sökandena har förebrått kommissionen att den inte tog hänsyn till den interna konkurrensen mellan TACA-medlemmarna vid analysen av deras kollektiva styrka på ifrågavarande marknad.

1039 Även om det antas att ifrågavarande företag kan bli föremål för en kollektiv bedömning, är enligt sökandena bevisen på intern priskonkurrens eller konkurrens på annat sätt än med priser relevanta för avgörandet av deras kollektiva förmåga att agera oberoende av (såväl interna som externa) konkurrenter, kunder och konsumenter. Sökandena anser att den interna konkurrensen begränsar möjligheterna för en gemensam åtgärd från de berörda företagens sida. Exempelvis hindrar den interna priskonkurrensen de berörda företagen från att kollektivt fastställa alltför höga priser. Kommissionen har medgett att den kollektiva karaktären hos TACA-medlemmarnas dominerande ställning inte utesluter att det kan förekomma individuella avvikelser från den gemensamma affärsstrategin. Det skall följaktligen tas hänsyn till dessa avvikelser vid bedömningen av huruvida ifrågavarande företag innehar en dominerande ställning. Sökandena har i detta avseende hänvisat till de bevis som lagts fram ovan i samband med bedömningen av den dominerande ställningens kollektiva karaktär.

1040 Kommissionen har med stöd av ECTU yrkat att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

b) Förstainstansrättens bedömning

1041 Förstainstansrätten erinrar om att det har konstaterats ovan i punkt 735 att graden av intern konkurrens mellan TACA-parterna inte gör det möjligt att utesluta en kollektiv bedömning av den ställning som nämnda parter har på ifrågavarande marknad. Sökandena har inte desto mindre genom dessa grunder hävdats att den interna konkurrensen mellan TACA-parterna är tillräcklig för att det skall kunna ifrågasättas att de har en dominerande ställning på denna marknad.

1042 Det är härvidlag tillräckligt att erinra om att i överensstämmelse med rättspraxis (domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 38) beror frågan om huruvida TACA-parterna tillsammans innehar en dominerande ställning på den transatlantiska traden endast på nämnda parters förmåga att agera oberoende i förhållande till det externa konkurrenstryck som bland annat är en följd av deras konkurrenters verksamhet utanför konferensen och av avlastarnas verksamhet. Även om graden av intern konkurrens mellan ifrågavarande företag i förekommande fall kan leda till att en kollektiv bedömning av deras ställning på ifrågavarande marknad är utesluten (domen i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen Kali und Salz, punkt 233), saknar den däremot relevans vid avgörandet av om denna kollektiva ställning är dominant.

1043 Det kan visserligen inte uteslutas, såsom sökandena har gjort gällande, att den interna konkurrens som råder mellan företag vars ställning är föremål för en kollektiv bedömning kan leda till en begränsning av de prishöjningar som beslutas av dessa företag. Dock kvarstår att om nämnda företag beslutar om sådana prishöjningar helt självständigt, utan att behöva ta hänsyn till det externa konkurrenstrycket, måste de betraktas som genomförda av företag som tillsam-

mans innehar en dominerande ställning. Om ifrågavarande interna konkurrens skulle få till följd att omfattningen av dessa prishöjningar begränsades skulle det i förekommande fall resultera i att priser som fastställts på ett sådant sätt inte når en överdrivet hög nivå och följaktligen inte utgör ett missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget. Sökandenas argument innebär således att förekomst av en dominerande ställning förväxlas med missbruk av en sådan dominerande ställning.

1044 Följaktligen kan sökandenas argument angående den interna konkurrensen mellan TACA-parterna inte godtas.

## 5. PrISRörelserna på ifrågavarande trad

### a) Parternas argument

1045 Sökandena har hävdatt att prISRörelserna på den transatlantiska traden är oförenliga med konstaterandet av en dominerande ställning.

1046 Sökandena har för det första anfört att om de inte hade utsatts för extern konkurrens skulle de inte haft anledning att transportera last utanför konferensens "ordinarie fraktsatser" inom ramen för TVR eller serviceavtal. Sökandena har emellertid uppmärksammat att den volym och andel av lasten som transporteras av TACA till "ordinarie fraktsatser" ständigt minskade under åren 1994–1997. Däremot ökade den volym och andel av lasten som transporteras inom ramen för TVR och alla slags serviceavtal (det vill säga konferensserviceavtal, individuella avtal och gemensamma avtal) under denna period. Sökandena har ytterligare anfört att den volym och andel av lasten som transporteras inom ramen för konferensserviceavtal minskade under åren 1996 och 1997 i jämförelse med år 1994, medan den lastvolym som transporteras inom ramen för



individuella och gemensamma serviceavtal ökade. Sökandena har även understrukt att serviceavtalens fraktsatser under åren 1996 och 1997 motsvarade en större minskning av konferensens "ordinarie fraktsatser" än under år 1994. De anser att detta visar att konferensserviceavtalens fraktsatser minskade under perioden 1994–1997.

1047 Sökandena har uppmärksammat att kommissionen endast hävdar att TVR och serviceavtal inte i sig är bevis för extern konkurrens. Kommissionen förklarar emellertid inte varför den volym och proportion av lasten som transporteras till "ordinarie fraktsatser" minskade och varför den volym och proportion av lasten som transporteras inom ramen för TVRIA och individuella serviceavtal ökade under ifrågavarande period.

1048 Sökandena har konstaterat att kommissionen i sitt svaromål endast kritiserar Mercer-rapporten såvitt det i denna slås fast att reducerade fraktsatser på en konkurrensutsatt sjötransportmarknad kan förekomma före effektiva kostnads-sänkningar. Sökandena har emellertid anfört att kommissionen inte bestrider att det förekommit sänkningar av fraktsatser i förskott, men den avfärdar inte desto mindre den nödvändiga slutsatsen att det bedrivs intensiv priskonkurrens på marknaden. Kommissionens avfärdande i detta avseende baseras på ett resonemang som är helt grundlöst, nämligen att sökandenas fraktsatser var alltför höga.

1049 Vad beträffar kommissionens konstaterande att 40 procent av TACA:s hela last under första halvåret 1995 utvecklades enligt tariffen, skiljer kommissionen inte mellan konferensens "fraktsatskategorier" och de övriga fraktsatser som framgår av tariffen, det vill säga TVR och oberoende åtgärder.

- 1050 Sökandena har för det andra gjort gällande att fraktsatsernas utveckling beträffande 75 procent av deras serviceavtal avslöjar att fraktsatserna på den västliga traden i europeisk valuta i genomsnitt under åren 1993–1998 har sjunkit med mer än 15 procent (med hänsyn tagen till inflationen).
- 1051 Sökandena har, i motsats till vad kommissionen påstått, angående den metodik som de använt, preciserat att dess resultat inte endast uttrycks i nationell valuta utan även i USD i analysen. Sökandena har tillagt att resultaten i denna analys har viktats mot det åtagande om minimikvantiteter som återfinns i varje avtal för att den relativa betydelsen av varje serviceavtal skall avspeglas vid den övergripande bedömningen. Till skillnad mot vad kommissionen anfört i sin kritik, maskeras på intet sätt deras marknadsstyrka i förhållande till små avlastare genom denna avvägning. Sökandena anser slutligen att det var med rätta som de justerade uppgifterna om fraktsatser för att dessa skulle avspegla den allmänna inflationsnivån och ifrågavarande valutors värdeminskning som de själva och avlastarna var utsatta för under ifrågavarande period.
- 1052 Sökandena har anfört att den nedåtgående tendens som konstateras i deras analys bekräftar det konkurrenstryck på fraktsatserna som visade sig under perioden 1983–1993, apropå vilket Drewry Shipping Consultants (*Global Container Markets — Prospects and Profitability in a High Growth Era*, London, 1996) konstaterade att de transatlantiska fraktsatserna hade sjunkit i reella termer.
- 1053 Sökandena har anfört att kommissionen i det omtvistade beslutet (skäl 324 och tabell 11) i slutet av sin egen analys av prISRörelserna finner att sjöfraktsatserna under en femårsperiod (1993–1997) stigit med 8 procent medan landfraktsatserna i gemenskapen sjönk med 4 procent. Kommissionen ger emellertid ingen förklaring till den divergens som visar sig mellan denna slutsats och klagandenas (ESC) påstående, vilket återges i punkterna 118 och 119 i meddelandet om anmärkningar, enligt vilket de höjningar som ålades år 1995 ger en total ökning under en treårsperiod på mer än 80 procent. Vidare har sökandena betonat den kontrast som finns mellan å ena sidan slutsatserna i skäl 324 och tabell 11 och å

andra sidan påståendena i skälen 325 och 328 där det talas om ”mest marknadsdominans” och betydande ”höjningar av fraktsatserna på både sjö- och landsträckor”.

1054 Sökandena har anfört att kommissionen i sitt svaromål frågar sig om prisjämförelserna verkligen är användbara när det gäller företag i en monopolsituation, såvida det inte visas att fraktsatserna på en konkurrensutsatt marknad skulle ha varit lägre än ifrågavarande företags fraktsatser. Sökandena har emellertid noterat att kommissionen i det omtvistade beslutet dels baserar sig på en analys av prisrörelserna för att slå fast att det föreligger en dominerande ställning, dels inte visar att priserna skulle ha varit lägre på en konkurrensutsatt marknad.

1055 Sökandena anser dessutom av flera skäl att den prisanalys som görs i skälen 320–328 i det omtvistade beslutet baseras på en felaktig metodik. För det första är urvalet av serviceavtal alltför begränsat. De serviceavtal som undersöks rör tio avlastare av totalt 500 och det största antalet avlastare som är föremål för prövning under en given period är åtta. Kommissionen förklarar vidare inte på vilken grund den valde ut dessa tio avlastare i jämförelse med alla andra avlastare som kunde uppfylla kommissionens urvalskriterier. För det andra utgör den lastvolym som transporteras inom ramen för serviceavtal en relativt liten del av den totala last som sökandena transporterar (de tio utvalda avlastarnas lastvolym motsvarar 6,4 procent av hela den last som transporteras av sökandena enligt serviceavtal år 1993, 5,1 procent år 1994 och 7 procent år 1995). För det tredje är inte ökningens procenttal föremål för någon viktning för beaktande av den relativa betydelsen (uttryckt i volym) av de undersökta serviceavtalen. För det fjärde är valet av år 1992 som referensår subjektivt, därför att fraktsatserna på den transatlantiska traden det året minskade betydligt. För det femte tas det i analysen inte hänsyn till tilläggsavgifter för frakt.

- 1056 I vart fall anser sökandena att kommissionens studie, även om den var trovärdig, inte visar att det förelåg en dominerande ställning. De har anfört att kommissionen till exempel konstaterar att fraktsatserna under åren 1993–1997 steg med 8 procent (tabell 11 i det omtvistade beslutet) medan landfraktsatserna sjönk med 4 procent. I dessa uppgifter beaktas emellertid inte inflationen.
- 1057 Vad gäller den analys av prisrörelserna som kommissionen gör på grundval av uppgifter som tillhandahållits av sökandena inom ramen för deras studie om TACA-medlemmarnas 75 serviceavtal, anser sökandena att den likaledes är felaktig såtillvida att uppgifterna inte har justerats för beaktande av inflationen, inte har viktats i förhållande till volymen och utesluter avgifter och tilläggsavgifter för godshantering. Vidare utelämnar kommissionen avlastare som dock ingått serviceavtal år 1993 och serviceavtal eller TVR år 1996, vilket står i strid med den metod som den har för avsikt att använda.
- 1058 Sökandena har även förebrått kommissionen att den inte avslöjade vilken räknemetod som användes och vilka uppgifter som lades till grund för beräkningen i skälen 320–328 av ökningarna i serviceavtalens fraktsatser (i bilaga VI till beslutet återges endast resultatet av dessa beräkningar). Vidare har sökandena klandrat kommissionen för att den baserade sin analys i skäl 320 i det omtvistade beslutet avseende prisvariationerna i TAA/TACA:s serviceavtal, på en obetydlig andel av alla konferensserviceavtal utan att ta hänsyn till inflationen.
- 1059 Sökanden i mål T-213/98 har åberopat ytterligare flera grunder som avser en felaktig bedömning och/eller motivering.
- 1060 Sökanden har för det första påstått att upprätthållandet av olika priser beroende på produkternas värde inte kan användas av kommissionen för att bekräfta en förmodan om en dominerande ställning (skäl 534 i det omtvistade beslutet) eftersom differentiering av tarifferna beroende på varornas värde utgör väl

etablerad praxis inom sjösektorn som uttryckligen ålagts genom UNCTAD-koden (artikel 12 b). Kommissionens påstående om att transportpriserna fastställs ”på grundval av de faktiska kostnaderna i överensstämmelse med marknadskrafterna” (skäl 535) är likaledes felaktigt, eftersom olika priser kan motiveras med hänsyn till kundernas ”betalningsförmåga” såsom ofta är fallet på lufttransportområdet. Sökanden anser i vart fall att avsaknaden av samband mellan differentierade priser och innehavet av en dominerande ställning visas av det faktum att nästan alla rederier erbjuder tariffer på alla trader som varierar beroende på varornas värde.

1061 Sökanden har för det andra förebrått kommissionen att den baserade sig på att de valutajusteringsfaktorer (nedan kallade CAF) som fastställts av TACA är diskriminerande, beroende på destinationshamn eller hamn där lastning sker (skäl 536 i det omtvistade beslutet). Sökanden har först anfört att kommissionens resonemang är förvirrat och motstridigt eftersom kommissionen, efter att ha angett att skillnaden i CAF-nivåer inte kan motiveras ekonomiskt, inte desto mindre uppger att den i det omtvistade beslutet inte går in på frågan huruvida TACA-parternas avtal om CAF uppfyller kraven i artikel 4 i förordning nr 4056/86 där just frågan om ekonomiskt motiverade skillnader i CAF-nivåer behandlas. Sökanden har vidare förebrått kommissionen att den inte förklarade av vilka skäl en påstådd diskriminering som begicks år 1997 är relevant för bedömningen av förekomsten av en dominerande ställning under åren 1994–1996.

1062 För det tredje förebrår sökanden kommissionen att den baserade sig på den omständigheten att TACA är ”prisedare” (skälen 541 och 542 i det omtvistade beslutet). Sökanden har påstått, såsom kommissionen vitsordar i skäl 329 i det omtvistade beslutet, att den omständigheten att rederier som inte är medlemmar i någon konferens tenderar att följa konferensen genom att använda en enhetlig tariff som tjänar som ”referenspunkt på marknaden” utgör en aspekt av den stabilitet som konferenserna bidrar till på sjötransportområdet. Under dessa förhållanden kan det faktum att TACA-avtalet är ett av de mest konkurrensbegränsande avtalen mellan rederier i världen och att TACA har erövrat ett rykte

som prisledare på marknaden inte betraktas som relevant vid avgörandet av huruvida TACA innehar en dominerande ställning. Detsamma gäller enligt sökanden påståendet i skäl 548 om att det på grund av att TACA är prisledare är osannolikt att någon konkurrent skulle vilja riskera att destabilisera marknaden genom att konkurrera aggressivt gentemot TACA-parterna genom priset.

1063 Kommissionen har med stöd av ECTU gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på dessa grunder.

#### b) Förstainstansrättens bedömning

1064 Genom dessa grunder har sökandena gjort gällande att prisrörelserna på den transatlantiska traden är oförenliga med förekomsten av en dominerande ställning. De har härvidlag betonat dels att den mängd last som transporteras till ordinarie i tariffen föreskrivna fraktsatser ständigt har minskat till förmån för TVR och serviceavtal, dels att de fraktsatser som TACA tillämpar har minskat under ifrågavarande period.

i) Den andel som utgörs av last transporterad till ordinarie fraktsatser i jämförelse med last transporterad inom ramen för TVR och serviceavtal

1065 Det har inte bestridits att omkring 60 procent av den last som TACA-parterna transporterade under den period som omfattas av det omtvistade beslutet har skickats inom ramen för TVR och serviceavtal. Kommissionen har själv i sina skrivelser till förstainstansrätten vitsordat att det gäller en "ansenlig" del av lasten. Det är dock utrett att TVR och serviceavtalen gör det möjligt för medlemmarna i en linjekonferens att bevilja sina kunder rabatter på de ordinarie

fraktsatser som föreskrivs i tariffen. Det framgår av skälen 457 och 459 i det omtvistade beslutet att medan TVR leder till att alla avlastare beviljas en reduktion på en gemensam och enhetlig grund i proportion till de volymer och kvantiteter som transporteras, kan serviceavtalen leda till att det beviljas en sådan reduktion på individuell basis enligt de villkor som förhandlats fram mellan konferensen och den berörda avlastaren.

1066 Det kan således anses fastställt att mer än hälften av den last som under den period som omfattas av det omtvistade beslutet transporterades av TACA-parterna har beviljats reducerade fraktsatser i jämförelse med TACA:s högsta fraktsatser.

1067 I motsats till vad sökandena har gjort gällande visar denna omständighet som sådan på intet sätt att TACA-parterna inte åtnjöt en dominerande ställning under ifrågakvarande period. Det faktum att ett företag ger sina kunder rabatter utgör nämligen inte i något fall ett indicium på att detta företag inte åtnjuter en dominerande ställning på den berörda marknaden. Såsom kommissionen med rätta har anfört vid förhandlingen som svar på en fråga från förstainstansrätten på denna punkt är det vanligt att ett företag som innehar en dominerande ställning på en given marknad ger sina kunder rabatter, exempelvis för att låta effektivitetsvinster och stordriftsfördelar slå igenom eller för att få trogna kunder (se, bland annat, domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkterna 90 och 91, och i det ovan i punkt 337 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 71). Förekomsten av en dominerande ställning visar sig mer i ett företags förmåga till helt självständig prissättning utan hänsynstagande till det externa konkurrenstrycket än i förmågan att sätta de högsta priserna.

1068 Utan att förstainstansrätten i förevarande mål behöver uttala sig om den exakta beskaffenheten hos de rabatter som beviljats av TACA-parterna konstaterar den att sökandena i syfte att bestrida att deras ställning på den relevanta marknaden är dominant inte med framgång kan basera något argument på den omständigheten att nämnda parter ger rabatter till avlastarna inom ramen för TVR eller servicekontrakt.

1069 Kommissionen har tvärtom fastställt i det omtvistade beslutet att de rabatter som beviljas inom ramen för TVR och serviceavtal bekräftar den dominerande ställning som TACA-parterna. Dessa rabatter uttrycker nämligen TACA-parternas förmåga att diskriminera avlastare genom priser.

1070 I skälen 203–213 i det omtvistade beslutet konstaterar kommissionen att TACA-parterna försöker ta ut det pris som varje enskild avlastare kan betala för att öka intäkterna utan att öka kostnaderna. Kommissionen har härvidlag anfört att TACA-parterna tillämpar tre grader av diskriminering. Den första består enligt skäl 206 i att en kund betalar ett bestämt pris för en bestämd enhet eller tjänst och ett annat pris för följande enheter eller tjänster. Prisdiskriminering av andra graden som tillämpas i form av TVR och serviceavtal innebär enligt skäl 207 att priset varierar med den inköpta kvantiteten. Den tredje graden som innebär uppdelning av tariffen i koder och oberoende åtgärder uppstår enligt skälen 208–213 när ett företag delar in sina kunder i flera olika kategorier och sätter olika priser för olika kategorier.

1071 I skäl 534 i det omtvistade beslutet anser kommissionen att förmågan till diskriminering kan bekräfta den dominerande ställning som kommer sig av de marknadsandelar som innehas av TACA-parterna. Kommissionen noterar härvidlag att ”TACA-tariffen för sjötransporttjänster fastställer olika fraktsatser för olika produkter på grundval av deras värde och att även om tariffskalan är betydligt smalare än skalan för varornas värde kan priserna variera så mycket som femfaldigt. Med andra ord är fraktsatserna enligt kommissionen upp till fem gånger högre för varor med högt värde än för varor med lågt värde, trots att kostnaden för att transportera en container är nästan helt oberoende av den typ av varor som transporteras”. Skäl 535 i det omtvistade beslutet har följande lydelse:

”Detta system med differentierad prissättning, vars syfte är att maximera intäkterna, återfinns normalt endast i marknadssituationer då ett eller flera företag har en betydande styrka på marknaden. På transportmarknader där det inte finns



någon betydande koncentration av marknadsstyrka skulle transportpriserna förmodligen fastställas med hänsyn till den typ av tjänst som erbjuds och inte med hänsyn till vilka varor som transporteras, på grundval av de faktiska kostnaderna i överensstämmelse med marknadskrafterna.”

1072 Kommissionen konstaterar därefter i skälen 536 och 537 att ytterligare ett exempel på diskriminering i de fraktvillkor som införts av TACA gäller valutajusteringsfaktorerna (CAF) vars belopp varierar avsevärt beroende på destinations- och ursprungshamn.

1073 Dessa konstateranden ifrågasätts inte av den omständighet som framhålls av sökanden i mål T-213/98 enligt vilken nästan alla rederier på alla trader har priser som varierar beroende på varornas värde. Sökanden har själv understrukit att en aspekt av den stabilitet som konferenserna bidrar till på sjötransportområdet vilken anges i förordning nr 4056/86 är den omständigheten att rederier som inte är medlemmar i någon konferens tenderar att följa konferensen genom att använda sig av den enhetliga tariffen som ”referenspunkt på marknaden”. Kommissionen konstaterar således beträffande den aktuella traden i skäl 548 i det omtvistade beslutet, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, att ”[d]et faktum att TACA-parterna är prisledare [medför] att det är osannolikt att någon konkurrent skulle vilja riskera att destabilisera marknaden genom att konkurrera aggressivt gentemot TACA-parterna genom priset”.

1074 Den omständigheten att rederier som inte har en dominerande ställning på andra trader i likhet med de dominerande rederierna bedriver en diskriminerande prisstrategi gentemot avlastare visar inte att prisdiskriminering inte utgör ett relevant kriterium vid konstaterandet av en dominerande ställning på en viss marknad. Denna omständighet visar på sin höjd att rederier som inte är dominerande har en tendens att följa de dominerande rederiernas prisstrategi.

1075 Den av sökanden påstådda omständigheten att CAF:s diskriminerande verkan, vilken understryks i skäl 536 i det omtvistade beslutet, baseras på uppgifter om år 1997, det vill säga ett år senare än den period som omfattas av det omtvistade beslutet, saknar relevans. Eftersom kommissionen inte konstaterar i beslutsdelen i det omtvistade beslutet att nämnda diskriminering är förbjuden, utan endast åberopar denna diskriminering som exempel på TACA-parternas förmåga att diskriminera genom priser, en förmåga som inte har bestridits av sökandena, var det tillåtet för kommissionen att för att illustrera sitt argument basera sig på uppgifter som rörde en senare period än den som omfattas av det omtvistade beslutet.

1076 Såvitt sökanden har påstått att det omtvistade beslutet är felaktigt motiverat, räcker det vidare att notera att påståendena på denna punkt sammanfaller med grunderna om en felaktig bedömning. De syftar följaktligen till att bestrida att kommissionens bedömning i det omtvistade beslutet är välgrundad (domen i det ovan i punkt 746 nämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkt 67). Nämnda påståenden saknar därför relevans vid en granskning av huruvida motiveringsskyldigheten fullgjorts (domen i det ovan i punkt 196 nämnda målet FEFC, punkterna 425 och 431).

1077 Härav följer att ingen av de av sökandena framlagda omständigheterna avseende förekomsten av rabatter på de högsta fraktsatserna kan föranleda förstainstansrätten att göra någon annan bedömning än kommissionen vad beträffar frågan huruvida den ställning som innehas av TACA-parterna på ifrågavarande marknad är dominerande.

ii) Höjningen av de av TACA-parterna tillämpade fraktsatserna

1078 Genom dessa grunder har sökandena bestridit resultaten från studien om prisutvecklingen på sjösträckorna och landsträckorna inom gemenskapen, TAA/TACA:s serviceavtal under åren 1992–1997 som presenteras i skälen 320–328 i

det omtvistade beslutet (nedan kallad studien om fraktsatserna i serviceavtalen). I skäl 324 i det omtvistade beslutet konstaterar kommissionen att "[d]en mest uppenbara slutsats som kan dras av undersökningen är att prisökningarna 1993–1996 på sjösträckorna var 10,4 procentenheter större än prisökningarna på landsträckorna inom gemenskapen".

1079 Det framgår av det omtvistade beslutet att kommissionen baserar sig på dessa resultat när den konstaterar i skäl 543 att avlastarnas begränsade möjligheter att vända sig till TACA:s konkurrenter visas genom TACA-parternas förmåga "att driva igenom regelbundna, om än anspråkslösa, prishöjningar under perioden 1994–1996, i bjärt kontrast mot de två andra globala traderna".

1080 Förstainstansrätten finner i likhet med sökandena att resultaten från studien om fraktsatserna i serviceavtalen är föga övertygande. Även om det är riktigt att det beträffande åren 1993–1996 konstateras i nämnda studie att sjöfraktsatsen ökade med 15,5 procent i jämförelse med landfraktsatsen som bara ökade med 5,1 procent, framgår det inte av det omtvistade beslutet att det i denna studie görs någon specifik undersökning av prisökningarna under den period som omfattas av det omtvistade beslutet, nämligen åren 1994–1996. Av de övriga resultat som presenteras i denna studie går det inte att dra slutsatsen att prisutvecklingen under denna period var identisk med den som ägde rum under åren 1993–1996. Således konstateras i samma studie avseende perioden 1992–1996 att sjöfraktsatsen ökade i mindre grad än landfraktsatsen, medan under perioden 1992–1997 ökningen i sjöfraktsatsen var något större än ökningen i landfraktsatsen. Förstainstansrätten slår fast att dessa resultat som pekar åt olika håll inte gör det möjligt att dra slutsatsen att det föreligger en dominerande ställning.

1081 Oavsett vilka fel som denna studie än är behäftad med måste det slås fast att kommissionen även baserar sitt konstaterande i skäl 543 i det omtvistade beslutet om att TACA-parterna genomdrev reguljära prisökningar, på resultaten från en annan studie som presenteras i skälen 307–319 i det omtvistade beslutet före resultaten från studien om fraktsatserna i serviceavtalen. Enligt denna studie som

rör TACA-parternas genomsnittsinktakter per TEU under åren 1992–1996 (nedan kallad studien om genomsnittsinktakter) finner kommissionen, såsom den anger i skälen 318 och 319, dels att "[TACA-parterna] i genomsnitt ökade ... sina intäkter per TEU (dvs. det genomsnittspris som avlastarna betalade för sjötransport av en TEU) från 1992 till 1996 med 8 procent i östlig riktning och 18 procent i västlig riktning", dels att "ett antal TACA-parter har kunnat öka sin genomsnittliga intäkt per TEU väsentligt utan att förlora några marknadsandelar". Vidare framgår det av skälen 314, 315 och 317 i det omtvistade beslutet att ökningen i genomsnittsinktekten skulle ha varit ännu större om inte FMC hade tvingat TACA-parterna att sänka de tariffbaserade fraktsatserna och fraktsatserna i serviceavtalen för år 1995 till den nivå som rådde år 1994.

1082 Förstainstansrätten konstaterar att sökandena inte har bestridit resultaten från studien om genomsnittsinktakter. Under dessa förhållanden kan det anses bevisat att konstaterandet i skäl 543 i det omtvistade beslutet om att TACA-parterna genomdrev reguljära prisökningar är tillräckligt underbyggt i det omtvistade beslutet genom studien om genomsnittsinktakter.

1083 Argumentet att resultaten från studien om fraktsatserna i serviceavtalen inte kan bevisa konstaterandet i skäl 543 är således utan verkan, vilket även är fallet om argumentet styrks.

1084 Förstainstansrätten understryker i vart fall att konstaterandet i skäl 543 i det omtvistade beslutet om att TACA-parterna genomdrev reguljära prisökningar endast utgör en av de talrika omständigheter som nämns i skälen 532–549 i det omtvistade beslutet för att påvisa förekomsten av en dominerande ställning. Även om förmågan att genomdriva reguljära prisökningar obestridligen utgör en omständighet som kan vara en indikation på att det föreligger en dominerande ställning, är denna förmåga på intet sätt en oundgänglig omständighet. Det oberoende som ett dominerande företag åtnjuter i prishänseende visar sig

nämligen mer i ett företags förmåga att sätta priserna utan hänsynstagande till konkurrenters, kunders och leverantörers reaktioner än i förmågan att höja dem (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 95 nämnda målet AKZO mot kommissionen, punkterna 70–72).

1085 Förstainstansrätten konstaterar att det följer av den ovan utförda prövningen av grunderna och argumenten att TACA-parternas dominerande ställning redan har bevisats tillräckligt av de övriga omständigheter som fastställs i det omtvistade beslutet. Dessa rör inte endast TACA-parternas extremt stora marknadsandel utan också deras förmåga till prisdiskriminering och avsaknaden av effektiv extern konkurrens, såsom den framgår av den andel de innehar i disponibel kapacitet på ifrågavarande trad, den utestängningseffekt som skapas genom serviceavtalen, TACA-parternas roll som prisledare och konkurrenternas roll som pristagare på detta område.

1086 Av dessa skäl finner förstainstansrätten att talan inte kan bifallas på sökandenas grunder och argument avseende prisrörelserna på ifrågavarande trad.

6. Slutsats om grunderna avseende förekomsten av en dominerande ställning på ifrågavarande marknad

1087 Det följer av det ovan anförda att talan inte kan vinna bifall på sökandenas grunder om förekomsten av en dominerande ställning som innehas av TACA-parterna.

C — Slutsats om den andra delgrunden

- 1088 Av ovan anförda skäl kan talan inte vinna bifall på de grunder och argument som åberopats inom ramen för den andra delgrunden om huruvida den ställning som innehas av TACA-parterna är dominerande.

*Den tredje delgrunden: Avsaknaden av missbruk*

- 1089 Genom de grunder som utvecklats inom ramen för denna delgrund har sökandena bestridit de båda missbruk som konstateras av kommissionen i det omtvistade beslutet, närmare bestämt att TACA-parterna begränsat tillgången till och innehållet i serviceavtal och förändrat konkurrensstrukturen på marknaden.

A — Det första missbruket avseende begränsningar av tillgången till och innehållet i serviceavtal

- 1090 De grunder och klander mot det omtvistade beslutet som sökandena framfört avseende det första missbruket är av två slag. Sökandena har dels påstått att varje åtgärd som detta missbruk består av är objektivt motiverad, dels gjort gällande att det omtvistade beslutet är otillräckligt motiverat på flera punkter.

1. Huruvida de förfaranden som utgör det första missbruket var motiverade av objektiva skäl

a) Parternas argument

- 1091 Sökandena har för det första, vad gäller konferensserviceavtalen, påstått att de villkor som TACA uppställde avseende ”contingency”-klausuler, serviceavtalens löptid, förbud mot ingående av flera avtal med samma avlastare och vitesnivåer för avtalsbrott, som det hänvisas till i skäl 556 i det omtvistade beslutet, är motiverade av objektiva skäl. De har bestridit att dessa motiveringar enbart rör deras egna intressen. De anser att motiveringarnas objektiva karaktär framgår av de talrika hänvisningarna till rådande rättsläge i Förenta staterna. Vad beträffar det faktum att TACA-parterna har anmält en ändrad version av sitt avtal som inte längre innehåller de oskäligen villkor och andra konkurrensbegränsningar i fråga om serviceavtal som identifieras i det omtvistade beslutet, avspeglar det inte sökandenas brist på förtroende för avtalets giltighet utan deras vilja att avsluta tvisten med kommissionen.
- 1092 För det första har sökandena preciserat beträffande ”contingency”-klausulerna, att det i denna typ av klausuler i allmänhet föreskrivs att, för det fall den tariffbaserade fraktsatsen når en lägre nivå än fraktsatsen i avlastarens serviceavtal eller om konferensen ingår i ett annat serviceavtal i vilket det anges ett åtagande avseende en mindre volym samt en lägre fraktsats, den avlastare som undertecknar det första avtalet automatiskt kan dra nytta av den lägsta fraktsatsen.
- 1093 Enligt sökandena motiveras förbudet mot ”contingency”-klausuler av att det är nödvändigt att bevara fraktsatsernas och tjänsternas stabilitet. ”Contingency”-klausulerna kan nämligen inverka menligt på linjekonferensernas stabiliserande roll, vilken är själva syftet med det i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget. De amerikanska myndigheterna medgav i samband med en tvist mellan Lykes och en sammanslutning av avlastare år 1995 att ”conting-

ency"-klausulerna kunde vara konkurrensbegränsande eftersom de kunde leda till att Lykes inte beviljade konkurrenterna till ifrågavarande sammanslutning av avlastare förmånliga fraktsatser. Det framgår även av de amerikanska myndigheternas fasta praxis att de så kallade klausulerna om mest gynnad nation är konkurrensbegränsande. Det är följaktligen felaktigt att hävda att denna typ av avtalsvillkor endast i undantagsfall bedömts vara konkurrensbegränsande.

1094 Vad för det andra gäller avtalens varaktighet, har sökandena först preciserat att syftet med det villkor som föreskrivs i TACA-avtalet är att TACA-medlemmarna åtar sig att upprätthålla ett stabilt pris under åtminstone ett kalendeår och att på så sätt göra det möjligt för bortfraktaren och avlastaren att planera och budgetera kostnader och utgifter. Denna fördel är i linje med dem som nämns i skäl 473 i det omtvistade beslutet. Sökandena har därefter gjort gällande att ifrågavarande villkor ger administrativa effektivitetsvinster för bortfraktarna, och de bidrar till att säkerställa likabehandling av avlastare som befinner sig i samma situation. Enligt sökandena är vidare den avtalstid på ett år som anges i TACA-avtalet förenlig med sedvanlig praxis i fråga om serviceavtal. Sökandena anser att detta beror på att avlastarna med hänsyn till fluktuationerna på den internationella linjefartsmarknaden och fraktsatsernas nedåtgående tendens är tveksamma till att göra åtaganden om en specifik miniminivå till en bestämd fraktsats under längre tid än ett år. Slutligen har sökandena anfört att kommissionen inte har bevisat att serviceavtal med varaktighet på ett, två eller tre år, såsom föreskrivs i TACA-avtalet, har en starkt konkurrensbegränsande verkan. Kommissionen påstår i skälen 225 och 564 i det omtvistade beslutet att serviceavtalen medför att konkurrensen sätts ur spel. Enligt sökandena skulle denna verkan förstärkas om bortfraktarna och avlastarna hade rätt att ingå serviceavtal som överskred de i TACA-avtalet tillåtna giltighetstiderna.

1095 Vad för det tredje angår flera avtal som sluts med samma avlastare, har sökandena erinrat om att det enligt TACA-avtalet är förbjudet för en bortfraktare att ingå flera serviceavtal med samma avlastare endast i den mån dessa avtal helt eller delvis omfattar transport av samma last på samma rutt eller på ett segment av denna. Enligt sökandena överensstämmer detta förbud med sedvanlig handelspraxis. Först har sökandena anfört att om dessa avtal var tillåtna skulle detta i realiteten innebära att TACA-parterna hade rätt att ensidigt ändra konferens-



serviceavtalen. Därefter har de gjort gällande att det skulle uppstå en intressekonflikt om ena parten hade rätt att förhandla om och rösta fram ett konferensavtal och sedan angripa detta avtal genom att personligen ingå ett avtal med samma avlastare om samma last på andra villkor. Enligt sökandena måste bortfraktare som är medlemmar i en konferens välja mellan att delta i ett konferensavtal, fastställa en TVR, vidta en oberoende åtgärd eller (från år 1996) ingå ett individuellt (eller gemensamt individuellt) serviceavtal. Slutligen har sökandena uppmärksammat att serviceavtal (oavsett om det gäller konferensserviceavtal eller individuella serviceavtal) kan ändras och att parterna därför inte på ett oåterkalleligt sätt är bundna av det villkor som åläggs genom TACA-avtalet. Parterna skulle exempelvis kunna besluta att lägga till varor eller ytterligare destinationer.

1096 Vad för det fjärde gäller vitesnivåer för avtalsbrott, anser sökandena att rätten att reglera de rättsliga konsekvenserna av ett åsidosättande av de skyldigheter som anges i ett konferensserviceavtal ingår i rätten att sluta sådana avtal. De har understrukt att vitesklausulen vid avtalsbrott innebär en uppskattning i förväg av den skada som bortfraktaren lider för det fall avlastaren underlåter att uppfylla de skyldigheter om minimikvantiteter som föreskrivs i serviceavtalet. Det förnuftiga med denna klausul följer även av det tionde skälet i förordning nr 4056/86 där det föreskrivs att medlemmarna i en konferens kan komma överens om "att användare som otillbörligen undviker att fullgöra den trohetsplikt som är motprestationen för rabatter, reducerade fraktsatser och provisioner som beviljats av konferensen, kan påföras sanktioner". Sökandena har dessutom gjort gällande att dessa vitesklausuler är tillåtna i amerikansk rätt. FMC har särskilt uttalat i sitt cirkulär 1-89 att de föreskrivna vitena måste vara betydande för att det skall kunna förhindras att serviceavtal används för att kringgå tariffen. Slutligen har sökandena uppmärksammat att om ett avtal saknar en vitesklausul vid avtalsbrott har bortfraktaren inte något annat val, vid utebliven fullgörelse från avlastarens sida, än att på nytt påföra den last som är föremål för avtalet konferensens fraktsats vilket innebär att avlastaren åläggs att erlægga ett belopp som är högre än det vitesbelopp som föreskrivs enligt TACA-avtalet.

1097 Vad för det andra gäller de individuella serviceavtalen, har sökandena hävdats att förbudet mot dessa utgör objektivt motiverad konferenspraxis.

- 1098 Sökandena anser för det första att den skyldighet som enligt förordning nr 4056/86 åligger en linjekonferens att i sin verksamhet tillämpa enhetliga eller gemensamma fraktsatser (artikel 1.3 b) och att fastställa priser och transportvillkor (artikel 3) ger konferensmedlemmarna befogenheten (men inte skyldigheten) att förbjuda ingåendet av individuella serviceavtal. Enligt sökandena utgör förbudet mot individuella serviceavtal sedvanlig konferenspraxis med syftet att bevara tariffens integritet och enhetlighet. Sedan den 1 januari 1999, den dag då de individuella serviceavtalen infördes av TACA-medlemmarna, har således fraktsatserna på den transatlantiska traden minskat påtagligt (med 21 procent i jämförelse med föregående år på den östliga traden och med 14 procent på den västliga traden). Kommissionen förklarar inte hur rätten att utan hinder ingå individuella serviceavtal skulle kunna vara förenlig med skyldigheten att tillämpa enhetliga eller gemensamma fraktsatser i verksamheten.
- 1099 Sökandena har för det andra framhållit att konferenser på de transatlantiska traderna av tradition har förbjudit att deras medlemmar ingår individuella serviceavtal. Det erkänns således i skäl 126 i det omtvistade beslutet att dessa konferenser "aldrig öppet [hade] tillåtit individuella serviceavtal förrän TACA-parterna införde dem år 1996". Begränsningar i rätten att ingå individuella serviceavtal är snarare regel än undantag på de andra rutterna.
- 1100 Sökandena anser för det tredje att förbudet mot individuella serviceavtal är förenligt med amerikansk rätt. De har anfört att det enligt US Shipping Act är tillåtet att förbjuda medlemmar i en konferens att ingå serviceavtal (avdelning 4 (a) (7)). Detta rättsläge påverkas inte av 1995 års villkorliga förlikningsavtal. FMC beslutade inte i detta villkorliga förlikningsavtal att konferenserna med avseende på amerikansk lagstiftning måste tillåta att individuella serviceavtal ingås, men FMC ålade TACA-parterna en skyldighet att tillåta individuella serviceavtal år 1996. FMC krävde däremot inte att dessa avtal skulle tillåtas år 1997 eller de följande åren och därför hade TACA-parterna rätt att i enlighet med det villkorliga förlikningsavtalet förbjuda individuella serviceavtal.

- 1101 Vad för det tredje angår tillämpningen av konferensens regler om serviceavtal på individuella serviceavtal, har sökandena påstått att när de tillät de individuella serviceavtalen år 1996 hade de enligt US Shipping Act rätt att reglera dem och att förbjuda användningen av dem (avdelning 4 (a) (7)). Tillämpningen av TACA:s regler om individuella serviceavtal var således i överensstämmelse med amerikansk rätt. Vidare anser sökandena att tillämpningen av TACA:s regler om serviceavtal på individuella serviceavtal utgjorde ett krav från FMC:s sida i 1995 års villkorliga förlikningsavtal. Enligt sökandena ålades TACA-parterna genom FMC:s beslut att tillåta individuella serviceavtal för år 1996 och det föreskrevs i beslutet att nämnda avtal skulle regleras genom bestämmelserna i TACA (närmare bestämt artikel 14.2 i TACA).
- 1102 Vad för det fjärde gäller den konfidentiella behandlingen av individuella serviceavtal, har sökandena gjort gällande att det enligt amerikansk rätt (avdelning 8 (c) i US Shipping Act) är obligatoriskt att delge väsentliga villkor i individuella serviceavtal (inklusive sådana som ingås gemensamt). Även om de väsentliga villkor som räknas upp i amerikansk lag inte inbegriper namnet på avlastaren, kan varje välunderrättad aktör i sjötransportsektorn sluta sig till denna information utifrån de uppgifter som offentliggörs, närmare bestämt de sträckor som tillryggaläggs, de berörda varorna, minimivolymen, linjefraktsatsen från den ena terminalen till den andra, varaktigheten, serviceåtagandena och eventuella viten för underlåtelse att fullfölja avtalet). Under dessa förhållanden anser sökandena att det faktum att parterna ger varandra upplysningar rörande individuella serviceavtal kan betraktas som rimligt med avseende på de villkor för öppenhet som följer av US Shipping Act.
- 1103 Sökanden i mål T-213/98 har hävdatt att ett företag med dominerande ställning, i avsaknad av något annan omständighet, inte kan göra sig skyldig till missbruk när det använder sig av affärsmässiga förfaranden som även skulle kunna användas av ett icke dominerande företag (domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen), såvida inte nämnda förfaranden har den verkan att företagets dominerande ställning förstärks eller den kvarvarande konkurrensen på marknaden minskar. Dock är dels ifrågavarande

förfarande i samband med serviceavtal även förekommande bland oberoende rederier, dels visar inte kommissionen att dessa förfaranden har stärkt TACA-parternas påstådda dominerande ställning. Vidare har sökanden, vad gäller förbudet mot individuella serviceavtal, framhållit sina initiativ i fråga om tariffer under ifrågavarande period, såväl i form av oberoende åtgärder som i form av degressiva fraktsatser och transporter av last via de kanadensiska hamnarna.

1104 Kommissionen har med stöd av ECTU gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på dessa grunder och argument.

#### b) Förstainstansrättens bedömning

1105 I syfte att pröva dessa grunder och argument, genom vilka sökandena har hävdats att de förfaranden som utgör det första missbruket var motiverade av objektiva skäl, erinrar förstainstansrätten om att kommissionen i artikel 6 i beslutdelen i det omtvistade beslutet konstaterar att TACA-parterna har missbrukat sin kollektiva dominerande ställning genom att ingå avtal om att begränsa tillgången till och innehållet i serviceavtal.

1106 Det framgår av skälen 551–558 i det omtvistade beslutet, vilket kommissionen har bekräftat vid förhandlingen som svar på förstainstansrättens frågor, att detta första missbruk består av följande förfaranden:

— Beträffande individuella serviceavtal, ett klart förbud mot dessa under åren 1994 och 1995 (skälen 554 och 557) och när de blev tillåtna från och

med år 1996, tillämpningen av vissa villkor som TACA-parterna kollektivt beslutat (skälen 554–556) och underrättelse till varandra av villkoren i avtalen (skäl 552).

- Beträffande konferensserviceavtal, tillämpningen av vissa villkor som TACA-parterna kollektivt beslutat (skälen 554–556).

<sup>1107</sup> Det följer av skäl 556 i det omtvistade beslutet att ifrågavarande villkor som beslutats kollektivt av TACA-parterna rör förbudet mot ”contingency”-klausuler, serviceavtalens löptid, förbud mot ingående av flera avtal med samma avlastare och vitesnivåer för avtalsbrott. Dessa villkor anges i artikel 14.2 i TACA-avtalet.

<sup>1108</sup> Sökandena anser att vart och ett av dessa förfaranden är objektivt motiverat med avseende på artikel 86 i fördraget. De har härvidlag i huvudsak framfört motiveringar av tre slag, nämligen att nämnda förfaranden är nödvändiga för att uppnå vissa mål, att de överensstämmer med sedvanlig praxis på sjötransportområdet och att de överensstämmer med amerikansk rätt.

<sup>1109</sup> Innan dessa motiveringar undersöks måste det inledningsvis understrykas att det inte finns något undantag i gemenskapens konkurrensregler från principen om förbud mot missbruk av dominerande ställning. Enligt artikel 86 i fördraget är det, till skillnad mot artikel 85 i fördraget, inte tillåtet för företag som har en dominerande ställning att ansöka om att undantag skall beviljas till förmån för missbruk (domstolens dom av den 11 april 1989 i mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro, REG 1989, s. 803, svensk specialutgåva, volym 10, s. 9, punkt 32, och domen av den 8 oktober 1996 i de ovan i punkt 568 nämnda förenade målen CEWAL I, punkt 152). Enligt rättspraxis åläggs ett

dominerande företag en särskild skyldighet att inte genom sitt agerande skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på den gemensamma marknaden (domen i det ovan i punkt 337 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 57, och i det ovan i punkt 152 nämnda målet Irish Sugar mot kommissionen, punkt 112). Följaktligen är missbruk som dominerande företag gör sig skyldiga till förbjudna utan undantag.

1110 Det är mot bakgrund av dessa principer som förstainstansrätten skall bedöma de motiveringar som sökandena framfört inom ramen för denna talan.

i) Motiveringarna som baseras på att vissa av ifrågavarande förfaranden är nödvändiga

1111 Sökandena har hävdad att förbudet mot individuella serviceavtal, begränsningarna av varaktigheten och förbudet mot "contingency"-klausuler är nödvändiga för att bevara stabiliteten hos de enhetliga eller gemensamma fraktsatser som åtnjuter det i artikel 3 i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget. De har också gjort gällande att begränsningarna i varaktigheten är nödvändiga för att säkerställa att avlastarna likabehandlas och för att erhålla administrativa effektivitetsvinster. Sökandena anser slutligen att förbudet mot att ingå flera avtal med samma avlastare och villkoret om nivån på avtalsvitenen väsentligen är nödvändiga för att bevara konferensserviceavtalens integritet.

1112 Förstainstansrätten understryker att eftersom det inte finns någon möjlighet att bevilja undantag i enlighet med artikel 86 i fördraget, är missbruk förbjudet oavsett vilka eventuella fördelar det medför för de som är ansvariga för missbruket eller för tredje man.

- 1113 Det är riktigt att förekomsten av en dominerande ställning enligt rättspraxis inte kan frånta ett företag som befinner sig i en sådan ställning rätten att tillvarata sina egna affärsintressen när dessa angrips och att företaget därför i rimlig omfattning måste få möjlighet att vidta de åtgärder som det anser vara lämpliga för att skydda företagets affärsintressen såvida inte ett sådant beteende just har till syfte att förstärka och missbruka denna dominerande ställning (se exempelvis domen i det ovan i punkt 853 nämnda målet *United Brands mot kommissionen*, punkt 189, av den 8 oktober 1996 i de ovan i punkt 568 nämnda förenade målen *CEWAL I*, punkterna 107 och 146, och i det ovan i punkt 152 nämnda målet *Irish Sugar mot kommissionen*, punkt 112). Härav följer att det således är tillåtet för ett dominerande företag att åberopa skäl som kan motivera de åtgärder det vidtar.
- 1114 De motiveringar som enligt rättspraxis är tillåtna inom ramen för artikel 86 i fördraget kan emellertid inte leda till att det vid tillämpningen av denna bestämmelse godtas att det finns skäl att bevilja undantag. Det enda syftet med nämnda motiveringar är nämligen att göra det möjligt för ett dominerande företag att visa inte att ifrågavarande förfaranden är nödvändiga för att uppnå vissa fördelar som motiverar att de tillåts utan endast att sagda förfaranden syftar till att på ett rimligt sätt skydda deras affärsintressen mot åtgärder som vidtas av vissa tredje parter och att de därför i realiteten inte utgör missbruk.
- 1115 Förstainstansrätten konstaterar dock i förevarande mål att de motiveringar som åberopats av sökandena inte syftar till att visa att ifrågavarande förfaranden avseende serviceavtal inte utgör missbruk, utan endast att dessa förfaranden är nödvändiga för att erhålla vissa fördelar, närmare bestämt bevarandet av de enhetliga eller gemensamma fraktsatsernas stabilitet och konferensserviceavtalens integritet, iakttagandet av avlastarnas likabehandling och uppnåendet av administrativa effektivitetsvinster. Förstainstansrätten konstaterar härvidlag att skälen till att ifrågavarande konferenspraxis enligt sökandena är berättigad inte är att tredje parts åtgärder hotar TACA-parternas affärsintressen, utan att det finns en risk för att TACA-parternas egna medlemmar genom sitt beteende skadar de regler som antagits av konferensen, såsom avtalet om kollektivt fastställande av enhetliga eller gemensamma fraktsatser och konferensserviceavtalen, eller att de hindrar konferensen från att fungera effektivt.

- 1116 Härav följer att sökandena genom dessa motiveringar i realiteten syftar till att erhålla ett undantag till förmån för ifrågavarande missbruk på den grunden att nämnda förfaranden är nödvändiga för att uppnå vissa fördelar som är en följd av konferenssystemet.
- 1117 Redan detta är tillräckligt för att inte godta de motiveringar som baseras på att ifrågavarande regler är nödvändiga. Förstainstansrätten konstaterar dock dessutom att även om sådana motiveringar kunde beaktas vid tillämpningen av artikel 86 i fördraget, har sökandena på intet sätt visat på vilket sätt ifrågavarande förfaranden är nödvändiga för att uppnå de påstådda fördelarna.
- 1118 Vad således gäller påståendet om att det är nödvändigt att bevara de enhetliga eller gemensamma fraktsatsernas stabilitet, kan inte enbart den omständigheten att det kollektiva fastställandet av nämnda fraktsatser åtnjuter det i artikel 3 i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget motivera ifrågavarande förfaranden med avseende på artikel 86 i fördraget. Dels anges det uttryckligen i artikel 8.2 i förordning nr 4056/86 att artikel 86 i fördraget skall tillämpas på de linjekonferenser som beviljats det i artikel 3 i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget (domen av den 8 oktober 1996 i de ovan i punkt 568 nämnda förenade målen CEWAL I, punkt 64). Dels kan inte verkningarna av gruppundantaget i artikel 3 i förordning nr 4056/86, mot bakgrund av att det helt och hållet är av undantagskaraktär, utsträckas till att omfatta mer än sitt tillämpningsområde (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 196 nämnda målet FEFC, punkt 254).
- 1119 Sökandena kan i än mindre utsträckning, vad gäller påståendet om att det är nödvändigt att inte skada konferensserviceavtalen, åberopa detta syfte för att med avseende på artikel 86 i fördraget motivera ifrågavarande konkurrensbegränsande förfaranden då konferensserviceavtalen, av nedan i punkterna 1381-1385 nämnda skäl, inte kan bli föremål för något gruppundantag enligt artikel 3 i förordning nr 4056/86. Förstainstansrätten noterar vidare vad beträffar vitesklausulen att även om det anges i tionde skälet i förordning nr 4056/86, såsom sökandena med rätta har anfört, att medlemmarna i en konferens kan komma överens om "att [avlastare] som otillbörligen undviker att fullgöra den trohetsplikt som är motprestationen för rabatter, reducerade fraktsatser och



provisioner som beviljats av konferensen kan påföras sanktioner”, finns det ingen bestämmelse i nämnda förordning om vilken vitesnivå för avtalsbrott som kommissionen skall tillämpa. Det framgår dock av skäl 556 i det omtvistade beslutet att endast vitesnivån, såsom den fastställts av TACA-parterna, närmare bestämt till ett belopp på 250 USD per TEU, anses utgöra missbruk i nämnda beslut.

1120 Vad gäller den påstådda nödvändigheten av att säkerställa likabehandling av avlastarna och att göra administrativa effektivitetsvinster, räcker det att notera att det med hänsyn till den särskilda skyldighet som åligger dominerande företag att inte skada konkurrensen, ankommer det på dominerande företag att agera på ett sätt som står i proportion till de syften som eftersträvas. Det är uppenbart att en motivering som rör TACA:s inre organisation inte kan göra en överträdelse av artikel 86 i fördraget berättigad. Vad gäller motiveringen att det är nödvändigt att säkerställa likabehandling av avlastare kan sökandena inte heller med framgång göra gällande att de har för avsikt att inte överträda artikel 86 i fördraget, som innehåller ett förbud i punkt c mot att dominerande företag tillämpar diskriminerande villkor mot sina handelspartner, för att motivera en annan överträdelse av artikel 86 i fördraget.

1121 Sökandena kan slutligen i vart fall inte med framgång åberopa den omständigheten att vissa TACA-parter skulle kunna åsidosätta sina skyldigheter enligt avtalet om fastställande av enhetliga eller gemensamma fraktsatser eller enligt konferensserviceavtalen för att med avseende på artikel 86 i fördraget motivera förfaranden som syftar till att förhindra sådana åsidosättanden. Redan den omständigheten att iakttagandet av avtalet om fastställande av fraktsatser och konferensserviceavtalen gör att ifrågavarande förfaranden helt förlorar sitt ändamål i fråga om serviceavtal räcker för att bevisa att dessa förfaranden inte är nödvändiga (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 196 nämnda målet FEFC, punkt 389).

1122 Motiveringarna avseende de fördelar som ifrågavarande förfaranden ger i fråga om serviceavtal kan således inte godtas.

ii) Motiveringarna om att vissa av ifrågavarande förfaranden överensstämmer med sedvanlig praxis på sjötransportområdet

1123 Sökandena har hävdad att förbudet mot individuella serviceavtal och begränsningarna av varaktigheten överensstämmer med sedvanlig praxis inom sektorn.

1124 Förstainstansrätten understryker emellertid att ett beteende inte kan upphöra att utgöra missbruk enbart av det skälet att det utgör allmän praxis i en bestämd sektor. I annat fall skulle artikel 86 i fördraget kunna förlora sitt föremål. Ett dominerande företag i den mening som avses i artikel 86 i fördraget åläggs nämligen en särskild skyldighet att inte genom sitt agerande skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på ifrågavarande marknad (domen i det ovan i punkt 337 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 57). I motsats till vad sökanden i mål T-213/98 har gjort gällande, begränsas ett sådant ansvar på intet sätt enbart till beteenden som har den verkan att det berörda företagets dominerande ställning förstärks eller att den kvarvarande konkurrensen på marknaden minskar, eftersom artikel 86 i fördraget inte endast avser förfaranden som kan skada en effektiv konkurrens utan även sådana som i likhet med i förevarande mål kan leda till skada för konsumenterna (domen i det ovan i punkt 779 nämnda målet Europemballage och Continental Can mot kommissionen, punkt 26).

1125 Även om vart och ett av ifrågavarande förfaranden avseende serviceavtal antas ingå i rederiernas sedvanliga praxis, är det inte desto mindre enligt artikel 86 i fördraget förbjudet för TACA-parterna, med hänsyn till det särskilda ansvar som åligger dem i egenskap av kollektiv dominerande enhet på den transatlantiska traden, att använda sig av sådana förfaranden trots att dessa förfaranden används av de flesta eller till och med av alla deras konkurrenter.

1126 Den omständigheten att det enligt artikel 86 d i fördraget endast är förbjudet att ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, om dessa ”varken till sin natur eller enligt handelsbruk” har något samband med föremålet för nämnda avtal, kan inte föranleda förstainstansrätten

att göra någon annan bedömning. Beaktandet av handelsbruk i detta sammanhang hänför sig nämligen till prövningen av de olika beståndsdelarna i begreppet ”kopplad försäljning” eftersom det med nödvändighet krävs för att det skall kunna fastställas att det är frågan om sådan försäljning att det slås fast under vilka förhållanden affärsmässig försäljning inte är kopplad. Av ovan angivna skäl kan detta beaktande av handelsbruk emellertid inte utsträckas till att avse andra otillbörliga förfaranden, särskilt när de just har till syfte att förstärka och missbruka denna dominerande ställning (domen i det ovan i punkt 853 nämnda målet *United Brands mot kommissionen*, punkt 189).

1127 Följaktligen kan de motiveringar som baseras på handelsbruk inte godtas.

iii) Motiveringarna om att vissa av ifrågavarande förfaranden överensstämmer med amerikansk rätt

1128 Sökandena har gjort gällande att villkoret om nivån på avtalsviten, förbudet mot ”contingency”-klausuler, förbudet mot individuella serviceavtal, tillämpningen av villkor som fastställts kollektivt av konferensen på de individuella serviceavtalen samt underrättelsen till varandra om villkoren i serviceavtalen utgör förfaranden som överensstämmer med amerikansk rätt.

1129 Förstainstansrätten noterar inledningsvis i förevarande mål att TACA i egenskap av linjekonferens på den transatlantiska traden lyder både under gemenskapens konkurrensregler, såsom de följer av artiklarna 85 och 86 i fördraget, och amerikansk rätt, i synnerhet US Shipping Act. Härav följer att TACA-parterna måste säkerställa att deras beteende på ifrågavarande marknad är förenligt inte endast med gemenskapens konkurrensregler utan även med amerikansk rätt.

1130 Förstainstansrätten erinrar om att artiklarna 85 och 86 i fördraget enligt fast rättspraxis enbart avser sådant konkurrensbegränsande agerande som företagen på eget initiativ har medverkat till. Om företagen åläggs att agera på ett konkurrensbegränsande sätt i nationell lagstiftning eller om denna lagstiftning ger upphov till ett rättsligt ramverk som omöjliggör ett konkurrensmässigt agerande från företagets sida, är artiklarna 85 och 86 i fördraget inte tillämpliga. Som framgår av dessa bestämmelser orsakas inte konkurrensbegränsningen i en sådan situation av företagets eget agerande. Däremot kan artiklarna 85 och 86 i fördraget tillämpas om det visar sig att den nationella lagstiftningen lämnar rum för en konkurrens som kan hindras, begränsas eller snedvridas genom företagets eget agerande (se domstolens dom av den 11 november 1997 i de förenade målen C-359/95 P och C-379/95 P, kommissionen och Frankrike mot Ladbroke Racing, REG 1997, s. I-6265, punkt 33, av den 9 september 2003 i mål C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi, REG 2003, s. I-8055, punkterna 52–55, och av den 11 september 2003 i mål C-207/01, Altair Chimica SpA, REG 2003, s. I-8875, punkterna 30, 35 och 36, förstainstansrättens dom av den 17 juli 1998 i mål T-111/96, ITT Promédia mot kommissionen, REG 1998, s. II-2937, punkt 96, i det ovan i punkt 152 nämnda målet Irish Sugar mot kommissionen, punkt 130, av den 30 mars 2000 i mål T-513/93, Consiglio Nazionale degli Spedizioneri Doganali mot kommissionen, REG 2000, s. II-1807, punkterna 58 och 59, och av den 26 oktober 2000 i mål T-154/98, Asia Motor France m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-3453, punkterna 78–91). Om nationell lagstiftning begränsar sig till att uppmuntra eller underlätta självständiga konkurrenshämmande förfaranden för företagen, omfattas dessa följaktligen av tillämpningsområdet för konkurrensbestämmelserna i fördraget (se bland annat domstolens dom av den 27 september 1988 i de förenade målen 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 och 125/85–129/85, Ahlström mot kommissionen, REG 1988, s. 5193, svensk specialutgåva, volym 14, s. 111, punkt 20, och i det ovannämnda målet Consorzio Industriale Fiammiferi, punkt 56).

1131 I den mån sökandena i förevarande mål har gjort gällande att vissa av ovannämnda förfaranden är tillåtna eller till och med gynnade i amerikansk rätt, konstaterar förstainstansrätten att denna omständighet i sig helt saknar relevans för tillämpningen av artikel 86 i fördraget på nämnda förfaranden. TACA-parterna behåller nämligen i ett sådant fall möjligheten att anpassa sitt beteende i syfte att iakttä såväl gemenskapens konkurrensregler som gällande rätt i Förenta staterna.

1132 Vad således beträffar vitesklausulen vid avtalsbrott kan inte det faktum att denna typ av klausul är tillåten i Förenta staterna med framgång åberopas för att

motivera nämnda klausul med avseende på artikel 86 i fördraget, i synnerhet som det framgår av skäl 556 i det omtvistade beslutet att det endast är vitesnivån såsom den har fastställts av TACA-parterna och inte själva det faktum att en sådan klausul föreskrivits som betraktas som missbruk i det omtvistade beslutet.

1133 Likaledes vad gäller förbudet mot ”contingency”-klausuler är det tillräckligt att notera, för att sökandenas klander inte skall kunna godtas, att sökandena endast har påstått att ”contingency”-klausulerna enligt amerikansk rättspraxis kan medföra konkurrensbegränsande verkningar och att det därför är tillåtet men inte obligatoriskt att förbjuda dem.

1134 Vad slutligen gäller förfaranden avseende individuella serviceavtal är det ostridigt mellan parterna att upphävandet av förbudet mot individuella serviceavtal år 1996 var en följd av FMC:s beslut av den 4 april 1995 att avsluta den process som inletts i Förenta staterna gentemot TACA:s förfaranden, särskilt den överdrivet höga nivån på de tariffbaserade fraktsatserna, efter det att TACA-parterna gått med på att sänka fraktsatserna i 1995 års tariff till 1994 års nivå. Detta beslut har följande lydelse:

”... förslaget till förlikningsavtal godkänns under förutsättning att TACA-avtalet ändras genom tillägg av en ny artikel 14.4 som har följande lydelse:

Varje part kan, utan hinder av bestämmelserna i artikel 14.3, individuellt eller gemensamt med en annan part, ingå ett individuellt avtal med varje avlastare eller sammanslutning av avlastare i syfte att transportera last på traden på villkor att detta avtal

...

i) inte börjar gälla före den 1 januari 1996 och upphör att gälla den 31 december 1996 eller tidigare ...,

ii) är förenligt med de riktlinjer som anges i artikel 14.2 a-h.”

1135 Sökandena har gjort gällande att FMC:s beslut inte kan utgöra något bevis på att förbudet mot individuella serviceavtal åren 1994 och 1995 strider mot amerikansk rätt, eftersom detta beslut inte hindrade TACA-parterna från att återinföra nämnda förbud från och med år 1997.

1136 Det är riktigt, såsom sökandena har gjort gällande, att det framgår av FMC:s beslut att upphävandet av förbudet mot individuella serviceavtal endast avser år 1996.

1137 Denna omständighet saknar emellertid relevans inom ramen för denna grund. Detta visar nämligen inte mer än att det enligt amerikansk rätt var tillåtet för TACA-parterna att förbjuda individuella serviceavtal under åren 1994 och 1995 och att återinföra detta förbud från och med år 1997. I överensstämmelse med ovan i punkt 1130 nämnda rättspraxis kan dock denna omständighet inte motivera att ifrågavarande förfarande skulle vara lagenligt med avseende på artikel 86 i fördraget, eftersom inget hindrade TACA-parterna från att inte föreskriva ett sådant förbud under åren 1994 och 1995 eller att inte återinföra det från och med år 1997.

1138 Det är vidare utrett att TACA-parterna inte återinfört förbudet mot individuella serviceavtal efter år 1996, vilket i sig är tillräckligt för att visa att nämnda förbud inte var nödvändigt för att rätta sig efter amerikansk rätt.

- 1139 Följaktligen kan inte sökandena basera sig på FMC:s beslut för att objektivt motivera förbudet mot individuella serviceavtal från och med år 1996.
- 1140 Såvitt sökandena har gjort gällande att vissa av ifrågavarande förfaranden föreskrivs i amerikansk rätt noterar förstainstansrätten att det med hänsyn till det faktum som understryks ovan att TACA-parterna vad gäller deras verksamhet på den transatlantiska traden lyder både under gemenskapsrättens konkurrensregler och amerikansk rätt, kan det inte uteslutas att ett beteende som är förbjudet enligt gemenskapsrätten föreskrivs i amerikansk rätt, vilket innebär att TACA-parterna för att iaktta gemenskapsrätten inte har något annat val än att överträda amerikansk rätt. Förstainstansrätten framhåller för övrigt att artikel 9 i förordning nr 4056/86 uttryckligen förutser dessa konfliktsituationer med tredje lands lagstiftning. Enligt denna bestämmelse ankommer det i ett sådant fall på kommissionen att inleda förhandlingar med det berörda tredje landet för att i möjligaste mån förena ifrågavarande intressen.
- 1141 Förstainstansrätten skall emellertid i förevarande mål först avgöra i vilken mån ifrågavarande förfaranden verkligen följer av lagstadgade förpliktelser för TACA-parterna.
- 1142 Vad beträffar tillämpningen på individuella serviceavtal av de regler som fastställts kollektivt av konferensen, finner förstainstansrätten i likhet med sökandena att det följer av FMC:s ovan i punkt 1134 nämnda beslut att det i beslutsdelen föreskrivs att TACA-parterna kan ingå individuella serviceavtal "under förutsättning" att de är förenliga med bestämmelserna i artikel 14.2 i TACA-avtalet, av vilken artikel det framgår att tillämpningen på individuella serviceavtal av dessa sistnämnda regler inte endast tilläts utan till och med påbjöds av FMC.

- 1143 För att räckvidden av FMC:s beslut på denna punkt skall kunna bedömas måste emellertid hänsyn tas till beslutets natur, samt till det syfte som eftersträvades med beslutet.
- 1144 Vad först angår naturen hos FMC:s beslut, betonar förstainstansrätten att beslutet inte utgör en abstrakt lagstiftningsakt med allmän räckvidd utan en rättsakt som avser ett godkännande av ett förslag till avtal vilket har ingåtts mellan TACA-parterna och FMC:s tjänstegrenar i syfte att avsluta ett tvistemålsförfarande som inletts av FMC.
- 1145 Härav följer att de skyldigheter för sökandena som föreskrivs i detta beslut inte helt och hållet är en följd av yttre omständigheter. Dels har nämnda beslut sitt ursprung i TACA-parternas eget beteende, närmare bestämt det faktum att de använt sig av överdrivet höga priser som kan skada avlastarna, dels är ordalydelsen i detta beslut, såsom framgår av handlingar som sökandena företett som svar på en skriftlig fråga från förstainstansrätten på denna punkt, ett resultat av förhandlingar med FMC i vilka TACA-parterna deltog.
- 1146 Det framgår visserligen av handlingarna i målet vid förstainstansrätten att tillämpningen av artikel 14.2 i TACA-avtalet på individuella serviceavtal lades till av FMC i det sista skedet av förfarandet som villkor för godkännande av det förslag till förlikningsavtal som förelagts FMC. Det är således med orätt som kommissionen hävdade vid förhandlingen att tillämpningen av de regler som fastställts kollektivt av TACA-parterna på de individuella serviceavtalen hade förhandlats fram mellan TACA-parterna och FMC:s tjänstegrenar.
- 1147 Emellertid kvarstår att det framgår av skälen till beslutet att detta villkor för godkännande, även om det inte förhandlades fram mellan TACA-parterna och FMC, ändå inte ålades ensidigt av FMC. FMC förelade nämligen uttryckligen TACA-parterna detta villkor för godkännande, vilket skedde den 9 mars 1995, genom delgivning till FMC av en ändrad version av TACA-avtalet. Även om en



vägran att godta detta villkor för godkännande inom föreskriven tid, enligt beslutet, skulle ha medfört att förslaget till förlikningsavtal förföll, anser förstainstansrätten att TACA-parterna godtog nämnda villkor på sitt eget initiativ genom att de tog hänsyn till de olika föreliggande intressena. Det bör för övrigt noteras att det faktum att förslaget till förlikningsavtal eventuellt skulle förfalla inte innebar ett ställningstagande i förväg i den process som fördes i sakfrågan av FMC angående lagenligheten hos TACA-parternas förfarande.

1148 Vad därefter beträffar FMC-beslutets syfte, noterar förstainstansrätten att det villkor för godkännande som FMC föreskrev i huvudsak inte syftade till att TACA:s regler skulle tillämpas på de individuella serviceavtalen, utan till att det av TACA föreskrivna förbudet mot att ingå sådana avtal skulle avskaffas. Villkoret var således ett svar på den av avlastarna uttryckta farhågan att TACA-parterna efter det att förslaget till förlikningsavtal offentliggjorts skulle kompensera 1995 års minskningar av fraktsatserna i tariffen genom överdrivet stora ökningar av fraktsatserna i tariffen år 1996. Enligt FMC kunde den ökade konkurrensen till följd av individuella serviceavtal på traden fränta TACA-parterna den möjligheten.

1149 Med avseende på detta syfte visar det sig att tillämpningen av TACA:s regler på de individuella serviceavtalen snarare än att utgöra ett frivilligt syfte hade införts av FMC för att låta TACA-parternas kunder ingå individuella serviceavtal på samma villkor som för konferensserviceavtal. Det är för övrigt inte möjligt att med utgångspunkt i skälen till beslutet anse att FMC betraktade tillämpningen av de av TACA kollektivt fastställda reglerna på de individuella serviceavtalen som oundgänglig för att uppnå det eftersträvade syftet och följaktligen att det faktum att TACA-parterna inte tillämpade sådana regler med nödvändighet utgjorde ett åsidosättande av detta beslut. Såsom intervenienten med rätta har anfört vid förhandlingen, framgår det för övrigt av beslut 2003/68, särskilt av skälen 24.2 och 64, att det i det reviderade TACA-avtalet inte längre finns några restriktioner för TACA-parterna att ingå individuella serviceavtal med avlastarna på villkor som parterna i dessa avtal fritt kommer fram till.

- 1150 Förstainstansrätten finner mot bakgrund av alla dessa skäl att sökandena genom FMC:s beslut inte ålades att tillämpa TACA:s regler på individuella serviceavtal från och med 1996. Följaktligen kan sökandenas klander på denna punkt inte godtas eftersom det grundar sig på en felaktig förutsättning.
- 1151 Vad beträffar TACA-parternas underrättelse till varandra om villkoren i serviceavtalen, framgår det av skäl 498, som det hänvisas till i skäl 551, och av skäl 552 i det omtvistade beslutet att det missbruk som kommissionen förebrår sökandena består i att TACA-parterna avslöjade förekomsten av individuella serviceavtal och innehållet i nämnda avtal för rederier som inte var parter i avtalen.
- 1152 Det är emellertid ostridigt mellan parterna att TACA-parterna enligt US Shipping Act är skyldiga att anmäla sina individuella serviceavtal till FMC och även att inge en sammanfattning av "de väsentliga villkoren" i dessa avtal. Dessa villkor, som överensstämmer med vid tidpunkten för ifrågavarande faktiska omständigheter gällande lag, rör ursprungs- eller destinationshamnområdena eller de geografiska områdena, den vara eller de varor som berörs, minimivolymen, den linjefraktsats som skall tillämpas på själva transporten, varaktigheten, serviceåtagandena och eventuella viten för underlåtelse att fullfölja avtalet. Sammanfattningen offentliggörs sedan av FMC. Kommissionen har inte bestridit att denna sammanfattning innehåller all relevant information som finns i de "väsentliga villkoren", vilket innebär att innehållet i nämnda villkor är tillgängligt för allmänheten så snart det offentliggjorts och detta inbegriper inte endast avlastarna utan även alla TACA-parter. Såsom kommissionen framhåller i skäl 112 i det omtvistade beslutet måste TACA-parterna enligt amerikansk rätt erbjuda samma villkor för alla avlastare i en liknande situation.
- 1153 Under dessa förhållanden konstaterar förstainstansrätten att, i motsats till vad sökandena anser, ifrågavarande förfaranden inte åläggs genom amerikansk rätt. I den amerikanska lagstiftningen anges nämligen inte att TACA-parterna skall underrätta varandra om förekomsten av och innehållet i individuella serviceavtal.

Det enda som föreskrivs är en skyldighet att anmäla nämnda avtal till FMC som därefter offentliggör en sammanfattning av de "väsentliga villkoren".

- 1154 Förstainstansrätten noterar emellertid att innehållet i de individuella serviceavtalens "väsentliga villkor" utgör offentliga uppgifter till följd av att en sammanfattning av dessa har offentliggjorts i Förenta staterna. Mot denna bakgrund kan inte TACA-parterna förebrås av kommissionen i skäl 552 i det omtvistade beslutet att de kom överens om att "underrätta" varandra om villkoren i avtalen. Med hänsyn till att innehållet i de "väsentliga villkoren" hade offentliggjorts utgjorde den omständigheten att TACA-parterna underrättade varandra om att det fanns individuella serviceavtal och om innehållet i dessa ett utbyte av offentlig information. Enligt rättspraxis kan emellertid ett sådant system för informationsutbyte inte strida mot fördragets konkurrensregler (se bland annat förstainstansrättens dom av den 27 oktober 1994 i mål T-35/92, Deere mot kommissionen, REG 1994, s. II-957, svensk specialutgåva, volym 16, s. 129, punkt 81, fastställd av domstolens dom av den 28 maj 1998 i mål C-7/95 P, Deere mot kommissionen, REG 1998, s. I-3111, punkterna 89 och 90).
- 1155 Kommissionen har emellertid som svar på skriftliga frågor från förstainstansrätten på denna punkt hävdat att TACA-parterna delgav varandra ytterligare information utöver den som omfattas av det offentliggörande som föreskrivs i US Shipping Act. Kommissionen medgav dock när den utfrågades under förhandlingen på denna punkt att det enda villkor i de individuella serviceavtalen som enligt amerikansk rätt inte skall offentliggöras i egenskap av "väsentligt villkor" är villkoret om berörd eller berörda avlastares identitet.
- 1156 Emellertid noterar förstainstansrätten, såsom sökandena med rätta har gjort gällande i sina skrivelser till förstainstansrätten, att TACA-parterna med lätthet kan sluta sig till identiteten hos den berörde avlastaren eller de berörda avlastarna utifrån de "väsentliga villkor" som offentliggörs i enlighet med amerikansk rätt. Eftersom TACA-parterna nämligen i fråga om varje individuellt serviceavtal som ingås av någon av dem har tillgång till sådana upplysningar som berörda hamnområden och geografiska områden, berörda produkter och garanterade prestationer och tjänster, kan det rimligen anses att de med hänsyn till de talrika

band som finns dem emellan inom ramen för linjekonferensen har möjlighet att bestämma identiteten på den eller de avlastare som ingått berörda serviceavtal. Kommissionen har för övrigt inte bestridit detta faktum, utan på sin höjd hävdad att identiteten hos berörd eller berörda avlastare hade avslöjats av TACA-parterna innan de "väsentliga villkoren" offentliggjordes. Förstainstansrätten slår dock fast att detta påstående, såsom det formulerats för första gången vid förhandlingen, inte har bekräftats av någon uppgift i handlingarna i målet och således inte kan anses styrkt.

1157 Det följer följaktligen av det ovan anförda att var och en av TACA-parterna kunde under den period som omfattas av det omtvistade beslutet, med avseende på det offentliggörande av de "väsentliga villkor" som ingår i de individuella serviceavtalen vilket föreskrivs i amerikansk rätt, få kännedom om förekomsten av individuella serviceavtal som ingåtts av en av dem samt alla de relevanta villkoren i dessa avtal.

1158 Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten att det med orätt konstateras i det omtvistade beslutet att sökandena kom överens om att underrätta varandra om förekomsten av och innehållet i de individuella serviceavtalen.

1159 Följaktligen skall sökandenas klander på denna punkt godtas.

## 2. Det omtvistade beslutets motivering av det första missbruket

### a) Parternas argument

1160 Sökandena har formulerat kritik i fyra olika avseenden av motiveringen i det omtvistade beslutet såvitt angår konferensserviceavtalen.

- 1161 Den första invändningen går ut på att det i det omtvistade beslutet inte förklaras varför medlemmarna i en konferens inte bör tillåtas att fastställa villkoren för sin befogenhet att ingå konferensserviceavtal ("conference service contract authority"), då utövandet av denna befogenhet i sig är förenligt med gemenskapsrätten.
- 1162 Sökandena har anfört att även om kommissionen finner att befogenheten att ingå konferensserviceavtal inte omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 4056/86, utesluter den inte att denna befogenhet kan bli föremål för ett individuellt undantag. Sökandena har i detta hänseende hänvisat till skäl 582 i det omtvistade beslutet där det anges att "detta beslut [inte] innebär ... att avlastarna måste omförhandla sina gemensamma serviceavtal och inte heller att det införs någon tidsfrist inom vilken omförhandlingar bör ske". Eftersom medlemmarna i en konferens kan komma överens med varandra om att ingå konferensserviceavtal, följer härav att konferensmedlemmarna även måste tillåtas att fastställa på vilka villkor de kan ingå sådana avtal. Om detta inte är kommissionens ståndpunkt borde den motivera varför sökandenas avtal om dessa villkor utgör missbruk av dominerande ställning.
- 1163 Sökandena har noterat i repliken att kommissionens påstående i dess svaromål om att det första missbruk som tas upp i det omtvistade beslutet inte rör avtalet om villkoren för utövande av konferensens befogenhet i fråga om serviceavtal utan begränsningarna i rätten i att ingå individuella serviceavtal (och individuella gemensamma serviceavtal) som sådana eller endast på villkor som överenskommits kollektivt.
- 1164 Sökandenas andra invändning baseras på att kommissionen i det omtvistade beslutet inte tillräckligt motiverar sitt påstående om att de villkor som uppställdes i artikel 14.2 i TACA-avtalet vilka det hänvisas till i skäl 556 i det omtvistade beslutet (närmare bestämt contingency-klausuler, serviceavtalens löptid, förbud mot ingående av flera avtal med samma avlastare och vitesnivåer för avtalsbrott) är oskäligen med avseende på artikel 86 a i fördraget. Kommissionen förklarar inte

orsakerna till att avtalet om innehåll i konferensserviceavtalen utgör missbruk av dominerande ställning. Det finns vidare ingen analys av dessa villkor och inget beaktande av det kommersiella och ekonomiska sammanhang mot vilket dessa villkor beslutades. Kommissionen förklarar vidare inte på vilket sätt den bedömning är relevant som gjorts inom ramen för artikel 85.3 i fördraget, vilken det hänvisas till i skäl 551 i det omtvistade beslutet.

1165 Sökandenas tredje invändning rör det faktum att det inte förklaras i det omtvistade beslutet varför villkoren för sökandenas tillhandahållande av tjänster var oskäligen. Det framgår dock av rättspraxis att en leveransvägran endast utgör missbruk om den inte är objektivt motiverad. Det omtvistade beslutet innehåller inte någon sådan analys utan endast ett konstaterande i skälen 553 och 554 att det på grund av regler som anges i artikel 14 i TACA-avtalet inte fanns något serviceavtal tillgängligt i vilket dessa regler inte iakttoogs.

1166 Sökandenas fjärde invändning baseras på att kommissionen trots lärdomarna från domen i det ovan i punkt 594 nämnda planglas-målet (punkt 360), återanvänt de konstateranden som gjorts inom ramen för artikel 85 i fördraget för att dra slutsatsen att det förekom missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget. Enligt sökandena består det första missbruk som nämns i beslutet nämligen, såsom medges i skäl 551, av samma beteende som det som undersöktes i egenskap av överträdelse av artikel 85 vilket "beskrivs utförligare i skälen 487-502". Det följer av denna hänvisning att eftersom serviceavtalens villkor, ur kommissionens synvinkel, inte ger tillräckligt med fördelar i form av förbättrad produktion eller distribution av tjänster eller i form av främjande av teknisk eller ekonomisk utveckling för att uppfylla de villkor för individuellt undantag som räknas upp i skälen 487-502, är även dessa villkor otillbörliga och orimliga med avseende på artikel 86 i fördraget.

- 1167 Sökandena har påstått i repliken att detta resonemang innebär en felaktig rättstillämpning. De har gjort gällande att prövningen av ett förfarande med avseende på de villkor för beviljande av individuellt undantag som föreskrivs i artikel 85.3 i fördraget utan någon annan formalitet inte kan utgöra ett tillräckligt resonemang för att motivera slutsatsen att detta förfarande även utgör missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget. Eftersom de rättsliga kriterierna för tillämpning av artiklarna 85 och 86 i fördraget är olika och har olika ekonomiska syften, kan enbart en hänvisning till det resonemang som förs inom ramen för artikel 85 i fördraget inte vara tillräckligt för att motivera konstaterandet av ett missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget. Det omtvistade beslutet innehåller dock inte (i högre grad än svaromålet) någon redogörelse för orsakerna till att dessa konkurrensbegränsningar utgör missbruk i den mening som avses i artikel 86 a och b i fördraget.
- 1168 Sökandena anser att generaladvokatens förslag till avgörande till domen av den 16 mars 2000 i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen CEWAL II inte är relevant för denna problematik. Generaladvokaten studerar nämligen inte i punkterna 28 och 35 i sitt förslag till avgörande frågan om hänvisningen till det resonemang som förs inom ramen för artikel 85.3 i fördraget i syfte att motivera konstaterandet av ett missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget. Nämnda punkter rör i stället en annan fråga, nämligen huruvida kommissionen för att fastställa de ekonomiska band som krävs för att göra en kollektiv undersökning kan basera sig på omständigheter som kan motsvara ett avtal eller ett samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 85 i fördraget.
- 1169 Kommissionen anser med stöd av ECTU att det omtvistade beslutet är tillräckligt motiverat på alla dessa punkter och har därför yrkat att talan skall ogillas såvitt avser dessa grunder och klander.

#### b) Förstainstansrättens bedömning

- 1170 Genom dessa grunder och klander har sökandena gjort gällande att det inte anges i det omtvistade beslutet varför villkoren för utövande av befogenheten att ingå

konferensserviceavtal strider mot artikel 86 i fördraget. De har vidare i huvudsak påstått att kommissionen inte på ett tillräckligt sätt har redogjort för orsakerna till att de förfaranden som utgör det första missbruket dels utgör missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget, dels inte är motiverade av objektiva skäl.

1171 Vad för det första gäller klandret avseende avsaknaden av motivering till varför villkoren för utövande av befogenheten att ingå konferensserviceavtal utgör missbruk, har det redan konstaterats ovan i punkterna 1106 och 1107 att i fråga om konferensserviceavtal bestod det första missbruket enligt det omtvistade beslutet i det faktum att TACA-parterna tillämpade vissa villkor på dessa serviceavtal som föreskrivs i artikel 14.2 i TACA-avtalet, närmare bestämt enligt skäl 556 i det omtvistade beslutet villkoren om förbudet mot "contingency"-klausuler, serviceavtalens löptid, förbudet mot ingående av flera avtal med samma avlastare och vitesnivåer för avtalsbrott.

1172 Härav följer, till skillnad mot vad sökandena har gjort gällande, att det i det omtvistade beslutet inte konstateras att redan det faktum att villkor för utövande av befogenheten att ingå konferensserviceavtal fastställs kollektivt utgör ett missbruk i sig utan endast att tillämpningen av vissa av dessa villkor i TACA-avtalet utgör missbruk.

1173 Sökandenas klander på denna punkt saknar således föremål.

1174 Vad för det andra beträffar klandret om att det saknas motivering till att de förfaranden som utgör det första missbruket är otillbörliga, har sökandena förebrått kommissionen att den i det omtvistade beslutet inte redogör för skälen till att nämnda förfaranden omfattas av artikel 86 i fördraget, utan i stället "återanvänder" den motivering som användes för att utesluta tillämpningen av artikel 85.3 i fördraget på dessa förfaranden.



- 1175 Förstainstansrätten noterar inledningsvis att sökandena genom ett sådant klander har inskränkt sig till att åberopa, såsom uttryckligen framgår av deras ansökan, att kommissionen åsidosatt artikel 190 i fördraget på så sätt att det omtvistade beslutet är behäftat med en bristfällig motivering eller en otillräcklig motivering. Till skillnad mot vad sökandena har antytt vid förhandlingen som svar på en fråga från förstainstansrätten, kan det följaktligen inte anses att sökandena genom detta klander även avser att förebrå kommissionen att den gjort en felaktig motivering på denna punkt. En sådan grund som avser det omtvistade beslutets lagenlighet i sak och härigenom ett åsidosättande av en rättsregel om tillämpningen av fördraget får inte förväxlas med den särskilda grund som avser bristfällig eller otillräcklig motivering, vilken gäller ett åsidosättande av väsentliga formföreskrifter (domen i det ovan i punkt 746 nämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkt 67). I den mån en grund som avser en felaktig motivering i förekommande fall skulle kunna härledas ur dupliken, skall den avvisas såsom ny grund enligt artikel 48.2 i rättegångsreglerna.
- 1176 I syfte att pröva om det finns fog för sökandenas grund skall det således endast kontrolleras om det omtvistade beslutet innehåller en tillräcklig motivering till varför de förfaranden som omfattas av det första missbruket verkligen utgör ett missbruk.
- 1177 Det skall härvidlag erinras om att enligt artikel 6 i beslutsdelen i det omtvistade beslutet består det första missbruket i att TACA-parterna ingått ett avtal om att begränsa tillgången till och innehållet i serviceavtal. Såsom har angetts ovan i punkterna 1106 och 1107, framgår det av skälen 551–558 i det omtvistade beslutet att detta första missbruk består dels av, beträffande individuella serviceavtal, ett klart förbud mot dessa under åren 1994 och 1995 och när de blev tillåtna från och med år 1996, tillämpning av vissa villkor som TACA-parterna kollektivt beslutat och underrättelse till varandra av villkoren i avtalen, dels av, beträffande konferensserviceavtal, tillämpning av vissa villkor som TACA-parterna kollektivt beslutat.

1178 Förstainstansrätten konstaterar inledningsvis, tvärtemot vad sökandena har gjort gällande, att kommissionen i det omtvistade beslutet inte motiverar på vilket sätt dessa förfaranden utgör missbruk när den återanvänder de motiveringar som framförs i skälen 487–502 för att motivera vägran att bevilja individuellt undantag i enlighet med artikel 85.3 i fördraget till förmån för dessa förfaranden. Enligt skäl 551 i det omtvistade beslutet, på vilket sökandena baserat sitt påstående om ”återanvändning”, anför kommissionen nämligen endast följande:

”Serviceavtalens betydelse för avlastarna undersöks i detalj ovan i skälen 122–126 och i skälen 472–476. TACA-parterna har en överenskommelse sinsemellan om att införa en rad begränsningar av innehållet i serviceavtalen och har tidigare överenskommit om att inte sluta individuella serviceavtal. Ett av syftena med dessa begränsningar har varit att förhindra priskonkurrens (se skäl 479). Dessa begränsningar beskrivs utförligare i skäl 487–502.”

1179 Det måste således slås fast att det framgår av själva ordalydelsen i den sista meningen i detta skäl att hänvisningen till skälen 487–502 inte avser motiven till vägran att bevilja individuellt undantag utan att de genom TACA:s regler införda ”begränsningarna [av innehållet i serviceavtalen] beskrivs utförligare” i dessa skäl. Sökandens argument om denna påstådda ”återanvändning” saknar därför grund redan av detta skäl.

1180 Förstainstansrätten kommer emellertid nedan att undersöka om det omtvistade beslutet innehåller en egen motivering av på vilket sätt ifrågakvarande förfaranden utgör missbruk av dominerande ställning.

1181 Förstainstansrätten noterar att kommissionen i skäl 553 i det omtvistade beslutet anger att ett avtal om begränsningar av innehållet i serviceavtal innebär en vägran att tillhandahålla tjänster enligt serviceavtal annat än på illojala villkor och begränsar utbudet av transportprodukter. Ett sådant avtal omfattas således av artikel 86 a och b i fördraget. I skäl 554 i det omtvistade beslutet konstaterar

kommissionen därefter i fråga om förbudet mot individuella serviceavtal att detta förbud ledde till att TACA-parterna år 1995 vägrade ”att det året tillhandahålla tjänster anpassade till de enskilda kundernas behov i enlighet med de enskilda bortfraktarnas möjligheter”. Denna vägran kan ha berövat avlastarna ”möjligheten till eventuella ytterligare tjänster som individuella TACA-parter skulle ha kunnat erbjuda”. Vad gäller tillämpningen på de individuella serviceavtalen (från och med år 1996) och konferensserviceavtalen av vissa villkor som fastställts kollektivt av TACA-parterna anger kommissionen i samma skäl att ”TACA-parterna har vägrat att förse avlastare med sjö- och landtransporttjänster enligt serviceavtal, utom på grundval av vissa villkor som TACA-parterna kollektivt beslutat”. Ett liknande uttalande återfinns i skäl 555 i det omtvistade beslutet.

1182 Det framgår således av det omtvistade beslutet att kommissionen i nämnda beslut anser att de förfaranden som omfattas av det första missbruket utgör missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget med anledning av deras oskäliga och restriktiva karaktär vad gäller tillhandahållandet av transporttjänster i den mån dessa förfaranden av skäl som redogörs för i skälen 554 och 555 i det omtvistade beslutet har syftat till att begränsa tillgången till och innehållet i serviceavtal.

1183 Det måste slås fast att en motivering som innehåller den typ av missbruk som är förbjuden enligt artikel 86 i fördraget och som inbegriper ifrågavarande förfaranden och anger specifika skäl till att dessa förfaranden utgör sådana missbruk, ger sökandena tillräckliga upplysningar för att veta om beslutet är välgrundat eller om det eventuellt är behäftat med ett sådant fel att det är möjligt att ifrågasätta dess giltighet och gör det möjligt för gemenskapens domstolar att pröva det omtvistade beslutets lagenlighet (domen i det ovan i punkt 548 nämnda målet Van Megen Sports mot kommissionen, punkt 51).

1184 Förstainstansrätten finner följaktligen att det omtvistade beslutet är tillräckligt motiverat på denna punkt.

- 1185 Detta klander kan således inte godtas.
- 1186 Vad slutligen beträffar motiveringen att de förfaranden som utgör det första missbruket var motiverade av objektiva skäl understryker förstainstansrätten att det följer av rättspraxis att när kommissionen konstaterar att ett företag har missbrukat sin dominerande ställning ankommer det på ifrågavarande företag att i förekommande fall genom objektiva omständigheter motivera de missbruk som företaget anklagas för (domstolens dom av den 13 juli 1989 i mål 395/87, Tournier, REG 1989, s. 2521; svensk specialutgåva, volym 10, s. 113, punkt 38).
- 1187 Det måste dock i förevarande mål slås fast att sökandena i svaret på meddelandet om anmärkningar inte har framfört någon omständighet i syfte att motivera det missbruk avseende serviceavtal som kommissionen förebrått dem i meddelandet om anmärkningar.
- 1188 Uppenbarligen kan inte kommissionen klandras vad gäller iakttagandet av motiveringsskyldigheten för att den inte tog ställning i det omtvistade beslutet till omständigheter som inte förelagts den före antagandet av nämnda beslut, utan som framförts för första gången i denna talan (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 196 nämnda målet FEFC, punkterna 426 och 427).
- 1189 Sökandenas klander på denna punkt kan således inte godtas.

### 3. Slutsats om det första missbruket

1190 Det följer av föregående överväganden att de grunder och klander sökandena har åberopat avseende det första missbruket skall godtas endast i den mån de rör den omständigheten att TACA-parterna underrättade varandra om förekomsten av och innehållet i serviceavtal. I övrigt skall dessa grunder och klander inte godtas.

1191 Förstainstansrätten ogiltigförklarar således artikel 6 i beslutdelen i det omtvistade beslutet till den del det är tillämpligt på TACA-parternas underrättelse till varandra om förekomsten av och innehållet i serviceavtal och följaktligen även artikel 7 i nämnda beslutdel såvitt avser uppmaningen till sökandena att omedelbart upphöra med överträdelserna och att i framtiden avstå från alla åtgärder med samma eller liknande syfte eller verkan.

B — Det andra missbruket, vilket består i att marknads konkurrensstruktur förändrats på ett sätt som utgör missbruk

1192 Sökandena har framfört grunder och klander av fyra slag gentemot bedömningarna i det omtvistade beslutet av det andra missbruket. Det första rör beviset avseende de förfaranden som utgör det andra missbruket. Det andra rör den märkbara effekten av nämnda förfaranden. Det tredje rör deras varaktighet. Det fjärde slutligen rör frågan huruvida de kan tillskrivas Hanjin och Hyundai.

1. Beviset avseende de förfaranden som utgör det andra missbruket

a) Parternas argument

i) Inledande anmärkningar

1193 Sökandena har inledningsvis betonat att det andra missbruk som tas upp i det omtvistade beslutet helt och hållet baseras på konstaterandet att konferensen aktivt uppmuntrat de båda rederierna Hanjin och Hyundai att ansluta sig till TACA.

1194 Sökandena har emellertid konstaterat att kommissionen i sitt svaromål utvecklar en ny argumentation enligt vilken sökandena, utöver händelserna kring Hanjins och Hyundais anslutning till TACA (som endast är illustrationer), har fört en "politik" som består i att neutralisera konkurrensen och uttryckt en "vilja" att föreslå incitament för att förändra marknadsstrukturen.

1195 Sökandena har hävdats att artikel 86 i fördraget inte kan tillämpas på sådana omständigheter och att domen i det ovan i punkt 779 nämnda målet Europemballage och Continental Can mot kommissionen, på vilken kommissionen baserar sig i skälen 559 och 560 i det omtvistade beslutet, inte utgör något prejudikat för tillämpningen av artikel 86 i fördraget på TACA-medlemmarnas strategi eller vilja. I avsaknad av bevis på otillbörligt tvång mot en ny aktör för att han skall ansluta sig till konferensen måste enligt sökandena slutsatsen dras att denne har anslutit sig till konferensen efter att ha gjort en egen bedömning av sina affärsintressen. Sökandena har gjort gällande att till skillnad mot i en situation med en koncentration som den som ledde till ovannämnda dom, är parterna i en linjekonferens fria dels att konkurrera med priser eller på annat sätt, dels att

lämna konferensen vid utgången av den överenskomna uppsägningsfristen. Om konkurrensstrukturen allvarligt skadas genom att nya medlemmar får tillträde till konferensen, har kommissionen enligt sökandena befogenhet att återkalla gruppundantaget med tillämpning av artiklarna 7 och/eller 8 i förordning nr 4056/86.

- 1196 Sökandena har vidare uppmärksammat att kommissionen inte förklarar på vilket sätt den "politik" som syftar till att neutralisera konkurrensen och "viljan" att erbjuda incitament i syfte att uppmuntra bortfraktarna att träda in på den transatlantiska traden i egenskap av TACA-parter har inneburit negativa följder på marknaden. Enligt sökandena framgår det av domstolens rättspraxis att begreppet "missbruk" är ett objektiva begrepp som avser förfaranden som kan skada konsumenterna eller marknads konkurrensstruktur (domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 91, i det ovan i punkt 779 nämnda målet Europemballage och Continental Can mot kommissionen, punkt 26, och av den 6 april 1995 i det ovan i punkt 346 nämnda målet BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, punkt 70). Sökandena anser i vart fall att kommissionen inte lagt fram bevis på att den politik från TACA:s sida som syftade till att neutralisera konkurrensen haft någon inverkan på konkurrensstrukturen.
- 1197 Sökanden i mål T-213/98 har uppmärksammat att anslutningar till och utträden ur linjekonferenser på intet sätt är undantagsföreteelser. Sökanden anser att kommissionens analys i förevarande mål kan få till effekt att antalet konferensmedlemmar "fryses" till dess nuvarande nivå, i strid med de syften som eftersträvas genom förordning nr 4056/86. Sökanden har vidare erinrat om att de öppna konferenser som lyder under amerikansk rätt måste godta alla nya medlemmar medan de stängda konferenserna i enlighet med artikel 1.1 i UNCTAD-koden måste godta nya medlemmar som uppfyller vissa objektiva villkor.
- 1198 Sökanden har i huvudsak anklagat kommissionen för att inte på ett klart sätt ha karaktäriserat det beteende som utgör missbruk i det omtvistade beslutet. Enligt sökanden kan artikel 5 i det omtvistade beslutet leda till slutsatsen att det påtalade

missbruket består antingen i att Hanjin och Hyundai godtogs som TACA-medlemmar eller i de åtgärder som vidtogs av sökandena för att uppmuntra dessa båda rederier att ansluta sig till TACA eller i bådadera.

1199 Sökanden har påstått att den första hypotesen är principiellt felaktig därför att konferenserna inte kan vara skyldiga enligt lag att godta varje ny medlem och härigenom samtidigt göra sig skyldiga till missbruk. Sökanden har erinrat om att för att spela sin stabiliserande roll i enlighet med förordning nr 4056/86 måste konferenserna inneha en tillräckligt stor marknadsandel. Sökanden har även hävdad att anslutningen av rederier som Hanjin och Hyundai rent faktiskt inte kan ha förändrat konkurrensen på ett påtagligt sätt eftersom deras sammanlagda marknadsandel knappt överstiger 1 procent. Kommissionen kan vidare av det faktum att dessa båda rederiers anslutning har undanröjt denna "källa till konkurrens" (skäl 566), inte dra slutsatsen att TACA haft för avsikt att sätta priskonkurrensen ur spel. Sökanden har för övrigt anfört att oberoende rederier sedermera kommit in på marknaden.

1200 Vad beträffar den andra hypotesen har sökanden först och främst preciserat att en logisk förutsättning för denna är att Hyundai's och Hanjins anslutning till TACA inte i sig utgör en förutsättning för konstaterandet av ett missbruk. Sökanden anser att kommissionen i denna hypotes inte förklarar hur den påstådda uppmuntran har ändrat marknadsstrukturen. Kommissionen fäster vidare ingen som helst vikt vid den form denna uppmuntran har. Om det incitament linjekonferenserna ger till anslutning utgör missbruk, frågar sig sökanden hur konferenserna kan öka antalet medlemmar när de även skall garantera sina medlemmar och traden i allmänhet de förmåner som föreskrivs i förordning nr 4056/86.

1201 Vad beträffar den tredje hypotesen har sökanden gjort gällande att föregående anmärkningar skall tillämpas kumulativt.



- 1202 Sökanden har i repliken upprepat de övriga sökandenas argument om kommissionens ändring av det andra missbrukets natur. Sökanden har hävdad att kommissionen inte tillhandahållit några detaljer angående TACA-parternas politik eller vilja att undanröja konkurrensen och inte heller företett någon handling till stöd för sina argument. Sökanden har försäkrat att företaget varken fört en sådan politik eller haft någon sådan vilja och har erinrat om att företaget anslöt sig till TACA kort före Hanjin. Sökanden har i vart fall dragit slutsatsen att kommissionens nya argument inte kan godtas redan av det skälet att det inte rör sig om ett missbruk som omfattas av artikel 5 i det omtvistade beslutet.
- 1203 Kommissionen har understrukit att det andra missbruk som sökandena anklagas för är synnerligen allvarligt, såtillvida att det syftade till att undanröja den potentiella konkurrensen genom att uppmuntra de potentiella konkurrenter som önskade komma in på marknaden att göra detta som parter i TACA. Kommissionen har härvidlag preciserat att händelserna kring Hanjins och Hyundais anslutning till konferensen endast är illustrationer till den politik som TACA-parterna förde. Kommissionen har anfört att det i det omtvistade beslutet ges andra exempel på uppmuntran som TACA-parterna erbjudit potentiella konkurrenter, vilka inte begränsar sig till Hanjin och Hyundai, nämligen avtal med dubbel fraktsatsstruktur och att de tidigare strukturerade TAA-medlemmarna inte konkurrerade om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare (skäl 565). Även om sökandena lyckades visa att konferensen inte uppmuntrat Hyundai och Hanjin att ansluta sig till TACA, skulle det således inte räcka för sitt avfärda det andra missbruk som fastställs i det omtvistade beslutet.
- 1204 Kommissionen har gjort gällande att doktrinen om öppna konferenser inte hindrar att konferensmedlemmar ansöker hos FMC om ett undantag från skyldigheten att godta varje ny medlem som inte har för avsikt att trafikera traden med sina egna fartyg. Mot bakgrund av UNCTAD-koden för linjekonferenser har kommissionen tolkat förordning nr 4056/86 på ett sådant sätt att slutna linjekonferenser är tillåtna (utan att vara påbudna). Ett av de skäl att vägra en ny medlem inträde som är tillåtna enligt koden är att den nya medlemmen inte medför egna fartyg. Eftersom artikel 7.1 i TACA-avtalet ordagrant återger ordalydelsen i UNCTAD-koden när villkoren för att godta nya medlemmar beskrivs, anser kommissionen att det är relevant att påpeka att nya TACA-parter, som Hyundai och Hanjin, kommit in på traden utan att införa sitt eget tonnage.

- 1205 Kommissionen anser i vart fall att doktrinen om öppna konferenser inte är relevant i förevarande mål eftersom det inte konstateras i det omtvistade beslutet att TACA-parterna har gjort sig skyldiga till missbruk genom att godta nya medlemmar. Det skulle enligt kommissionen kunna finnas omständigheter under vilka en konferens har en så stark ställning att varje ökning av medlemsantalet skulle kunna innebära missbruk. Så är emellertid inte fallet i förevarande mål. I det omtvistade beslutet konstateras nämligen endast att TACA-parterna betett sig på ett sätt som specifikt syftat till att göra sig av med den potentiella konkurrensen genom att uppmuntra rederier att ansluta sig till TACA som annars skulle agerat som oberoende redare. Denna strategi påminner om den dubbla fraktsatsstruktur som det var fråga om i TAA-målet.
- 1206 ECTU har gjort gällande att det faktum att oberoende konkurrenters inträde hindras eller försenas utgör ett av de grävsta missbruken av dominerande ställning eftersom det kan skada konkurrensstrukturen genom att förhindra att det uppstår effektiv konkurrens.
- 1207 ECTU har gjort gällande att kommissionens inställning är förenlig med gemenskapsdomstolarnas rättspraxis. Intervenienten har anfört att domstolen redan i domen i det ovan i punkt 779 nämnda målet Europemballage och Continental Can mot kommissionen slagit fast att ett beteende som medför att en dominerande ställning stärks omfattas av artikel 86 i fördraget därför att det kan innebära ett ingrepp i en effektiv konkurrensstruktur. Enligt domstolen har det föga betydelse vilka "medel och metoder" som det dominerande företaget använder i detta syfte. ECTU har konstaterat att domstolen och förstainstansrätten i de ovannämnda domarna i målen CEWAL I och CEWAL II har befäst dessa principer i sin tillämpning av konkurrensreglerna på sjötransportsektorn (domen av den 16 mars 2000 i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen CEWAL II, punkterna 112, 113 och 114, och av den 8 oktober 1996 i de ovan i punkt 568 nämnda förenade målen CEWAL I, punkterna 106 och 107).
- 1208 Enligt ECTU har det ingen större betydelse om ifrågavarande beteende inte leder till någon ytterligare ökning av det dominerande företags marknadsandel eller till en minskning av denna (domen av den 8 oktober 1996 i de ovan i punkt 568

nämnda förenade målen CEWAL I, punkt 77). Om nämligen TACA-parterna inte hade betett sig på ett otillbörligt sätt, skulle konkurrensen ha varit effektivare och TACA-parternas ställning svagare. ECTU anser likaledes att det har föga betydelse om avlastarna efterfrågat vissa av de påstått otillbörliga förfarandena (närmare bestämt avtalen med dubbel fraktsats). Förutom att detta påstående saknar faktaunderlag har intervenienten erinrat om att det har slagits fast att den omständigheten att konkurrensbegränsande prispolitik förhandlats fram av företag i dominerande ställning, som svar på konsumenternas efterfrågan, inte kan vara giltigt som försvar när det finns bevis för en avsikt att göra sig skyldig till missbruk (kommissionens beslut 91/300/EEG av den 19 december 1990 om ett förfarande enligt artikel 86 i EEG-fördraget (ärende IV/33.133 — D, kalcinerad soda — ICI) (EGT L 152, 1991, s. 40)).

- 1209 Intervenienten har understrukit att det i artikel 3 i förordning nr 4056/86 föreskrivna undantaget har stor räckvidd, såtillvida att det genom detta är tillåtet att kollektivt fastställa priser för obegränsad tid. Under dessa förhållanden har intervenienten gjort gällande att kommissionen är skyldig att uppmärksam undersöka beteendet hos parterna i dessa legaliserade karteller för att kontrollera om villkoren för ett sådant undantag vid varje tillfälle är uppfyllda och att parterna inte missbrukar en dominerande ställning.

## ii) Specifika åtgärder riktade till Hanjin och Hyundai

- 1210 Sökandenas första klander baseras, tvärtemot vad som konstateras i skälen 563 och 564 i det omtvistade beslutet, på att de faktiska omständigheterna kring Hanjins och Hyundais inträde på den transatlantiska traden och kontakterna mellan TACA och andra aktörer angående deras inträde på traden är oförenligt med konstaterandet att missbruk föreligger såtillvida de har visat att TACA-medlemmarna inte uppmuntrat potentiella konkurrenter att träda in på den transatlantiska traden genom anslutning till TACA.

- 1211 Sökandena har betonat att TACA-medlemmarna handlade helt och hållet i överensstämmelse med sina skyldigheter enligt amerikansk lag när de godtog Hanjins och Hyundais anslutning till konferensen. De har gjort gällande att enligt avdelning 5 b i US Shipping Act är TACA en "öppen" konferens som tillåter att nya medlemmar ansluts på grundval av de rimliga och icke diskriminerande kriterier som anges i artikel 7.1 i TACA-avtalet. Sökandena har till stöd för sina påståenden bifogat ett uttalande av före detta generaldirektör Benner vid FMC i vilket denne hävdar att han inte känner till någon omständighet eller något prejudikat som bekräftar kommissionens påstående i dess svaromål om att sökandena kunnat begära tillstånd av FMC att inte godta en bortfraktare på traden mellan Nordeuropa och Nordamerika som konferensmedlem när den som ansöker om inträde inte erbjuder sig att trafikera den trad som omfattas av konferensen med egna fartyg.
- 1212 Vad för det första specifikt gäller Hanjins anslutning har sökandena bestridit de konstateranden som görs i skälen 563 och 564 i det omtvistade beslutet om att Hanjin innan det blev part i TACA begärde detaljerade uppgifter om "alla TACA:s relevanta handlingar och statistik (inklusive tariffer, serviceavtal, anlöpningshamnar, antal containertransporter och kapacitetsutnyttjande)" [skrivelse från Hanjin till TACA av den 19 augusti 1994]. Sökandena har även bestridit att "uttalandet från TACA:s sekretariat ... [visar] en kollektiv beredskap att "göra det möjligt" för Hanjin att bygga upp en marknadsandel som överensstämmer med dess lastkapacitet på traden [TACA:s dokument av den 15 februari 1996]".
- 1213 Sökandena har gjort gällande att de första kontakterna mellan Hanjin och TACA ägde rum den 23 augusti 1994, dagen för rederiets ansökan om inträde. Det framgår av denna handling för det första att Hanjins ansökan om inträde var en följd av diskussioner, inte med TACA-medlemmarna, utan med företagets partner inom konsortiet Tricon (närmare bestämt DSR-Senator och Cho Yang Shipping), för det andra att denna ansökan om inträde gjordes i enlighet med doktrinen i amerikansk rätt om öppna konferenser, för det tredje att Hanjins begäran om upplysningar motiverades av att det var nödvändigt för rederiet att förbereda sin affärsverksamhet och för det fjärde att de flesta upplysningar som efterfrågades var offentliga. Sökandena har anfört att TACA-sekretariatet i sin svarsskrivelse av den 24 augusti 1994 preciserar att de av Hanjin begärda upplysningarna inte

delgavs rederiet förrän efter dess anslutning till konferensen den 31 augusti 1994. Det framgår även av denna handling att TACA-parterna var medvetna om sina skyldigheter enligt doktrinen i amerikansk rätt om öppna konferenser. Efter denna skriftväxling blev Hanjin medlem i TACA med verkan från den 31 augusti 1994. TACA delgav därefter Hanjin en kopia av tariffen i östlig riktning den 1 september 1994 samt andra upplysningar de påföljande dagarna.

1214 Sökandena har på grundval av dessa uppgifter hävdade att kommissionen med orätt drar slutsatsen i skäl 563 i det omtvistade beslutet att avslöjandet av sådan information utgjorde "en övertygande uppmuntran för Hanjin att gå in på den transatlantiska traden". Det framgår nämligen klart av Hanjins skrivelse av den 23 augusti 1994 att rederiet redan hade beslutat att ansluta sig till konferensen. Det skulle dessutom vara ologiskt att betrakta en begäran om upplysningar från Hanjins sida som en uppmuntran att ansluta sig till konferensen utan att det undersöktes när och under vilka förhållanden TACA-parterna besvarade denna begäran.

1215 Sökandena har dessutom gjort gällande att det i amerikansk rätt enligt doktrinen om öppna konferenser krävdes att konferensen gav Hanjin information om tariffen och serviceavtalen. Sökandena har härvidlag bifogat ett uttalande av Benner i vilket han intygar att det i amerikansk rätt inte finns någon rättslig grund för att förbjuda en ny medlem i en konferens att delta i befintliga konferensserviceavtal. Det är således enligt sökandena helt och hållet legitimt att en ny medlem begär den typ av upplysningar av konferensen som Hanjin gjorde i sin ansökan om anslutning.

1216 Sökandena har noterat att kommissionen förefaller medge att konferensen inte gav Hanjin de upplysningar som rederiet begärde innan det blev part i konferensen, när kommissionen i sitt svaromål hävdar att det preciseras i skrivelsen av den 24 augusti 1994 att de av Hanjin efterfrågade upplysningarna inte kommer att lämnas ut så länge Hanjin inte är part i TACA.

- 1217 Vad beträffar skrivelsen från ordföranden för TACA till Hanjin av den 30 januari 1996, vilken delvis återges i skäl 561 i det omtvistade beslutet, har sökandena understrukit att eftersom den upprättades 17 månader efter Hanjins anslutning till konferensen i augusti 1994 vore det inte logiskt om skrivelsen rörde problematiken med Hanjins inträde på den transatlantiska traden. Enligt sökandena rör denna skrivelse åtgärder som ansågs utgöra ett hot mot konferensens stabiliserande roll, vilka föreslagits av Hanjin i egenskap av TACA-medlem som trafikerar den transatlantiska traden. Ifrågavarande skrivelse handlar således snarare om Hanjins expansionsplaner i egenskap av aktör på ifrågavarande trad.
- 1218 Enligt sökandena är det i detta sammanhang som dokumentet av den 15 februari 1996 skall förstås. Sökandena har förklarat att detta dokument är en följd av skrivelsen av den 30 januari 1996 från ordföranden för TACA. Det upprättades av det brittiska sekretariatet inför ett möte som ägde rum den 29 februari 1996 mellan konferensens ordförande och verkställande direktör å ena sidan och Hanjins tjänstemän å den andra. Dokumentets syfte var enligt sökandena att reagera på Hanjins prispolitik genom att förklara för företaget vilka valmöjligheter det hade att fastställa konkurrenskraftiga priser inom ramen för konferensen utan att skada dess stabiliserande roll. Sökandena kan i vart fall inte inse hur detta uttalande av TACA:s sekretariat som gjordes omkring 17 månader efter det att Hanjin anslöt sig till TACA skulle ha kunnat uppmuntra rederiet till detta handlande.
- 1219 Vad för det andra specifikt angår Hyundais anslutning, har sökandena bestridit det konstaterande som görs i skäl 564 i det omtvistade beslutet om att Hyundais möjlighet att omedelbart delta i konferensserviceavtalen ”skulle ha fungerat som en övertygande uppmuntran för Hyundai att gå in på den transatlantiska traden som part i TACA”.
- 1220 Sökandena har gjort gällande att Hyundais första kontakter i samband med dess inträde på den transatlantiska traden ägde rum med ett rederi som var oberoende i förhållande till TACA i syfte att ingå ett avtal om delbefraktning av utrymme på fartyg inom ramen för ett partnerskap med tre deltagare vilket även skulle

inbegripa ett annat oberoende rederi. Dessa förhandlingar misslyckades emellertid. Sökandena har därefter anfört att Hyundai kort tid innan förhandlingarna avbröts även hade kontaktat MSC i maj 1995 för att ingå ett befракtningsavtal. Det var i samband med dessa förhandlingar i juni 1995 som frågan om Hyundais anslutning till konferensen uppkom (skrivelse av den 19 juni 1995). Enligt sökandena skedde de första kontakterna mellan Hyundai och konferensen per telefon i slutet av juli månad år 1995. Den 30 augusti 1995 hörde Hyundai sig för hos TACA om det var möjligt att delta i de konferensserviceavtal som gällde fram till slutet av år 1995. Hyundai blev medlem av konferensen med verkan från den 11 september 1995. Det framgår av ett inom TACA internt dokument av den 29 september 1995 att Hyundai valde att inbegripas i alla konferensserviceavtal som ingicks år 1995.

1221 Sökandena har påstått att det framgår av dessa handlingar, för det första att Hyundais förstahandsval var att inträda på den transatlantiska traden genom att ingå ett avtal inte med TACA utan med ett oberoende rederi, för det andra att förhandlingar i detta syfte misslyckades av skäl som inte har något samband med konferensen, för det tredje att Hyundai till följd av detta misslyckande inledde förhandlingar med TACA-medlemmen MSC för att ingå ett avtal om delbefraktningsutrymme, för det fjärde att när avtalsvillkoren var utredda kontaktade Hyundai konferensen i slutet av juli 1995 för att ansluta sig till TACA, för det femte att avtalet med MSC undertecknades en månad före Hyundais anslutning till konferensen, för det sjätte att även om ansökan om anslutning är daterad juli 1995, var det inte förrän den 30 augusti 1995 som Hyundai för första gången tog upp frågan om deltagande i 1995 års konferensserviceavtal samt för det sjunde att Hyundai som svar på denna ansökan informerades om att rederiet hade rätt att delta i dessa avtal.

1222 Det finns således enligt sökandena inget bevis för att konferensen skulle ha uppmanat Hyundai att ansluta sig till TACA eller att den skulle ha förmått rederiet att göra det genom att ge det tillgång till konferensserviceavtalen. Det framgår tvärtom av det ovan angivna att de första kontakterna inför en anslutning togs av Hyundai och att det var på grundval av Hyundais instruktioner som TACA inbegrep rederiet i konferensserviceavtalen.

- 1223 Sökandena har dessutom gjort gällande att TACA-parterna enligt amerikansk rätt var skyldiga att godta Hyundai som part i de befintliga konferensserviceavtalen. Enligt doktrinen om öppna konferenser hade TACA inte något skäl att motsätta sig Hydunais beslut att från och med dagen för anslutningen delta i konferensserviceavtalen på samma villkor som de övriga konferensmedlemmarna. Sökandena har härvidlag hänvisat till Benners ovannämnda uttalande.
- 1224 För det tredje har sökandena anfört, beträffande andra potentiella konkurrenters anslutning, dels att United Arab Shipping Company (nedan kallat UASC), även om rederiet tog vissa kontakter med TACA i juni 1996 inför en eventuell anslutning, inte anslöt sig till TACA och inte gick in på den transatlantiska traden, dels att APL inte hade någon som helst kontakt med TACA angående detta rederis anslutning. Sökandena har härvidlag preciserat att NOL år 1998 lämnade konferensen och förvärvade APL. Därefter agerade NOL på den transatlantiska traden såsom oberoende rederi under firman APL. Sökandena har slutligen erinrat om att Cosco, Yangming och K Line i februari 1997 inte kom in på den transatlantiska traden i egenskap av TACA-parter utan i egenskap av oberoende rederier.
- 1225 Slutligen har sökanden i mål T-213/98 bestridit att företaget bidragit till uppmuntrande åtgärder och till att ha känt till sådana åtgärder som var avsedda att förmå Hanjin och Hyundai att ansluta sig till TACA. Sökanden har erinrat om att företaget inte blev medlem i TACA förrän år 1993, det vill säga kort tid före Hanjins anslutning år 1994. Sökanden har särskilt tillbakavisat det påstående som återfinns i skäl 293 i det omtvistade beslutet om att "olika arrangemang med TACA-parterna gjort det möjligt för [sökanden] att träda in och etablera sig på marknaden utan att möta den konkurrens som normalt är att vänta under sådana omständigheter".
- 1226 Sökanden har vidare påstått att det argument som kommissionen framför i sitt svaromål inte kan godtas eftersom det i praktiken gör det omöjligt för en konferens att öka antalet medlemmar utan att göra sig skyldig till missbruk. Sökanden har härvidlag betonat att det utgör normalt handelsbruk att parterna i



samband med förhandlingar om anslutning erbjuder uppmuntran. Sökanden förstår inte varför kommissionen nu försöker förbjuda konferenserna att övertala rederier som inte är medlemmar att bli medlemmar, när de fördelar som konferenserna ger erkänns i förordning nr 4056/86. Sökanden har framhållit att TACA-parternas marknadsandel i det aktuella fallet är mindre än många andra konferensers och har upprepat att Hanjins och Hyundais anslutning endast medförde en svag ökning av denna marknadsandel. Vad beträffar påståendet om att TACA-parterna reserverat en marknadsandel åt Hanjin (skälen 533 och 535 i det omtvistade beslutet), har sökanden ytterligare uppmärksammat att detta beteende, även om det bevisades, inte skulle kunna betraktas som missbruk eftersom avtal om uppdelning av last är tillåtna enligt förordning nr 4056/86. Det finns ingen som helst anledning till att denna typ av uppmuntran inte skulle kunna erbjudas ett rederi som ansöker om medlemskap före dess anslutning när det är möjligt efter dess anslutning. En sådan inställning skulle enligt sökanden ödelägga förhandlingsprocessen.

- 1227 Som svar på ECTU:s påståenden har sökandena upprepat att det inte finns några bevis för att TACA-parterna skulle ha försökt övertala de oberoende rederierna att ansluta sig till konferensen. De har även konstaterat att TACA:s påstådda avsikt att undanröja de oberoende konkurrenterna avslöjades av ECTU i en handling från år 1992. Vad gäller den omständigheten att TACA skulle ha vidmakthållit sin dominerande ställning, anser de att det omtvistade beslutet inte innehåller något konstaterande som pekar i denna riktning.
- 1228 Kommissionen har vidhållit för det första i fråga om Hanjins anslutning att det var uppenbart att detta rederi var i stånd att ta sig in på ifrågavarande marknad på ett självständigt sätt, eftersom det gällde ett rederi som inte var part i några konferensavtal. Kommissionen anser, tvärtemot vad sökandena har hävdad, att det inte anges i Hanjins skrivelse av den 19 augusti 1994 att detta rederi beslutade att ansluta sig till TACA utan endast att det beslutade att gå in på ifrågavarande trad.
- 1229 Vad gäller TACA:s skrivelse av den 24 augusti 1994, anser kommissionen att den bekräftar att Hanjin ännu inte vid tidpunkten för sin begäran om upplysningar hade fattat sitt beslut, och att ”andra diskussioner angående [Hanjins] anslutning

skulle äga rum”. Kommissionen har även understrukt att det i denna skrivelse preciseras att de av Hanjin efterfrågade upplysningarna inte kommer att lämnas ut så länge Hanjin inte är part i TACA. En del av dessa upplysningar avsåg enligt kommissionen innehållet i befintliga serviceavtal, transporterade volymer och TACA-parternas prestationer, det vill säga konfidentiella och affärsmässigt känsliga uppgifter som om de avslöjades skulle göra det möjligt för Hanjin att identifiera merparten av TACA-parternas kunder. Kommissionen anser att dessa upplysningar går utöver vad som är nödvändigt för ett rederi som önskar bli medlem i konferensen att få kännedom om. Kommissionen har vidhållit att det faktum att TACA-parterna var beredda att delge Hanjin dessa upplysningar så snart rederiet blivit anslutet utgjorde ytterligare ett incitament för Hanjin att ansluta sig till konferensen.

1230 Kommissionen anser att dokumentet av den 15 februari 1996 visar att det fanns en kollektiv beredskap hos TACA-parterna att avstå marknadsandelar till Hanjin. Enligt kommissionen utgjorde denna kollektiva beredskap ett incitament för Hanjin att ansluta sig till TACA. Kommissionen anser att samma attityd lyser igenom skrivelsen från TACA:s ordförande av den 30 januari 1996. Enligt kommissionen är denna skrivelse även om den formulerades år 1996 fortfarande relevant därigenom att den beskriver den dåvarande situationen. Kommissionen har anfört, tvärtemot vad sökandena har förklarat, att uttalandet enligt vilket TACA:s ordförande erbjöd konferensens hjälp åt ”alla berörda rederier som försökt gå in på marknaden” svårigen kan förstås på annat sätt än att det avsåg de rederier som önskade komma in på traden.

1231 Kommissionen är av den åsikten att till och med inom ramen för en linjekonferens som åtnjuter ett gruppundantag är det omöjligt att betrakta som ett normalt affärsmässigt beteende att konferensen verkar för att nya aktörer skall kunna få en tillräckligt stor marknadsandel för att fortsätta sin verksamhet på bekostnad av konferensens medlemmar. Ett sådant beteende inom ramen för TACA skulle vara meningslöst om inte avsikten var att förmånerna med att den potentiella konkurrensen undanröjdes väge tyngre än förlusten av marknadsandelar.

1232 Vad för det andra beträffar Hyundais anslutning, anser kommissionen att det faktum att Hyundai avsåg att ingå ett partnerskap med ett oberoende rederi inte kan leda till ett ifrågasättande av argumentet om att TACA-parternas vilja att acceptera att ingå serviceavtal med Hyundai utgjorde ett starkt incitament vid det tillfälle då Hyundai gjorde sitt val. Vad beträffar kontakterna med MSC har kommissionen erinrat om att sökandena i sitt svar på meddelandet om anmärkningar erkände att Hyundais beslut att befrakta MSC:s utrymmen var förbundet med dess beslut att ansluta sig till TACA. Kommissionen har vidare bestridit påståendet om att amerikansk rätt påbjuder omedelbar tillgång till serviceavtal för alla nya konferensmedlemmar.

1233 Vad för det tredje gäller övriga aktörers anslutning, anser kommissionen att UASC och APL inte i något fall kan jämföras med Hanjin och Hyundai i deras egenskap av potentiella konkurrenter. Kommissionen har vidare uppmärksammat dels att det skulle vara överraskande om UASC och APL anslöt sig till TACA efter antagandet av meddelandet om anmärkningar i maj 1996, dels att de bevis som lagts fram av sökandena beträffande UASC:s och APL:s kontakter med konferensen förefaller ofullständiga eftersom det i dem inte nämns något om de diskussioner som ägde rum inom TACA:s sekretariat och mellan sekretariatet och TACA-parterna.

iii) Allmänna åtgärder riktade till potentiella konkurrenter

— Serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur

1234 Sökandenas andra klander som baseras på att kommissionens konstaterande i skäl 565 i det omtvistade beslutet om att sökandenas serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur utgjorde ett incitament för de nya marknadsaktörerna att ansluta sig till konferensen är behäftat med faktiska fel och innehåller felaktiga bedömningar.

- 1235 Sökandena har hävdad att initiativet till ett serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur vid varje tillfälle kom från avlastarparten i avtalet på grundval av dennes uppfattning om olikheterna i kvalitet på de tjänster som de berörda bortfraktarna tillhandahöll. Sökandena har anfört att det framgår av skäl 450 i det omtvistade beslutet att kommissionen själv godtog att avlastarna kunde erbjudas olika fraktsatser när de tillhandahöll tjänster av olika kvalitet. I motsats till vad kommissionen hävdar i skäl 154 i det omtvistade beslutet anser sökandena att skriftväxlingen mellan avlastarna och bortfraktarna vid tidpunkten för förhandlingen om serviceavtalen bevisar deras påståenden. Kommissionen har dock inte begärt av sökandena att de skulle inkomma med dessa bevis. Sökandena anser att det inte kan förebrås dem att de inte lagt fram dessa bevis på eget initiativ, eftersom de inte hade någon anledning att anta att kommissionen skulle framställa några invändningar mot det sätt på vilket serviceavtalen hade förhandlats fram. Sökandena har understrukit att denna fråga varit föremål för ett möte med kommissionen den 3 maj 1995 (sex månader före Hyundai's anslutning) utan att kommissionen uttalade någon kritik i detta avseende.
- 1236 Sökandena har i vart fall bestridit att avtalen med dubbel fraktsatsstruktur skulle ha uppmuntrat de potentiella konkurrenterna att ansluta sig till konferensen. De har anfört att en liten del av konferensserviceavtalen innehöll dubbla fraktsatser, att det inte fanns någon föregående överenskommelse mellan sökandena om vilka parter som avlastarna skulle betala lägre fraktsatser till och att det inte fanns någon föregående överenskommelse om hur stor skillnaden skulle vara mellan fraktsatserna.
- 1237 Sökandena har noterat att det under den period överträdelsen pågick endast var Hanjin och Hyundai som anslöt sig till TACA. Det omtvistade beslutet innehåller dock inget bevis på att konferensserviceavtalen med dubbel fraktsatsstruktur uppmuntrat dessa båda rederier att gå med i TACA.
- 1238 Vad gäller Hanjin innehåller ovannämnda skriftväxling inte någon indikation på detta. Vidare motsvarade den last som transporterades av Hanjin på basis av

serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur endast 5,5 procent respektive 6,9 procent av all last som transporterades av Hanjin inom ramen för serviceavtal under åren 1995 och 1996.

1239 Vad beträffar Hyundai framgår det av bevisen att när detta rederi innan det anslöt sig till konferensen informerade sig om huruvida det fanns dubbla fraktsatsstrukturer i serviceavtalen, fick rederiet det tydliga svaret att alla bortfraktare inom TACA åtnjöt samma ställning och hade samma rättigheter och skyldigheter (skrivelse av den 8 september 1995). Det framgår vidare av elektronisk post av den 2 oktober 1995 från TACA:s sekretariat, då Hyundai anslöt sig, att för det fall att serviceavtalen innehåller dubbla fraktsatser skall Hyundai delta med den högsta fraktsatsen. Sökandena har slutligen anfört att den last som Hyundai transporterade enligt serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur endast motsvarade 7 procent respektive 14,7 procent av all last som transporterades av Hyundai inom ramen för serviceavtal under åren 1995 och 1996.

1240 Sökandena finner det för övrigt förvånande att ECTU inte haft några synpunkter på de bevis som sökandena lagt fram för att visa att avtal med dubbel fraktsatsstruktur efterfrågades av avlastarna.

1241 Kommissionen har vidhållit sina konstateranden i skälen 565 och 152 i det omtvistade beslutet att nästan en tredjedel av alla konferensserviceavtal år 1995 hade dubbel fraktsatsstruktur.

1242 Kommissionen har påpekat att sökandena försöker minska betydelsen av serviceavtalen med dubbel fraktsatsstruktur genom att ta serviceavtalen med NVOCC-bortfraktarna med i beräkningen. Kommissionen har dock erinrat om att de rederier som av tradition var konferensmedlemmar oftast inte var parter i

serviceavtal med NVOCC-bortfraktare år 1996 (och inte alls år 1995). Det var således inte nödvändigt att införa en dubbel fraktsatsstruktur. Den omständigheten att en liten del av konferensserviceavtalen hade dubbel fraktsatsstruktur saknar i vart fall relevans enligt kommissionen. Kommissionen har anfört att avlastarna kunde ingå ett serviceavtal med en fraktsats med en eller flera medlemmar och ett annat avtal med en annan fraktsats med en eller flera andra medlemmar. Under dessa förhållanden behövs inga avtal med dubbel fraktsatsstruktur.

1243 Den av kommissionen utförda analysen av 1995 års serviceavtal belyser det faktum att skillnaden mellan de båda fraktsatserna i de flesta fall uppgick till 50 USD eller 100 USD. Eftersom avtalen hade ingåtts av konferensen, anser kommissionen att sökandenas argument om att det inte fanns någon föregående överenskommelse om hur stor skillnaden skulle vara saknar relevans.

1244 Kommissionen har upprepat att det inte har tillhandahållits något bevis på att initiativet med avtal med dubbel fraktsatsstruktur kom från avlastarna. Kommissionen har erinrat om att den inte fick reda på att det fortfarande användes dubbla fraktsatser förrän efter det att den begärt en kopia av serviceavtalen. I vart fall förefaller enligt kommissionen de flesta fall av efterfrågan som åberopats av sökandena gälla fullföljandet av föregående års serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur och inte införandet av en sådan bestämmelse i ett nytt avtal. Kommissionen anser det vara anmärkningsvärt att det faktum att serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur var förhärskande endast kunde vara en följd av varje avlastares uppfattning av de av TACA-parterna erbjudna tjänsternas skiftande kvalitet.

1245 Vad beträffar den av sökandena påstådda omständigheten att varken Hyundai eller Hanjin hade uppmontrats att ansluta sig till TACA med anledning av dessa avtal, har kommissionen preciserat att avtalen endast utgjorde en av aspekterna av den uppmontran som TACA erbjöd. Kommissionen har gjort gällande att 68,5 procent av all last som transporterades inom ramen för serviceavtal år 1995 transporterades enligt avtal som innehöll dubbla fraktsatser eller avtal med en NVOCC-bortfraktare. Under samma år var motsvarande tal 73 procent för Hyundai.

— Serviceavtalen med NVOCC-bortfraktare

- 1246 Sökandenas tredje klander baseras på att kommissionens konstaterande i skälen 150 och 565 i det omtvistade beslutet om att de tidigare strukturerade TAA-medlemmarna inte konkurrerade om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare inte bevisas genom de faktiska omständigheterna.
- 1247 Inledningsvis har sökandena gjort gällande att kommissionen inte förklarar på vilken grund den i fotnot 53 i det omtvistade beslutet betraktar Cho Yang, DSR-Senator, MSC, Hanjin, POL, Tecomar och TMM som före detta ostrukturerade medlemmar i TAA.
- 1248 Sökandena har för övrigt anfört att det omtvistade beslutet inte innehåller något bevis på att det finns något avtal eller samordnat förfarande mellan de traditionella konferensmedlemmarna som syftar till att förbehålla de rederier, som av tradition är oberoende, serviceavtal med NVOCC-bortfraktare. Kommissionen baserar sig enbart på en jämförelse mellan de transporter som de tidigare oberoende TACA-medlemmarna utfört inom ramen för serviceavtal med NVOCC-bortfraktare och de transporter som de traditionella TACA-medlemmarna utfört. Vad beträffar skrivelsen från POL till Hanjin av den 28 december 1995, anser sökandena att den inte kan ha något bevisvärde på grund av att de traditionella konferensmedlemmarna reserverade serviceavtalen med NVOCC-bortfraktare för nya medlemmar och rederier som av tradition var oberoende, eftersom det är frågan om en skrivelse som en tidigare oberoende aktör riktar till en ny marknadsaktör.
- 1249 Sökandena har understrukit att beslutet att transportera NVOCC-bortfraktarnas last är ett ensidigt beslut som fattats individuellt av varje sökande. De har härvidlag erinrat om den förklaring som de gav kommissionen under det administrativa förfarandet vilken återges i fotnot 55 i det omtvistade beslutet.

- 1250 Sökandena har uppmärksammat att även om de traditionella konferensmedlemmarna (med undantag av Hapag Lloyd) under åren 1994 och 1995 koncentrerade sin verksamhet på transport av last som ägdes av avlastare, transporterade nästan alla sökandena NVOCC-bortfraktarnas last från och med år 1996. Under åren 1996 och 1997 transporterade således de traditionella konferensmedlemmarna 22 procent respektive 29 procent av all last som ägdes av NVOCC-bortfraktare. Under dessa förhållanden anser sökandena att kommissionen inte har lagt fram tungt vägande, nöjaktiga och samstämmiga indicier på att det förekommit en föregående samordning och att det inte har visats att en samordning utgör den enda troliga förklaringen till att sökandena transporterade NVOCC-bortfraktarnas last.
- 1251 Kommissionen har med stöd av ECTU anfört att sökandena indirekt medgett i sin ansökan att de traditionella konferensmedlemmarna inte konkurrerade om serviceavtal med NVOCC-bortfraktarna under åren 1994 och 1995.
- 1252 Kommissionen har tillagt att sökandena försöker sammanföra ifrågasvarande serviceavtal med NVOCC-bortfraktare med NVOCC-bortfraktarnas last inom ramen för tariffen. Enligt kommissionen styrks genom bevisen att de rederier som tidigare var oberoende i förhållande till TACA, under år 1996 transporterade 94,7 procent av all last tillhörande NVOCC-bortfraktarna enligt ett av TACA:s serviceavtal. Eftersom värdet på NVOCC-bortfraktarnas transatlantiska marknad år 1995 översteg 300 miljoner USD, är det inte troligt att de traditionella konferensmedlemmarna hade beslutat ensidigt att denna verksamhet inte förtjänade att finnas kvar. Kommissionen anser att dessa omständigheter visar att avtalen med NVOCC-bortfraktarna förbehölls de medlemmar som inte av tradition var medlemmar och de nya marknadsaktörerna.
- 1253 Vad gäller de affärsmässiga skäl som åberopats av sökandena förstår kommissionen att de traditionella TACA-medlemmarna inte konkurrerade om NVOCC-bortfraktarnas last därför att de betraktade NVOCC-bortfraktarna som konkurrenter. Sökandena har emellertid inte förklarat varför dessa medlemmar



för närvarande transporterar en påtaglig andel gods enligt serviceavtal med NVOCC-bortfraktare. Enligt kommissionen saknar följaktligen sökandenas förklaringar all trovärdighet. Kommissionen anser att de traditionella TACA-medlemmarnas affärsstrategi ändrades med anledning av de åtgärder som kommissionen vidtog för att minska verkningarna av TACA-parternas konkurrensbegränsande förfaranden.

1254 Kommissionen har slutligen erinrat om ordalydelsen i skrivelsen från POL till Hanjin av den 28 december 1995 om serviceavtal med NVOCC-bortfraktare, vilken återges i skäl 180 i det omtvistade beslutet. Långt ifrån att behandla en fråga som enbart rör förhållandet mellan POL och Hanjin, understryks det i denna skrivelse att alla NVOCC-frågor är mycket ömtåliga och känsliga och måste hanteras genom fullständig endräkt inom TACA, på kollektiv grund och utan någon individualism, för att bevara den ställning som så omsorgsfullt byggts upp av gruppen under de gångna åren. Enligt kommissionen är det inte alls så att dessa överväganden avser ett problem som inte rör konferensen i dess helhet.

#### b) Förstainstansrättens bedömning

1255 I syfte att pröva dessa grunder avseende bevisen för de förfaranden som utgör det andra missbruket erinrar förstainstansrätten om att kommissionen konstaterar i artikel 5 i beslutsdelen i det omtvistade beslutet att TACA-parterna har missbrukat sin dominerande ställning ”genom att förändra konkurrensstrukturen på marknaden så att den dominerande ställningen för [TACA] förstärks”.

1256 Det framgår av skäl 562 i det omtvistade beslutet att enligt kommissionen ”var TACA-parternas avsikt ... att tillse att om en potentiell konkurrent ville komma in på marknaden skulle det ske först sedan denne hade blivit part i TACA”. Kommissionen konstaterar nämligen i artikel 563 i det omtvistade beslutet att

”TACA-parterna aktivt vidtog åtgärder för att hjälpa dessa potentiella konkurrenter att gå in på marknaden som TACA-parter”. Skäl 566 i det omtvistade beslutet har följande lydelse:

”Var och en av dessa åtgärder skulle ha uppmuntrat potentiella konkurrenter att gå in på den transatlantiska traden som parter i TACA och inte som oberoende rederier. I den mån förekomsten av potentiell konkurrens kan ha begränsat TACA:s marknadsinflytande (teorin om den konkurrensutsatta marknaden) skulle undanröjandet av denna källa till konkurrens ha inneburit dels att den potentiella konkurrensen undanröjdes, dels att den faktiska konkurrensen undanröjdes redan i förväg. Kommissionen anser att detta uppträdande, som inte omnämndes i ansökan om individuellt undantag, har skadat marknads konkurrensmässiga struktur och innebar missbruk av TACA-parternas kollektiva dominerande ställning under åren 1994, 1995 och 1996.”

1257 Det framgår av skälen 563–565 i det omtvistade beslutet att kommissionen härvidlag har identifierat specifik uppmuntran riktad till Hanjin och Hyundai och allmän uppmuntran riktad till alla potentiella konkurrenter. Den specifika uppmuntran ledde enligt skälen 563 och 564 i det omtvistade beslutet till delgivning till Hanjin av konfidentiella upplysningar om TACA och av TACA-parternas kollektiva beredskap att låta detta rederi bygga upp en marknadsandel som överensstämde med dess lastkapacitet på traden samt till att Hyundai omedelbart deltog i TACA:s serviceavtal. Den allmänna uppmuntran omfattade enligt skäl 565 i det omtvistade beslutet den omständigheten att TACA-parterna ingick ett stort antal serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur och att de tidigare strukturerade TAA-medlemmarna inte konkurrerade om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare.

1258 Genom dessa grunder har sökandena bestridit såväl den specifika uppmuntran som riktades till Hanjin och Hyundai som den allmänna uppmuntran som riktades till alla potentiella konkurrenter.

i) Den specifika uppmuntran som riktades till Hanjin och Hyundai

1259 Sökandena anser i huvudsak att kommissionen har bedömt omständigheten kring Hanjins och Hyundais anslutning till TACA på ett felaktigt sätt. De har härvidlag först gjort gällande att TACA-parterna enligt amerikansk rätt var skyldiga att godta Hanjins och Hyundais anslutning. Därefter har de hävdad att de inte uppmuntrat Hanjin och Hyundai att ansluta sig till TACA utan att dessa ansökt om att få ansluta sig efter att ha fattat ett självständigt beslut om detta.

— Skyldigheter som följer av amerikansk rätt

1260 Sökandena har betonat att TACA-parterna handlade helt och hållet i överensstämmelse med sina skyldigheter enligt amerikansk rätt när de godtog Hanjins och Hyundais anslutning till konferensen. De har gjort gällande att enligt avdelning 5 b i US Shipping Act är TACA en ”öppen” konferens som tillåter att nya medlemmar ansluts på grundval av de rimliga och icke diskriminerande kriterier som uttalas i artikel 7.1 i TACA-avtalet.

1261 Förstainstansrätten noterar att denna grund baseras på premissen att TACA-parterna i det omtvistade beslutet klandras för att de missbrukat sin kollektiva dominerande ställning genom att godta nya medlemmar i konferensen.

1262 Det är riktigt att det enligt rättspraxis kan vara frågan om ett missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget när ett företag i dominerande ställning stärker sin ställning så att graden av dominans väsentligen kan hämma konkurrensen, det vill säga så att det på marknaden endast kvarstår företag som i sitt agerande är beroende av det dominerande

företaget (domen i det ovan i punkt 779 nämnda målet Europemballage och Continental Can mot kommissionen, punkt 26). Det kan således inte uteslutas, såsom kommissionen med rätta har anmärkt i sina inlagor, att det faktum att en linjekonferens som innehar en dominerande ställning godtar nya medlemmar under vissa omständigheter kan utgöra ett missbruk i sig.

- 1263 Förstainstansrätten slår emellertid fast att det missbruk som konstateras i det omtvistade beslutet i förevarande mål inte är beskaffat på detta sätt. Såsom redan har angetts ovan framgår det av skälen 562–566 i det omtvistade beslutet, vilket kommissionen har bekräftat i sina inlagor och vid förhandlingen som svar på en fråga från förstainstansrätten på denna punkt, att det andra missbruk som konstateras i det omtvistade beslutet inte består i själva det faktum att vissa potentiella konkurrenter anslöt sig till TACA under åren 1994 och 1996, utan i det faktum att TACA-parterna vidtog vissa åtgärder i syfte att uppmuntra nämnda potentiella konkurrenter att ansluta sig till TACA. I det omtvistade beslutet förebrås nämligen TACA-parterna att de betett sig på ett sätt som specifikt syftat till att göra sig av med den potentiella konkurrensen genom att uppmuntra rederier att ansluta sig till TACA som annars skulle trätt in på marknaden som oberoende rederier och konkurrenter till konferensen.
- 1264 Förstainstansrätten framhåller vidare att kommissionen i skäl 576 i det omtvistade beslutet uttryckligen anger att "[det omtvistade] ... beslut[et] tar ställning till vissa åtgärder som TACA-medlemmarna har vidtagit för att förmå potentiella konkurrenter att inträda på marknaden som medlemmar i TACA. Det tar [dock] inte ställning till, och innebär därmed ingen inskränkning i, rätten för de linjekonferenser vars verksamhet omfattas av gruppundantaget i artikel 3 i förordning (EEG) nr 4056/86 att uppta nya medlemmar på samma villkor som gäller för befintliga medlemmar. Beslutet innebär inte heller någon inskränkning i rätten för medlemmarna i sådana konferenser att utbyta information som är nödvändig för den verksamhet som omfattas av gruppundantaget".
- 1265 Härav följer att TACA-parterna inte förebrås i det omtvistade beslutet att de godtog att nya medlemmar anslöt sig till konferensen utan endast att de vidtog vissa åtgärder för att uppmuntra sådan anslutning.

1266 Även om sökandena genom denna grund har gjort gällande att de enligt amerikansk rätt är skyldiga att godta alla nya medlemmars anslutning till konferensen, har de däremot inte hävdats att denna rätt innebär en skyldighet att vidta åtgärder för att uppmuntra sådan anslutning.

1267 Följaktligen är de inom ramen för denna grund framförda argumenten, vilka baseras på amerikansk rätt, inte relevanta. De kan således inte godtas.

— Bevisningen avseende de åtgärder som riktades till Hanjin och Hyundai

1268 Sökandena har påstått att TACA-parterna inte har uppmuntrat Hanjin och Hyundai att ansluta sig till konferensen. De anser att det inte har lagts fram tillräcklig bevisning för det missbruk som konstaterats på denna punkt.

1269 Det är utrett att Hanjin och Hyundai anslöt sig till TACA med verkan från den 31 augusti respektive den 11 september 1995.

1270 Det har inte bestridits att Hanjin och Hyundai inte trafikerade den transatlantiska traden innan de anslöt sig till TACA och att de bedrev sin sjötransportverksamhet på andra trader inte i egenskap av medlemmar i linjekonferenser utan i egenskap av oberoende rederier. Kommissionen konstaterar således i skäl 563 i det omtvistade beslutet, utan att motsägas av sökandena på denna punkt, att sökandena i sitt svar på meddelandet om anmärkningar i TAA-ärendet hänvisade särskilt till Hanjin och Hyundai som oberoende redare som utövade ett "betydande konkurrenstryck" på TAA-parterna genom sitt hot att gå in på TAA-traden.

- 1271 Härav följer att kommissionen med rätta kunde anse i det omtvistade beslutet att Hanjin och Hyundai utgjorde en potentiell källa till konkurrens för TACA-parterna, eftersom dessa rederier i egenskap av oberoende rederier på andra trader kunde komma in på den transatlantiska traden utan att ansluta sig till TACA. Eftersom Hanjin och Hyundai inte desto mindre anslöt sig till TACA, måste det således slås fast att den källa till potentiell konkurrens som de utgjorde har undanröjts.
- 1272 I enlighet med vad som angetts ovan i punkt 1265 består det andra missbruk som konstateras i det omtvistade beslutet emellertid inte i att Hanjin och Hyundai anslöt sig till TACA, utan i att TACA-parterna vidtog åtgärder avsedda att uppmuntra dessa rederier att hellre bli medlemmar i konferensen än att gå in på den transatlantiska traden i egenskap av oberoende rederier.
- 1273 I syfte att fastställa huruvida kommissionen var i sin fulla rätt när den konstaterade att undanröjandet av den potentiella konkurrens genom Hanjins och Hyundais anslutning till TACA berodde på att TACA-parterna betedde sig på ett otillbörligt sätt, kommer förstainstansrätten följaktligen att undersöka om kommissionen i det omtvistade beslutet styrkt att TACA-parterna vidtog åtgärder avsedda att uppmuntra Hanjin och Hyundai att ansluta sig till konferensen.

## Hanjins inträde i TACA

- 1274 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen enligt det omtvistade beslutet anser att TACA-parterna uppmuntrat Hanjin att ansluta sig till konferensen dels genom att de enligt skäl 563 delgav rederiet konfidentiell information som fanns i handlingar och statistik som härrörde från TACA, dels enligt skäl 564 genom en kollektiv beredskap att låta Hanjin bygga upp en marknadsandel som överensstämde med dess lastkapacitet på traden. Det framgår av nämnda skäl att enligt

kommissionen styrks dessa uppmuntrande åtgärder av Hanjins skrivelse till TACA av den 19 augusti 1994 respektive TACA:s dokument av den 15 februari 1996.

- 1275 Det har dock redan konstaterats ovan i punkt 187 i samband med prövningen av grunderna avseende åsidosättande av rätten till försvar att Hanjins skrivelse av den 19 augusti 1994 och TACA:s dokument av den 15 februari 1996 använts av kommissionen i strid med rätten till försvar och att dessa handlingar till sökandenas nackdel följaktligen inte får användas som bevisning.
- 1276 Eftersom påståendet om att TACA-parterna uppmuntrade Hanjin att ansluta sig till konferensen genom ovan angivna åtgärder helt och hållet baseras på dessa två handlingar, vilket kommissionen har bekräftat vid förhandlingen som svar på en fråga från förstainstansrätten på denna punkt, saknas därför bevis för detta påstående i det omtvistade beslutet.
- 1277 Såvitt kommissionen vidare har för avsikt att bevisa nämnda uppmuntrande åtgärder som riktades till Hanjin genom att åberopa TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996 till vilken det allmänt hänvisas i skäl 561 i det omtvistade beslutet, finner förstainstansrätten likaledes att denna skrivelse, av skäl som angetts i samband med grunderna avseende åsidosättande av rätten till försvar, har använts i strid med denna rätt och att den inte heller får användas som bevisning.
- 1278 Härav följer att kommissionen inte styrkt det andra missbruket till den del det utgörs av att TACA-parterna vidtog specifika åtgärder för att uppmuntra Hanjin att ansluta sig till konferensen.

- 1279 Förstainstansrätten konstaterar i vart fall, i motsats till vad kommissionen hävdade, att varken Hanjins skrivelse av den 19 augusti 1994 eller TACA:s dokument av den 15 februari 1996 visar att Hanjins anslutning inte skulle vara en följd av ett självständigt beslut utan skulle ha fattats efter uppmuntran i form av ovannämnda åtgärder som vidtogs av TACA-parterna.
- 1280 Vad för det första gäller skrivelsen av den 19 augusti 1994, konstaterar kommissionen i skäl 563 i det omtvistade beslutet att Hanjin enligt denna skrivelse begärde detaljerade uppgifter om "alla TACA:s relevanta handlingar och statistik (inklusive tariffer, serviceavtal, anlöpningshamnar, antal containertransporter och kapacitetsutnyttjande)". Kommissionen anser i skäl 563 i det omtvistade beslutet att "[a]vslöjandet av sådan information, som till stor del består av affärshemligheter av stort värde (kundnamn, varor, priser, transportrutter), och som inte är nödvändigt för att ett rederi skall kunna bli medlem i en linjekonferens vars verksamhet omfattas av gruppundantaget, måste ha fungerat som en övertygande uppmuntran för Hyundai att gå in på den transatlantiska traden som part i TACA och inte som en oberoende redare".
- 1281 I syfte att pröva det välgrundade i dessa bedömningar i det omtvistade beslutet noterar förstainstansrätten först att Hanjins skrivelse av den 19 augusti 1994 innehåller rederiets ansökan om anslutning till TACA. I denna skrivelse underrättar Hanjin TACA om att ett avtal om delbefraktning av utrymme har ingåtts med dess partner i konsortiet Tricon, nämligen DSR-Senator och Cho Yang, och att Hanjin därför kommer att vara i stånd att utnyttja kapacitet som redan finns tillgänglig på traden snarare än att medföra sina egna fartyg. Hanjin föreslår således TACA att göra de anmälningar som krävs hos kommissionen och FMC samtidigt som rederiet tar upp vissa frågor i samband med dess anslutning.
- 1282 Kommissionen kan inte med giltig verkan hävda att endast Hanjins avsikt, inte att ansluta sig till TACA utan att ta sig in på den transatlantiska marknaden, anges i nämnda skrivelse. Det är visserligen riktigt att det avtal om delbefraktning av utrymme som ingicks med DSR-Senator och Cho Yang inte i förväg avgjorde Hanjins möjligheter att agera på den transatlantiska traden i egenskap av



oberoende rederi. Emellertid är det utifrån ordalydelsen i de av sökandena åberopade skrivelserna angående Hanjins anslutning till TACA inte möjligt att anse att detta alternativ är det som Hanjin valde vid tidpunkten för avsändandet av skrivelsen av den 19 augusti 1994. I denna skrivelse uppger således Hanjin uttryckligen att rederiet önskar "ansluta sig till [TACA] såsom har anmälts till FMC och Europeiska kommissionen". Hanjin avslutar sin skrivelse med att anföra att rederiet hoppas få ett positivt svar på de frågor som ställs i dess "ansökan om anslutning". Förstainstansrätten konstaterar för övrigt att även TACA-parterna uppfattade Hanjins skrivelse på detta sätt. TACA förklarade nämligen i ett faxmeddelande av den 24 augusti 1994 att det mottagit Hanjins "ansökan om anslutning", medan TACA i en skrivelse samma dag underrättade Hanjin om formerna för denna anslutning. Genom telefax den 24 augusti 1994 lyckönskade TACA:s ordförande Hanjin med anledning av beslutet att ansluta sig till TACA och ombad samtidigt rederiet att kontakta sitt ombud för att denne skulle anmäla rederiets anslutning till behöriga myndigheter. Vidare noterar förstainstansrätten att eftersom skrivelsen av den 19 augusti 1994 var riktad till TACA är det svårt att föreställa sig att den skulle ha kunnat syfta till att underrätta konferensen om att Hanjin önskade komma in på marknaden i egenskap av oberoende aktör.

1283 Härav följer att det måste anses styrkt att skrivelsen av den 19 augusti 1994 utgör Hanjins begäran om anslutning till TACA.

1284 Kommissionen har dock inte lagt fram någon omständighet som kan visa att TACA vidtog åtgärder riktade till Hanjin före den 19 augusti 1994. Således innehåller inte handlingarna i målet vid förstainstansrätten någon skriftväxling som är daterad före denna dag angående Hanjins anslutning och i skriftväxling daterad efter denna dag finns inte något indicium som gör det möjligt att dra slutsatsen att Hanjins ansökan om anslutning initierats av TACA-parterna.

1285 Under dessa förhållanden framgår det inte att Hanjins beslut att bli medlem av TACA hade initierats av TACA-parterna.

- 1286 Det är riktigt, såsom kommissionen anför i skäl 563 i det omtvistade beslutet, att Hanjin i sin skrivelse av den 19 augusti 1994 begärde detaljerade uppgifter om alla TACA:s relevanta handlingar och statistik om tariffer, serviceavtal, anlöpningshamnar, antal containertransporter och kapacitetsutnyttjande.
- 1287 Förstainstansrätten erinrar emellertid om att kommissionen i skäl 576 i det omtvistade beslutet anger att det omtvistade beslutet inte tar ställning till rätten för de linjekonferenser vars verksamhet omfattas av gruppundantaget i artikel 3 i förordning (EEG) nr 4056/86 att uppta nya medlemmar på samma villkor som gäller för befintliga medlemmar och inte heller till rätten att utbyta information som är nödvändig för den verksamhet som omfattas av gruppundantaget. Såsom kommissionen har bekräftat vid förhandlingen, ifrågasätts inte i det omtvistade beslutet själva det faktum att nya rederier anslöt sig till TACA utan det faktum att TACA-parterna vidtog vissa åtgärder i syfte att uppmuntra potentiella konkurrenter att bli medlemmar i konferensen. Om det ansågs att delgivning av information som är nödvändig för bedrivande av den verksamhet som omfattas av artikel 3 i förordning nr 4056/86 utgjorde uppmuntran att ansluta sig till TACA, skulle detta innebära att det är anslutningen till TACA i sig som betraktas som missbruk. I detta fall utgörs nämligen den uppmuntrande åtgärd som tillskrivs TACA-parterna av själva det faktum att nya TACA-medlemmar drar nytta av det i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget genom vilket konkurrensbegränsningar tillåts, vars undantagskaraktär redan har understrukits av förstainstansrätten (TAA- domen, punkt 146).
- 1288 Det är i förevarande mål utrett att Hanjin erhöll de upplysningar rederiet begärde i sin skrivelse av den 19 augusti 1994 efter anslutningen till konferensen. Det framgår nämligen av TACA:s skrivelse till Hanjin av den 24 augusti 1994, vars ordalydelse inte har bestridits av kommissionen, att ifrågavarande upplysningar gjordes tillgängliga för Hanjin under ett möte som hölls efter den 1 september 1994.
- 1289 Enligt artikel 3 i förordning nr 4056/86 åtnjuter medlemmar i linjekonferenser ett gruppundantag för avtal om fastställande av enhetliga eller gemensamma fraktsatser och för avtal rörande samordning av tidtabeller för fartyg eller av

deras avgångs- och anlöpningstider, fastställande av avgångs- och anlöpningsfrekvens, samordning eller uppdelning av avgångar eller anlöpningar mellan konferensens medlemmar, reglering av den transportkapacitet som varje medlem erbjuder samt uppdelning av last eller inkomster mellan medlemmar.

1290 Det måste slås fast att kommissionen inte har förklarat hur det kunde komma sig att delgivningen av de upplysningar som Hanjin begärt i förevarande mål om tariffer, serviceavtal, anlöpningshamnar, antal containertransporter och kapacitetsutnyttjande inte var nödvändig för verksamhetens bedrivande enligt artikel 3 i förordning nr 4056/86 och följaktligen inte krävdes för att göra det möjligt för Hanjin att ansluta sig på samma villkor som de befintliga medlemmarna. Delgivning av upplysningar om tariffer förefaller dock höra till när avtal ingås om fastställande av enhetliga eller gemensamma fraktsatser. Det är för övrigt utrett, såsom konstateras i skäl 99 i det omtvistade beslutet, att tariffen offentliggjorts. Likaledes kräver ingåendet av avtal rörande samordning av tidtabeller och anlöpningsfrekvens eller uppdelning av anlöpningar a priori att konferensmedlemmarna ger varandra vissa upplysningar om anlöpningar. Vad gäller delgivning av information om serviceavtal, lastning och kapacitetsutnyttjande kan sådan vid en första anblick vara nödvändig för ingåendet av avtal om reglering av transportkapacitet och uppdelning av last eller inkomster mellan medlemmar.

1291 Förstainstansrätten noterar vidare angående serviceavtalen att det enligt det omtvistade beslutet, såsom kommissionen har bekräftat vid förhandlingen, inte är förbjudet för TACA-parterna att ingå konferensserviceavtal. För att delta i sådana avtal måste dock varje ny TACA-medlem med nödvändighet kunna ta del av upplysningar om dessa.

1292 Förstainstansrätten finner således att kommissionen inte i tillräckligt hög grad styrkt att TACA-parternas delgivning till Hanjin av konfidentiell information utgör en uppmuntrande åtgärd avsedd att förmå detta rederi att ansluta sig till

konferensen genom att göra det möjligt för Hanjin att få tillgång till upplysningar som inte är nödvändiga för bedrivande av den verksamhet som omfattas av gruppundantaget.

1293 Följaktligen finner förstainstansrätten att sökandenas klander på denna punkt skall godtas.

1294 Vad för det andra beträffar TACA:s dokument av den 15 februari 1996, konstaterar kommissionen i skäl 564 i det omtvistade beslutet att detta dokument visar en kollektiv beredskap att göra ”det möjligt för Hanjin att bygga upp en marknadsandel som överensstämmer med dess lastkapacitet på traden ...”. Kommissionen anser att ”[e]n sådan beredskap från de andra TACA-parternas sida skulle väsentligt ha minskat affärsrisken i samband med inträdet på en ny marknad och därigenom fungerat som ett lockbete för Hyundai att gå in på den transatlantiska traden som part i TACA”.

1295 Förstainstansrätten noterar emellertid att TACA:s dokument av den 15 februari som upprättades mer än 17 månader efter det att Hanjin anslöt sig till TACA inte rör denna anslutning utan behandlar tänkbara lösningar på en tvist mellan TACA-parterna och Hanjin i egenskap av konferensmedlem.

1296 Det framgår av handlingarna i målet vid förstainstansrätten att nämnda dokument är en följd av TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996 till Hanjin i vilken konferensens ordförande Rakkenes bekymrar sig över de prisinitiativ som denna TACA-part nyligen tagit på den transatlantiska traden. I denna skrivelse uppger TACA:s ordförande till Hanjin att ett priskrig skulle kunna ”förstöra de grunder som TACA har byggts på”, av vilket skäl han föreslår ett möte inom kort

med ledningen för Hanjin innan han avslutar nämnda skrivelse med följande ord ur ett avsnitt som citeras i skälen 292 och 561 i det omtvistade beslutet:

”Som jag har sagt till alla berörda rederier som försökt gå in på marknaden: Kom och prata med mig så skall vi göra allt vi kan för att hjälpa er att uppnå det målet.”

<sup>1297</sup> Det framgår av handlingarna i målet vid förstainstansrätten att ett möte således hölls mellan Hanjin och TACA-parterna den 13 februari 1996.

<sup>1298</sup> Såsom framgår av ordalydelsen var därefter syftet med TACA:s dokument av den 15 februari 1996 att förbereda ett nytt möte med Hanjin den 29 februari 1996. I detta dokument konstaterar TACA:s brittiska sekretariat att Hanjin, vars marknadsandel på den transatlantiska traden under år 1995 var begränsad, vidtog ett betydande antal oberoende åtgärder som borde inskränkas för att upprätthålla fraktsatsernas stabilitet på ifrågavarande trad. I syfte att förverkliga detta mål ger TACA:s brittiska sekretariat bland annat följande rekommendationer till konferensen:

”1 Uppmuntra Hanjin, genom att försäkra att de övriga bortfraktarna kommer att uppmuntras på samma sätt, att komma med en affärsmässig lösning i syfte att tillsammans föra en diskussion och fatta ett gemensamt beslut. På så sätt blir [oberoende åtgärder] en nödlösning i stället för en prioriterad åtgärd.

- 2 Uppmuntra och övertyga alla bortfraktare att kollektivt finna ett sätt som gör det möjligt för Hanjin att bygga upp en marknadsandel som överensstämmer med dess lastkapacitet på traden och som inte framkallar en negativ kedjereaktion.
- 3 Om det fortfarande behövs oberoende åtgärder borde Hanjin uppmuntras att finna medel och metoder för att bedriva dem i mindre skala och på så sätt minimera deras snedvridande verkan och för att ange landfraktsatser och tilläggsavgifter separat.
- 4 Meddela Hanjin att om rederiet framhårdar med sina oberoende åtgärder kommer detta enbart att öka trycket på de övriga bortfraktarna som konkurrerar på samma nivå i fråga om tjänster och som koncentrerar sig på att göra samma sak på samma marknadssegment genom att intensifiera sin verksamhet. Detta kommer att leda till ett fullständigt sammanbrott för TACA:s tariff.”

1299 Förstainstansrätten slår fast att det framgår av vad som ovan anförts att TACA-parternas kollektiva beredskap att låta Hanjin bygga upp en marknadsandel som överensstämde med dess lastkapacitet på traden saknar varje samband med rederiets anslutning till konferensen. När kommissionen vid förhandlingen förhöordes på denna punkt medgav den för övrigt att TACA:s dokument av den 15 februari 1996 inte hade något samband med Hanjins anslutning.

1300 Vidare kan TACA:s dokument av den 15 februari 1996 inte tolkas som ett bevis på TACA-parternas ständiga kollektiva beredskap att från och med Hanjins anslutning tilldela detta rederi en viss marknadsandel. Det faktum att beredskapen att låta Hanjin bygga upp en marknadsandel hävdas mer än 17 månader efter dess anslutning, i syfte att lösa en intern konflikt inom TACA, är i sig tillräckligt för att visa att någon sådan åtgärd inte hade vidtagits före denna konflikt och i vart fall inte vid tidpunkten för Hanjins anslutning till konferensen. Kommissionen kan således inte med framgång hävda, vilket den försökte vid förhandlingen, att

TACA:s dokument av den 15 februari 1996 illustrerar det sammanhang i vilket Hanjins skrivelse med ansökan om anslutning till konferensen avsändes den 19 augusti 1994.

- 1301 Detsamma gäller TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996. Såsom har angetts ovan avsändes denna skrivelse mot samma bakgrund som den mot vilken dokumentet av den 15 februari 1996 upprättats. Även om de allmänna ordalagen i ett isolerat avsnitt i denna skrivelse eventuellt skulle kunna tyda på att TACA:s ordförande var benägen att hjälpa tredje part att ansluta sig till konferensen, är det inte rimligt att härav dra slutsatsen att, i avsaknad av varje annan konkret omständighet som pekar i denna riktning, TACA-parterna systematiskt uppmuntrade potentiella konkurrenter, däribland Hanjin, att bli medlemmar i konferensen på andra villkor än som erbjudits befintliga medlemmar. Enbart den omständigheten att TACA:s ordförande uttalat att han ville hjälpa tredje parter att bli medlemmar i konferensen visar nämligen på intet sätt att TACA-parterna verkligen kollektivt vidtagit uppmuntrande åtgärder i den mening som avses i det omtvistade beslutet för att förmå potentiella konkurrenter att ansluta sig till TACA.
- 1302 Förstainstansrätten noterar i vart fall att avtal om marknadsuppdelning som ingås mellan medlemmar i en linjekonferens inte nödvändigtvis är förbjudna inom ramen för det konkurrenssystem som införts genom förordning nr 4056/86. I artikel 3 i förordning nr 4056/86 föreskrivs uttryckligen att gruppundantaget även är tillämpligt på avtal som syftar till reglering av den transportkapacitet som varje medlem erbjuder och till uppdelning av last eller inkomster mellan medlemmar.
- 1303 Förstainstansrätten konstaterar att det inte förklaras i det omtvistade beslutet hur det kan komma sig att TACA:s kollektiva beredskap att bygga upp en viss marknadsandel åt Hanjin på ifrågavarande trad inte utgör ett sådant avtal som kan göra det möjligt för detta rederi att ansluta sig till konferensen på samma villkor som för de befintliga medlemmarna. I skäl 576 i det omtvistade beslutet

anger dock kommissionen själv att det omtvistade beslutet inte tar ställning till denna rätt eftersom, såsom kommissionen bekräftat vid förhandlingen, själva det faktum att nya rederier ansluter sig till TACA inte förbjuds genom det omtvistade beslutet. Även om det, i enlighet med vad som noterats ovan, anses att deltagandet i avtal som omfattas av gruppundantaget utgjorde uppmuntran att ansluta sig till TACA, skulle det innebära att det är anslutningen till TACA i sig som skall betraktas som missbruk. I detta fall utgörs nämligen den uppmuntrande åtgärd som tillskrivs TACA-parterna av själva det faktum att Hanjin drar nytta av det i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget, genom vilket konkurrensbegränsningar tillåts, vars undantagskaraktär redan har understrukits av förstainstansrätten.

1304 Förstainstansrätten finner mot denna bakgrund att kommissionen inte styrkt att TACA-parternas kollektiva beredskap att låta Hanjin bygga upp en viss marknadsandel på ifrågavarande trad utgjorde en uppmuntrande åtgärd avsedd att förmå detta rederi att bli medlem i konferensen.

1305 Följaktligen finner förstainstansrätten att sökandenas klander på denna punkt skall godtas.

### Hyundais anslutning till TACA

1306 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen konstaterar i skäl 564 i det omtvistade beslutet att Hyundai uppmuntrades av TACA-parterna att bli medlem i konferensen "som part i de [av konferensens] serviceavtal som det ville ingå i med verkan från dess första resa på traden". Det framgår av samma skäl att denna uppmuntran enligt kommissionen styrks av protokoll PWSC 95/8.



- 1307 Det har dock redan konstaterats ovan i punkt 187 i samband med prövningen av grunderna avseende åsidosättande av rätten till försvar att detta protokoll använts av kommissionen i strid med rätten till försvar och att denna handling till sökandenas nackdel följaktligen inte får användas som bevisning.
- 1308 Eftersom påståendet om att TACA-parterna uppmuntrade Hyundai att ansluta sig till konferensen genom att erbjuda omedelbar tillgång till konferensserviceavtal helt och hållet baseras på denna enda handling, vilket kommissionen har bekräftat vid förhandlingen som svar på en fråga från förstainstansrätten på denna punkt, saknas därför bevis för detta påstående i det omtvistade beslutet.
- 1309 Såvitt kommissionen vidare har för avsikt att bevisa ovannämnda uppmuntrande åtgärd genom att åberopa TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996 till vilken det allmänt hänvisas i skäl 561 i det omtvistade beslutet, finner förstainstansrätten likaledes att denna skrivelse, av skäl som angetts i samband med grunderna avseende åsidosättande av rätten till försvar, har använts i strid med denna rätt och att inte heller denna handling får användas som bevisning.
- 1310 Härav följer att kommissionen inte styrkt det andra missbruket till den del det utgörs av att TACA-parterna vidtog specifika åtgärder för att uppmuntra Hyundai att ansluta sig till konferensen.
- 1311 Förstainstansrätten konstaterar i vart fall, i motsats till vad kommissionen hävdar, att protokoll PWSC 95/8 inte visar att Hydunais anslutning till TACA inte skulle vara en följd av ett självständigt beslut utan skulle ha fattats efter uppmuntran i form av ovannämnda åtgärd som vidtogs av TACA-parterna.

- 1312 Förstainstansrätten konstaterar att Hyundai enligt detta protokoll, såsom det återges i skäl 230 i det omtvistade beslutet, "... hade ansökt om att få ingå i de serviceavtal år 1995, i vilka tre eller flera medlemmar för närvarande deltar i gemensamma serviceavtal i östlig och västlig riktning, till de fraktsatser som tillämpas för majoriteten av medlemmarna i sådana avtal". Beträffande detta bekräftades det enligt samma protokoll att "åtgärder vidtas för att underrätta avlastare som är parter i serviceavtal om Hyundais inträde som träder i kraft samtidigt som Hyundais första transatlantiska resor". Kommissionen anser enligt skäl 564 i det omtvistade beslutet att "den utbredda förekomsten av serviceavtal [kan] fungera som ett hinder för inträde. Den omedelbara tillgången till sådana serviceavtal skulle ha fungerat som en övertygande uppmuntran för Hyundai att gå in på den transatlantiska traden som part i TACA".
- 1313 Förstainstansrätten noterar att det framgår av handlingarna i målet vid förstainstansrätten, särskilt skriftväxlingen vid tiden för Hyundais anslutning till TACA, att Hyundai hade planerat att till en början under februari månad 1995 gå in på den transatlantiska traden, inte genom att bli medlem i TACA, utan genom att ingå ett avtal om delbefraktning av utrymme med ett oberoende rederi som konkurrerade med TACA-parterna. Efter att dessa förhandlingar misslyckats i maj månad 1995, inledde Hyundai förhandlingar med TACA-medlemmen MSC i syfte att ingå ett avtal om delbefraktning av utrymme.
- 1314 Förstainstansrätten kommer följaktligen att kontrollera, i likhet med vad kommissionen påstått, om misslyckandet i förhandlingarna med detta oberoende rederi berodde på att TACA erbjöd Hyundai omedelbar tillgång till konferensserviceavtal för det fall att rederiet anslöt sig till TACA.
- 1315 Det är utrett mellan parterna att Hyundai för första gången hörde sig för hos TACA om möjligheten att få omedelbar tillgång till konferensserviceavtalen den 30 augusti 1995. Det framgår av ett protokoll från TACA:s möte den 31 augusti 1995 (PWSC 95/7) att detta förslag, beträffande vilket det preciseras

att det diskuterades ”på Hyundais begäran”, godkändes samma dag av TACA. Hyundai noterade godkännandet i ett faxmeddelande ställt till TACA av den 5 september 1995.

1316 Det kan således anses styrkt att Hyundai, efter diskussioner med TACA som ägt rum före rederiets anslutning, underrättades av TACA om att det skulle inbegripas i konferensserviceavtalen avseende år 1995 för det fall det gick med i TACA.

1317 Enbart denna omständighet räcker emellertid inte för att visa att detta var motivet till att Hyundai anslöt sig till TACA.

1318 Det är nämligen utrett att Hyundai undertecknade ett avtal om delbefraktning av utrymme med MSC redan den 17 augusti 1995 efter förhandlingar som inletts med denna TACA-part under maj månad 1995. Det framgår av handlingarna i målet att redan samma dag hade ett slutgiltigt förslag till anmälan av detta avtal till FMC upprättats. I sitt svar på begäran om upplysningar av den 8 mars 1996 förklarade dock TACA-parterna, utan att detta bestridits av kommissionen, att Hyundais beslut att ingå ett avtal om delbefraktning av utrymme med MSC hörde ihop med dess beslut att ansluta sig till TACA. I motsats till vad kommissionen gjort gällande kan en sådan omständighet, långt ifrån att motsäga sökandenas argument, tvärtom bekräfta dem. Det framgår nämligen av denna omständighet att Hyundai fattat sitt beslut att ansluta sig till konferensen redan under maj månad 1995.

1319 Sökandena har vidare uppgett, utan att motsägas av kommissionen på denna punkt, att de tog kontakt med TACA inför en sådan anslutning under juli 1995 när villkoren för avtalet om delbefraktning av utrymme med MSC klart hade definierats.

- 1320 Slutligen framgår det av senare skriftväxling med MSC att Hyundai redan den 22 augusti 1995 uppgav till denna konferensmedlem att dess ansökan om anslutning skulle översändas till TACA omkring den 30 augusti 1995, under det att MSC å sin sida åtog sig att anmäla detta beslut till TACA, så att konferensens ordförande skulle kunna instruera sitt juridiska ombud i Europa att göra de anmälningar som krävdes hos kommissionen.
- 1321 Det framgår av dessa uppgifter att Hyundai beslutade att ansluta sig till TACA genom ett självständigt beslut långt innan frågan om omedelbar tillgång till konferensserviceavtal hade väckts. När Hyundai begärde att få omedelbar tillgång till konferensserviceavtalen hade rederiet nämligen dels redan undertecknat avtalet om delbefraktning av utrymme med MSC som gjorde det möjligt för rederiet att komma in på ifrågasvarande trad utan att medföra ny kapacitet, dels vidtagit alla nödvändiga åtgärder inför anslutningen till TACA.
- 1322 Under dessa förhållanden framgår det inte att Hydunais anslutning till TACA bestämts av den omedelbara tillgången till konferensserviceavtal.
- 1323 Förstainstansrätten erinrar vidare om att kommissionen själv i skäl 576 anger att den i det omtvistade beslutet inte tar ställning till rätten för de linjekonferenser vars verksamhet omfattas av gruppundantaget i artikel 3 i förordning (EEG) nr 4056/86 att uppta nya medlemmar på samma villkor som gäller för befintliga medlemmar. Fastän det enligt det omtvistade beslutet, såsom kommissionen har bekräftat vid förhandlingen, inte är förbjudet för TACA-parterna att ingå konferensserviceavtal, förklarar kommissionen inte hur det kan komma sig att rätten för varje ny medlem att ansluta sig på samma villkor som de befintliga medlemmarna inte innebär att Hyundai kan kräva att omedelbart bli part i alla konferensserviceavtal, och särskilt att åtnjuta samma villkor som dem som erbjöds MSC med vilket Hyundai hade ingått ett avtal om delbefraktning av utrymme för att komma in på ifrågasvarande trad. Förstainstansrätten finner för övrigt att Hanjin enligt skrivelsen av den 19 augusti 1994 framställde en liknande begäran som Hydunais utan att kommissionen ansåg att det rörde sig om en åtgärd som syftade till att uppmuntra Hanjin att ansluta sig till TACA.

- 1324 Kommissionen har under utfrågningen vid förhandlingen gjort gällande att Hyundai's anslutning till TACA även bör förstås mot bakgrund av TACA:s skrivelse av den 30 januari 1996. Det har emellertid redan konstaterats ovan i punkt 1301 att i avsaknad av varje annan konkret omständighet som pekar i denna riktning kunde inte kommissionen rimligen av de allmänna ordalagen i ett isolerat avsnitt i denna skrivelse som avsändes av TACA:s ordförande i samband med en tvist med Hanjin som uppstod mer än 17 månader efter rederiets anslutning till TACA sluta sig till att TACA-parterna systematiskt uppmuntrade potentiella konkurrenter, däribland Hyundai, att bli medlemmar i konferensen på andra villkor än de som erbjudits befintliga medlemmar.
- 1325 Mot bakgrund av det ovan anförda finner förstainstansrätten följaktligen att kommissionen inte styrkt att TACA-parterna uppmuntrade Hyundai att ansluta sig till konferensen genom att låta rederiet få omedelbar tillgång till konferensserviceavtal vid tidpunkten för dess anslutning.
- 1326 Det följer av det ovan anförda att kommissionen inte styrkt det andra missbruket såvitt avser TACA-parternas vidtagande av specifika åtgärder för att uppmuntra Hanjin och Hyundai att ansluta sig till TACA.

ii) Allmän uppmuntran riktad till potentiella konkurrenter

- 1327 Sökandena har genom dessa grunder och argument bestridit bedömningarna i det omtvistade beslutet av de åtgärder i form av allmän uppmuntran som vidtagits av TACA-parterna, nämligen att TACA-parterna ingick ett stort antal serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur och att de tidigare strukturerade TAA-medlemmarna inte konkurrerade om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare.

## — Serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur

- 1328 Sökandena har i huvudsak bestridit att Hanjin och Hyundai uppmuntrats att ansluta sig till TACA med anledning av den dubbla fraktsatsstrukturen i serviceavtalen. De har till stöd för sitt argument först gjort gällande att denna åtgärd efterfrågats av avlastarna. Därefter har de anfört att beslutet inte innehåller något bevis på att denna åtgärd har uppmuntrat Hanjin och Hyundai att ansluta sig till TACA. Slutligen har sökandena understrukit att Hanjin och Hyundai varit parter i en liten del av denna typ av serviceavtal.
- 1329 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen i skäl 565 i det omtvistade beslutet konstaterar att "[s]om [den] fann i TAA-ärendet ... var syftet med att erbjuda en dubbel fraktsatsstruktur att begränsa konkurrensen från oberoende redare genom att få med dem i konferensen [och att] [e]fter det att TAA förbjudits i november 1994 övergav TACA-parterna sitt dubbla prissystem, men de har icke desto mindre fortsatt att erbjuda serviceavtal med högre priser för de traditionella konferensmedlemmarna och lägre priser för dem som traditionellt varit oberoende och för nya marknadsaktörer". Kommissionen anser att "[e]ffekten av detta bör ha varit att uppmuntra de potentiella konkurrenter som önskade komma in på marknaden att göra detta som parter i TACA".
- 1330 Kommissionen har baserat sitt påstående på redogörelsen för en faktisk omständighet i skäl 152 i det omtvistade beslutet med följande lydelse:

"... [det] framgår ... också av en översyn av TACA:s serviceavtal 1995 att ett betydande antal (uppskattningsvis en tredjedel) innehåller en dubbel fraktsatsstruktur enligt vilken de tidigare ostrukturerade medlemmarna av TAA tar ut lägre satser inom samma serviceavtal än de tidigare strukturerade medlemmarna i TAA. [Sänkningen] varierar mellan 50 och 100 USD per TEU, och i åtminstone ett fall

är den så mycket som 150 USD. Dessa dubbla fraktsatsstrukturer återfinns också i TACA:s serviceavtal från 1996 och 1997.”

- 1331 Förstainstansrätten slår fast att även om sökandena har bestridit att den dubbla fraktsatsstrukturen i konferensserviceavtalen infördes på deras eget initiativ och att den motsvarar en påtaglig andel av de serviceavtal som ingicks av Hanjin och Hyundai, har de däremot inte bestridit att talrika konferensserviceavtal som ingicks av TACA-parterna under den period som det är fråga om i det omtvistade beslutet innehöll dubbla fraktsatser.
- 1332 Förstainstansrätten erinrar om att den redan i TAA- domen (punkt 163) konstaterade att syftet med införandet av differentierade fraktsatser i TAA:s tariff var att i avtalet få med oberoende bortfraktare som utan den möjlighet att sänka priserna som de medges i förhållande till gamla medlemmar skulle förbli oberoende och fortsätta att konkurrera med konferensen just med priserna. Förstainstansrätten fann att detta syfte framgick med tillräcklig tydlighet av ett protokoll från ett möte mellan framtida medlemmar i TAA, som hölls i Genève (Schweiz) den 13 januari 1992.
- 1333 Under dessa förhållanden kommer förstainstansrätten att undersöka om den dubbla fraktsatsstrukturen i konferensserviceavtalen, såsom kommissionen har hävdad, även haft den verkan att potentiella konkurrenter uppmuntrats att ansluta sig till konferensen under den period som omfattas av det omtvistade beslutet genom att de fått möjlighet att erbjuda avlastarna lägre priser än de gamla strukturerade konferensmedlemmarna kunnat göra.
- 1334 Förstainstansrätten noterar härvidlag att för att kunna utgöra en åtgärd som uppmuntrat potentiella konkurrenter att ansluta sig till konferensen måste den dubbla fraktsatsstrukturen i serviceavtalen med nödvändighet haft den verkan att de potentiella konkurrenterna förmåddes att bli medlemmar i TACA. Den

omständigheten att en åtgärd som betecknas som uppmuntran att ansluta sig till konkurrensen inte åtföljts av någon anslutning till TACA visar nämligen att denna åtgärd i realiteten inte utgjorde någon uppmuntran att ansluta sig till konferensen.

1335 Det visar sig således att den förändrade konkurrensstrukturen på marknaden som utgör det andra missbruk som konstateras i artikel 5 i beslutdelen i det omtvistade beslutet är en följd av att de uppmuntrande åtgärder som TACA-parterna vidtog, däribland den dubbla fraktsatsstrukturen i serviceavtalen, hade som verkan att potentiella konkurrenter förmåddes att bli medlemmar i konferensen, samtidigt som den potentiella källa till konkurrens som dessa utgjorde eliminerades. Kommissionen har för övrigt i det omtvistade beslutet inte hävdats att ifrågavarande åtgärder skulle haft någon annan verkan.

1336 Kommissionen har emellertid vid förhandlingen hävdats att den dubbla fraktsatsstrukturen i serviceavtalen haft andra verkningar på konkurrensstrukturen. Den har härvidlag gjort gällande att åtgärden har bidragit i samma mån som de övriga åtgärderna till att en permanent gynnsam miljö skapats inte bara i syfte att uppmuntra tredje part att ansluta sig till konferensen hellre än att träda in på marknaden som oberoende rederi, utan också för att de tidigare oberoende bortfraktarna skulle förbli medlemmar i konferensen. Vidare har kommissionen betonat att TACA-parterna genom ifrågavarande uppmuntrande åtgärder har neutraliserat den potentiella konkurrensen.

1337 Vad beträffar skapandet av en permanent gynnsam miljö noterar emellertid förstainstansrätten på nytt att utan att ha haft den verkan att de potentiella konkurrenterna förmåddes att bli medlemmar i TACA kan den dubbla fraktsatsstrukturen i serviceavtalen inte betraktas som en åtgärd som uppmuntrat potentiella konkurrenter att ansluta sig till konferensen. Om således ingen potentiell konkurrent har anslutit sig till TACA måste det med nödvändighet anses att nämnda åtgärd inte har skapat en gynnsam miljö för dessa. Såvitt kommissionen vidare påstår att ifrågavarande åtgärder har skapat en gynnsam miljö för att åstadkomma att TACA-parterna förblir medlemmar i konferensen, är



det tillräckligt att notera att det missbruk som konstateras i det omtvistade beslutet uppenbarligen inte är av denna art eftersom det enligt skälen 562–566 i det omtvistade beslutet endast avser åtgärder som syftar till att förmå potentiella konkurrenter att ansluta sig till TACA och inte åtgärder som syftar till att förmå TACA-parter att förbli medlemmar i konferensen.

1338 Vad gäller neutraliserandet av den potentiella konkurrensen finner förstainstansrätten att det faktum att en linjekonferens vidtar åtgärder för att begränsa de potentiella konkurrenternas förmåga att ta sig in på marknaden i egenskap av oberoende bortfraktare skulle kunna utgöra en otillåten förändring av marknadens konkurrensstruktur. Det är riktigt att i ett sådant fall enbart den omständigheten att de potentiella konkurrenterna inte desto mindre skulle ta sig in på marknaden inte nödvändigtvis berövar konferensens beteende dess karaktär av missbruk. Det faktum att potentiella konkurrenter tagit sig in på marknaden betyder inte för den sakens skull att nämnda åtgärder varit verkningslösa, då inträdet på marknaden i avsaknad av dessa åtgärder nämligen skulle kunnat ske under andra förutsättningar. I ett sådant fall är det inte heller tillräckligt att det eftersträvade resultatet inte uppnås för att det skall undgås att detta betecknas som missbruk av dominerande ställning (se, för ett liknande resonemang, domen av den 8 oktober 1996 i de ovan i punkt 568 nämnda förenade målen CEWAL I, punkt 149).

1339 Det neutraliserande av den potentiella konkurrensen som konstateras i det omtvistade beslutet är emellertid inte en följd av åtgärder avsedda att begränsa de potentiella konkurrenternas förmåga att träda in på marknaden utan tvärtom av kvalificerade åtgärder avsedda att uppmuntra till inträde på marknaden i egenskap av TACA-parter. I ett sådant fall är det dock inte tillräckligt att det eftersträvade resultatet inte uppnås för att det skall visas att ifrågavarande åtgärd inte utgör uppmuntran att ansluta sig till konferensen och följaktligen inte heller uppmuntran att undanröja det missbruk av dominerande ställning som konstateras i det omtvistade beslutet.

1340 Förstainstansrätten kommer således att undersöka om den dubbla fraktsatsstrukturen i konferensserviceavtalen verkligen förmått de potentiella konkurrenterna att ansluta sig till TACA.

- 1341 Förstainstansrätten noterar härvidlag att trots det faktum att TACA-parterna ingick ett stort antal serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur var det endast Hanjin och Hyundai som anslöt sig till TACA under den period som omfattas av det omtvistade beslutet.
- 1342 Härav följer att de flesta potentiella konkurrenter till konferensen inte blev uppmuntrade att ansluta sig till TACA genom ifrågavarande åtgärd. För övrigt påpekar förstainstansrätten härvidlag att en potentiell konkurrent, nämligen rederiet UASC, beslutade att inte bli medlem i konferensen trots att det vidtagit åtgärder härför under år 1996. Det har likaledes konstaterats ovan att rederier som Cosco, Yangming, K Line, Mitsui och APL som dock gick in på traden senare, inte anslöt sig till TACA under den i det omtvistade beslutet ifrågavarande perioden.
- 1343 Vad Hanjin och Hyundai beträffar konstaterar förstainstansrätten vidare att kommissionen i det omtvistade beslutet inte nämner några omständigheter med vars hjälp det kan visas att dessa rederier anslöt sig till TACA till följd av den uppmuntran som den dubbla fraktsatsstrukturen i serviceavtalen utgjorde.
- 1344 Det har tvärtom redan konstaterats ovan att uppgifterna i handlingarna i målet vid förstainstansrätten inte gjorde det möjligt att anse att Hanjins och Hyundais anslutning till TACA var en följd av ett självständigt beslut som dessa rederier fattat. Vad härvidlag gäller Hanjin bör det framhållas att skriftväxlingen mellan detta rederi och TACA angående dess anslutning inte vid något tillfälle rörde frågan om den dubbla fraktsatsstrukturen i serviceavtalen. I fråga om Hyundai framgår det, även om denna fråga faktiskt behandlas i ett dokument från TACA av den 2 oktober 1995, av nämnda dokument att Hyundai begärde att få komma i åtnjutande av den högsta fraktsatsen för de serviceavtal som innehåller en sådan dubbel fraktsatsstruktur. Detta motsäger direkt kommissionens argument om att de tidigare oberoende bortfraktarna uppmuntrades att ansluta sig till TACA genom möjligheten att erbjuda de lägsta fraktsatser som föreskrivs i serviceavtalen. Kommissionen medgav vid förhandlingen att den inte hade tillgång till några uppgifter som kunde leda till ett ifrågasättande av dokumentet av den 2 oktober 1995.

1345 Det är vidare ostridigt mellan parterna att Hanjin och Hyundai var parter i ett mindre antal serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur. Även om kommissionen i detta avseende har betonat att Hanjin och Hyundai transporterade merparten av sin last enligt serviceavtal som innehöll dubbla fraktsatser eller enligt serviceavtal med NVOCC-bortfraktare, har den inte bestridit att de förstnämnda typerna av avtal utgjorde en marginell andel av de serviceavtal som dessa rederier var parter i.

1346 Under dessa förhållanden verkar det som att Hanjin och Hyundai uppmuntrats att bli medlemmar i konferensen genom att TACA-parterna ingick ett stort antal serviceavtal med dubbla fraktsatser.

1347 Förstainstansrätten konstaterar följaktligen att kommissionen inte styrkt att den dubbla fraktsatsstrukturen i konferensserviceavtalen utgjorde en uppmuntrande åtgärd som förmådde potentiella konkurrenter att ansluta sig till TACA under ifrågavarande period.

1348 De grunder och klander som sökandena åberopat på denna punkt skall således godtas.

— Serviceavtalen med NVOCC-bortfraktare

1349 Sökandena har bestridit att TACA-parterna uppmuntrat potentiella konkurrenter att ansluta sig till TACA genom att avstå från att konkurrera om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare.

1350 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen i skäl 565 i det omtvistade beslutet konstaterar att de tidigare strukturerade TAA-medlemmarna, närmare bestämt ACL, Hapag Lloyd, P & O, Nedlloyd, Sea-Land, Mærsk, NYK och OOCL, inte konkurrerade om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare och härigenom reserverade vissa lastvolymerna för de som "traditionellt varit oberoende och för de nya marknadsaktörerna". Kommissionen anser att "[e]ffekten av detta bör ha varit att uppmuntra de potentiella konkurrenter som önskade komma in på marknaden att göra detta som parter i TACA".

1351 I syfte att pröva det välgrundade i dessa bedömningar i det omtvistade beslutet kommer förstainstansrätten först att undersöka om kommissionen har styrkt att det fanns ett avtal eller åtminstone ett samordnat förfarande som syftade till att reservera serviceavtalen med NVOCC-bortfraktare för de traditionellt oberoende rederier som inte var strukturerade medlemmar i TAA samt för nya TACA-medlemmar.

1352 Det skall härvidlag framhållas att POL i en skrivelse av den 28 december 1995 till Hanjin som citeras i skäl 180 i det omtvistade beslutet meddelar följande:

"... alla NVOCC-frågor är mycket ömtåliga och känsliga. Denna omständighet kan hanteras korrekt endast genom fullständig endräkt inom TACA, på kollektiv grund, utan någon individualism, eftersom varje form av oberoende kan leda till fullständig förstörelse av denna del av marknaden, som så omsorgsfullt byggts upp av gruppen under de gångna åren. ... Vi ber er därför vänligen att lösa problemet med POL i en anda som försöker undvika inbördes konkurrens inom TACA ..."

1353 Det är med rätta som kommissionen i skäl 180 i det omtvistade beslutet drar slutsatsen av denna skrivelse att det finns en "samarbetsanda" inom TACA vad gäller transporten av NVOCC-bortfraktarnas last. I motsats till vad sökandena

har gjort gällande, är det uppenbarligen inte relevant härvidlag att nämnda skrivelse avsänts av en traditionellt oberoende bortfraktare och inte av en tidigare strukturerad medlem i konferensen, eftersom denna skrivelse visar att det fanns ett avtal eller åtminstone ett samordnat förfarande mellan TACA-parterna som syftade till att reservera transporten av NVOCC-bortfraktarnas last för vissa av dem.

- 1354 Förstainstansrätten noterar vidare att kommissionen i skäl 150 i det omtvistade beslutet konstaterar följande:

”Det är uppenbart utifrån en översyn av TACA:s serviceavtal under 1995 att en mycket stor del av serviceavtalen med NVOCC-bortfraktarna har ingåtts endast av de TACA-parter vilka tidigare var ostrukturerade medlemmar i TAA. Dessa rederier var tidigare oberoende rederier utanför konferensen som trafikerade de transatlantiska traderna.”

- 1355 Förstainstansrätten slår fast att de omständigheter som sökandena lagt fram inom ramen för denna talan inte motsäger detta konstaterande i det omtvistade beslutet utan snarare bekräftar det. Det framgår nämligen av de uppgifter som lagts fram i ansökan att ingen av de strukturerade medlemmarna i TAA transporterade under åren 1994 och 1995 last enligt serviceavtal med NVOCC-bortfraktare med undantag av Hapag Lloyd som transporterade en försumbar andel år 1994. Även om Nedlloyd, NYK, OOCL och P & O transporterade last enligt serviceavtal med NVOCC-bortfraktare år 1996, framgår det av samma uppgifter att denna last endast uppgick till 8,3 procent av den last som transporterades av TACA-medlemmar enligt denna typ av avtal.

- 1356 I en skrivelse av den 3 maj 1995 till kommissionen förklarade TACA:s juridiska ombud att det bristande intresset hos de tidigare strukturerade medlemmarna i TAA för NVOCC-bortfraktarnas last var följden av en självständig affärspolitik från de rederiers sida som förfogade över stora säljarkårer och omfattande kundtjänst och agenturnät.

- 1357 Även om en sådan förklaring visserligen kan motivera varför de flesta serviceavtalen med NVOCC-bortfraktare ingicks med tidigare ostrukturerade medlemmar i TAA, som i realiteten var ganska blygsamma konkurrenter på ifrågavarande trad, räcker det emellertid inte för att motivera den totala eller så gott som totala avsaknaden av serviceavtal under tre års tid mellan NVOCC-bortfraktarna och de tidigare strukturerade medlemmarna i TAA. Med tanke på det kommersiella värdet av denna last, utgör det faktum att de tidigare strukturerade medlemmarna i TAA visade ett sådant ointresse obestridligen ett indicium på att det fanns ett avtal eller åtminstone ett samordnat förfarande som syftade till att reservera serviceavtalen med NVOCC-bortfraktare för vissa TACA-medlemmar.
- 1358 Mot bakgrund av dessa omständigheter finner förstainstansrätten således att kommissionen hade rätt att anse att det fanns ett avtal eller åtminstone ett samordnat förfarande mellan TACA-parterna som syftade till att reservera serviceavtalen med NVOCC-bortfraktare för de tidigare oberoende rederier som inte var strukturerade medlemmar i TAA samt för nya TACA-medlemmar.
- 1359 Förstainstansrätten kommer vidare att undersöka om nämnda avtal eller samordnade förfarande verkligen haft den verkan att potentiella kunder uppmuntrats att ansluta sig till TACA under den period som omfattas av det omtvistade beslutet. Såsom har angetts ovan i punkterna 1334–1339, visar nämligen den omständigheten att en åtgärd som betecknas som uppmuntran att ansluta sig till konferensen inte åtföljs av någon anslutning till TACA att denna åtgärd i realiteten inte utgjorde någon uppmuntran att ansluta sig till konferensen.
- 1360 Förstainstansrätten noterar härvidlag att trots det faktum att TACA-parterna reserverade serviceavtalen med NVOCC-bortfraktare för nya konferensmedlemmar var det endast Hanjin och Hyundai som anslöt sig till TACA under den period som omfattas av det omtvistade beslutet.
- 1361 Härav följer att de flesta av konferensens potentiella konkurrenter inte blev uppmuntrade att ansluta sig till TACA genom ifrågavarande åtgärd. Det har

härvidlag redan angetts ovan i punkt 1342 att en potentiell konkurrent, nämligen rederiet UASC, beslutade att inte bli medlem i konferensen trots att den vidtog åtgärder för anslutning under år 1996. Det har likaledes konstaterats ovan att rederier som Cosco, Yangming, K Line, Mitsui och APL som dock vid en senare tidpunkt gick in på traden, inte anslöt sig till TACA under den i det omtvistade beslutet ifrågavarande perioden.

- 1362 Vad Hanjin och Hyundai beträffar, konstaterar förstainstansrätten vidare att kommissionen i det omtvistade beslutet inte nämner någon omständighet som kan visa att dessa rederier anslöt sig till TACA till följd av den uppmuntran som bestod i att de tidigare strukturerade TAA-medlemmarna inte konkurrerade om att ingå serviceavtal med NVOCC-bortfraktare.
- 1363 Det har tvärtom redan konstaterats ovan att uppgifterna i handlingarna i målet vid förstainstansrätten inte gjorde det möjligt att anse att Hanjins och Hyundais anslutning till TACA var en följd av ett självständigt beslut som dessa fattat. Förstainstansrätten finner i detta hänseende att frågan om deltagande i serviceavtal med NVOCC-bortfraktare inte tas upp i någon handling som rör Hanjins och Hyundais anslutning till konferensen.
- 1364 Förstainstansrätten understryker slutligen att i vart fall är avtal om marknadsuppdelning som ingås mellan medlemmar i en linjekonferens inte nödvändigtvis förbjudna inom ramen för det konkurrenssystem som införts genom förordning nr 4056/86. Det anges nämligen uttryckligen i artikel 3 i förordning nr 4056/86 att gruppundantaget även är tillämpligt på avtal som syftar till reglering av den transportkapacitet som varje medlem erbjuder och till uppdelning av last eller inkomster mellan medlemmar.
- 1365 Förstainstansrätten konstaterar att det inte förklaras i det omtvistade beslutet hur det kan komma sig, att det faktum att de tidigare strukturerade TAA-medlemmarna inte konkurrerade om vissa serviceavtal med NVOCC-bortfraktare

och härigenom i praktiken reserverade denna typ av last för traditionellt oberoende bortfraktare som var ostrukturerade medlemmar i TAA och för nya medlemmar i TACA, inte utgör ett sådant avtal som kan göra det möjligt för dessa rederier att ansluta sig till konferensen på samma villkor som för de befintliga medlemmarna. I skäl 576 i det omtvistade beslutet anger dock kommissionen själv att det i det omtvistade beslutet inte tas ställning till denna rätt eftersom, såsom kommissionen bekräftat vid förhandlingen, själva det faktum att nya rederier ansluter sig till TACA inte förbjuds genom det omtvistade beslutet. Om det i enlighet med vad som noterats ovan anses att deltagandet i avtal som omfattas av gruppundantaget utgjorde uppmuntran att ansluta sig till TACA, skulle det innebära att det är anslutningen till TACA i sig som skall betraktas som missbruk. I detta fall utgörs nämligen den uppmuntrande åtgärd som tillskrivs TACA-parterna av själva det faktum att de nya medlemmarna drar nytta av det i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget, genom vilket konkurrensbegränsningar är tillåtna, vars undantagskaraktär redan har understrukits av förstainstansrätten.

1366 Det följer av det ovan anförda att kommissionen inte styrkt att det faktum att serviceavtal med NVOCC-bortfraktare reserverades för vissa TACA-parter utgjorde en uppmuntrande åtgärd som förmådde konferensens potentiella konkurrenter att ansluta sig till TACA under ifrågavarande period.

1367 De grunder och klander som sökandena har åberopat på denna punkt skall således godtas.

iii) Slutsats angående bevisningen för de åtgärder som utgör det andra missbruket

1368 Det följer av det ovan anförda att kommissionen inte har styrkt att TACA-parterna uppmuntrade potentiella konkurrenter att ansluta sig till TACA genom åtgärder av det slag som anges i det omtvistade beslutet.



- 1369 Utan att det är nödvändigt att pröva de övriga grunder som sökandena åberopat avseende det andra missbruket, ogiltigförklarar förstainstansrätten således artikel 5 i beslutsdelen i det omtvistade beslutet och följaktligen även artikel 7 såvitt avser anmaningen till sökandena att omedelbart upphöra med det andra missbruket och att i framtiden avstå från alla åtgärder med samma eller liknande syfte eller verkan.

IV — Grunderna avseende underlåtenhet att iaktta det förfarande som föreskrivs i förordning nr 4056/86

*Parternas argument*

- 1370 Sökanden i mål T-213/98 har för det första förebrått kommissionen att den åsidosatt kraven avseende förfarandet i artikel 9 i förordning nr 4056/86. Det är enligt sökanden uppenbart att TACA samtidigt regleras av amerikansk rätt och av gemenskapsrätt. Särskilt Hanjins och Hyundais anslutning är en direkt följd av de krav som ställs i amerikansk rätt på en öppen konferens. Eftersom det andra missbruket består i att TACA iakttog den i amerikansk rätt föreskrivna skyldigheten att godkänna Hanjins och Hyundais anslutning, var kommissionen enligt sökanden skyldig att följa det förfarande som föreskrivs i artikel 9 i förordningen innan den på grundval av nämnda förordning tog ett initiativ — nämligen i detta fall att anta ett beslut i vilket vissa beteenden betecknas som missbruk och att ålägga böter — som kunde leda till en konflikt med amerikansk rätt.
- 1371 Sökanden har för det andra förebrått kommissionen att den åsidosatt de krav som ställs i artiklarna 7 och 8 i förordning nr 4056/86 i fråga om förfarandet. Sökanden har hävdats att eftersom konstaterandet av missbruk enbart består i beteenden från de konferensers sida som åtnjuter gruppundantag, borde

kommissionen innan den konstaterar att det skett en överträdelse av artikel 86 i fördraget, i synnerhet innan den ålägger böter, följa det förfarande för återkallelse av undantag som föreskrivs i artikel 7 i förordningen. Sökanden har baserat sin argumentation på ordalydelsen i artikel 8.2 i förordningen enligt vilken kommissionen, om beteendet hos linjekonferenser som åtnjuter undantag har verkningar som är oförenliga med artikel 86 i fördraget, kan återkalla gruppundantaget och vidta alla åtgärder som är lämpliga för att få överträdelserna av artikel 86 i fördraget att upphöra.

1372 Kommissionen anser att dessa grunder saknar fog.

#### *Förstainstansrättens bedömning*

1373 Vad angår grunden om åsidosättande av artikel 9 i förordning nr 4056/86, konstaterar förstainstansrätten att enligt ordalydelsen i ansökan har sökanden enbart gjort gällande att denna bestämmelse åsidosatts vad avser det andra missbruk som konstateras i det omtvistade beslutet och inte vad avser det första missbruket.

1374 Eftersom förstainstansrätten funnit ovan att det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras såvitt avser det andra missbruket, finns det under dessa förhållanden inte längre någon anledning att pröva denna grund.

1375 Vad beträffar grunden om åsidosättande av artiklarna 7 och 8 i förordning nr 4056/86, har sökanden i huvudsak hävdatt att eftersom de förfaranden som ansågs utgöra missbruk enligt det omtvistade beslutet inte omfattas av det i

förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget, var kommissionen skyldig att återkalla nämnda undantag innan den konstaterade att det skett överträdelser av artikel 86 i fördraget.

- 1376 Eftersom förstainstansrätten funnit ovan att det omtvistade beslutet skall ogiltigförklaras såvitt avser det andra missbruket, skall denna grund endast prövas såvitt avser konstaterandet i det omtvistade beslutet av det första missbruket, dock utan någon prövning av den ömsesidiga underrättelsen om förekomsten av och innehållet i individuella serviceavtal, eftersom detta konstaterande har ogiltigförklarats av ovan i punkterna 1151–1159 angivna skäl.
- 1377 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen har rätt att återkalla det i artikel 3 i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget om den i ett enskilt fall finner antingen med tillämpning av artikel 7.2 i nämnda förordning att de avtal som omfattas av ett undantag har följder som är oförenliga med artikel 85.3 i fördraget eller med tillämpning av artikel 8.2 i nämnda förordning att de linjekonferenser som omfattas av undantaget agerar på ett sätt som får verkningar som strider mot artikel 86 i fördraget.
- 1378 Det är riktigt, såsom kommissionen har betonat vid förhandlingen, att domstolen fann i sin dom av den 16 mars 2000 i de ovan i punkt 595 nämnda förenade målen CEWAL II, punkt 136, att artikel 8.2 i förordning nr 4056/86 varken medför eller skulle kunna medföra någon begränsning av kommissionens befogenheter att ålägga böter när artikel 86 i fördraget åsidosätts.
- 1379 Förstainstansrätten noterar emellertid att den lösning som framgår av denna dom, förutom att den inte rörde den återkallelse som anges i artikel 7.2 i förordning nr 4056/86, avsåg förfaranden för vilka det var uppenbart att det i artikel 3 i förordning nr 4056/86 föreskrivna gruppundantaget inte kunde beviljas och att lösningen därför inte nödvändigtvis är relevant när ifrågasvarande förfaranden

omfattas av tillämpningsområdet för nämnda undantag (se, för ett liknande resonemang, generaladvokaten Fennellys förslag till avgörande till den ovan i punkt 638 nämnda domen av den 16 mars 2000 i de förenade målen CEWAL II, punkterna 163 och 165).

1380 Utan att förstainstansrätten behöver uttala sig i denna fråga skall det emellertid konstateras i förevarande mål, i motsats till vad sökanden påstått, att inget av de förfaranden i fråga om serviceavtal (förutom att TACA-parterna underrättade varandra om förekomsten av och innehållet i serviceavtal) som utgör det första missbruket kan beviljas gruppundantag.

1381 Förstainstansrätten finner nämligen att ifrågavarande förfaranden i fråga om serviceavtal, antingen det handlar om förbud mot individuella serviceavtal eller andra begränsningar vad gäller förekomsten av eller innehållet i sådana avtal, inte omnämns i artikel 3 i förordning nr 4056/86 bland de avtal och förfaranden som omfattas av gruppundantaget. Det följer av fast rättspraxis att den allmänna principen i artikel 85.1 i fördraget om förbud mot konkurrensbegränsande överenskommelser innebär att bestämmelser om avvikelser från detta förbud i en förordning om gruppundantag måste — på grund av sin art — tolkas restriktivt (domen i det ovan i punkt 568 nämnda målet Peugeot mot kommissionen, punkt 37, och av den 8 oktober 1996 i de ovan i punkt 568 nämnda förenade målen CEWAL I, punkt 48). Denna slutsats gäller *a fortiori* för bestämmelserna i förordning nr 4056/86, på grund av att denna förordning har obegränsad varaktighet samt att de tillåtna konkurrensbegränsningarna är av undantagskaraktär. Av detta följer att gruppundantaget i artikel 3 i förordning nr 4056/86 inte kan tolkas extensivt och dynamiskt, så att det täcker alla avtal som rederier anser vara lämpliga, eller till och med nödvändiga, att ingå för att anpassa sig till marknadsvillkoren (TAA-domen, punkt 146).

1382 Fastställandet av priser i serviceavtal förekommer inte bland de i enlighet med artikel 85 i fördraget förbjudna konkurrensbegränsningarna i det omtvistade beslutet, såsom kommissionen har bekräftat i svar på skriftliga frågor från förstainstansrätten. Det måste dock slås fast, i motsats till vad sökandena har gjort gällande, att serviceavtalen inte kan likställas med de avtal ”som har till syfte att reglera priser och transportvillkor” som avses i artikel 3 i förordning

nr 4056/86. Det framgår nämligen av denna bestämmelse att för att de avtal om fastställande av priser och transportvillkor som ingår av medlemmarna i en linjekonferens skall omfattas av gruppundantaget, måste det föreskrivas i dem att en ”enhetlig eller gemensam fraktsats” i den mening som avses i artikel 1.3 b i nämnda förordning skall tillämpas (TAA-omen, punkterna 138–143) vilket kräver att det tillämpas identiska fraktsatser på alla konferensmedlemmar och i förhållande till alla avlastare (TAA-omen, punkterna 144, 151 och 155).

- 1383 De fraktsatser som införts genom serviceavtalen är dock inte desamma för alla avlastare, utan leder till att dessa indelas i kategorier. I skäl 457 i det omtvistade beslutet betonar kommissionen följande, utan att motsägas av sökandena på denna punkt:

”... fraktsatsen [är] enligt serviceavtal inte en del av den standardmässiga publicerade tariffen, utan bestäms mer eller mindre från fall till fall genom en förhandlingsprocess mellan leverantören och konsumenten. Resultatet av den förhandlingsprocessen är att avlastare som fraktar varor av samma slag inte nödvändigtvis betalar samma serviceavtalsbaserade fraktsats. Serviceavtalsbaserade fraktsatser är annorlunda än tariffbaserade fraktsatser, men skiljer sig inte åt på något enhetligt sätt. Detta betyder att även om varje TACA-part kan tillämpa samma fraktsats på en viss avlastare, betalar olika avlastare (av samma kategori av varor) olika fraktsatser ...”

- 1384 I förevarande mål var vidare de fraktsatser som infördes genom de av TACA ingångna konferensserviceavtalen under den period som omfattas av det omtvistade beslutet inte desamma för alla konferensmedlemmar. Det är nämligen ostridigt mellan parterna, såsom har angetts ovan i punkt 1331, att dessa serviceavtal innehöll en dubbel fraktsatsstruktur enligt vilken de tidigare ostrukturerade medlemmarna i TAA tillämpade lägre satser inom samma serviceavtal än de tidigare strukturerade medlemmarna i TAA. Förstainstansrätten erinrar härvidlag om att den redan har slagit fast att gruppundantaget i artikel 3 i förordning nr 4056/86 inte kan tillämpas på avtal mellan bortfraktare där det föreskrivs ett tariffsystem som är differentierat (TAA-omen, punkt 167).

- 1385 Under dessa förhållanden kan de fraktsatser som införts genom serviceavtalen, inte utgöra avtal om fastställande av priser som omfattas av gruppundantaget, eftersom de inte är desamma för alla avlastare, i förevarande mål inte ens för alla konferensmedlemmar.
- 1386 Talan kan följaktligen inte vinna bifall på denna grund eftersom den premiss som den baseras på är felaktig.

*V — Grunden avseende bristfällig motivering av det underlåtna beaktandet av amerikansk rätt*

*Parternas argument*

- 1387 Sökandena har gjort gällande att den motiveringsskyldighet som åligger kommissionen enligt artikel 190 i fördraget kräver att den förklarar skälen till att den på vissa viktiga punkter gjort en bedömning som avviker från amerikansk rätt såsom den befästs i US Shipping Act. Sökandena har till stöd för detta klander åberopat domstolens dom av den 17 januari 1995 i mål C-360/92 P, Publishers Association mot kommissionen (REG 1995, s. I-23, punkt 44). De har anfört att domstolen i denna dom ogiltigförklarade ett beslut av kommissionen med motiveringen att det inte innehöll någon ”förklaring till varför [UK Restrictive Practice Courts] slutsatser och de handlingar som [Publishers Association] ingivit till stöd för sin uppfattning skulle sakna betydelse”.
- 1388 Sökandena har i förevarande mål erinrat om att TACA-avtalet regleras både av gemenskapsrättsliga och av amerikanska konkurrensregler. I det omtvistade beslutet intar kommissionen emellertid en ståndpunkt på flera väsentliga aspekter av TACA-avtalet som inte överensstämmer med amerikansk rätt. I motsats till vad som gäller i amerikansk rätt finner kommissionen nämligen i det omtvistade

beslutet att följande åtgärder inte kan bli föremål för vare sig individuellt undantag eller gruppundantag och den förbjuder således för det första kollektiva prisöverenskommelser mellan konferensmedlemmarna i fråga om multimodala landtransporttjänster (skälen 400–441), för det andra konferensens befogenheter i fråga om serviceavtal (skälen 442–471), för det tredje begränsningar i konferensens regler vad gäller serviceavtals tillgänglighet och innehåll, särskilt i fråga om avtalens varaktighet, ”contingency”-klausuler, förbudet mot flera avtal med samma avlastare, vitesnivån för avtalsbrott och förbudet mot oberoende åtgärder i fråga om serviceavtal (skälen 464, 487–502 och 551–558), för det fjärde förbudet mot individuella serviceavtal och mot att de när de är tillåtna låta dem regleras av konferensens bestämmelser (skälen 477–486 och 551–558) samt spridningen av avtalsvillkoren (skälen 496 och 551–558) och för det femte det kollektiva fastställandet av nivån på provision till speditörer (skälen 505–518). Sökandena har vidare anfört att kommissionen i det omtvistade beslutet, i syfte att fastställa förekomsten av en kollektiv dominerande ställning, baserar sig på att TACA-parterna säkerställer att deras regler efterlevs genom omfattande verkställighetsbestämmelser (skäl 527), att det finns föreskrivet ett system för differentierade fraktsatser (skälen 534 och 535) och att de uppmuntrade Hanjin och Hyundai att komma in på ifrågavarande trad som konferensmedlemmar hellre än som oberoende aktörer (skälen 563 och 564). I amerikansk rätt är det tvärtom tillåtet för konferenser att spela rollen av kontrollmyndighet, systemet med differentierade fraktsatser har aldrig förklarats vara rättsstridigt och det krävs att anslutning till konferenserna skall vara öppen för varje företag på grundval av rimliga och icke diskriminerande kriterier.

1389 Sökandena har preciserat, i motsats till vad kommissionen har hävdad, att deras argument inte är att kommissionen är bunden till amerikansk rätt eller är förhindrad att tillämpa gemenskapsrätt. Vad de har hävdad är att kommissionen dels borde ha tagit hänsyn till den uppfattning som råder i amerikansk rätt vid undersökningen av huruvida ifrågavarande förfaranden var lagenliga, dels, för det fall kommissionen skulle inta en annan ståndpunkt, borde ha redogjort för skälen till att en bedömning av dessa förfaranden enligt amerikansk rätt inte är relevant.

1390 Denna skyldighet föreligger i särskilt hög grad i förevarande mål av följande fyra skäl.

- 1391 För det första utgör det omtvistade beslutet det första fall som rör tillämpningen av gemenskapsrätten på serviceavtal, avtal om ersättning till speditörer och linjekonferensers skyldigheter vad gäller nya medlemmars anslutning (domstolens dom av den 26 november 1975 i mål 73/74, *Papiers Peints* mot kommissionen, REG 1975, s. 1491; svensk specialutgåva, volym 2, s. 525, punkt 31). I analogi med beslutet av förstainstansrättens ordförande av den 7 juli 1998 i mål T-65/98 R, *Van den Bergh Foods* mot kommissionen (REG 1998, s. II-2641), som rörde de nationella konkurrensmyndigheternas och kommissionens tillämpning av artiklarna 85 och 86 i fördraget på ett likadant förfarande bör det undvikas att en motstridig tillämpning sker av gemenskapsrätten och den amerikanska rätten på omständigheterna i förevarande mål.
- 1392 Sökandena har för det andra anfört att det i förevarande mål förelåg betydande oenighet mellan kommissionen och de berörda företagen i frågor som var väsentliga för kommissionens bedömning av ifrågavarande avtal (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 97). Sökandena har vidare bestridit kommissionens analys med hänvisning vid uppregade tillfällen till amerikansk rätt.
- 1393 För det tredje har sökandena uppmärksammat att det uteblivna beaktandet av olikheter i jämförelse med amerikansk rätt är föga förenligt med skyldigheterna till samarbete och aktiv hövlighet ("positive comity") som införts genom samarbetsavtalen mellan Förenade staterna och gemenskapen. Även om dessa avtal inte syftar till en harmonisering av de centrala delarna av parternas rättssystem kan deras blotta existens, med hänsyn till att de syftar till ett undvikande av risken för att det fattas motstridiga beslut, tvinga kommissionen att förklara skälen till att dess bedömning i detta fall av ifrågavarande förfarande och frågor skiljer sig från den amerikanska. I förevarande mål skulle dock sökandena om de iakttog det omtvistade beslutet hamna i konflikt med sina skyldigheter enligt amerikansk rätt. Sökandena har härvidlag anfört att FMC inte endast tillät utan krävde som villkor i 1995 års villkorliga förlikningsavtal att sökandena ingick individuella serviceavtal som skulle regleras genom bestämmel-



serna i artikel 14.2 i TACA. Sökandena har vidare preciserat att de även ombads att offentliggöra olika "basvillkor" i de tjänsteavtal som specificeras i artikel 8 c i US Shipping Act angående vilka kommissionen konstaterar i det omtvistade beslutet (skälen 496 och 551–558) att det utgör en överträdelse av artiklarna 85 och 86 i fördraget att underrätta varandra om villkoren i avtalen.

1394 För det fjärde slutligen, har sökandena gjort gällande att det erkänns i femtonde skälet i förordning nr 4056/86 att det skall tas hänsyn till att tillämpningen av förordningen på vissa former av samverkan kan leda till konflikter med lagstiftningen i vissa tredje länder. De har anfört att det i artikel 9 i nämnda förordning för detta ändamål föreskrivs ett förfarande för förebyggande av konflikter.

1395 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på denna grund.

### *Förstainstansrättens bedömning*

1396 Sökandena har genom denna grund gjort gällande att den motiveringsskyldighet som åligger kommissionen i enlighet med artikel 190 i fördraget kräver att den förklarar skälen till att den på flera viktiga punkter gjort en bedömning som avviker från amerikansk rätt såsom den befästs i US Shipping Act.

1397 Förstainstansrätten erinrar om att det framgår av rättspraxis att kommissionen visserligen enligt artikel 190 i fördraget är skyldig att ange de faktiska och rättsliga omständigheter som utgör den rättsliga grunden för beslutet samt de överväganden som fått kommissionen att fatta sitt beslut. Däremot behöver inte kommissionen behandla samtliga faktiska och rättsliga frågor som har åberopats under det administrativa förfarandet (se bland annat domen i det ovan i punkt 575 nämnda målet Remia m.fl. mot kommissionen, punkt 26). Kom-

missionen är på sin höjd enligt artikel 190 i fördraget skyldig att särskilt bemöta endast de huvudsakliga påståenden som sökandena gjort under det administrativa förfarandet (domen i det ovan i punkt 196 nämnda FEFC-målet, punkt 426).

1398 Även om sökandena i förevarande mål inte har uppgett i sin ansökan i vilken mån de åberopat de påstådda skillnaderna mellan gemenskapsrätt och amerikansk rätt under det administrativa förfarandet, framgår det av en undersökning av TACA-parternas svar på meddelandet om anmärkningar att sökandena endast har åberopat amerikansk rätt på fyra begränsade punkter, närmare bestämt avseende TVRIA, den konkurrens som bedrivs via Canadian Gateway, konferensserviceavtalen och det kollektiva fastställandet av ersättning till speditörer.

1399 Såvitt sökandena har klandrat kommissionen för att den i det omtvistade beslutet inte behandlar de eventuella skillnaderna mellan amerikansk rätt och gemenskapsrätt på andra punkter är det uppenbart att det inte finns någon som helst grund för deras argument. Det är nämligen uppenbart att kommissionen inte kan förebrås att den i beslutet inte motiverade sin uppfattning om de påståenden som formuleras för första gången inom ramen för denna talan mot nämnda beslut. Sökandenas påståenden om att de i betydande grad baserat sig på amerikansk rätt för att bestrida kommissionens bedömningar kan således inte godtas.

1400 Såvitt de påstådda skillnaderna rör de fyra ovannämnda punkterna noterar förstainstansrätten först vad gäller TVRIA, att TACA-parterna endast uppgett i sitt svar på meddelandet om anmärkningar att TVR, enligt en förordning av FMC, inte kan ändras när de väl har anmälts. Det måste slås fast att denna upplysning är rent deskriptiv eftersom sökandena inte gör något särskilt påstående i anslutning till den. Kommissionen hade således överhuvudtaget ingen skyldighet att bemöta den med en motivering i det omtvistade beslutet.

- 1401 Vad därefter gäller den konkurrens som bedrivs via Canadian Gateway visar det sig att TACA-parterna i sitt svar på meddelandet om anmärkningar betonar att den antitrustimmunitet som föreskrivs i US Shipping Act inte är tillämplig på transport av last via kanadensiska hamnar från eller till Förenta staterna. Förstainstansrätten konstaterar emellertid att kommissionen bemöter detta påstående i skälen 265–273 i det omtvistade beslutet, i vilka den på ett tillräckligt övertygande sätt redogör för skälen till att Canadian Gateway, trots avsaknaden av antitrustimmunitet inte innebar att TACA-parterna utsattes för någon påtaglig konkurrens, genom att kommissionen i detta avseende understryker att andra faktorer kunde begränsa denna konkurrens. Det omtvistade beslutet är således inte bristfälligt motiverat på denna punkt.
- 1402 Vad gäller konferensserviceavtalen, framgår det av svaret på meddelandet om anmärkningar att TACA-parterna till stöd för sin ansökan om individuell undantag gjort gällande att det intygas av den amerikanska lagstiftningen att konferensserviceavtalen utgjorde traditionell linjekonferenspraxis. Det måste emellertid konstateras att kommissionen bemöter detta påstående i skälen 464–471 i det omtvistade beslutet i vilka kommissionen på ett tillräckligt övertygande sätt redogör för skälen till att nämnda serviceavtal inte utgjorde traditionell konferenspraxis. Kommissionen betonar här bland annat att TACA-parterna i sin argumentation på ett oriktigt sätt redogjort för de faktiska konstateranden som återfinns i en av de handlingar som behandlar amerikansk rätt vilka TACA-parterna åberopat. Det omtvistade beslutet är således inte bristfälligt motiverat på denna punkt.
- 1403 Vad slutligen gäller det kollektiva fastställandet av ersättning till speditörer, framgår det av TACA-parternas svar på meddelandet om anmärkningar att dessa har åberopat amerikansk rättspraxis och lagstiftning för att hävda att det enligt amerikansk rätt är tillåtet för rederier att kollektivt fastställa ersättning till speditörer. Förstainstansrätten finner emellertid att kommissionen i skäl 512 i det omtvistade beslutet uttryckligen anger att TACA-parternas på amerikansk rätt baserade argument på denna punkt, det vill säga att konferenser som verkar på ifrågavarande trad har fastställt provisionsnivåer kollektivt som man överenskommit om att betala till europeiska speditörer sedan början av 1970-talet, inte motiverar att det fastställs tak för ersättning till speditörer. Kommissionen

redogör i de följande skälen för orsakerna till att detta förfarande inte uppfyller de krav för beviljande av individuellt undantag som föreskrivs i artikel 85.3 i fördraget.

1404 Det är visserligen riktigt att kommissionen i det omtvistade beslutet inte har tagit upp frågan om det relevanta eller välgrundade i den juridiska ståndpunkt som intas av amerikansk lagstiftning och rättspraxis i denna fråga och följaktligen inte har förklarat skälen till att denna ståndpunkt inte likaledes är motiverad enligt gemenskapsrätten.

1405 Förstainstansrätten understryker emellertid att kommissionen inte åläggs och inte kan åläggas att diskutera sådana frågor genom artikel 190 i fördraget, eftersom iakttagandet av motiveringsskyldigheten inte innebär mer än en skyldighet för kommissionen att uppge skälen till att den anser sig vara tvungen att avfärda, inte den amerikanska rätten som sådan, utan de argument eller påståenden som sökandena baserar på denna, åtminstone om de är väsentliga. Kommissionen kan nämligen inte vara skyldig, med hänsyn till motiveringsskyldigheten, att redogöra för de skäl som rättsligt motiverar dess ståndpunkt med avseende på utländsk rätt, utan endast att redogöra för de skäl som motiverar dess ståndpunkt med avseende på gemenskapsrätten.

1406 Enligt rättspraxis skall motiveringen göra det möjligt för de berörda att erhålla tillräckliga upplysningar för att veta om beslutet är välgrundat eller om det eventuellt är behäftat med ett sådant fel att det är möjligt att ifrågasätta dess giltighet (domen i det ovan i punkt 548 nämnda målet Van Megen Sports mot kommissionen, punkt 51). Enligt rättspraxis kan dock nationell praxis, även om den vore gemensam för alla medlemsstater, inte ha någon betydelse för konkurrensreglerna i fördraget (domen i de ovan i punkt 162 nämnda förenade målen VBVB och VBBB mot kommissionen, s. 40). Detta gäller i än högre grad nationell praxis i vissa tredje stater (domen i det ovan i punkt 196 nämnda FEFC-målet, punkt 341).

1407 När ett åsidosättande av amerikansk rätt inte som sådant utgör en brist som kan medföra att ett beslut som antagits på gemenskapsrättslig grund blir rättsstridigt, kan kommissionen följaktligen inte vara skyldig att i sitt beslut redogöra för skälen till att kommissionen i sin juridiska ståndpunkt avlägsnat sig från den uppfattning som råder i amerikansk rätt i den aktuella frågan. Om kommissionen nämligen hade en sådan skyldighet, skulle den vara tvungen att studera de för sakfrågan relevanta bestämmelserna i amerikansk rätt eftersom den i ett sådant fall skulle behöva redogöra för skälen till att den lösning av rättsfrågan som står att finna i amerikansk rätt inte tillämpas i gemenskapsrätten. Detta är fallet även då den i amerikansk rätt intagna ståndpunkten inte kan ha företrädare framför gemenskapsrätten.

1408 I motsats till vad sökandena har gjort gällande, strider inte denna analys mot domen i det ovan i punkt 1387 nämnda målet Publishers Association mot kommissionen. I denna dom fann domstolen visserligen att kommissionen inte hade lagt fram tillräcklig motivering i sitt beslut vad gällde vissa aspekter av nationell rätt som åberopats av sökanden. Det framgår emellertid av denna dom att domstolen konstaterade att motiveringen var bristfällig endast såtillvida att kommissionen inte hade förklarat i sitt beslut varför de fastställanden av faktiska omständigheter som ifrågavarande nationella beslut innehöll inte hade något bevisvärde inom ramen för förfarandet för beviljande av undantag inför kommissionen. Sökanden hade nämligen lagt fram till kommissionen, till stöd för sin ansökan om individuellt undantag, avgöranden av Restrictive Practices Court (behörig konkurrensmyndighet i Förenade kungariket) som viktig bevisning till stöd för förekomsten av de gynnsamma effekter hos avtal som innehåller enhetliga standardvillkor för försäljningen av böcker till fastställda priser som gäller för det fall förläggaren valt att marknadsföra en bok som "net book". Sökanden hävdade i synnerhet att det framgick av dessa nationella avgöranden att en ogiltigförklaring av avtalet om "net books" skulle leda till färre bokhandlare med lagerhållning och lägre standard, höjda bokpriser samt en minskning av antalet utgivna titlar. Enligt sökanden ägde dessa konstateranden giltighet även vid bedömningen av handeln inom gemenskapen, i betraktande av det enhetliga språkområde som bokmarknaden i Irland och Förenade kungariket utgör.

1409 Härav följer att ovanstående analys inte berövas sin giltighet. I stället bekräftas den genom domen i det ovan i punkt 1387 nämnda målet Publishers Association

mot kommissionen. Genom denna dom fastställs i stället att när en sökande åberopar den lösning som fastställs i nationell rätt, är kommissionen enligt motiveringsskyldigheten på sin höjd tvungen att förklara skälen till att den avfärdar de argument som denna sökande baserar på dem (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 196 nämnda målet FEFC, punkterna 427 och 428).

- 1410 Det visar sig emellertid av ovan angivna skäl att kommissionen i det omtvistade beslutet på ett tillräckligt sätt förklarar av vilka skäl de argument som sökandena baserat på amerikansk rätt inte kan godtas.
- 1411 Följaktligen finner förstainstansrätten att talan inte kan bifallas på den grunden att det omtvistade beslutet är bristfälligt motiverat.

*VI — Grunderna avseende bötesbeloppet och olika brister i motiveringen på denna punkt*

- 1412 Till stöd för dessa grunder har sökandena hävdat inom ramen för den första delgrunden att det första missbruket, vilket utgörs av att TACA-parterna på ett otillåtet sätt begränsat tillgången till och innehållet i serviceavtal, omfattas av immunitet mot böter på grund av anmälan av TACA-avtalet i syfte att erhålla individuellt undantag. Sökandena har vidare inom ramen för den andra delgrunden bestridit det bötesbelopp som kommissionen ålade dem i det omtvistade beslutet. De har även åberopat olika brister i motiveringen på dessa punkter.
- 1413 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att enligt artikel 8 i beslutsdelen i det omtvistade beslutet ålägger kommissionen var och en av TACA-parterna böter enbart för överträdelser av artikel 86 i fördraget.

- 1414 Eftersom förstainstansrätten har funnit ovan inom ramen för prövningen av grunderna avseende avsaknad av överträdelse av artikel 86 i fördraget att det inte lagts fram tillräcklig bevisning för det andra missbruket, vilket utgörs av den otillåtna förändringen av strukturen på marknaden, skall den del av böterna som ålagts med anledning härav ogiltigförklaras redan av detta skäl.
- 1415 Eftersom förstainstansrätten har funnit ovan inom ramen för prövningen av grunderna avseende avsaknad av överträdelse av artikel 86 i fördraget att det första missbruket, vilket är en följd av de otillåtna begränsningarna av tillgången till och innehållet i serviceavtal, saknar grund såvitt de består i att sökandena underrättade varandra om förekomsten av och innehållet i serviceavtal, skall den del av böterna som ålagts med anledning härav ogiltigförklaras redan av detta skäl.
- 1416 Följaktligen skall sökandenas grunder endast prövas såvitt de avser de böter som sökandena ålagts för det första missbruket, vid sidan av den omständigheten att de underrättade varandra om förekomsten av och innehållet i de individuella serviceavtalen.

*Den första delgrunden: Immunitet mot böter*

A — Parternas argument

- 1417 Sökandena har klandrat kommissionen för att den åsidosatt den immunitet mot böter som de åtnjöt i fråga om begränsningarna av tillgången till serviceavtal.

1418 Sökandena har hävdad, till skillnad mot vad kommissionen finner i skäl 584 i det omtvistade beslutet, att kommissionen inte kunde ålägga böter för överträdelse av artikel 86 i fördraget vad gäller begränsningar av tillgången till serviceavtal förutsatt att åtgärderna låg inom ramen för den verksamhet som har beskrivits i anmälan och att de vidtagits efter anmälan.

1419 Enligt sökandena ges immunitet i artikel 19.2 a och 19.4 i förordning nr 4056/86 mot böter såväl för överträdelse av artikel 85.1 i fördraget som för överträdelse av artikel 86 i fördraget beträffande åtgärder som anmäls i syfte att erhålla ett undantag i enlighet med artikel 85.3 i fördraget. Sökandena har anfört att det i artikel 19.4 i förordning nr 4056/86, i vilken det föreskrivs ett system för immunitet mot böter, hänvisas till "de i punkt 2 a föreskrivna böterna", som avser de böter som påförts på grund av åsidosättande av "bestämmelserna i artikel 85.1 eller artikel 86". Sökandena har understrukit att denna hänvisning på intet sätt begränsas till de böter som föreskrivs i artikel 19.2 a i förordning nr 4056/86 vilka åläggs för överträdelse av artikel 85.1. I motsats till vad kommissionen hävdar anser sökandena att företag med dominerande ställning genom detta argument på intet sätt ges någon absolut immunitet mot risken att påföras böter enligt artikel 86 i fördraget. Sökandena har nämligen betonat att när en anmälan görs och ett beslut att vägra undantag i enlighet med artikel 85.3 har antagits, går immuniteten förlorad för överträdelse av såväl artikel 85.1 som artikel 86.

1420 Sökandena har gjort gällande att domstolen bekräftat denna tolkning i domen i det i punkt 853 nämnda målet United Brands mot kommissionen där det inte ålades några böter i enlighet med artikel 86 i fördraget för verksamhet som hade anmälts till kommissionen i syfte att erhålla ett undantag av det skälet att det inte hade skett någon överträdelse med avsikt eller av oaktsamhet under förfarandet för undantag. Sökandena har även åberopat det förslag till avgörande som domaren Kirschner, i hans egenskap av generaladvokat, lade fram inför förstainstansrättens dom av den 10 juli 1990 i mål T-51/89, Tetra Pak mot kommissionen, kallat Tetra Pak I (REG 1990, s. II-309, på s. II-312, punkt 39),



där denne uttryckte åsikten att ”artikel 15.5 i förordning nr 17 innehåller en indirekt reglering av tillämpningen av artikel 86 under förfarandet för undantag” och ”när väl ett avtal har anmälts i enlighet med artikel 4 i förordningen kan det anmälda beteendet inte bli föremål för sanktioner i form av böter vare sig till följd av att det skett en överträdelse av artikel 85.1 eller artikel 86”. Denna uppfattning delas även av doktrinen.

1421 Sökandena har likaledes påstått att deras argument baseras på allmänna politiska överväganden eftersom den immunitet mot böter som föreskrivs enligt såväl artikel 85.1 i fördraget som artikel 86 i fördraget kan uppmuntra företagen att göra anmälningar till kommissionen. De har understrukit att det framgår av sjätte skälet i förordning nr 17 att ”företagen kan ha intresse av att veta om några avtal, beslut eller förfaranden i vilka de deltar eller avser att delta kan föranleda ett ingripande av kommissionen med stöd av artikel 85.1 eller artikel 86”. De har gjort gällande att generaladvokat Jacobs förklarade att ”[syftena med förordning nr 17] är bland annat att uppmuntra anmälan av avtal, beslut och förfaranden och att rent allmänt förenkla företagens agerande inför kommissionen” (förslag till avgörande av generaladvokaten Jacobs under domstolens dom av den 16 juli 1992 i mål C-67/91, Asociación Española de Banca Privada m.fl., REG 1992, s. I-4785, på s. I-4806, punkt 23).

1422 Sökandena har anfört att om immuniteten var begränsad enbart till böter för överträdelse av artikel 85.1 i fördraget skulle systemet med anmälan vara onödigt för de företag som har en dominerande ställning. De har erinrat om att domstolen har erkänt att när ett företag tar risken att själv anmäla avtalet eller det samordnade förfarandet måste det själv komma i åtnjutande av immunitet mot böter (domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80–103/80, Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 1825; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, punkt 93). Utöver risken att kommissionen konstaterar att avtalet eller det samordnade förfarandet strider mot artikel 85.1 och inte åtnjuter undantag enligt artikel 85.3 och risken att bötfällas för åtgärder som vidtagits före anmälan, har sökandena anfört att enligt kommissionens argument skulle företagen även löpa risken att kommissionen baserar sig på det avtal som anmälts i syfte att erhålla undantag för att motivera ett konstaterande

av en dominerande ställning som innehas kollektivt av företagen eller slutsatsen att avtalet eller det anmälda förfarandet utgör en överträdelse av artikel 86 i fördraget. Enligt sökandena leder kommissionens inställning till att den naturliga jämvikt rubbas som behövs för att systemet med anmälan skall fungera väl genom att fördelarna med anmälan minskar och riskerna ökar.

1423 Sökandena anser inte härvidlag att den distinktion som kommissionen gör mellan individuell dominerande ställning och kollektiv dominerande ställning är relevant. Sökandena har anfört att om ett företag med en förmodad dominerande ställning ingår ett avtal med ett icke dominerande företag, åtnjuter det dominerande företaget immunitet mot böter inom ramen för artikel 85 i fördraget, men skulle kunna gå miste om förmånen av immunitet om kommissionen ansåg att avtalet i sig innebar ett otillåtet beteende. Sökandena anser att detta företag med dominerande ställning har rätt till skydd mot böter såväl enligt artikel 85 som enligt artikel 86 i fördraget.

1424 Sökandena har vidare uppmärksammat att kommissionen, i avsaknad av immunitet mot böter i enlighet med artikel 86 i fördraget, kan kringgå immuniteten mot böter enligt artikel 85 och ålägga böter för anmäld verksamhet utan att följa det specifika förfarande för återkallelse som anges i artikel 19.4 i förordning nr 4056/86. Enligt sökandena är kommissionen nämligen berättigad, trots det faktum att de berörda företagen inte haft tillfälle att utöva sina processuella rättigheter för att motsätta sig upphävandet av immuniteten, att ålägga böter med retroaktiv verkan för avtal som anmälts och företagsverksamhet för att genomföra dem med iakttagande av de anmälda villkoren. Sökandena anser att detta resultat strider mot de processrättsliga skyddsregler som beskrivs i domstolens dom av den 15 mars 1967 i de förenade målen 8/66-11/66, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen (REG 1967, s. 93 och s. 116; svensk specialutgåva, volym 1, s. 317), i vilken det uttalas att bestämmelserna om återkallelse av undantag "har till följd att företagen inte längre kan åberopa artikel 15.5 som gav dem ett skydd mot böter, och att de genom bestämmelserna i artikel 15.2, som står i strid med artikel 15.5, numera riskerar att åläggas böter. Genom denna åtgärd har företagen fråntagits möjligheten att utnyttja den

förmånliga rättsliga ställning som en anmälan av ett avtal innebär enligt artikel 15.5 och den har gjort att de utsatts för allvarliga ekonomiska risker”. Enligt sökandena följer härav att även om kommissionen ansåg att TACA-parternas serviceavtal utgjorde missbruk av en kollektiv dominerande ställning som inte kunde bli föremål för undantag, hade den även innan förfarandet i sakfrågan inleddes kunnat upphäva immuniteten mot böter. Sökandena har understrukit att så inte var fallet i förevarande mål.

1425 Sökandena har slutligen gjort gällande att kommissionen inte angett skälen till att den anser att anmälan inte ger någon immunitet mot böter vid överträdelser av artikel 86 i fördraget, trots att den intar denna ståndpunkt för första gången i strid med sin egen beslutspraxis, domstolens rättspraxis (domen i det ovan i punkt 1391 nämnda målet *Papiers Peints* mot kommissionen), ordalydelsen i förordning nr 4056/86 och doktrinen.

1426 Kommissionen har anfört att det enligt artikel 19.4 andra stycket i förordning nr 4056/86 ges immunitet mot böter avseende tiden efter anmälan fram till dess att kommissionen antar sitt beslut ”genom vilket den beviljar eller vägrar tillämpning av artikel 85.3”. Enligt kommissionen tyder denna precisering starkt på att immunitet endast beviljas för det förbud från vilken undantag kan beviljas, närmare bestämt artikel 85.1 i fördraget. Kommissionen är av den åsikten att riktigheten i denna tolkning bekräftas av artikel 19.4 tredje stycket där det föreskrivs att kommissionen kan upphäva immuniteten när den anser att villkoren för tillämpning av artikel 85.1 är uppfyllda och en tillämpning av artikel 85.3 inte är motiverad. Om lagstiftarens avsikt hade varit att utsträcka immuniteten till böter som påförs i enlighet med artikel 86 i fördraget, hade han enligt kommissionen säkerligen även föreskrivit ett förfarande för upphävande av immuniteten. Sökandenas tolkning får till följd att den immunitet som tillämpas på böter som påförs i enlighet med artikel 86 i fördraget är absolut.

1427 Kommissionen har vidare betonat att eftersom syftet med immuniteten är att förmå företag att anmäla avtal som kan utgöra överträdelser av artikel 85.1 i fördraget, måste företagen endast skyddas mot risken att påföras böter för det fall

att kommissionen konstaterar att deras avtal inte uppfyller kriterierna i artikel 85.3. Inom ramen för artikel 86 i fördraget föreligger dock varken denna intresseavvägning eller detta skyddsbehov och det behövs följaktligen inte heller någon immunitetsfunktion.

1428 Kommissionen har fäst uppmärksamheten på den omständigheten att om frågan om immunitet enligt artikel 86 inte uppstår i förevarande mål, beror det på sökandenas kollektiva dominerande ställning. Kommissionen har understrukt att i detta fall kan artikel 85 i fördraget göra verksamhetens kollektiva karaktär otillåten medan artikel 86 rör ifrågavarande beteendes karaktär av missbruk. Kommissionen anser att företag som kollektivt har missbrukat sin dominerande ställning inte skall behandlas bättre än företag med individuell dominerande ställning som för sin del inte haft möjlighet att anmäla sitt beteende och erhålla immunitet.

1429 Vad slutligen gäller argumentet om upphävandet av immuniteten, har kommissionen understrukt att även om artikel 19.2 i förordning nr 4056/86 inte ger immunitet vid överträdelser av artikel 86 i fördraget, kan kommissionen inte klandras för att vilja kringgå de processrättsliga skyddsregler för det fall att immuniteten upphävs som finns angivna i artikel 19.4.

1430 Vad beträffar motiveringsskyldigheten har kommissionen hävdatt att den inte känner till något förfarande som pågått under omkring trettio år som visar att det föreligger sådan immunitet. Den har understrukt att sökandena inte nämner något ärende i vilket kommissionen skulle ha hävdatt att anmälan av ett avtal eller ett förfarande ger immunitet mot böter i enlighet med artikel 86 i fördraget. Kommissionen anser tvärtom att den, i det mål som ledde till den ovan i punkt 853 nämnda domen i målet United Brands mot kommissionen, endast fann det olämpligt att påföra böter, vilket indirekt visar att det inte fanns några hinder mot att ålägga böter.

B — Förstainstansrättens bedömning

- 1431 Sökandena har genom denna grund i huvudsak påstått att de böter som påförts till följd av det första missbruket, vilket består i det otillåtna införandet av begränsningar av tillgången till serviceavtal och deras innehåll, skall upphävas eftersom sökandena omfattas av den immunitet mot böter som föreskrivs i förordning nr 4056/86. De har även gjort gällande att motiveringen är bristfällig på denna punkt.
- 1432 Förstainstansrätten finner emellertid härvidlag att kommissionen i skäl 583 i det omtvistade beslutet har påfört TACA-parterna böter inte endast enligt artikel 19.2 i förordning nr 4056/86 utan, i den mån det första missbruket också omfattas av förordning nr 1017/68, även enligt artikel 22.2 i den förordningen.
- 1433 Förstainstansrätten har dock redan funnit att det i artikel 22 i förordning nr 1017/68 inte föreskrivs någon immunitet mot böter för de anmälda avtal som omfattas av dess tillämpningsområde, oavsett om det gäller böter som ålagts enligt artikel 85 i fördraget eller böter som ålagts enligt artikel 86 i fördraget (domen i det ovan i punkt 44 nämnda målet *Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen*, punkt 48).
- 1434 Härav följer att sökandena inte med framgång kan åberopa immunitet vad gäller den del av böterna som ålagts för det första missbruket i enlighet med artikel 22 i förordning nr 1017/68.

- 1435 Förstainstansrätten konstaterar således i motsats till vad sökandena har gjort gällande att denna grund, även om det skulle finnas fog för den, inte kan medföra att alla de böter som påförts till följd av att det första missbruket ogiltigförklaras utan endast den del av nämnda böter som påförts i enlighet med förordning nr 4056/86.
- 1436 Inom ramen för prövningen av denna grund skall förstainstansrätten följaktligen pröva om den del av böterna som ålagts på grundval av artikel 86 i fördraget i enlighet med förordning nr 4056/86 omfattas av den immunitet som föreskrivs i nämnda förordning.
- 1437 Förstainstansrätten konstaterar härvidlag att kommissionen enligt artikel 19.2 a i förordning nr 4056/86 kan påföra de företag böter som "gör sig skyldiga till åsidosättande av bestämmelserna i artikel 85.1 eller artikel 86.1 i fördraget". Emellertid anges i artikel 19.4 andra stycket att "[d]e i punkt 2 a föreskrivna böterna ... inte [kan] påföras på grund av handlingar som företagits efter anmälan till kommissionen och före det beslut genom vilket kommissionen beviljar eller avslår tillämpning av artikel 85.3 i EG-fördraget, såvida de faller inom gränserna för den verksamhet som beskrivs i anmälan". I artikel 19.4 tredje stycket anges emellertid följande: "Denna bestämmelse är emellertid inte tillämplig så snart kommissionen har underrättat de berörda företagen om att den efter en preliminär undersökning anser att villkoren för tillämpning av artikel 85.1 i EG-fördraget är uppfyllda och en tillämpning av artikel 85.3 inte är motiverad."
- 1438 Kommissionen anser i skäl 584 i det omtvistade beslutet att det enligt ovannämnda bestämmelser inte finns någon möjlighet till immunitet mot böter när det gäller överträdelse av artikel 86 i fördraget. Kommissionen påförde följaktligen TACA-parterna böter i enlighet med denna bestämmelse trots att TACA-avtalet hade anmälts.

1439 I syfte att undersöka om det var med rätta som kommissionen uteslöt förmånen av immunitet i fråga om det första missbruket, skall förstainstansrätten först bestämma räckvidden av den i förordning nr 4056/86 föreskrivna immuniteten och därefter i vilken mån de förfaranden som utgör det första missbruket i förekommande fall omfattas av denna immunitet.

### 1. Räckvidden av den i förordning nr 4056/86 föreskrivna immuniteten

1440 I syfte att bestämma räckvidden av den i förordning nr 4056/86 föreskrivna immuniteten kommer förstainstansrätten att beakta såväl de relevanta bestämmelserna i nämnda förordning som deras ändamål och allmänna systematik.

1441 Vad för det första gäller de relevanta bestämmelserna i förordning nr 4056/86, finner förstainstansrätten inledningsvis, såsom den redan uttalat (domen i det ovan i punkt 44 nämnda målet Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, punkterna 50–52), att immuniteten mot böter är av undantagskaraktär. Den relevanta ordalydelsen i artikel 19.4 andra stycket i förordning nr 4056/86, där det föreskrivs immunitet mot böter när det skett en anmälan, måste följaktligen vara föremål för en restriktiv tolkning och kan inte tolkas på ett sådant sätt att deras verkningar utsträcks till att omfatta andra fall än de som uttryckligen anges.

1442 Förstainstansrätten framhåller emellertid att den immunitet som föreskrivs i artikel 19.4 andra stycket i förordning nr 4056/86 enligt bestämmelsens egen ordalydelse avser "[d]e i punkt 2 a föreskrivna böterna". De böter som föreskrivs i den sistnämnda bestämmelsen är dock de som påförs inte endast till följd av deltagande i konkurrensbegränsande samverkan, utan även till följd av otillåtna förfaranden. Artikel 19.2 a avser uttryckligen böter som påförs för "åsidosättande av bestämmelserna i artikel 85.1 eller artikel 86.1 i fördraget".

- 1443 Det följer således av denna hänvisning att immuniteten mot böter enligt artikel 19.4 i förordning nr 4056/86 långt ifrån endast förbehålls överträdelse av artikel 85 i fördraget, utan det föreskrivs tvärtom uttryckligen att otillåtna förfaranden som strider mot artikel 86 i fördraget likaledes kan komma i åtnjutande av nämnda immunitet.
- 1444 Såsom kommissionen har understrukit åsyftas visserligen i artikel 19.4 andra stycket i förordning nr 4056/86 handlingar som företagits "efter anmälan till kommissionen eller före det beslut genom vilket kommissionen beviljar eller avslår tillämpning av artikel 85.3 i fördraget" och som "faller inom gränserna för den verksamhet som beskrivs i anmälan". Dock kan endast de avtal som omfattas av artikel 85.1 i fördraget bli föremål för anmälan och undantag enligt artikel 85.3. Det är inte möjligt att bevilja undantag för missbruk av dominerande ställning (domen i det ovan i punkt 1109 nämnda målet Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro, punkt 32).
- 1445 I motsats till vad kommissionen har hävdad följer härav likväl inte att immuniteten endast kan tillämpas på böter som sanktionsåtgärd för överträdelse av artikel 85.1 i fördraget.
- 1446 Dels finner förstainstansrätten att immuniteten mot böter, enligt själva ordalydelsen i de ovannämnda avsnitten i artikel 19.4 andra stycket i förordning nr 4056/86, inte omfattar "avtal mellan företag", "beslut av företagssammanslutningar" och "samverkan" som strider mot artikel 85.1 i fördraget, utan "handlingar", ett generiskt begrepp som utan att innebörden förvanskas kan inbegripa ensidiga förfaranden som omfattas av artikel 86 i fördraget. Vad beträffar det villkor enligt vilket dessa handlingar skall ha ägt rum "efter anmälan" rör det uppenbarligen inte det materiella tillämpningsområdet för immuniteten vilket angår "handlingarna", utan immunitetens tillämpningsområde i tiden. Såsom förstainstansrätten redan har funnit föreskrivs ett tillfälligt



undantag till förmån för företag som har anmält sina avtal avseende åtgärder som har vidtagits efter anmälan och efter det slutgiltiga beslut i vilket anmälan prövas (domen i det ovan i punkt 44 nämnda målet Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, punkt 46).

1447 Dels har villkoret om att handlingarna skall falla "inom gränserna för den verksamhet som beskrivs i anmälan", även om det med nödvändighet betyder att endast åtgärder som verkligen anmäls åtnjuter immunitet (domstolens dom av den 10 december 1985 i de förenade målen 240/82–242/82, 261/82, 262/82, 268/82 och 269/82, Stichting Sigarettenindustrie m.fl. mot kommissionen, REG 1985, s. 3831, punkt 74), på intet sätt den verkan att immuniteten enbart förbehålls överträdelse av artikel 85.1 i fördraget och att överträdelserna av artikel 86 i fördraget undantas. Även om otillåtna förfaranden inte kan anmälas för erhållande av undantag noterar förstainstansrätten att viss verksamhet och vissa avtal som anmäls kan anses utgöra otillåtna förfaranden eftersom kommissionen enligt rättspraxis har rätt att betrakta ett konkurrensbegränsande avtal i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget såsom även utgörande ett missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget när det har ingåtts av ett företag i dominerande ställning (domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 116, och i det ovan i punkt 1109 nämnda målet Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro, punkt 34 och följande punkter). Således kan ett avtal som anmäls av ett företag i dominerande ställning, exempelvis ett exklusivt leveransavtal, utgöra inte endast ett avtal som är förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget, utan även ett missbruk som är förbjudet enligt artikel 86 i fördraget. Det skall slås fast att ett sådant missbruk utgör ett "handlande" som faller "inom gränserna för den verksamhet som beskrivs i anmälan" i den mening som avses i artikel 19.4 andra stycket i förordning nr 4056/86, eftersom det består i själva de avtal som anmäls.

1448 Kommissionen kan inte med framgång hävda att artikel 19.4 tredje stycket i förordning nr 4056/86, i vilken det ges en möjlighet för kommissionen att återkalla immunitet när den efter en preliminär undersökning anser att villkoren för tillämpning av artikel 85.1 i fördraget är uppfyllda och en tillämpning av artikel 85.3 i fördraget inte är motiverad, med nödvändighet utesluter att överträdelse av artikel 86 i fördraget åtnjuter immunitet eftersom de annars skulle åtnjuta absolut immunitet.

1449 Detta argument bygger nämligen på den felaktiga premissen att det enligt artikel 19.4 tredje stycket i förordning nr 4056/86 inte är möjligt att upphäva immunitet mot böter som påförts i enlighet med artikel 86 i fördraget. Även om det visserligen föreskrivs i artikel 19.4 tredje stycket i förordning nr 4056/86 att ett upphävande av immuniteten endast kan äga rum i de fall där kommissionen efter en preliminär undersökning anser att avtal som anmälts inte kan bli föremål för undantag i enlighet med artikel 85.3 i fördraget, finns det inte angivet att immuniteten endast kan upphävas avseende överträdelser av artikel 85 i fördraget. Det framgår nämligen uttryckligen av denna bestämmelse att villkoret om förekomsten av ett avtal som är förbjudet enligt artikel 85 i fördraget inte hänför sig till syftet med immunitetens upphävande utan till de omständigheter under vilka upphävandet kan beslutas. Om kommissionen således, när ett missbruk består i ett avtal som anmälts för erhållande av undantag, efter en preliminär undersökning anser att avtalet är förbjudet enligt artikel 85.1 i fördraget och inte kan bli föremål för ett sådant undantag och den beslutar att upphäva immuniteten, kommer upphävandet att beröra inte enbart en överträdelse av artikel 85.1 i fördraget utan även en eventuell överträdelse av artikel 86 i fördraget.

1450 Det följer således av det ovan anförda att det inte endast föreskrivs i artikel 19.4 andra stycket i förordning nr 4056/86 att otillåtna förfaranden som strider mot artikel 86 i fördraget kan komma i åtnjutande av immunitet mot böter utan även att andra och tredje styckena i artikel 19.4 inte utgör hinder mot tillämpning av immunitet på överträdelser av artikel 86 i fördraget.

1451 Under dessa förhållanden kan inte kommissionen inom ramen för denna talan med framgång hävda att sökandena i sitt argument underlåtit att beakta ordalydelsen i artikel 19.4 i förordning nr 4056/86 och att denna ger en "stark" förmodan om att immuniteten endast gäller överträdelser av artikel 85.1 i fördraget.

1452 Förstainstansrätten noterar att ovanstående slutsats inte på något sätt leder till en extensiv tolkning av artikel 19.4 i förordning nr 4056/86 i strid med den tolkningsprincip som är tillämplig i förevarande mål, eftersom slutsatsen kan

härledas direkt ur själva ordalydelsen i denna bestämmelse utan att den förvanskas eller helt enkelt utfylls. Vidare erinrar förstainstansrätten om att immunitet mot böter inte kan tillämpas på alla otillåtna förfaranden som strider mot artikel 86 i fördraget utan endast, enligt själva ordalydelsen i artikel 19.4 andra stycket i förordning nr 4056/86, på de förfaranden som ”faller inom gränserna för den verksamhet som beskrivs i anmälan”.

1453 Förstainstansrätten framhåller vidare för det andra att räckvidden av artikel 19.4 andra stycket i förordning nr 4056/86, såsom den följer av dess ordalydelse, är förenlig med det syfte som eftersträvas med denna bestämmelse och med dess allmänna systematik.

1454 Förstainstansrätten erinrar härvidlag om att domstolen i fråga om liknande bestämmelser i förordning nr 17 redan har funnit att förmånen av immunitet för företag som anmält ett avtal eller ett samordnat förfarande utgör kompensation för den risk ett företag löper genom att själv anmäla avtalet eller det samordnade förfarandet. Företaget riskerar nämligen inte bara att det konstateras att avtalet eller det samordnade förfarandet strider mot artikel 85.1 i fördraget och att avslag ges på begäran att tillämpa artikel 85.3, utan också att företaget bötfälls för åtgärder som vidtagits före anmälan (domen i de ovan i punkt 1422 nämnda förenade målen *Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen*, punkt 93, och i de ovan i punkt 1421 nämnda målet *Asociación Española de Banca Privada m.fl.*, punkt 52). Domstolen har även betonat att om gemenskapslagstiftaren har velat förbehålla förmånen av immunitet åt företag som anmält sina avtal, är det för att företagen genom att de avslöjas på detta sätt riskerar att tvingas upphöra med dem och i samma mån minskar kommissionens arbetsbörda rörande undersökningar (domen i de ovan i punkt 1447 nämnda förenade målen *Stichting Sigarettenundertaking m.fl. mot kommissionen*, punkt 76).

1455 Även om det är riktigt att de otillåtna förfaranden som strider mot artikel 86 i fördraget utan undantag är förbjudna, i motsats till de avtal som omfattas av artikel 85 i fördraget, noterar förstainstansrätten att när ett företag i dominerande ställning anmäler avtal till kommissionen i syfte att erhålla undantag i enlighet med artikel 85.3 i fördraget, löper företaget risken inte endast att kommissionen

anser att nämnda avtal inte kan beviljas detta undantag och att det är förbjudet, utan även att avtalet betecknas som missbruk av kommissionen och är förbjudet enligt artikel 86 i fördraget samt att företaget av detta skäl påförs böter. Såsom har erinrats om ovan har nämligen kommissionen enligt rättspraxis rätt att betrakta ett konkurrensbegränsande avtal som missbruk när det har ingåtts av ett företag i dominerande ställning (domen i det ovan i punkt 765 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 116, och i det ovan i punkt 1109 nämnda målet Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro, punkt 44).

- 1456 Förstainstansrätten understryker vidare att när kommissionen i enlighet med artikel 85.3 i fördraget beviljar avtal som anmälts av företag i dominerande ställning ett individuellt undantag avstår den från, såvida de faktiska och rättsliga omständigheterna är desamma, att anse att samma avtal utgör otillåtna förfaranden som strider mot artikel 86 i fördraget (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 1420 nämnda målet Tetra Pak I, punkt 28). Innan kommissionen beviljar ett företag i dominerande ställning ett undantag måste den nämligen kontrollera att alla de villkor som ställs i artikel 85.3 i fördraget är uppfyllda, det vill säga, särskilt att konsumenterna får del av den vinst som uppstår genom det samordnade förfarandet, att de ålagda begränsningarna är proportionella och att konkurrensen upprätthålls för en väsentlig del av ifrågakvarande varor eller tjänster. Om kommissionen kommer fram till ett positivt resultat — ett undantag — och beviljar undantag för ett bestämt avtal, kan den inte beteckna samma avtal som otillåtna förfaranden av dominerande ställning under ett andra förfarande som inleds på grund av åsidosättande av artikel 86 i fördraget. Denna bestämmelse har således rättsverkningar på tillämpningsområdet för artikel 85.3 i fördraget eftersom den sistnämnda bestämmelsen utesluter undantag för ett beteende som omfattas av begreppet "missbruk av dominerande ställning" (förslag till avgörande av domaren Kirschner, i hans egenskap av generaladvokat, under domen i det ovan i punkt 1420 nämnda målet Tetra Pak I, punkterna 40 och 45).

- 1457 Härav följer att ett företag i dominerande ställning från risksynpunkt befinner sig i samma situation som ett icke dominerande företag som anmält ett avtal i syfte att erhålla undantag. Även om kommissionen vägrar att bevilja undantag i enlighet med artikel 85.3 i fördraget, mister företaget i dominerande ställning förtroendet för att kommissionen, såvida de faktiska och rättsliga omständighe-

terna är desamma, inte kommer att ingripa i enlighet med artikel 86 i fördraget mot det avtal som anmälts. Dessutom riskerar företaget att åläggas böter till följd av ett avtal som det självt avslöjat samtidigt som det underlättat kommissionens utredningsarbete. Förstainstansrätten finner vidare att den immunitet mot böter som ett företag i dominerande ställning åtnjuter för avtal som anmälts, vad gäller risken för överträdelse av artikel 85.1 i fördraget, väsentligen skulle förlora sitt innehåll om företaget kunde påföras böter för åsidosättande av artikel 86 i fördraget när det ingick samma avtal.

1458 Så är fallet i än högre grad, som det för beviljande av individuellt undantag inom ramen för det konkurrenssystem som inrättats genom förordning nr 4056/86 inte är obligatoriskt med en föregående anmälan. Enligt artikel 11.4 i förordning nr 4056/86 är kommissionen skyldig att på eget initiativ bevilja undantag eller efter ett klagomål. När ett rederi inte desto mindre väljer att på frivillig basis anmäla ett avtal i syfte att erhålla individuellt undantag finner förstainstansrätten följaktligen att rederiet *a fortiori* måste skyddas mot risken för böter som i förekommande fall skulle åläggas i enlighet med artikel 86 i fördraget till följd av nämnda avtal.

1459 Det visar sig således vara i överensstämmelse med systemets ändamål och allmänna systematik att den immunitet som föreskrivs i förordning nr 4056/86 även kan tillämpas på överträdelser av artikel 86 i fördraget vilka utgörs av avtal som anmälts.

1460 Förstainstansrätten kan inte föränledas att göra någon annan bedömning på grund av den omständigheten att ett dominerande företag åläggs en särskild skyldighet att inte genom sitt agerande skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens på en marknad där den dominerande ställningen i sig redan begränsar konkurrensen (domen i det ovan i punkt 337 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 57). Detta särskilda ansvar betyder endast att ett dominerande företag kan drabbas av att ett beteende förbjuds som är tillåtet för icke dominerande företag. Ansvaret kan däremot inte innebära att de

dominerande företagen fråntas sin immunitet mot böter när de tar risken att avslöja konkurrensbegränsande avtal för kommissionen som kan betecknas som missbruk för det fall att undantag inte beviljas. Ett sådant beteende vittnar just om att ett dominerande företag tar det särskilda ansvar som åligger det. Även om kommissionen eventuellt har rätt att beteckna samma beteende som konkurrensbegränsande och som missbruk av dominerande ställning och vid behov kan ålägga böter till följd av var och en av dessa överträdelser, ankommer det på kommissionen att ansvara för alla rättsliga följder som är förbundna med iakttagandet av immuniteten mot böter.

1461 I motsats till vad kommissionen har hävdad leder vidare iakttagandet av immuniteten mot böter för överträdelser av artikel 86 i fördraget på intet sätt till att företag som har en kollektiv dominerande ställning gynnas i jämförelse med företag som har en individuell dominerande ställning. Ett företag som har en individuell dominerande ställning kan nämligen åtnjuta immunitet mot böter för överträdelser av artikel 86 i fördraget när dessa utgörs av avtal som anmälts.

1462 Av dessa skäl finner förstainstansrätten att såväl ordalydelsen i artikel 19.4 andra stycket i förordning nr 4056/86 som dess ändamål och allmänna systematik motiverar att om ett missbruk är en följd av ett avtal som anmälts, skall den i bestämmelsen föreskrivna immuniteten tillämpas inte endast på överträdelser av artikel 85.1 i fördraget utan även på överträdelser av artikel 86 i fördraget.

1463 Under dessa förhållanden kommer förstainstansrätten att undersöka i vilken mån det första missbruk, som i förevarande mål förebrås sökandena, består i anmälda avtal som kan omfattas av den immunitet mot böter som föreskrivs i förordning nr 4056/86.

## 2. Tillämpning av immunitet mot böter på det första missbruket

- 1464 Det framgår av skälen 551–558 i det omtvistade beslutet att det första missbruket i fråga om individuella serviceavtal är en följd av ett klart förbud mot dessa under åren 1994 och 1995 och när de blev tillåtna från och med år 1996 av tillämpningen av vissa villkor som TACA-parterna kollektivt beslutat, av deras underrättelse till varandra om villkoren i avtalen, och beträffande konferensserviceavtalen, av tillämpningen av vissa villkor som TACA-parterna kollektivt beslutat.
- 1465 Det följer av skäl 556 i det omtvistade beslutet att ifrågavarande villkor som beslutats kollektivt av TACA-parterna rör förbud mot ”contingency”-klausuler, serviceavtalens löptid, förbud mot ingående av flera avtal med samma avlastare och vitesnivåer för avtalsbrott.
- 1466 Förstainstansrätten erinrar om att det redan har konstaterats ovan att det inte fanns någon grund för det första missbruket såvitt gäller TACA-parternas underrättelse till varandra om förekomsten av och innehållet i individuella serviceavtal.
- 1467 Under dessa förhållanden kommer förstainstansrätten endast att undersöka om de övriga otillåtna förfaranden som utgör det första missbruket består av avtal som anmälts till kommissionen.
- 1468 Förstainstansrätten erinrar härvidlag om att TACA:s regler på området för serviceavtal anges i artikel 14 i TACA-avtalet som har anmälts till kommissionen i syfte att erhålla individuellt undantag enligt artikel 12 i förordning nr 4056/86.

- 1469 Förstainstansrätten framhåller att alla ifrågavarande otillåtna förfaranden inom ramen för denna talan nämns i artikel 14 i TACA-avtalet. Således förbjuds uttryckligen i punkt 3a i denna bestämmelse ingående av individuella serviceavtal medan det i punkt 2 a, c, d och e anges längsta tillåtna löptid för serviceavtal, förbud mot "contingency"-klausuler, vitesnivån vid avtalsbrott och förbud mot flera avtal med samma avlastare. Det skall vidare noteras, såsom framgår av skäl 32 i det omtvistade beslutet, att TACA-parterna den 9 mars 1995 uttryckligen underrättade kommissionen om att FMC hade ålagt dem att ändra sitt avtal så att enskilda TACA-parter fick ingå individuella serviceavtal för år 1996, under förutsättning att avtalen överensstämde med bestämmelserna i artikel 14 i TACA-avtalet. Den 21 mars 1995 delgav således TACA-parterna kommissionen en ändrad version av artikel 14 i det år 1994 anmälda TACA-avtalet.
- 1470 Förstainstansrätten konstaterar följaktligen att eftersom de otillåtna förfaranden avseende serviceavtal, som det är fråga om inom ramen för denna talan, verkligen har anmälts till kommissionen i syfte att erhålla undantag, skall de omfattas av tillämpningsområdet för den immunitet mot böter som föreskrivs i artikel 19.4 andra stycket i förordning nr 4056/86.
- 1471 Eftersom den ursprungliga anmälan av TACA-avtalet skedde den 5 juli 1994 och den period under vilken överträdelserna ägde rum som fastställs i det omtvistade beslutet enligt skäl 592 "varade under en del av 1994 och hela 1995 och 1996", konstaterar förstainstansrätten att samtliga böter som påförs TACA-parterna i det omtvistade beslutet till följd av ifrågavarande otillåtna förfaranden rör ageranden efter anmälan av TACA-avtalet och före antagandet av det omtvistade beslutet.
- 1472 Förstainstansrätten finner således att den del av böterna som ålades med tillämpning av förordning nr 4056/86 till följd av otillåtna förfaranden på området för serviceavtal, vilka föreskrivs i artikel 14 i TACA-avtalet, omfattades av den i nämnda förordning föreskrivna immuniteten mot böter.



1473 Utan att det är nödvändigt att undersöka om det omtvistade beslutet är motiverat på denna punkt, kan talan bifallas på den grund som åberopats av sökandena såvitt kommissionen, genom att påföra böter till följd av förfaranden på området för serviceavtal vilka föreskrivs i artikel 14 i TACA-avtalet, åsidosatt den i förordning nr 4056/86 föreskrivna immunitet mot böter som sökandena åtnjöt genom att TACA-avtalet hade anmälts. Följaktligen skall denna del av böterna upphävas.

1474 I övrigt, närmare bestämt den del av böterna som ålagts med tillämpning av förordning nr 1017/68, kan talan inte vinna bifall på denna av sökandena åberopade grund av de skäl som angetts ovan i punkterna 1432–1434.

### *Den andra delgrunden: Beräkningen av böterna*

1475 Sökandena har inom ramen för den andra delgrunden angående böternas belopp och de olika bristerna i motiveringen på denna punkt för det första bestridit den metod som kommissionen använt för att fastställa bötesbeloppen. De har för det andra gjort gällande att de överträdelser som belagts med sanktionsåtgärden böter inte har skett av uppsåt eller oaktsamhet. För det tredje har de gjort gällande att kommissionen gjorde en felaktig bedömning av överträdelsernas inverkan, svårighetsgrad och varaktighet samt av de förmildrande omständigheterna. Sökandena har för det fjärde åberopat vissa specifika individuella omständigheter som kommissionen inte tagit hänsyn till. För det femte slutligen har de bestridit den av kommissionen i det omtvistade beslutet fastställda räntenivån vid dröjsmål med betalningen av böterna.

A — Den av kommissionen använda metoden för fastställande av bötesbeloppen

## 1. Parternas argument

1476 Sökandena har förebrått kommissionen att den i strid med gemenskapsrättens grundläggande principer använt en irrationell och inkonsekvent metod vid beräkningen av böterna.

1477 Sökandena har hävdats att alla böter som kommissionen påfört sökandena med tillämpning av riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna) skall vara förenliga med de principer som fastställts av gemenskapsdomstolarna. Härav följer enligt sökandena att även om kommissionens nya inställning är att böter först och främst skall avspegla hur allvarlig överträdelsen är i sig, oberoende av storleken och omsättningen på det företag som gjorde sig skyldig till den, kräver de principer som utvecklats av gemenskapsdomstolarna att även andra faktorer beaktas. I synnerhet anser sökandena att den främsta princip som kan härledas ur gemenskapens rättspraxis är att kommissionen vid bedömningen av hur allvarlig en överträdelse är måste beakta alla relevanta omständigheter, nämligen det berörda företagets totala omsättning, den andel av omsättningen som avser den av överträdelsen berörda marknaden, den vinst som företaget tillgodogjort sig till följd av sina olagliga förfaranden, företagets storlek och värdet på ifrågavarande tillgångar och tjänster (se exempelvis domen i de ovan i punkt 1422 nämnda förenade målen *Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen*, punkterna 120 och 121).

1478 Enligt sökandena följer det av denna rättspraxis dels att alla relevanta omständigheter måste beaktas av kommissionen när den bedömer hur allvarlig

överträdelsen är och fastställer nivån på böterna, dels att det faktum att en eller flera faktorer inte beaktas innebär att de omständigheter som beaktas ges oproportionerligt stor betydelse.

1479 Sökandena har i förevarande mål påstått att det omtvistade beslutet inte överensstämmer med de krav som ställs i rättspraxis av flera skäl.

1480 För det första har sökandena förebrått kommissionen att den brutit i opartiskhet och att den åsidosatt de i rättspraxis erkända principerna om icke-diskriminering och likabehandling (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i mål T-143/89, Ferriere Nord mot kommissionen, REG 1995, s. II-917, punkt 55), genom att ålägga parterna böter på grundval av en indelning i artificiella grupper och inte på grundval av varje företags egen karaktär.

1481 Sökandena har konstaterat att kommissionen inte har gett någon förklaring eller motivering till att den indelat företagen i fyra grupper och enligt vilka kriterier dessa grupper definierats. Sökandena har även anfört att de grupper av böter som återges i tabell 13 i det omtvistade beslutet inte avspeglar att de fyra grupperna av bortfraktare som identifieras i tabell 12 i det omtvistade beslutet är olika stora. De små bortfraktarna, vars globala omsättning i fråga om containerlasttransporter endast uppgår till 6–12 procent av den största omsättningen, åläggs samtliga böter på ett belopp som utgör 25 procent av de böter som åläggs den sökande som är föremål för de högsta böterna. Sökandena har konstaterat att nivån på de individuella böterna har differentierats endast på grundval av den globala omsättningen och endast i den utsträckning kommissionen har fördelat sökandena i fyra grupper på grundval av deras globala omsättning. Följaktligen har sökandenas storlek endast föga inverkan på beräkningen av böterna. Om deras storlek hade beaktats vid fastställandet av böterna skulle enligt sökandena böterna ha blivit lägre.

- 1482 DSR-Senator har för sin del anfört i detta sammanhang att de böter som företaget påförts uppgår till hälften av de böter som ålagts de stora bortfraktarna som hör till den första gruppen, fastän dess globala omsättning i fråga om containerlasttransport motsvarar omkring en fjärdedel av de stora bortfraktarnas omsättning.
- 1483 Sökanden i mål T-212/98 har likaledes uppmärksammat att trots att den genomsnittliga storleken på företagen i kategorin "små till medelstora bortfraktare" i vilken sökanden placerats motsvarar mindre än en fjärdedel av storleken på de största bortfraktare som är medlemmar i TACA, har sökanden påförts böter som är hälften så höga som de böter som påförts de stora bortfraktarna som är medlemmar i TACA. Vidare har sökanden uppmärksammat att trots att företaget under år 1996 hade den lägsta omsättningen av TACA-parterna på den transatlantiska traden, är de böter som påförts sökanden dubbelt så höga som de som ålagts tre andra sökanden, trots att dessa hade en omsättning på den transatlantiska traden som var 400 procent högre än sökandens, och lika höga som de böter som påförts tre andra sökanden, trots att dessa hade en omsättning på den transatlantiska traden som var minst 800 procent högre än sökandens.
- 1484 Vad beträffar sökanden i mål T-213/98, har detta företag påstått att likabehandlingsprincipen har åsidosatts genom böterna såtillvida att det har ålagts de näst högsta böterna medan dess omsättning på ifrågavarande marknad är den näst minsta. Sökanden har understrukit att trots en genomsnittlig marknadsandel på 0,7 procent på ifrågavarande marknad under perioden 1994-1996, motsvarar de böter som påförts sökanden 7,76 procent av det sammanlagda bötesbelopp som påförts hela konferensen.
- 1485 Sökandena i mål T-214/98 har slutligen hävdat att kommissionen åsidosatt likabehandlingsprincipen genom att inte bedöma den enskilda situationen för var och en av sökandena på ifrågavarande marknad.

- 1486 Sökandena har för det andra gjort gällande att kommissionen inte har gjort en individuell undersökning av situationen för var och en av dem vid fastställandet av bötesbeloppen (domen i de ovan i punkt 1422 nämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkterna 129–134).
- 1487 Sökandena anser att detta styrks genom det faktum att kommissionen delat in sökandena på ett godtyckligt sätt och utan minsta förklaring i fyra grupper och ålagt grupperna böter snarare än de enskilda företag som bildar grupperna. Sökandena har vidare anfört att kommissionen inte beaktat någon annan omständighet, såsom exempelvis omsättningen på ifrågavarande trad eller den vinst som överträdelsen gett upphov till.
- 1488 Sökanden i mål T-213/98 har i detta avseende gjort gällande att kommissionen inte har gjort en individuell bedömning av företagets situation, fastän sökanden är den TACA-part vars ställning är svagast (på ett undantag när) på den transatlantiska traden. Sökanden har således understrukt att den påförts böter motsvarande 98 procent av dess omsättning under år 1996 på den transatlantiska traden.
- 1489 Sökandena har för det tredje förebrått kommissionen att den beräknat bötesbeloppet på den globala omsättningen för transporttjänster som har samband med transport av containergods utan att ta hänsyn till omsättningen på ifrågavarande marknad.
- 1490 Sökandena anser att kommissionen i överensstämmelse med rättspraxis (domen i de ovan i punkt 1422 nämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkterna 120 och 121, och av den 12 november 1985 i mål 183/83, Krupp mot kommissionen, REG 1985, s. 3609, punkt 37, förstainstansrättens dom av den 14 juli 1994 i mål T-77/92, Parker Pen mot kommissionen, REG 1994, s. II-549, punkt 94, och av den 8 oktober 1996 i de

ovan i punkt 568 nämnda förenade målen CEWAL I, punkt 233, och förslag till avgörande av generaladvokaten Sir Gordon Slynn under domen i de ovannämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, s. 1914, på s. 1950), borde ha beaktat parternas omsättning i fråga om tjänster som tillhandahålls på den marknad där överträdelsen begåtts, det vill säga marknaden för transporttjänster på den transatlantiska traden, samt den andel som den omsättningen utgör av den globala omsättningen för transport av containerlast. Sökandena har för övrigt anfört att kommissionen i skäl 588 i det omtvistade beslutet anser att omsättningen på den transatlantiska traden är relevant vid bedömningen av överträdelsernas verkningar.

1491 Sökandena har understrukit att omsättningen avseende de transatlantiska tjänsterna, för många av sökandena, utgör en liten andel av deras globala omsättning. Bötesbeloppet är således uppenbart oproportionerligt i jämförelse med omsättningen på den transatlantiska traden. Sökandena har anfört att generaladvokaten Fennelly (förslag till avgörande under domstolens dom av den 16 mars 2000 i de ovan i punkt 638 nämnda förenade målen CEWAL II) har funnit att en överträdelse som ett företag gör sig skyldig till i enbart en liten del av sin verksamhet vanligtvis blir mindre allvarlig än en överträdelse som rör verksamheten i dess helhet. Enligt sökandena förstärks denna disproportion ytterligare i förevarande mål av att endast 60 procent (eller mindre) av deras omsättning på den transatlantiska traden härrör från serviceavtal som inbegrips i det första missbruket och delvis i det andra missbruket.

1492 Härav följer enligt sökandena att kommissionen inte på ett korrekt sätt har bedömt "hur allvarlig överträdelsen är" (domen i de ovan i punkt 1422 nämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 120) och att fastställandet av bötesbeloppet inte "kan ske genom en enkel beräkning som grundas på den totala omsättningen" (domen i de ovan i punkt 1422 nämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 121).

1493 Sökandena har för det fjärde förebrått kommissionen att den inte beaktade alla relevanta faktorer när den bedömde hur allvarlig överträdelsen varit vid fastställandet av bötesbeloppet (domen i de ovan i punkt 1422 nämnda förenade

målen *Musique Diffusion française* m.fl. mot kommissionen, punkt 129, och förstainstansrättens dom av den 21 oktober 1997 i mål T-229/94, *Deutsche Bahn* mot kommissionen, REG 1997, s. II-1689, punkt 127).

1494 Den enda faktor som sökandena anser att kommissionen beaktade var den globala omsättningen för transporttjänster som har samband med transport av containerlast, och härav följer med nödvändighet att den betydelse som denna faktor fått är oproportionerligt stor. De har gjort gällande att bland de relevanta omständigheter som borde ha beaktats fanns parternas ställning på ifrågavarande marknad, de eventuella vinster som härrör från de transatlantiska tjänsterna inom ramen för serviceavtal och omsättningen avseende serviceavtal i jämförelse med den totala omsättningen.

1495 För det femte har sökandena förebrått kommissionen att den inte beaktat eventuella vinster som uppstått på ifrågavarande marknad och att böterna därför är oproportionerliga.

1496 Sökandena har anfört att kommissionen i sina riktlinjer (s. 5) har understrukit att ”den eventuella ekonomiska eller finansiella fördel som de som gjort sig skyldiga till överträdelsen fått” skall beaktas då bötesbeloppet fastställs (se även *XXI:a rapporten om konkurrenspolitiken — 1992*, punkt 139). Härav följer enligt sökandena att bötesbeloppet inte får överstiga beloppet på den vinst som parterna tillgodogjort sig på ifrågavarande marknad genom överträdelsen, eftersom det är på denna marknad som överträdelsen skett. I förevarande mål har dock kommissionen när den fastställde böterna inte beaktat sökandenas nettoresultat år 1996 på den transatlantiska traden.

1497 Sökanden anser för det sjätte att kommissionen inte har iakttagit proportionalitetsprincipen. De har här hänvisat till ovan anförda argument.

- 1498 Sökandena i målen T-213/98 och T-214/98 anser för det sjunde att kommissionen har åsidosatt principen om skydd för berättigade förväntningar.
- 1499 Sökanden i mål T-213/98 har klandrat kommissionen för att den i förevarande mål inte tillämpat de principer för beräkning av böter som framgår av tidigare rättspraxis.
- 1500 Sökandena i mål T-214/98 har vidare förebrått kommissionen att den inte har följt riktlinjerna, eftersom böternas grundbelopp inte fastställts för varje ifrågavarande företag utan för varje grupp av företag och att det därför inte längre finns något som helst samband mellan grundbeloppet för böterna och ifrågavarande företags omsättning (oavsett om det gäller den totala omsättningen eller omsättningen på den berörda marknaden). Sökandena har vidare anfört att kommissionen funnit att de konstaterade missbruken är allvarliga utan att den kunnat bevisa deras reella inverkan på ifrågavarande marknad. Kommissionen har även underlåtit att ta hänsyn till de påstådda överträdelsernas geografiska dimension.
- 1501 Sökandena anser att kommissionen genom att inte tillämpa de kriterier som uttalas i riktlinjerna, har åsidosatt principen om skydd för berättigade förväntningar. Sökandena anser att riktlinjerna ger upphov till en berättigad förväntan hos företagen på att kommissionen kommer att använda sitt fria skön för att fastställa bötesbeloppet i varje särskilt fall med beaktande av den metod och de kriterier som fastställs i riktlinjerna. Sökanden har härvidlag anfört att det i själva riktlinjerna uttalas att de principer som anges i dessa riktlinjer "bör göra det möjligt att säkerställa öppenheten och objektiviteten i kommissionens beslut, både i förhållande till företagen och i förhållande till EG-domstolen", och det meddelas att "[d]en nya metod som används för att fastställa bötesbeloppet kommer hädanefter att följa nedanstående schema [som preciseras i riktlinjerna]". Kommissionen kan i vart fall inte ändra bestämmelser med allmän räckvidd som riktlinjerna genom ett enskilt beslut (domstolens dom av den 24 mars 1993 i mål C-313/90, CIRFS m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1125; svensk specialutgåva, volym 14, s. 83, punkterna 44 och 45).



1502 För det åttonde har sökandena hävdats att det omtvistade beslutet inte innehåller någon förklaring vad gäller beräkningen av böterna. Sökandena anser att den metod som kommissionen använt utgör ett åsidosättande av principen om öppenhet och strider mot artikel 190 i fördraget och rättspraxis (förstainstansrättens dom av den 6 april 1995 i det ovan i punkt 498 nämnda målet Tréfilunion mot kommissionen, punkt 142, i mål T-147/89, Société métallurgique de Normandie mot kommissionen, REG 1995, s. II-1057, och i mål T-151/89, Société des treillis et panneaux soudés mot kommissionen, REG 1995, s. II-1191, samt dom av den 14 maj 1998 i mål T-327/94, SCA Holding mot kommissionen, REG 1998, s. II-1373, punkt 206).

1503 Sökandena har härvidlag gjort gällande att kommissionen i det omtvistade beslutet varken har förklarat skälen till att den delat in dem i fyra kategorier (tabell 12 i det omtvistade beslutet) eller enligt vilket kriterium kommissionen har definierat de olika grupperna. I det omtvistade beslutet förklaras således varken sambandet mellan tabell 12 och tabell 13 (i vilken de ålagda bötesbeloppen fastställs) eller det sätt på vilket siffrorna i tabell 13 räknats fram. Sökandena anser vidare att kommissionen, genom att fastställa böterna till ett belopp som utgör en så stor del av omsättningen på ifrågavarande trad, avviker från sin tidigare praxis (kommissionens beslut 94/815/EG av den 30 november 1994 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (ärendena IV/33.126 och IV/33.322 — Cement) (EGT L 343, s. 1) och kommissionens beslut 98/273/EG av den 28 januari 1998 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (ärende IV/35.733 — VW) (EGT L 124, s. 60), utan att tillräckligt motivera denna ändrade inställning som står i strid med de krav som ställdes i domen i det ovan i punkt 1391 nämnda målet Papiers Peints mot kommissionen.

1504 Vidare har sökanden i mål T-212/98, å sin sida, anfört att kommissionen inte förklarar i det omtvistade beslutet vilka skälen är till att den ålägger företaget böter som motsvarar företagets dubbla relativa storlek och endast hänvisar till sökandens globala omsättning, i strid med sin praxis på området (domen i de ovan i punkt 1422 nämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 129, och i det ovan i punkt 1493 nämnda målet Deutsche Bahn mot kommissionen, punkt 127). Kommissionen preciserar således inte någonstans i beslutet varför den har valt att inte beakta andra faktorer, såsom företagets situation på marknaden, dess vinst och dess situation som ny aktör på

traden och ny medlem i TACA. Vad härutöver gäller den roll som sökandena har spelat för de påstådda överträdelserna, har sökanden uppmärksammat att kommissionen inte har styrkt att TACA-medlemmarna agerade samfällt för att uppmuntra tredje parter att ansluta sig till TACA, och kommissionen har inte heller visat att sökanden själv har bidragit till denna uppmuntran. Generaladvokaten noterade dock i sitt förslag till avgörande under domen i de ovan i punkt 1422 nämnda förenade målen *Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen* att "en överträdelse som ett företag gör sig skyldig till i enbart en liten del av sin verksamhet, vanligtvis under normala förhållanden, är mindre allvarlig än en överträdelse som rör verksamheten i dess helhet".

1505 Sökanden har konstaterat att det inte är förrän i svaromålet som kommissionen har redogjort i allmänna ordalag för skälen till att den valde att beräkna nivån på böterna i förhållande till den globala omsättningen. Kommissionen har emellertid inte förklarat varför den metoden skulle vara berättigad i sökandens fall trots att den leder till att sökanden påförs oproportionerligt höga böter även när sökanden jämförs med de övriga sökandena enbart vad gäller kriteriet global omsättning. I domen av den 20 april 1994 i det ovan i punkt 191 nämnda målet *PVC II* sänkte dock förstainstansrätten böterna med motiveringen att kommissionen överdrivit de berörda företagens marknadsandel på ifrågavarande marknad när den fördelade de sammanlagda böterna dem emellan.

1506 Sökandena i mål T-214/98 har slutligen å sin sida påstått att det inte förklaras i det omtvistade beslutet, i strid med de i rättspraxis ställda kraven (förstainstansrättens dom i det ovan i punkt 498 nämnda målet *Tréfilunion* mot kommissionen, punkt 142, och av den 14 maj 1998 i mål T-352/94, *Mo och Domsjö mot kommissionen*, REG 1998, s. II-1989, punkt 278), hur bötesbeloppet har beräknats och att sökandena därför inte kan kontrollera om kommissionen använt sin metod på ett riktigt sätt. Sökandena har särskilt förebrått kommissionen för att den i det omtvistade beslutet inte redogör för vilket kriterium som låg till grund för uppdelningen av TACA-parterna i fyra grupper.

1507 Kommissionen har gjort gällande att talan inte kan vinna bifall på dessa grunder.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

- 1508 Sökandena har genom dessa grunder i huvudsak förebrått kommissionen att den delade upp TACA-parterna i fyra grupper när den skulle fastställa bötesbeloppen. De har härvidlag åberopat argument av tre slag. Det första argumentet rör avsaknad av individuell bedömning och åsidosättande av proportionalitetsprincipen samt bristfällig motivering på denna punkt. Det andra argumentet avser åsidosättande av likabehandlingsprincipen och bristfällig motivering på denna punkt. Det tredje argumentet slutligen rör åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar samt bristfällig motivering på denna punkt.
- 1509 Det är utrett att de böter som påförts sökandena i förevarande mål har fastställts av kommissionen på grundval av den i riktlinjerna definierade metoden.
- 1510 Förstainstansrätten framhåller att kommissionen i skäl 595 i det omtvistade beslutet, efter att i skälen 591–594 ha fastställt överträdelsernas svårighetsgrad såsom den följer av deras art, anser, för att beakta företagets faktiska kapacitet att vålla betydande skada och behovet av att säkerställa att bötesnivån är tillräckligt avskräckande, att det är lämpligt att ålägga de stora TACA-parterna högre böter på grund av den stora skillnaden i företagets storlek.
- 1511 Mot denna bakgrund delade kommissionen in TACA-parterna i fyra grupper på grundval av deras relativa storlek i förhållande till Mærsk, den största av TACA-parterna. Det framgår av skäl 596 i det omtvistade beslutet att den relativa storleken på var och en av TACA-parterna fastställts på grundval av den del av deras omsättning år 1996 som hänför sig till globala linjefartstransporter av containerlast, eftersom kommissionen anser att denna omsättning gör det möjligt att bedöma de berörda företagets tillgångar och deras faktiska betydelse.

- 1512 I tabell 12 i skäl 596 i det omtvistade beslutet anges de fyra grupper som således bildats och den relativa storleken på var och en av TACA-parterna år 1996 i förhållande till Mærsk. Av tabellen framgår att de fyra grupperna och den relativa storleken på de TACA-parter som ingår i grupperna har fastställts enligt följande. "Stora bortfraktare": Mærsk (1,00) och Sea-Land (0,89). "Medelstora till stora bortfraktare": P & O (0,50), OOCL (0,44), NYK (0,41), Nedlloyd (0,39), Hanjin (0,33), Hapag Lloyd (0,32) och Hyundai (0,31). "Små till medelstora bortfraktare": DSR-Senator (0,24), NOL (0,22), MSC (0,21) och Cho Yang (0,18). "Små bortfraktare": TMM-Tecomar (0,12), ACL (0,06) och POL (0,06).
- 1513 I tabell 13 i skäl 598 i det omtvistade beslutet visas beräkningen av bötesnivån för var och en av dessa fyra grupper med beaktande av överträdelsernas art och deras varaktighet. Dessa belopp uppgår till 27,50 miljoner ecu för "stora bortfraktare", 20,63 miljoner ecu för "medelstora till stora bortfraktare" (utom för Hyundai vars böter på grund av deltagandets varaktighet sätts ned till 18,56 miljoner ecu), 13,75 miljoner ecu för "små till medelstora bortfraktare" och 6,88 miljoner ecu för "små bortfraktare".
- 1514 Förstainstansrätten kommer att undersöka huruvida, vilket sökandena har gjort gällande, denna metod för fastställande av bötesbeloppet strider mot kravet på individuell bedömning och utgör ett åsidosättande av principerna om likabehandling och proportionalitet samt principen om skydd för berättigade förväntningar.

a) Kravet på en individuell bedömning

- 1515 Sökandena har först gjort gällande att kommissionen inte har gjort en individuell undersökning av situationen för var och en av dem vid fastställandet av bötesbeloppen. Slutligen har de förebrått kommissionen att indelningen av TACA-parterna i fyra grupper i förevarande mål ledde till att det vid beräkningen

av bötesbeloppet endast togs hänsyn till den globala omsättningen för sjötransporter av containerlast och att andra kriterier uteslöts som var relevanta vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsen var, särskilt omsättningen på ifrågavarande marknad, den omsättningens storlek i förhållande till den globala omsättningen, de vinster som uppstått på ifrågavarande marknad och överträdelseernas reella inverkan på ifrågavarande marknad. De har även åberopat olika brister i motiveringen på dessa punkter.

1516 Sökandena har genom sin första anmärkning således motsatt sig att det fastställs ett enhetligt grundbelopp för böter för varje grupp av företag, såsom framgår av tabell 13 i skäl 596 i det ifrågasatta beslutet. Det är den omständigheten att det fastställts ett sådant enhetligt belopp som gjort att kommissionen förbisett de skillnader inom varje grupp som kan finnas mellan varje företag som hör till samma grupp.

1517 Vad gäller frågan huruvida det omtvistade beslutet är välgrundat på denna punkt, framgår det av skäl 595 att kommissionen för att avgöra hur allvarliga överträdelserna var delade upp TACA-parterna med hänsyn till den avsevärda skillnaden i storlek dem emellan i fyra grupper för att de största företagen skulle påföras de högsta böterna.

1518 Förstainstansrätten erinrar om att den redan fann i sin dom i det ovan i punkt 427 nämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkt 384, att uppdelningen i grupper på grundval av de berörda företagens storlek inte överskred den befogenhet som kommissionen har att fastställa böter eftersom den genom att säkerställa att de stora företagen åläggs högre böter än de böter som åläggs mindre företag, bidrar till det eftersträvade syftet att de stora företagen skall åläggas strängare sanktionsåtgärder.

- 1519 Förstainstansrätten underströk bland annat att när kommissionen fastställer bötesbelopp på grundval av överträdelsens svårighetsgrad och varaktighet är den emellertid inte, för det fall kommissionen ålägger flera företag som är inblandade i samma överträdelse böter, skyldig att säkerställa att de slutliga bötesbeloppen för de berörda företagen återspeglar de skillnader som finns beträffande företagets totala omsättning (domen i det ovan i punkt 427 nämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkt 385).
- 1520 Förstainstansrätten anser följaktligen att kommissionen inte har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning eller en felaktig bedömning av faktiska omständigheter genom att, då den fastställde överträdelsens allvar, dela upp sökandena i grupper (domen i det ovan i punkt 427 nämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkt 386).
- 1521 Vad gäller motiveringskyldigheten på denna punkt, erinrar förstainstansrätten om att enligt rättspraxis är de väsentliga formlkrav som motiveringskyldigheten utgör uppfyllda om kommissionen i sitt beslut har redovisat de uppgifter som legat till grund för dess bedömning av överträdelsens svårighetsgrad och varaktighet (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-291/98 P, Sarrió mot kommissionen, REG 2000, s. I-9991, punkt 73).
- 1522 I förevarande mål framgår det dock tillräckligt tydligt av skäl 595 i det omtvistade beslutet att svårighetsgraden, såsom den följer av överträdelsens art, för att beakta de berörda företagets kapacitet att vålla betydande skada och behovet av att se till att bötesbeloppet är tillräckligt avskräckande, har justerats med hänsyn till ifrågavarande företags storlek. Av nämnda skäl 595 framgår det även tillräckligt tydligt att kommissionen, för att ålägga de stora företagen högre böter, delat in TACA-parterna i fyra grupper. Eftersom den enhetliga beräkningen av böterna är ett resultat av denna uppdelning, finner förstainstansrätten att det omtvistade beslutet är tillräckligt motiverat på denna punkt.

1523 Sökandenas klander på denna punkt kan således inte godtas.

1524 Sökandena har genom sin andra grupp av anmärkningar klandrat kommissionen för att den inte gjort en individuell beräkning av bötesbeloppet och inte tagit hänsyn till andra kriterier än omsättningen. De har särskilt förebrått kommissionen att den varken beaktade deras omsättning på ifrågakvarande marknad eller deras marknadsandel på denna.

1525 Vad beträffar det välgrundade i det omtvistade beslutet på denna punkt, finner förstainstansrätten att enligt rättspraxis skall överträdelsernas allvar fastställas på grundval av ett stort antal faktorer, såsom i synnerhet de särskilda omständigheterna i ärendet, sammanhanget och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts en tvingande eller uttömmande förteckning över kriterier som absolut skall beaktas (domstolens beslut av den 25 mars 1996 i mål C-137/95 P, SPO m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. I-1611, punkt 54). Enligt fast rättspraxis kan bland de faktorer som skall beaktas vid bedömningen av överträdelsens allvar, allt efter omständigheterna, ingå faktorer som volymen och värdet av de varor som överträdelsen gäller liksom företagets storlek och ekonomiska styrka (dom i de ovan i punkt 1422 nämnda förenade målen *Musique Diffusion française* m.fl. mot kommissionen, punkt 120, och av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82–102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 3369, punkt 52).

1526 I förevarande fall framgår det av skäl 598 i det omtvistade beslutet att kommissionen har bestämt de grundbelopp som fastställs i tabell 13 med utgångspunkt i överträdelsernas art och varaktighet för var och en av de fyra grupper som nämns i tabell 12 i skäl 596. Det framgår dock av skäl 596 att uppdelningen i fyra grupper gjordes av kommissionen på grundval av varje TACA-parts relativa storlek i förhållande till Mærsk, såsom den framgår av deras globala omsättning rörande linjefartstransporter av containerlast. Förstainstansrätten konstaterar följaktligen att de grundbelopp som anges i tabell 13 indirekt är en följd av att sökandenas omsättning har beaktats.

1527 Förstainstansrätten har redan funnit att en sådan metod i vilken de berörda företagens omsättning således inte används för att direkt beräkna bötesbeloppets storlek i proportion till denna omsättning utan för att vid fastställandet av överträdelsens allvar justera ett grundbelopp som bestäms på grundval av överträdelsens art och varaktighet i syfte att skillnaden i storlek mellan de berörda företagen därigenom skall beaktas är förenlig med de bestämmelser som är tillämpliga på sanktionsåtgärderna och som anges i artikel 15.2 i förordning nr 17 och i de motsvarande bestämmelserna i förordningarna nr 1017/68 och nr 4056/86 (domen i det ovan i punkt 427 nämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkterna 395 och 397).

1528 Till skillnad från vad sökandena har gjort gällande hade kommissionen i detta avseende för att fastställa storleken på de berörda företagen fog för att hänvisa till deras globala omsättning i stället för deras omsättning på den relevanta marknaden eller de relevanta marknaderna. Domstolen har faktiskt redan uttalat att det berörda företags totala omsättning ger en antydning, om än ungefärlig och ofullständig, om företags storlek och ekonomiska styrka (domen i de ovan i punkt 1422 nämnda förenade målen Musique Diffusion française m.fl. mot kommissionen, punkt 121). Förstainstansrätten har således inom sjötransportområdet redan medgett att kommissionen inte åsidosatt artikel 19 i förordning nr 4056/86 genom att beakta företags globala omsättning avseende linjefartstransporter av containerlast för att fastställa bötesbeloppet (domen av den 8 oktober 1996 i de ovan i punkt 568 nämnda förenade målen CEWAL I, punkt 233, och i det ovan i punkt 427 nämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkt 399).

1529 Det är vidare med orätt som sökandena har hävdade att kommissionen borde ha tagit hänsyn till att endast 60 procent av TACA-parternas omsättning på ifrågakvarande trad härrör från serviceavtal som inbegrips i det första missbruket. Enbart omsättningen i fråga om serviceavtal kan nämligen inte avspegla TACA-parternas kapacitet att vålla skada, eftersom deras tillgångar och reella betydelse inte beaktas i denna omsättning. I den mån kommissionen i syfte att fastställa bötesbeloppet i förevarande mål just avsåg att ta hänsyn till de berörda företagens reella kapacitet att vålla skada, hade den således rätt att inte bestämma TACA-parternas storlek enbart på grundval av deras omsättning i fråga om serviceavtal.



- 1530 Till skillnad från vad sökandena har gjort gällande, har inte denna metod lett till att kommissionen fastställt bötesbeloppet genom en beräkning endast på grundval av den globala omsättningen utan att beakta enskilda omständigheter för var och en av sökandena. Det framgår av det ifrågasatta beslutet och av riktlinjerna vars principer tillämpas i detta att bedömningen av hur allvarlig överträdelsen är görs i två etapper. I ett första skede bedöms allvaret endast på grundval av faktorer som har att göra med själva överträdelsen, som dess art och dess inverkan på marknaden, och i ett andra skede justeras denna bedömning på grundval av omständigheter som har att göra med företaget i fråga, varvid kommissionen, utöver företagens storlek och förmåga, inte endast tar hänsyn till eventuella försvårade omständigheter utan i förekommande fall även till förmildrande omständigheter (förstainstansrättens dom av den 12 juli 2001 i de förenade målen T-202/98, T-204/98 och T-207/98, Tate & Lyle m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2035, punkt 109, och i det ovan i punkt 427 nämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkt 401).
- 1531 Under dessa omständigheter hade kommissionen fog för att vid fastställandet av bötesbeloppet, såsom det följer av överträdelsens allvar, inte beakta andra omständigheter för varje enskild sökande än de som var en följd av deras globala omsättning avseende linjefartransporter av containerlast.
- 1532 Vad gäller motiveringsskyldigheten på denna punkt erinrar förstainstansrätten om att enligt rättspraxis är de väsentliga formkrav som motiveringsskyldigheten utgör uppfyllda om kommissionen i sitt beslut har redovisat de uppgifter som legat till grund för dess bedömning av överträdelsens svårighetsgrad och varaktighet (domen av den 16 november 2000 i det ovan i punkt 1521 nämnda målet Sarrió mot kommissionen, punkt 73). Vidare skall omfattningen av motiveringsskyldigheten fastställas särskilt med hänsyn till att överträdelsens allvar skall fastställas utifrån ett stort antal omständigheter, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut skall tas i beaktande (beslutet i det ovan i punkt 1525 nämnda målet SPO m.fl. mot kommissionen, punkt 54, och domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 378).
- 1533 Dock konstaterar förstainstansrätten härvidlag att det framgår tillräckligt tydligt i förevarande mål av det omtvistade beslutet, särskilt av skälen 591–596, att

kommissionen bestämt hur allvarliga överträdelserna är utifrån deras art och därefter gjort en justering med hänsyn till TACA-parternas relativa storlek uttryckt i global omsättning avseende linjefartransporter med containerlast för att beakta de väsentliga skillnader i storlek som föreligger beträffande parterna för att ålägga stora TACA-parter högre böter än små.

1534 Eftersom det anges tillräckligt tydligt i det omtvistade beslutet på vilka omständigheter kommissionen baserar sig för att fastställa hur allvarliga överträdelserna är och eftersom förteckningen över kriterier som är relevanta vid fastställandet av överträdelsernas svårighetsgrad inte är tvingande för kommissionen, kan den inte förebrås att den inte angett orsakerna till att inga andra omständigheter tas upp.

1535 Vad gäller påståendet om att kommissionen, genom att fastställa böterna till ett belopp som utgör en betydande andel av omsättningen på ifrågavarande marknad, avviker från sin tidigare praxis i fråga om fastställande av böter, räcker det att konstatera att detta klander innebär ett bestridande av att kommissionen kan använda ifrågavarande företags omsättning, inte direkt men indirekt, för att vid fastställandet av bötesbeloppet justera överträdelsens svårighetsgrad, såsom det följer av överträdelsens art, i syfte att skillnaden i storlek mellan ifrågavarande företag därigenom skall beaktas. Motiveringen på denna punkt återfinns dock i skäl 595 i det omtvistade beslutet samt i punkt 1 A i riktlinjerna som kommissionen i princip är skyldig att rätta sig efter sedan deras offentliggörande (domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 390).

1536 Likaledes i fråga om det faktum att kommissionen genom att hänvisa till den globala omsättningen skulle ha ändrat sin praxis, räcker det att konstatera att kommissionen anger orsaken till detta i skäl 598 i det omtvistade beslutet, nämligen att omsättningen gör det möjligt att ta hänsyn till de berörda företagens tillgångar och reella betydelse. Visserligen kan denna metod, såsom sökanden i mål T-212/98 har anfört, medföra böter som proportionellt sett är högre för vissa sökanden. Kommissionen är emellertid inte skyldig att förklara för var och en av sökandena varför den tillämpar denna metod. Eftersom kommissionen i sitt beslut redogör för skälen till att den beaktat den globala omsättningen har den

tillhandahållit alla uppgifter som är nödvändiga för att sökandena skall veta om beslutet är välgrundat eller om det eventuellt är behäftat med ett sådant fel att det är möjligt att ifrågasätta dess giltighet.

1537 Förstainstansrätten framhåller härvidlag att det är felaktigt, såsom sökanden i mål T-212/98 anser, att domen av den 20 april 1999 i de ovan i punkt 191 nämnda förenade målen PVC II kan tillämpas analogt. Förstainstansrätten sänkte visserligen böterna i denna dom för vissa PVC-producenter med motiveringen att kommissionen på ett felaktigt sätt bedömt deras marknadsandel på PVC-området. Kommissionen hade emellertid i sitt beslut för att fördela de totala böterna mellan företagen kvantifierat kriteriet avseende vart och ett av företagens betydelse på PVC-marknaden med hänsyn till den genomsnittliga marknadsandelen åren 1980–1984 på nämnda marknad (punkt 1191). I förevarande mål däremot har kommissionen inte fastställt bötesbeloppet med beaktande av ifrågavarande företags marknadsandel. Analogin med förstainstansrättens dom i PVC II-målen saknar således grund.

1538 Förstainstansrätten finner således att det anges tillräckligt tydligt i det omtvistade beslutet på vilka omständigheter kommissionen baserar sig för att fastställa hur allvarliga överträdelserna är. Talan kan följaktligen inte vinna bifall på den grunden att det omtvistade beslutet är bristfälligt motiverat på denna punkt.

1539 Det följer av det ovan anförda att talan inte kan vinna bifall på grunderna om avsaknad av individuell bedömning och bristfällig motivering på denna punkt.

#### b) Principerna om likabehandling och proportionalitet

1540 Sökandena har förebrått kommissionen att den delade upp TACA-parterna i fyra grupper på ett artificiellt sätt utan någon som helst förklaring av vilket kriterium

som använts för detta ändamål. De har bestridit såväl avgränsningen till fyra grupper som de grundbelopp som tillämpats på var och en av dessa grupper.

- 1541 Vad för det första gäller fastställandet av gränsvärden för de fyra grupperna skall det erinras om att förstainstansrätten vad gäller det välgrundande i det omtvistade beslutet på denna punkt i domen i det ovan i punkt 427 nämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkterna 416–418, fann att kommissionen har rätt att dela upp företagen i grupper för att fastställa bötesbeloppet såvida denna uppdelning emellertid är konsekvent och sakligt motiverad.
- 1542 Om således förstainstansrätten i det målet ansåg att uppdelningen i fyra grupper var felaktig i sak, är det endast i den mån nämnda uppdelnings inre sammanhang varken framgick av beslutet — eftersom den logik som ligger till grund för uppdelningen inte framgår när den uppdelningen studeras och det inte redogörs i beslutet för de kriterier som använts för detta ändamål — eller av de av kommissionen senare tillhandahållna förklaringarna som nämnda förklaringar inte kunde motivera den uppdelning som gjordes i beslutet.
- 1543 Det måste i gengäld slås fast i förevarande mål att den konsekventa uppdelning i fyra grupper som utförs i tabell 12 i skäl 596 i det omtvistade beslutet klart framgår av nämnda tabell. Ett studium av tabellen ger nämligen vid handen att gränsvärdena för varje grupp har fastställts med utgångspunkt i storleken på den mest betydande av TACA-parterna genom successiva nedsättningar med halva storleken av detta företag, det vill säga 50 procent, 25 procent och 12,5 procent av storleken på Mærsk.
- 1544 Förstainstansrätten finner att en sådan avgränsning utgör en av de metoder som gör det möjligt att dela upp de berörda företagen i grupper på ett konsekvent och objektivt motiverat sätt. Sökandena har vidare inte lagt fram någon omständighet som kan leda till ett ifrågasättande av att kommissionen genomfört en konsekvent uppdelning enligt denna metod.

- 1545 Förstainstansrätten understryker härvidlag att i motsats till vad sökanden har hävdad vid förhandlingen uttalade inte förstainstansrätten i domen i det ovan i punkt 427 nämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkterna 420 och 422, den principen att kommissionen när den delar upp de berörda företagen i grupper för att fastställa bötesbeloppet är skyldig att avgränsa varje grupp där de största skillnaderna i storlek finns, utan den har endast konstaterat att kommissionen i ifrågavarande mål inte kunde hävda såsom den gjort i sina svar på skriftliga frågor från förstainstansrätten att avgränsningen hade skett enligt denna metod, eftersom de relativa skillnader i storlek genom vilka grupperna avgränsas i beslutet inte är de största av de skillnader som konstateras föreligga mellan ifrågavarande företag. Eftersom kommissionen inte kunde motivera valet av gränsvärden för avgränsningen av de fyra grupperna i beslutet, ansåg förstainstansrätten att nämnda uppdelning stred mot likabehandlingsprincipen.
- 1546 I detta sammanhang skall för övrigt erinras om att domstolen i de ovan i punkt 1525 nämnda förenade målen IAZ m.fl. mot kommissionen, punkt 53, således redan har medgett att det är tillåtet med en sådan beräkningsmetod enligt vilken kommissionen först fastställer det totala bötesbelopp som skall åläggas och därefter fördelar detta mellan de berörda företagen genom att dela upp dem i tre grupper på grundval av omfattningen av deras verksamhet, beräknad på det antal etiketter som visade att tekniska krav var uppfyllda som beställts av ifrågavarande sammanslutning, det vill säga mindre än 10 000 etiketter, 10 000–50 000 etiketter och mer än 50 000 etiketter.
- 1547 Det är följaktligen med orätt som sökandena hävdad vid förhandlingen att den lösning som förstainstansrätten förespråkade i domen i det ovan i punkt 427 nämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, även skulle leda till att den fördelning i grupper som görs i förevarande mål är behäftad med samma fel.
- 1548 Vad beträffar motiveringsskyldigheten räcker det att konstatera att eftersom den logik som ligger till grund för den uppdelningen i förevarande mål klart framgår av tabell 12 i skäl 596 i det omtvistade beslutet, kunde sökandena på basis härav veta om beslutet var välgrundat eller om det eventuellt var behäftat med ett sådant fel att det var möjligt att ifrågasätta dess giltighet, medan förstainstansrätten på

samma basis kan utöva sin kontroll av lagenligheten (domen i det ovan i punkt 548 nämnda målet Van Megen Sports mot kommissionen, punkt 51).

1549 Förstainstansrätten konstaterar följaktligen att den uppdelning i fyra grupper som utförts i förevarande mål inte innebär ett åsidosättande av principerna om likabehandling och proportionalitet och att den är tillräckligt motiverad.

1550 Vad för det andra beträffar de grundbelopp för böterna som tillämpas på var och en av grupperna, framgår det av tabell 13 i skäl 598 i det omtvistade beslutet att de beräknats på grundval av överträdelsernas svårighetsgrad och varaktighet genom successiv nedsättning med 25 procent av det grundbelopp som tillämpas på det största företaget.

1551 Vad gäller frågan huruvida det omtvistade beslutet är välgrundat på denna punkt erinrar förstainstansrätten om att den redan fann i domen i det ovan i punkt 427 nämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkt 431, att den metod som består i en successiv nedsättning av det grundbelopp som tillämpas på det största företaget med 25 procent inte överskred det utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen förfogar över vid fastställandet av böter. Eftersom kommissionen bestämde fyra grupper på grundval av sökandenas relativa storlek, kan den successiva nedsättningen med 25 procent av det grundbelopp som tillämpas på gruppen med den sökande som har den största storleken betraktas som en konsekvent metod som kan anses objektivt motiverad.

1552 Vad gäller den påstådda omständigheten att ett identiskt grundbelopp tillämpas i ett sådant system inom varje grupp på företag av olika storlek, noterar förstainstansrätten att denna omständighet är ett naturligt inslag i ett system med uppdelning i grupper. Förstainstansrätten har redan konstaterat ovan i punkt 1520 att nämnda uppdelning motsvarar en korrekt bedömning av överträdelsens svårighetsgrad.

- 1553 Även om ett lika stort grundbelopp således tillämpas på vissa sökanden på grund av deras uppdelning i grupper trots att de har olika storlek, anser förstainstansrätten att det finns saklig grund för denna skillnad i behandling genom att överträdelsens art har företrädare framför företagets storlek vid fastställandet av överträdelsens svårighetsgrad (domen i det ovan i punkt 427 nämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen, punkt 411).
- 1554 Kommissionen kunde följaktligen i förevarande fall tillämpa ett lika stort grundbelopp på företagen i en och samma grupp utan att åsidosätta likabehandlingsprincipen.
- 1555 Vad beträffar iakttagandet av motiveringsskyldigheten på denna punkt, räcker det att konstatera att den logik som ligger till grund för fastställandet av de grundbelopp för böter som anges i tabell 13 i skäl 598 i det omtvistade beslutet klart framgår av nämnda tabell, i synnerhet som dessa grundbelopp utgör en exakt översättning till siffror av den uppdelning i fyra grupper som görs i det ifrågasatta beslutet.
- 1556 Under dessa förhållanden kunde sökandena uppenbarligen på basis härav veta om beslutet var välgrundat eller om det eventuellt var behäftat med ett sådant fel att det var möjligt att ifrågasätta dess giltighet, medan förstainstansrätten på samma basis kan utöva sin kontroll av lagenligheten (domen i det ovan i punkt 548 nämnda målet Van Megen Sports mot kommissionen, punkt 51).
- 1557 Det är riktigt att det inte anges i det omtvistade beslutet vilken metod eller beräkning kommissionen använde vid fastställandet av hur allvarlig överträdelsen var när den valde beloppet 2 miljoner euro för gruppen ”stora bortfraktare”, utifrån vilket de övriga beloppen fastställdes, och inte heller deras samband med de grupper som identifieras i tabell 12.

- 1558 Förstainstansrätten erinrar emellertid om att enligt rättspraxis åläggs inte kommissionen, genom de väsentliga formkrav som motiveringsskyldigheten utgör, att i sitt beslut redovisa sifferuppgifter avseende sättet att beräkna böterna utan endast de uppgifter som legat till grund för dess bedömning av överträdelsens svårighetsgrad och varaktighet (domen av den 16 november 2000 i det ovan i punkt 1521 nämnda målet Sarrió mot kommissionen, punkterna 73 och 76).
- 1559 Förstainstansrätten slår fast att dessa omständigheter framgår med tillräcklig tydlighet av skälen 591–596 i det omtvistade beslutet.
- 1560 Vad gäller överträdelsens svårighetsgrad bör framhållas att kommissionen anger i skäl 591 att i den mån det genom det första missbruket avsågs att priskonkurrensen skulle begränsas, skall detta missbruk med hänsyn till sin art betecknas som en allvarlig överträdelse i den mening som avses i riktlinjerna, i vilka det för ett sådant fall föreskrivs att ett möjligt belopp, med avseende på överträdelsens svårighetsgrad, kan variera mellan 1 miljon och 20 miljoner euro. Det framgår vidare av skälen 595 och 596 i det omtvistade beslutet att kommissionen avsåg att justera det belopp som fastställts på grundval av överträdelsens art i förhållande till ifrågavarande företags storlek för att beakta de avsevärda skillnaderna i storlek mellan TACA-parterna, den faktiska kapaciteten att vålla betydande skada och behovet av att se till att bötesbeloppet är tillräckligt avskräckande.
- 1561 Under dessa förhållanden kan inte sökandena, såsom de gjorde vid förhandlingen, basera sig på domen i det ovan i punkt 427 nämnda målet CMA CGM m.fl. mot kommissionen för att förebrå kommissionen att den inte angett skälen till att den inte tillämpade ett högre belopp på de stora bortfraktarna än det minsta grundbelopp som föreskrivs i riktlinjerna för allvarliga överträdelser. Även om förstainstansrätten i sistnämnda dom konstaterade att motiveringen var bristfällig på denna punkt, var det inte därför att kommissionen hade fastställt ett högre grundbelopp än det minsta grundbelopp som föreskrivs i riktlinjerna för allvarliga överträdelser, utan därför att den, efter det att den uttryckligen angett i sitt beslut att ”grundbeloppet för böterna bör sättas så lågt som möjligt på skalan för böter för allvarliga överträdelser”, utan att ge minsta förklaring, slutligen fastställt ett



annat belopp. I förevarande mål däremot konstaterar förstainstansrätten att kommissionen överhuvudtaget inte uppger i det omtvistade beslutet att den avsåg att tillämpa det lägsta belopp som föreskrivs i riktlinjerna för allvarliga överträdelser.

1562 Vad vidare gäller överträdelsens varaktighet, konstaterar förstainstansrätten i skäl 597 i det omtvistade beslutet att eftersom överträdelsen hade en varaktighet på två till tre år bör bötesbeloppet med hänsyn till svårighetsgraden höjas med 25 procent.

1563 Förstainstansrätten finner följaktligen att kommissionen i det omtvistade beslutet tillhandahållit en tillräcklig motivering till hur de grundbelopp fastställdes som återfinns i tabell 13. Sökandenas klander på denna punkt kan således inte godtas.

1564 Det följer av det ovan anförda att sökandenas klander avseende fastställandet av grundbeloppet för böterna inte kan godtas.

### c) Principen om skydd för berättigade förväntningar

1565 Sökanden i mål T-213/98 anser att kommissionen har åsidosatt principen om skydd för berättigade förväntningar genom att i förevarande mål inte tillämpa de principer för beräkning av böter som framgår av tidigare praxis. Vidare har sökanden i mål T-214/98 förebrått kommissionen att den inte tillämpat de kriterier som uttalas i riktlinjerna.

- 1566 Vad för det första beträffar det klander att kommissionen underlåtit att tillämpa sin tidigare praxis, har sökanden i mål T-213/98 i huvudsak förebrått kommissionen att den ändrat sin praxis genom att tillämpa riktlinjerna.
- 1567 Förstainstansrätten noterar härvidlag att kommissionen skall utöva sin befogenhet att fastställa böter för överträdelse av konkurrensreglerna inom sitt utrymme för skönsmässig bedömning enligt förordning nr 17 och förordningarna nr 1017/68 och nr 4056/86. Enligt fast rättspraxis kan emellertid de ekonomiska aktörerna inte med fog förvänta sig att rådande förhållanden skall bestå när dessa kan ändras av gemenskapsinstitutionerna inom deras utrymme för skönsmässig bedömning (domstolens dom av den 15 juli 1982 i mål 245/81, Edeka, REG 1982, s. 2745, punkt 27, och av den 14 februari 1990 i mål C-350/88, Delacre m.fl. mot kommissionen, REG 1990, s. I-395, punkt 33, och domen i det ovan i punkt 334 nämnda målet LR AF 1998 mot kommissionen, punkt 241).
- 1568 Såsom förstainstansrätten redan slagit fast har kommissionen rätt att höja den allmänna bötesnivån inom de gränser som fastställs i förordning nr 17, om detta är nödvändigt för att säkerställa genomförandet av gemenskapens konkurrenspolitik (domen i de ovan i punkt 1422 nämnda förenade målen Musique Diffusion française mot kommissionen, punkt 109).
- 1569 Det är visserligen riktigt att kommissionen i detta fall har tillämpat riktlinjerna på faktiska omständigheter som förelåg innan riktlinjerna offentliggjordes. Det har emellertid redan konstaterats ovan att genom den metod för fastställande av bötesbelopp som föreskrivs i riktlinjerna iakttas den rättsliga ram som definierats i förordning nr 17 samt i förordningarna nr 1017/68 och nr 4056/86.
- 1570 Härav följer att kommissionen inte har skadat sökandens berättigade förväntningar genom att använda den i riktlinjerna definierade metoden för att fastställa de ålagda böterna i det omtvistade beslutet.

- 1571 Såvitt sökanden har förebrått kommissionen att den inte fastställt bötesbeloppet på grundval av en individuell bedömning av de berörda företagen och inte tagit hänsyn till alla relevanta faktorer, är det tillräckligt att notera att det framgår av rättspraxis före antagandet av riktlinjerna att de kriterier med vars hjälp överträdelseernas svårighetsgrad kan bestämmas varken är uttömmande eller tvingande (beslutet i det ovan i punkt 1525 nämnda målet SPO m.fl. mot kommissionen, punkt 54).
- 1572 Gemenskapsdomstolarna har således redan slagit fast, långt innan riktlinjerna antogs, att kommissionen lagligen får fastställa det totala bötesbeloppet först, för att sedan fördela detta belopp mellan de berörda företagen beroende på vilken verksamhet de bedriver på den berörda marknaden (domen i de ovan i punkt 1525 nämnda förenade målen IAZ m.fl. mot kommissionen, punkt 53).
- 1573 Eftersom kommissionen i sin tidigare praxis inte uteslutande använt sig av en metod som baseras på en individuell bedömning av de berörda företagen utifrån alla relevanta kriterier, kunde således sökanden inte ha berättigade förväntningar på att en sådan metod skulle tillämpas på företaget i det omtvistade beslutet.
- 1574 Sökandens klander på denna punkt kan således inte godtas.
- 1575 Vad för det andra gäller det klander som sökanden i mål T-214/98 framfört om att de kriterier som uttalas i riktlinjerna inte tillämpats, framgår det av vad som ovan anförts att när kommissionen fastställde bötesbeloppen dels på grundval av överträdelseernas svårighetsgrad, såsom den följer av överträdelseernas art, justerad med hänsyn till ifrågavarande företags storlek, dels på grundval av över-

trädelsernas varaktighet, tillämpade den till syvende och sist i förevarande mål just de kriterier som uttalas i riktlinjerna vilka är föremål för de klander som prövats ovan.

1576 Förstainstansrätten konstaterar mot denna bakgrund att det föreskrivs uttryckligen i riktlinjerna en möjlighet att justera överträdelsens svårighetsgrad, såsom den följer av dess art, med hänsyn till de berörda företagens storlek. I punkt I A sjätte stycket i nämnda riktlinjer anger kommissionen att beträffande överträdelser i vilka flera företag är involverade "kan det i vissa fall vara lämpligt att variera det fastställda beloppet för att ta hänsyn till den särskilda vikten, och således den faktiska påverkan på konkurrensen, av varje företags förfarande i samband med överträdelsen, särskilt när det är stor skillnad i storleken på de företag som begått en överträdelse av samma slag". Kommissionen anger härvidlag i punkt 1 A sjunde stycket i nämnda riktlinjer att "principen om lika sanktioner för samma beteenden kan, om omständigheterna kräver det, leda till att olika belopp tillämpas på de berörda företagen utan att denna skillnad följer en enkel beräkningskalkyl".

1577 Sökandenas klander i målen T-213/98 och T-214/98 avseende åsidosättande av principen om skydd för berättigade förväntningar kan således inte godtas.

d) Slutsats om den av kommissionen använda metoden för fastställande av bötesbeloppen

1578 Det följer av det ovan anförda att talan inte kan vinna bifall på de grunder och klander som sökandena anförvt avseende den av kommissionen använda metoden för fastställande av bötesbeloppen.

## B — Bedömningen av förmildrande omständigheter

## 1. Parternas argument

1579 Sökandena har förebrått kommissionen att den inte anpassade bötesnivån med hänsyn till förmildrande omständigheter.

1580 Sökandena har åberopat som första förmildrande omständighet att i enlighet med den praxis som kommissionen tillämpat i andra ärenden (kommissionens beslut 88/518/EEG av den 18 juli 1988 om ett förfarande enligt artikel 86 i EEG-fördraget (ärende IV/30.178 — Napier Brown — British Sugar) (EGT L 284, s. 87), punkt 87, och beslut 94/985, punkt 159), borde den ha beaktat att gemenskapsrätten i vissa avseenden inte är tillräckligt utvecklad.

1581 För det första har sökandena åberopat den omständigheten att villkoren för att det skall anses föreligga en kollektiv dominerande ställning i fallet med linjekonferenser inte är, såsom kommissionen har medgett på andra områden, klart definierade (se exempelvis kommissionens meddelande om tillämpning av konkurrensreglerna på tillträdesavtal inom telesektorn (EGT C 265, 1998, s. 2), punkt 76). I motsats till kommissionens ställningstagande i skäl 522 i det omtvistade beslutet har kommissionen tidigare uttryckt den åsikten att en kollektiv dominerande ställning kräver avsaknad av all konkurrens mellan ifrågavarande parter (ovannämnda meddelande, punkterna 78 och 79). Sökandena har vidare bestridit att "TACA-parterna ... åtminstone sedan den 10 december 1993 känt till att kommissionen ansåg att TAA-parterna hade en dominerande ställning" (skäl 603 i det omtvistade beslutet). Sökandena har betonat att detta påstående, som formulerats i meddelandet om anmärkningar i TAA-ärendet, inte upprepades i TAA-beslutet. De har tillagt att marknads-villkoren har utvecklats under tiden.

1582 För det andra har sökandena hävdatt att det i detta mål aktuella ärendet är det första i vilket kommissionen har bedömt skyldigheter som åligger medlemmar i en linjekonferens gentemot nya medlemmar när det är fråga om en konferens som även regleras av amerikansk rätt.

1583 För det tredje anser sökandena att det omtvistade beslutet utgör ett första fall av tillämpning av konkurrensrätten på linjekonferensers avtal i fråga om serviceavtal. Även om parterna sedan oktober 1994 kände till att kommissionen ansåg att förbudet mot individuella serviceavtal var en allvarlig konkurrensbegränsning (skäl 603 i det omtvistade beslutet), borde kommissionen inte ha ålagt några böter eller ha nedsatt böterna (se kommissionens beslut 87/1/EEG av den 2 december 1986 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (ärende IV/31.128 — Fatty Acids) (EGT L 3, 1987, s. 17), punkterna 34, 35, 58 och 59). Sökandena har understrukit att det i TAA-beslutet inte finns något uttalande om huruvida förbudet mot individuella serviceavtal är lagenligt med avseende på artiklarna 85 och 86 i fördraget. Vad beträffar kommissionens skrivelse av den 15 december 1994, som det hänvisas till i skäl 604 i det omtvistade beslutet, har parterna på intet sätt av kommissionen förvarnats om att kommissionen hade för avsikt att ålägga böter i enlighet med artikel 86 i fördraget. Slutligen har sökandena anfört, i motsats till vad som hävdats i skäl 601, att det framgår av den i skäl 153 återgivna skrivelsen från deras juridiska ombud, att de inte fick något juridiskt utlåtande från sin rådgivare om att en dubbel fraktsats skulle strida mot TAA-beslutet om den efterfrågas av avlastaren.

1584 För det fjärde har sökandena påstått att det omtvistade beslutet utgör det första fall i vilket det åläggs böter i enlighet med artikel 86 i fördraget beträffande ett avtal som anmälts till kommissionen. Sökandena har erinrat om att domaren Kirschner i sin egenskap av generaladvokat i förslaget till avgörande under domen i det ovan i punkt 1420 nämnda målet Tetra Pak I drog slutsatsen att det inte kunde åläggas böter i ett sådant fall. Sökandena har även understrukit att kommissionen inte ålagt böter i andra ärenden av detta slag (kommissionens beslut 76/353/EEG av den 17 december 1975 om ett förfarande enligt artikel 86 i EEG-fördraget (ärende IV/26.699 — Chiquita) (EGT L 95, 1976, s. 1), punkt 119, kommissionens beslut 89/113/EEG av den 21 december 1988 om ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i EEG-fördraget (ärendena IV/30.979 och IV/31.394 — Decca Navigator System) (EGT L 43, 1989, s. 27)).

1585 För det femte har sökanden vidhållit att den verksamhet som kommissionen motsätter sig i det omtvistade beslutet är tillåten eller obligatorisk enligt amerikansk rätt.

1586 Sökanden i mål T-212/98 anser att osäkerheten om gemenskapsrättens stadium och särskilt den brist på precision som omger begreppet ”kollektiv dominerande ställning” förelåg i särskilt hög grad i sökandens fall, eftersom företaget är en bortfraktare som inte har säte i gemenskapen och som har en svag ställning på den gemensamma marknaden. Sökanden har vidare gjort gällande att kommissionen i strid med sin tidigare praxis med stöd av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (kommissionens beslut av den 15 mars 1994, i vilket en företagskoncentration förklaras vara förenlig med den gemensamma marknaden (ärende IV/M.422 — Unilever France/Ortiz Miko II)) i förevarande mål inte har tagit hänsyn till assymetrin mellan ifrågavarande företags marknadsandelar. Sökanden har även erinrat om att TAA-avtalet vid tidpunkten för sökandens anslutning till konferensen nyss hade ändrats för att kommissionens krav skulle beaktas. Eftersom det ändrade avtalet, det vill säga TACA-avtalet, hade anmälts, kunde sökanden ha berättigade förväntningar på att dess anslutning till TACA skulle betraktas som förenlig med artikel 86 i fördraget. Slutligen, med beaktande av föregående omständigheter, anser sökanden att det fanns fog för företagets berättigade förväntningar på att kommissionen inte skulle ålägga det några böter.

1587 Sökanden i mål T-213/98 har bestridit den vikt som kommissionen verkar fästa vid åsikter sökanden uttryckt under de administrativa förfarandena i TAA-ärendet och TACA-ärendet och som kommissionen hänvisar till i skälen 603 och 604 i det omtvistade beslutet. För det fall att kommissionen hade avsett att beakta dem vid beräkningen av böterna, anser sökanden att kommissionens åsikter, med hänsyn till gemenskapsrättens osäkra stadium under ifrågavarande period, inte hade kunnat påverka parternas ställning i negativ riktning, särskilt vad gäller bötesbeloppen. Sökanden har gjort gällande att varje företag som ett meddelande om anmärkningar riktas till har rätt att i god tro fortsätta att lita på de ifrågasatta beteendenas lagenlighet och på möjligheten att utverka ogiltigförklaring av kommissionens slutliga beslut.

1588 Sökanden har vidare gjort gällande att kommissionen i vart fall som en förmildrande omständighet borde ha tagit hänsyn till att de juridiska frågor som behandlas i det omtvistade beslutet är nya. Sökanden har understrukt att det konkurrenssystem som infördes genom förordning nr 4056/86 är av en särskild art. Sökandena har gjort gällande att det är på grund av denna särskilda art som väl etablerade konkurrensrättsliga principer såsom förbudet mot horisontella avtal om fastställande av priser, marknadsuppdelning och kapacitetsreglering inte är tillämpliga på sjötransportsektorn. Mot denna bakgrund och i avsaknad av rättspraxis från gemenskapsdomstolarna angående gruppundantagets räckvidd, anser sökanden att det vid fastställandet av bötesbeloppet borde ha beaktats att sökandena skäligen kunnat tro att deras förfaranden var förenliga med konkurrensrätten.

1589 Den andra förmildrande omständighet som sökandena åberopat rör samarbetet med kommissionen. Sökandena har inledningsvis understrukt att de anmälde TACA-avtalet i juli 1994 och därefter andra avtal om samarbete på land, närmare bestämt EIEIA och "hub and spoke"-systemet. Sökandena anser att en sådan anmälan kan jämföras med att underrätta kommissionen om relevanta fakta och potentiella överträdelser som den inte kände till, så att den i analogi med kommissionens meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 207, 1996, s. 4) och i enlighet med dess tidigare praxis (beslut 89/113, kommissionens beslut 79/68/EEG av den 12 december 1978 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (ärende IV/29.430 — Kawasaki) (EGT L 16, 1979, s. 9), kommissionens beslut 96/438/EG av den 5 juni 1996 om ett förfarande enligt artikel 85 i EG-fördraget (ärende IV/34.983 — FENEX) (EGT L 181, s. 28), punkt 89), borde ha avstått från att ålägga böter eller ha nedsatt bötesbeloppet. Därefter har sökandena tagit upp den långa skriftväxlingen och mötena som ägde rum angående serviceavtalen och fastställandet av landfraktsatser. Slutligen har sökandena gjort gällande att TACA-avtalet utgör en ändring av TAA-beslutet, till följd av att TAA-beslutet och att TACA-avtalet har ändrats vid flera tillfällen under förfarandets gång för att kommissionens synpunkter skulle beaktas.

1590 Sökanden i mål T-213/98 har understrukt att TACA, långt ifrån att utgöra en hemlig kartell, alltid har agerat öppet och tillåtit insyn genom att anmäla sina tariffer till de amerikanska myndigheterna och genom att offentliggöra dem i



överensstämmelse med artikel 5 i förordning nr 4056/86. Sökanden har även åberopat den omständigheten att kommissionen kontinuerligt underrättades om TACA:s förfaranden som anmälades med angivande av alla detaljer i syfte att erhålla ett individuellt undantag. Sökandena har erinrat om att en sådan anmälan inte var obligatorisk enligt förordningarna nr 1017/68 och nr 4056/86. Slutligen har sökanden hävdats att företaget i sina möten med kommissionen alltid varit tillmötesgående och visat sin vilja att finna en lösning som både är förenlig med gemenskapsrätten och tillfredsställande på det affärsmässiga planet.

1591 Den tredje förmildrande omständighet som tagits upp av sökandena rör de svåra marknadsvillkoren och de ekonomiska förluster som TACA-parterna lidit. Sökandena har gjort gällande att de förlorat omkring 600 miljoner USD under åren 1991 och 1992 och att vissa av dem, efter TACA:s ikraftträdande, fortsatt att lida förluster eller att registrera begränsade vinster. Kommissionen har i sin beslutspraxis (kommissionens beslut 83/546/EEG av den 17 oktober 1983 om ett förfarande enligt artikel 85 i EEG-fördraget (ärende IV/30.064 — Gjutjärns- och stålvalsar) (EGT L 317, s. 1), punkterna 72 och 74) beaktat denna typ av omständigheter när den nedsatte bötesbeloppet. Sökandena har vidare understrukit att gemenskapslagstiftaren har erkänt linjekonferensernas betydelse för gemenskapens industri (se tredje och femte skälen i förordning nr 479/92).

1592 Sökanden i mål T-212/98 har för sin del åberopat att företaget på grund av sin svaga ställning på ifrågavarande marknad och sin egenskap av ny aktör dels inte kunnat spela någon påtaglig roll i de påstådda överträdelserna, dels inte kunnat göra sig skyldig till överträdelserna uppsåtligt eller av oaktsamhet.

1593 Kommissionen har för det första anfört i fråga om gemenskapsrättens stadium att det i förevarande mål inte finns någon ny omständighet som motiverar nedsättning av böterna. Enligt kommissionen finns det inte något nytt i tanken att konferensmedlemmar kan ha en dominerande ställning eller att de åtgärder

som vidtas med det överenskomna syftet att snedvrیدا eller undanröja den potentiella konkurrensen kan utgöra ett missbruk av dominerande ställning. Enligt kommissionen kan inte det faktum att TACA även regleras av bestämmelser i amerikansk rätt tillföra debatten något. Vad gäller tillämpningen av konkurrensreglerna på serviceavtal, har kommissionen understrukit att ifrågavarande missbruk är klassiskt eftersom det består i att påtvinga kunder oskäligen affärsvillkor och i att vägra att leverera till användare på andra villkor än konferensens. Vad gäller avsaknaden av immunitet mot böter för en överträdelse av artikel 86 i fördraget har kommissionen uppmärksammat att det inte kan vara fråga om en ny utveckling av sakinnehållet i reglerna om missbruk av dominerande ställning. Eftersom slutligen ifrågavarande otillåtna verksamhet inte påbjuds enligt amerikansk rätt, kan densamma inte utgöra en omständighet som motiverar nedsättning av böterna.

1594 Vad för det andra gäller samarbetet med kommissionen, anser kommissionen att sökandena inte med framgång kan åberopa det ovannämnda meddelandet om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden, eftersom detta mål inte rör ett fall av avslöjande av en kartell. Kommissionen har uppmärksammat att sökandena tvärtom under förfarandet har bestridit kommissionens inställning i rättsfrågan samt de faktiska omständigheterna.

1595 Vad för det tredje beträffar de svåra marknadsvillkoren framhåller kommissionen att sökandena åberopat att affärsklimatet var ogynnsamt under en period långt före ifrågavarande missbruk och det omtvistade beslutet.

1596 I mål T-213/98 har kommissionen upprepat att de frågor som ställs i förevarande mål inte är nya. Kommissionen har motsatt sig tanken att eftersom förordning nr 4056/86 i vissa avseenden skapat ett gynnsamt konkurrenssystem för linjekonferenserna har de rätt att utgå ifrån att inte någon av gemenskapens konkurrensregler var tillämplig på dem.

## 2. Förstainstansrättens bedömning

- 1597 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att det följer av prövningen av föregående grunder att de enligt artikel 8 i beslutdelen i det omtvistade beslutet föreskrivna böterna skall ogiltigförklaras såvitt de påförts dels till följd av det andra missbruket, dels till följd av det första missbruket, i den mån de rör den omständigheten att sökandena underrättade varandra om förekomsten av och innehållet i serviceavtal och vad gäller de övriga förfaranden som utgör det första missbruket, det vill säga ifrågavarande förfaranden på området för serviceavtal vilka föreskrivs i artikel 14 i TACA-avtalet, i den mån dessa påförts med tillämpning av förordning nr 4056/86.
- 1598 Följaktligen skall denna grund endast prövas såvitt avser den del av böterna som ålagts till följd av sistnämnda förfaranden med tillämpning av förordning nr 1017/68.
- 1599 Förstainstansrätten framhåller härvidlag att det framgår av skäl 92 i det omtvistade beslutet att de landtransporttjänster inom gemenskapen som omfattas av förordning nr 1017/68 år 1995 motsvarade ca 48 procent av det gods som TACA-parterna fraktade på den transatlantiska traden.
- 1600 Eftersom det framgår av tabell 13 i skäl 598 i det omtvistade beslutet att de bötesbelopp som fastställts för det första missbruket motsvarar omkring 9 procent av de sammanlagda böter som påförts genom det omtvistade beslutet, följer härav att den del av böterna som påförts med tillämpning av förordning nr 1017/68 utgör omkring 5 procent av detta belopp.

- 1601 Förstainstansrätten skall således kontrollera om denna del av böterna fortfarande är motiverad trots de förmildrande omständigheter som sökandena åberopat.
- 1602 Förstainstansrätten erinrar om att kommissionen i skälen 601–606 i det omtvistade beslutet utesluter möjligheten av att det kan finnas förmildrande omständigheter, med motiveringen dels att det inte har uppgetts något skäl till att TACA-parterna skulle betraktas som efterföljare i stället för ledare, dels att TACA-parterna inte kan ha varit omedvetna om att syftet med deras handlingar var att begränsa konkurrensen och inte omfattades av gruppundantaget i förordning nr 4056/86 samt att de inte kunde misstänka att kommissionen kunde ålägga dem böter i enlighet med artikel 86 i fördraget trots att förfarandena i fråga om serviceavtal hade anmälts.
- 1603 Förstainstansrätten framhåller i första hand, såsom redan har konstaterats ovan i punkterna 1468 och 1469, att alla de otillåtna förfaranden som föreskrivs i artikel 14 i TACA-avtalet har anmälts till kommissionen i syfte att erhålla individuellt undantag. Även om TACA-parterna gjorde denna anmälan i enlighet med förordning nr 4056/86, underrättade kommissionen själv dem i skrivelse av den 15 juli 1994 om att den avsåg att även undersöka ansökan om individuellt undantag enligt förordning nr 1017/68, med motiveringen att en del av de anmälda verksamheterna inte omfattades av tillämpningsområdet för förordning nr 4056/86.
- 1604 Förstainstansrätten erinrar om att TACA-parterna den 9 mars 1995 uttryckligen underrättade kommissionen om att FMC hade ålagt dem att ändra sitt avtal så att enskilda TACA-parter fick ingå individuella serviceavtal för år 1996, under förutsättning att avtalen överensstämde med bestämmelserna i artikel 14 i TACA-avtalet. Den 21 mars 1995 delgav således TACA-parterna kommissionen en ändrad version av artikel 14 i det år 1994 anmälda TACA-avtalet.

- 1605 Det skall slås fast att sökandena härigenom på eget initiativ røjde de förfaranden som kommissionen ansett utgöra otillåtna förfaranden som strider mot artikel 86 i fördraget.
- 1606 Detta äger desto större giltighet som det varken i förordning nr 4056/86 eller förordning nr 1017/68 föreskrivs någon obligatorisk anmälan för erhållande av individuellt undantag. Sökandenas anmälan av TACA-avtalet har således skett frivilligt.
- 1607 Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten således att anmälan av TACA-avtalet gjorde det möjligt för kommissionen att lättare fastställa att förfarandena i nämnda avtal avseende serviceavtal utgjorde missbruk och att sökandena således har bidragit till att underlätta kommissionens uppgift att fastställa och beivra överträdelse av gemenskapens konkurrensregler, vilket enligt rättspraxis är en omständighet som kan motivera att böterna reduceras (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-297/98 P, SCA Holding mot kommissionen, REG 2000, s. I-10101, punkt 36) (se även, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 18 september 2003 i mål C-338/00 P, REG 2003, s. I-9189, punkt 179).
- 1608 Förstainstansrätten konstaterar emellertid att när kommissionen i det omtvistade beslutet bedömer om TACA-parterna kan dra nytta av förmildrande omständigheter, undersöker den i vilken mån de har samarbetat under det administrativa förfarandet. Kommissionen har dock varken i sina yttranden eller vid förhandlingen bestridit det samarbete som blev följden av att TACA-avtalet anmäldes. Kommissionen har i sitt svaromål inte gjort gällande något annat än att sökandena utan uppehåll under det administrativa förfarandet bestridit de faktiska omständigheterna och den rättsliga bedömningen och att något samarbete med kommissionen i enlighet med ovannämnda meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden således inte har förekommit.

- 1609 Förstainstansrätten noterar emellertid att sökandena inte har gjort gällande att de inte har bestridit de faktiska omständigheterna eller de påtalade överträdelsena i det omtvistade beslutet utan endast att de underlättat för kommissionen att konstatera nämnda faktiska omständigheter och överträdelser. Härigenom har sökandena på intet sätt åberopat meddelandet om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden vilket rör samarbetet med kommissionen i samband med avslöjandet av hemliga karteller, vilket inte är fallet i förevarande mål, utan det samarbete som kommissionen måste beakta vid varje förfarande för tillämpning av gemenskapens konkurrensregler när ifrågavarande företag under det administrativa förfarandet minskat kommissionens arbetsbörda i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis. Förstainstansrätten noterar för övrigt att kommissionen själv i punkt 3 sjätte strecksatsen i riktlinjerna anger möjligheten att böterna kan nedsättas för att hänsyn skall tas till "att företaget samarbetat effektivt i förfarandet utanför tillämpningsområdet för kommissionens meddelande ... om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden".
- 1610 Förstainstansrätten har vidare framhållit att det saknar relevans att ifrågavarande otillåtna förfaranden avslöjats i syfte att erhålla individuellt undantag i enlighet med artikel 85.3 i fördraget. Eftersom TACA-parterna genom sin anmälan möjliggjort för kommissionen att lättare upptäcka och bevisa ifrågavarande förfaranden som utgör det första missbruket har de med nödvändighet minskat kommissionens arbetsbörda i den mening som avses i ovannämnda rättspraxis.
- 1611 Förstainstansrätten noterar för det andra att det omtvistade beslutet är det första beslutet i vilket kommissionen har gjort en direkt bedömning av huruvida linjekonferensernas förfaranden i fråga om serviceavtal är lagenliga med avseende på gemenskapens konkurrensregler.
- 1612 Vad först beträffar tillämpningen av artikel 85 i fördraget, kan kommissionen inte basera sig på skäl 410 i TAA-beslutet för att i skäl 603 i det omtvistade beslutet göra gällande att sökandena "sedan oktober 1994 känt till att kommissionen ansåg att förbudet mot individuella serviceavtal var en allvarlig konkurrensbe-

gränsning”. Kommissionen konstaterar nämligen inte alls i detta skäl i TAA-beslutet att förbudet mot individuella serviceavtal utgör en konkurrensbegränsning i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, utan endast att det avtal om fastställande av fraktsatser för linjesjötransporter som ingåtts av TAA-medlemmarna inte uppfyller det första villkoret för erhållande av det individuella undantag som föreskrivs i artikel 85.3 i fördraget, bland annat med motiveringen att ”förbudet i TAA mot direkta och individuella handelsförbindelser mellan strukturerade avtalsparter och avlastare ... begränsar möjligheterna till direkt samarbete och långsiktigt partnerskap mellan leverantörer och kunder”.

1613 Med avseende på hänvisningen i skäl 286 i TAA-beslutet till skälen 13–15 i samma beslut kan beslutet vidare tolkas så att det innehåller ett förbud mot de regler och villkor som föreskrivs i TAA i fråga om de serviceavtal som beskrivs i sistnämnda skäl, nämligen angående deras varaktighet, minimikvantiteter som de måste avse och närmare bestämmelser för ingående av individuella serviceavtal, vilket dock kommissionen varken har hävdad inom ramen för detta förfarande eller under det förfarande som ledde till TAA- domen. Förstainstansrätten konstaterar följaktligen att eftersom TAA enligt TAA-beslutet inte är en linjekonferens kan det inte anses att lagenligheten hos de regler som antagits av linjekonferenser i fråga om serviceavtal redan har varit föremål för prövning i nämnda beslut. Det skall i vart fall understrykas att det i TAA-beslutet endast görs en bedömning av lagenligheten av två av de fem samordnade förfaranden som betraktas som otillåtna i det omtvistade beslutet, medan det i det TAA-avtal som anmäldes år 1992 även föreskrevs ett förbud mot ”contingency”-klausuler, förbud mot flera avtal med samma avlastare samt vitesbelopp vid avtalsbrott, regler som betraktas som otillåtna förfaranden i beslutet.

1614 Vad därefter gäller tillämpningen av artikel 86 i fördraget, bör tilläggas att även om det är riktigt, såsom kommissionen anför i skäl 602 i det omtvistade beslutet, att den i sitt meddelande om anmärkningar i TAA-ärendet uppgav för TAA-parterna att den avsåg att ålägga böter för missbruk av dominerande ställning med avseende på serviceavtal, finner dock förstainstansrätten att kommissionen i

sitt slutliga beslut inte konstaterar att det skett någon överträdelse av artikel 86 i fördraget på denna punkt. Under dessa förhållanden kunde sökandena, med hänsyn till att meddelandet om anmärkningar är provisoriskt till sin karaktär, tro att kommissionen hade återkallat sina anmärkningar om tillämpningen av artikel 86 i fördraget på förfaranden i fråga om serviceavtal.

1615 Det är för det tredje omöjligt att på allvar bestrida att den rättsliga behandling som det var lämpligt att förbehålla linjekonferensernas förfaranden i fråga om serviceavtal inte var uppenbar och bland annat gav upphov till komplicerade juridiska frågor, särskilt med tanke på de nära banden till de avtal som var föremål för gruppundantag vilka föreskrivs i helt specifika och exceptionella konkurrensrättsliga regler (se, analogt, domen i det ovan i punkt 196 nämnda målet FEFC, punkt 484).

1616 Förstainstansrätten understryker i förevarande mål, såsom framgår ovan av punkterna 496–507 och 520–528, att, trots att det redogörs i 611 skäl för det omtvistade beslutets motivering, det inte var förrän under förhandlingen som kommissionen preciserade i vilken mån TACA-parternas förfaranden i fråga om serviceavtal enligt det omtvistade beslutet stred mot artiklarna 85 och 86 i fördraget. Kommissionen medgav nämligen själv vid förhandlingen och som svar på skriftliga frågor från förstainstansrätten på denna punkt att såväl beslutsdelen som vissa skäl i det omtvistade beslutet i sig kunde bli föremål för olika tolkningar. Det skall särskilt erinras om att det omtvistade beslutet innehåller flera avsnitt som är motstridiga där frågan tas upp huruvida TACA-parterna hade rätt att ingå konferensserviceavtal och huruvida nämnda parter hade rätt att bestämma innehållet i dessa trots att redan TAA-beslutet, såsom framgår av punkterna 421–423 i TAA-domen, gav upphov till tolkningssvårigheter på denna punkt.

1617 Det måste för det fjärde understrykas att det missbruk som blir följden av dessa förfaranden i fråga om serviceavtal inte utgör en klassisk form av missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget.



1618 I motsats till vad kommissionen har hävdats kan ifrågavarande förfaranden inte i något fall likställas enbart med de fall av leveransvägran som redan av rättspraxis betecknats som missbruk, vilka bland annat går ut på att upphöra att leverera till en gammal kund när kundens beställning inte på något sätt är onormal (domen i det ovan i punkt 853 nämnda målet *United Brands mot kommissionen*, punkt 186), vägran att leverera åt en kund för att förbehålla sig en sekundär marknad (domstolens dom av den 6 mars 1974 i de förenade målen 6/73 och 7/73, *Istituto Chemiterapico Italiano och Commercial Solvents mot kommissionen*, REG 1974, s. 223; svensk specialutgåva, volym 2, s. 229, punkt 24) eller vägran att leverera till en kund för att skydda en ensamrätt (domstolens dom av den 5 oktober 1988 i mål C-238/87, *Volvo*, REG 1988, s. 6211, punkt 9, och av den 6 april 1995 i de förenade målen C-242/91 P och C-242/91 P, *RTE och ITP mot kommissionen*, REG 1995, s. I-743, punkt 54). Även om TACA-parterna i förevarande mål visserligen har inskränkt tillgången till och innehållet i serviceavtal genom ifrågavarande förfaranden, har de på intet sätt fråntagit avlastarna möjligheten att låta konferensmedlemmarna transporterera deras last på ifrågavarande trad, antingen det sker inom ramen för serviceavtal eller till tariffens fraktsats. Det bör härvidlag noteras att kommissionen själv konstaterar i punkt 553 i det omtvistade beslutet att ifrågavarande förfaranden inte utgör fall av "direkt leveransvägran" utan "en vägran att leverera annat än på illojala villkor".

1619 Ifrågavarande begränsningar i fråga om serviceavtal i skäl 592 i det omtvistade beslutet kan visserligen betecknas som "allvarliga" överträdelser i den mening som avses i riktlinjerna med avseende på deras syfte att begränsa priskonkurrensen, vilket sökandena inte på allvar kan bestrida eftersom de har motiverat nämnda begränsningar med att det är nödvändigt att bevara fraktsatsens stabilitet. Deras karaktär av missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget kan däremot inte anses uppenbar.

1620 Förutom att kommissionen i TAA-beslutet frånföll de anmärkningar om missbruk som ursprungligen formulerats på denna punkt, noterar förstainstansrätten att det i förevarande mål inte var förrän i meddelandet om anmärkningar efter tre års undersökning av ifrågavarande förfaranden som kommissionen för första gången uppgav för TACA-parterna att den hade för avsikt att tillämpa artikel 86 i fördraget på nämnda förfaranden, trots att det framgår av den skriftväxling som

pågick under det administrativa förfarandet att den redan hade undersökt dessa förfaranden i detalj i slutet av år 1994 och i början av år 1995. Kommissionen gjorde emellertid på detta stadium inte vid något tillfälle några antydningar om en eventuell tillämpning av artikel 86 i fördraget. Kommissionen har således endast understrukit i sin skrivelse av den 15 december 1994 att förfarandena i fråga om serviceavtal inte omfattades av gruppundantaget i förordning nr 4056/86 och att de borde ändras för att kunna komma i åtnjutande av individuellt undantag. Då kommissionen underrättades av TACA-parterna efter TMC:s ingripande om tillämpningen av bestämmelserna i artikel 14 i TACA-avtalet på individuella serviceavtal, uppgav kommissionen i sin skrivelse av den 16 maj 1995 till parterna endast att nämnda tillämpning föreföll vara konkurrensbegränsande och att det var föga troligt att ett individuellt undantag skulle beviljas.

- 1621 Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten att TACA-parterna rättmätigt, trots den rättspraxis enligt vilken avtal ingångna av ett dominerande företag kan utgöra missbruk, kunnat vara ovetande om att deras förfaranden i fråga om serviceavtal kunde betecknas som missbruk. Härvidlag skall understrykas att det inte var förrän vid förhandlingen som kommissionen för första gången preciserade att även om det konstateras i det omtvistade beslutet att de i artikel 14 i TACA-avtalet angivna bestämmelserna strider mot artikel 85 i fördraget enbart såtillvida att de är tillämpliga på individuella serviceavtal men inte såvitt avser deras tillämplighet på konferensserviceavtal, konstateras det däremot att nämnda bestämmelser i vart fall är tillämpliga på konferensserviceavtal och att de därför strider mot artikel 86 i fördraget.

- 1622 Förstainstansrätten finner för det femte att sökandena under det administrativa förfarandet hade all orsak att tro att kommissionen inte skulle ålägga dem böter på grund av deras förfaranden i fråga om serviceavtal.

- 1623 Förstainstansrätten erinrar för det första om att i och med att nämnda förfaranden omfattas av förordning nr 4056/86 har det redan konstaterats ovan

att TACA-parterna åtnjöt immunitet mot de i förordningen föreskrivna böterna för överträdelse av artikel 86 i fördraget. Även om den del av böterna som påförts med tillämpning av förordning nr 4056/86 inte längre behöver prövas inom ramen för dessa grunder, noterar förstainstansrätten således att det är med orätt som kommissionen anser i skäl 604 i det omtvistade beslutet att "alla TACA-parterna [hade] tillgång till juridisk rådgivning i tillräcklig omfattning för att känna till att kommissionen kunde ålägga böter för brott mot artikel 86 trots TACA:s anmälan".

1624 Eftersom dessa förfaranden vidare omfattas av förordning nr 1017/68 erinrar förstainstansrätten om att det på den tiden faktiskt rådde osäkerhet om huruvida det förelåg immunitet mot böter inom ramen för nämnda förordning. Trots att förstainstansrätten i domen i det ovan i punkt 44 nämnda målet Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen fann att dessa bestämmelser omfattas av förordning nr 1017/68, i vilken det inte föreskrivs immunitet och att immunitet inte kan härledas ur allmänna principer, kan det inte med framgång bestridas att det förelåg allvarliga tvivel i detta hänseende eftersom kommissionen själv i det beslut som var föremål för talan i den domen hade ansett det nödvändigt att för säkerhets skull "återkalla" TACA-parternas immunitet mot böter med avseende på TACA:s bestämmelser om fastställande av landfraktsatser, för det fall nämnda parter åtnjöt immunitet enligt förordning nr 1017/68. Härav följer att det argument som formuleras i skäl 604 i det omtvistade beslutet enligt vilket sökandena kände till risken för att kommissionen kunde ålägga böter för brott mot artikel 86 i fördraget för de anmälda avtalen inte heller kan godtas avseende den del av böterna som påförts med tillämpning av förordning nr 1017/68, som är den enda som återstår att pröva inom ramen för dessa grunder.

1625 Även om kommissionen underrättade TACA-parterna i sin skrivelse av den 15 december 1994 om att TACA:s förfaranden i fråga om serviceavtal inte omfattades av gruppundantaget i förordning nr 4056/86, vilket förvisso kunde utgöra en antydan om att kommissionen hade invändningar i detta avseende, kvarstår inte desto mindre att TACA-parterna rättmätigt kunde tro att de var

skyddade mot risken att påföras böter enligt artiklarna 85 och 86 i fördraget till följd av anmälan av nämnda förfaranden. Kommissionen fick följaktligen inte i skäl 604 i det omtvistade beslutet åberopa denna skrivelse mot sökandena för att utesluta att det förelåg någon som helst förmildrande omständighet.

- 1626 För det andra måste det slås fast att trots den oavbrutna skriftväxlingen med TACA-parterna under det administrativa förfarandet i det ärende som är föremål för prövning i detta mål, har kommissionen fram till dess att meddelandet om anmärkningar avsändes inte underrättat nämnda parter om att den avsåg att beteckna ifrågavarande förfaranden inte enbart som konkurrensbegränsningar i den mening som avses i artikel 85 i fördraget utan även som missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget.
- 1627 Förstainstansrätten erinrar emellertid om att de böter som påförts genom det omtvistade beslutet i deras helhet påförts för perioden från anmälan av TACA-avtalet till avsändandet av meddelandet om anmärkningar.
- 1628 Härav följer att även om TACA-parterna hade bedömt att anmälan av förfarandena i fråga om serviceavtal inte skulle kunna medföra immunitet mot böter för överträdelser av artikel 86 i fördraget, hade de ingen anledning att ändra dem i syfte att undgå att påföras böter enligt denna bestämmelse, eftersom de vid denna tidpunkt var ovetande om att kommissionen ansåg dem utgöra missbruk.
- 1629 Av detta skäl är det inte heller möjligt att godta argumentet i skäl 604 i det omtvistade beslutet om att "alla TACA-parterna [hade] tillgång till juridisk rådgivning i tillräcklig omfattning för att känna till att kommissionen kunde ålägga böter för brott mot artikel 86 trots TACA:s anmälan".

1630 För det tredje slutligen, i likhet med vad sökandena gjort gällande i sina skrivelser, har kommissionen redan slagit fast i sin beslutspraxis att när samma beteende strider mot både artikel 85 och artikel 86 i fördraget, skall det inte åläggas några böter eftersom nämnda beteende anmälts i syfte att erhålla individuellt undantag i enlighet med artikel 85.3 i fördraget. Såsom framgår av beslut 89/113, i vilket kommissionen konstaterade att Racal Decca hade överträtt artiklarna 85 och 86 i fördraget till följd av vissa avtal som anmälts i syfte att erhålla undantag, påfördes detta företag inte några böter vare sig enligt artikel 85 eller artikel 86 i fördraget, bland annat med hänsyn till att Racal Dacca redan från början hade underrättat kommissionen om sina otillåtna förfaranden. Domstolen har likaledes konstaterat att kommissionen i sitt beslut 76/353 inte ålade United Brands böter i enlighet med artikel 86 i fördraget för att företaget förbjudit sina distributörer, hos vilka bananerna mognar, att sälja dem vidare när de är gröna. Motiveringen var den att nämnda förbud återfanns i de allmänna försäljningsvillkor som United Brands hade anmält i syfte att erhålla undantag (domen i det ovan i punkt 853 nämnda målet United Brands mot kommissionen, punkterna 291 och 292).

1631 Sökandena har också med rätta under förhandlingen uppmärksammat att några böter inte påfördes som sanktionsåtgärd mot de avtal i ärendet Van den Bergh Foods (kommissionens beslut 98/531/EG av den 11 mars 1998 om ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (ärendena IV/34.073, IV/34.395 och IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) (EGT L 246, s. 1), som det ifrågavarande dominerande företaget anmält i syfte att erhålla individuellt undantag och i vilka det föreskrevs att frysar skulle tillhandahållas på nämnda företags försäljningsställen för glass med förbehåll för att de skulle användas exklusivt för detta ändamål. Några böter utfärdades inte, trots att avtalen betraktades både som konkurrensbegränsande och som utgörande missbruk.

1632 Förstainstansrätten konstaterar att kommissionen inte har åberopat att det skulle finnas andra beslut enligt vilka det ålagts böter i enlighet med artikel 86 i fördraget för beteenden som anmälts i enlighet med artikel 85.3 i fördraget.

- 1633 Mot bakgrund av alla dessa omständigheter finner förstainstansrätten, utan att det är nödvändigt att uttala sig om sökandenas övriga grunder och anmärkningar, under utövande av sin fulla prövningsrätt att det är motiverat att inte ålägga böter i förevarande mål vad gäller de otillåtna förfaranden utgörande missbruk som anges i artikel 14 i TACA-avtalet, i den mån nämnda förfaranden omfattas av tillämpningsområdet för förordning nr 1017/68.
- 1634 Följaktligen skall artikel 8 i beslutdelen i det omtvistade beslutet ogiltigförklaras.

## VII — *Grunden avseende åsidosättande av artikel 215 andra stycket i fördraget*

### *Parternas argument*

- 1635 Sökanden i mål T-213/98 har gjort gällande att kommissionen på ett rättsstridigt sätt åsamkat företaget skada genom att tvinga det att ställa bankgaranti för de böter som påförts.
- 1636 Kommissionen anser att talan inte kan upptas till sakprövning på denna grund och att talan i vart fall inte kan vinna bifall på denna grund.

### *Förstainstansrättens bedömning*

- 1637 Förstainstansrätten erinrar om att enligt artikel 21 första stycket i stadgan för domstolen som skall tillämpas på förfarandet vid förstainstansrätten i enlighet med artikel 53 första stycket i samma stadga och artikel 44.1 c och d i

rättegångsreglerna, skall en ansökan bland annat innehålla uppgifter om föremålet för talan, sökandens yrkanden samt en kortfattad framställning av grunderna för talan. Dessa uppgifter i ansökan skall vara tillräckligt klara och precisa för att svaranden skall kunna förbereda sitt försvar, och förstainstansrätten skall kunna pröva talan, i förekommande fall utan att ha tillgång till andra uppgifter. För att garantera den kontradiktoriska principen, rättssäkerheten och en god rättskipning krävs, för att en talan skall kunna tas upp till sakprövning, att de väsentligaste faktiska och rättsliga omständigheter som talan grundas på åtminstone kortfattat men på ett konsekvent och begripligt sätt framgår av innehållet i själva ansökan (beslutet i det ovan i punkt 281 nämnda målet De Hoe mot kommissionen, punkt 20, domen i det ovan i punkt 281 nämnda målet Iseri Europa mot revisionsrätten, punkt 29, och beslutet i det ovan i punkt 281 nämnda målet Partido Latinoamericano mot rådet, punkt 6).

1638 Det framgår av rättspraxis i fråga om dessa krav att det i första hand ankommer på den part som gör gällande att kommissionen är skadeståndsansvarig att anföra bevisning avseende förekomsten eller omfattningen av den skada som parten åberopar och att bevisa orsakssambandet mellan skadan och det handlande som läggs gemenskapsinstitutionerna till last (domstolens dom av den 21 maj 1976 i mål 26/74, Roquette frères mot kommissionen, REG 1976, s. 677, punkterna 22 och 23, och av den 7 maj 1998 i mål C-401/96 P, Somaco mot kommissionen, REG 1998, s. I-2587, punkt 71).

1639 Förstainstansrätten konstaterar i förevarande mål, såsom kommissionen med rätta har hävdad under förhandlingens gång, att det utifrån ansökan inte är möjligt att med erforderad grad av precision identifiera det ansvarsgrundande handlande som kommissionen skulle ha gjort sig skyldig till.

1640 Sökanden har i sina skrivelser härvidlag endast anfört att ”det faktum att kommissionen insisterade på ställande av bankgaranti försatte NYK i den svåra situationen att åstadkomma ett sådant arrangemang till en avsevärd kostnad” och att ”med hänsyn till ärendets helt exceptionella karaktär som betecknas av ett antal exempel på dålig administration från kommissionens sida som saknar motstycke, hävdar NYK aktningsfullt att kommissionen på ett rättsstridigt sätt

åsamkat företaget skada”. Vid förhandlingen har sökanden likaledes endast gjort gällande att de påstådda oegentligheterna inom ramen för dess grunder avseende ogiltigförklaring är ”så allvarliga” att de motiverar skadeståndsansvar i enlighet med artikel 215 i fördraget.

1641 Förstainstansrätten slår fast att ovannämnda avsnitt i ansökan och de omständigheter som lagts fram vid förhandlingen inte gör det möjligt att avgöra vari det ansvarsgrundande handlande består som kommissionen skulle ha gjort sig skyldig till och inte heller huruvida detta handlande kan särskiljas från frågan om det omtvistade beslutets rättsstridighet (förstainstansrättens dom av den 21 januari 1999 i de förenade målen T-185/96, T-189/96 och T-190/96, Riviera Auto Service m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-93, punkt 90; på EKSG-fördragets område, förstainstansrättens dom av den 10 oktober 2001 i mål T-171/99, Corus UK mot kommissionen, REG 2001, s. II-2967, punkt 45). I synnerhet framgår det inte klart av ansökan huruvida det påstått ansvarsgrundande handlandet utgörs av att kommissionen antog det omtvistade beslutet eller att den krävde ställande av bankgaranti eller av bådadera.

1642 Härav följer att de skadeståndsyrkanden som framställts i ansökan redan av detta skäl inte kan upptas till sakprövning.

1643 Såvitt sökanden vidare, inom ramen för sitt skadeståndskrav i enlighet med artikel 215 i fördraget, under förhandlingen har hävdade att kommissionen till följd av verkställandet av förstainstansrättens dom om ogiltigförklaring enligt artikel 176 i EG-fördraget (nu artikel 233 EG) skulle tvingas ersätta kostnaderna i samband med ställande av bankgaranti, räcker det att erinra om att enligt rättspraxis skall ett sådant yrkande, framställt oberoende av yrkandet om ersättning för rättegångskostnader, avvisas, eftersom det i själva verket rör domens verkställande. Det ankommer enligt artikel 176 i fördraget på kommissionen att vidta de åtgärder som är nödvändiga för verkställandet av domen (förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de ovan i punkt 172 nämnda förenade målen Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen, punkt 5118, och av den 9 juli 2003 i mål T-224/00, Archer Daniels Midland m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-2597, punkt 356). Det skall i vart fall konstateras i förevarande mål att en grund om åsidosättande av artikel 176 i fördraget utgör en ny grund i den mening som avses i artikel 48.2 i rättegångsreglerna, eftersom den inte återfinns i ansökan och inte baseras på någon omständighet som framkommit under förfarandet.



1644 Av alla dessa skäl finner förstainstansrätten att skadeståndsyrkandena inte kan upptas till sakprövning.

### Rättegångskostnader

1645 Med tillämpning av artikel 87.3 i rättegångsreglerna kan förstainstansrätten, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter eller om särskilda omständigheter motiverar det, besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin rättegångskostnad.

1646 Förstainstansrätten konstaterar att det omtvistade beslutet i förevarande mål förvisso är ett av de längsta som kommissionen någonsin antagit med tillämpning av artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget, att nämnda beslut väcker faktiska och rättsliga frågor som är relativt komplicerade, beträffande vilka det vid tidpunkten för talans väckande inte fanns någon relevant rättspraxis, och att det på gemenskapsrättens nuvarande stadium inte finns någon bestämmelse genom vilken den mängd skrivelser och handlingar som ingetts till stöd för en talan om ogiltigförklaring i enlighet med artikel 173 i fördraget kan begränsas. Det måste emellertid konstateras att de fyra ansökningar med tillhörande bilagor som ingetts av sökandena är osedvanligt voluminösa, då var och en av dem innehåller nästan 500 sidor samtidigt som bilagorna motsvarar ett hundratal pärmar. Det måste även konstateras att det i ansökningarna åberopas ett orimligt stort antal grunder som även om talan bifallits på vissa av dem, i de flesta fall saknar fog.

1647 Under dessa förhållanden finner förstainstansrätten att sökandena, även om de vunnit målet på flera punkter, genom sitt beteende påtagligt betungat målets handläggning och på så sätt i onödan ökat kommissionens rättegångskostnader. Det är därför mot bakgrund av omständigheterna i detta fall skäligt att vardera parten bär sin rättegångskostnad.

1648 Vid en skälig tillämpning av artikel 87.4 i rättegångsreglerna finner förstainstansrätten att intervenienten ECTU skall bära sin rättegångskostnad.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN (tredje avdelningen),

följande dom:

- 1) Artikel 5 i kommissionens beslut 1999/243/EG av den 16 september 1998 om ett förfarande enligt artiklarna 85 och 86 i EG-fördraget (ärende IV/35.134 — Trans-Atlantic Conference Agreement) ogiltigförklaras.
- 2) Artikel 6 i beslut 1999/243 ogiltigförklaras i den mån artikeln är tillämplig på sökandenas underrättelse till varandra om förekomsten av och innehållet i individuella serviceavtal.

- 3) Artikel 7 i beslut 1999/243 ogiltigförklaras i den mån ogiltigförklaringen av artiklarna 5 och 6 så kräver.
  
- 4) Artikel 8 i beslut 1999/243 ogiltigförklaras.
  
- 5) Talan i de fyra målen ogillas i övrigt.
  
- 6) Sökandena och kommissionen skall vardera bära sin egen rättegångskostnad.

European Council of Transport Users ASBL skall bära sin egen

Lenaerts

Azizi

Jaeger

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 30 september 2003.

H. Jung

Justitiesekreterare

K. Lenaerts

Ordförande

## Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser .....	II - 3301
Bakgrund till tvisten .....	II - 3312
I — Trans-Atlantic Agreement (TAA) .....	II - 3312
II — Trans-Atlantic Conference Agreement (TACA) .....	II - 3315
Anmälningar som gjorts av TACA .....	II - 3315
Det administrativa förfarandet för hävande av immunitet mot åläggande av böter .....	II - 3317
Det administrativa förfarandet rörande överträdelse med tillämpning av artiklarna 85 och 86 i fördraget .....	II - 3318
Det omtvistade beslutet .....	II - 3320
I — Relevanta bestämmelser i TACA .....	II - 3320
Kollektivt fastställande av transportpriser .....	II - 3320
Serviceavtal .....	II - 3321
Ersättning till speditörer .....	II - 3324
II — Definition av ifrågavarande marknad .....	II - 3324
III — Rättslig bedömning .....	II - 3325
Tillämpning av artikel 85 i EG-fördraget .....	II - 3325
Tillämpning av artikel 86 i EG-fördraget .....	II - 3327
Böter .....	II - 3328
Beslutsdel .....	II - 3328
Förfarande .....	II - 3332
Parternas yrkanden .....	II - 3336
Rättslig bedömning .....	II - 3337
I — Grunderna om åsidosättande av rätten till försvar .....	II - 3337
Den första delgrunden: Åsidosättande av rätten att yttra sig .....	II - 3338
A — Grunden om att meddelandet om anmärkningar är rättsstridigt såtillvida att det antogs för tidigt .....	II - 3339
1. Parternas argument .....	II - 3339
2. Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3342
	II - 3813

B — Grunderna om att det finns nya faktiska och rättsliga påståenden i det omtvistade beslutet .....	II - 3348
1. De faktiska och rättsliga påståenden om det andra missbruket som av sökandena påstås vara nya .....	II - 3348
a) Parternas argument .....	II - 3348
b) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3352
i) Ändring av missbrukets natur i det omtvistade beslutet .....	II - 3352
ii) Bevisning som lagts fram till styrkande av det andra missbruk som anges i det omtvistade beslutet .....	II - 3363
2. Andra faktiska och rättsliga påståenden än de som avser det andra missbruket som av sökandena påstås vara nya .....	II - 3374
a) Inledande anmärkningar .....	II - 3374
b) Nya faktiska och rättsliga påståenden om de gemensamma serviceavtalens lagenlighet, TACA-parternas kollektiva ställning och denna ställnings dominerande karaktär .....	II - 3377
i) Parternas argument .....	II - 3377
ii) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3378
— Påståendena om de gemensamma serviceavtalens lagenlighet .....	II - 3379
— Påståendena om den kollektiva ställning som TACA-parterna har .....	II - 3384
— Påståendena om att den ställning som TACA-parterna har är dominerande .....	II - 3390
c) Nya faktiska och rättsliga påståenden till följd av sökandenas svar på vissa framställningar med begäran om upplysningar som upprättats vid en senare tidpunkt än meddelandet om anmärkningar .....	II - 3395
i) Parternas argument .....	II - 3395
ii) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3396
— Huruvida talan kan upptas till sakprövning på denna grund .....	II - 3396
— Huruvida det finns stöd för grunden .....	II - 3399

ATLANTIC CONTAINER LINE M.FL. MOT KOMMISSIONEN

Begäran om upplysningar av den 22 maj 1996 . . . .	II - 3401
Begäran om upplysningar av den 11 juli 1996 . . . . .	II - 3401
Framställningarna med begäran om upplysningar av den 17 juli 1996 och den 8 augusti 1996 . . . . .	II - 3406
Begäran om upplysningar av den 12 september 1996	II - 3406
Begäran om upplysningar av den 8 november 1996 .	II - 3408
Begäran om upplysningar av den 12 februari 1997 .	II - 3408
Begäran om upplysningar av den 13 februari 1997 .	II - 3409
Begäran om upplysningar av den 15 maj 1997 . . . .	II - 3410
Begäran om upplysningar av den 19 juni 1997 . . . .	II - 3410
Begäran om upplysningar av den 2 oktober 1997 . .	II - 3411
d) Slutsats . . . . .	II - 3411
Den andra delgrunden: Åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingarna i ärendet . . . . .	II - 3412
A — Inledande anmärkningar . . . . .	II - 3412
B — Grunden om underlåten delgivning av protokollen från mötena mellan kommissionen och klagandena . . . . .	II - 3415
1. Parternas argument . . . . .	II - 3415
2. Förstainstansrättens bedömning . . . . .	II - 3417
C — Underlåten delgivning av protokollet och varje annan promemoria om ett möte mellan kommissionsledamoten med ansvar för konkurrensfrågor och ESC . . . . .	II - 3420
1. Parternas argument . . . . .	II - 3420
2. Förstainstansrättens bedömning . . . . .	II - 3425
D — Huruvida handlingarna i ärendet var ofullständiga . . . . .	II - 3433
1. Parternas argument . . . . .	II - 3433
2. Förstainstansrättens bedömning . . . . .	II - 3433
Den tredje delgrunden: Åsidosättande av principerna om god förvaltningssed, objektivitet och opartiskhet . . . . .	II - 3434
A — Det administrativa förfarandets förlopp . . . . .	II - 3435
1. Parternas argument . . . . .	II - 3435

2.	Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3436
a)	Huruvida meddelandet om anmärkningar hade antagits för tidigt .....	II - 3436
b)	Det omtvistade beslutets upprättande .....	II - 3443
c)	Hoten om böter .....	II - 3445
B —	Bedömningen av de faktiska omständigheterna, bevisningen och de relevanta frågorna .....	II - 3450
1.	Parternas argument .....	II - 3450
2.	Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3452
C —	Bedömningen av böterna .....	II - 3454
1.	Parternas argument .....	II - 3454
2.	Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3455
D —	Slutsats om den tredje delen .....	II - 3456
	Slutsats om grunderna om åsidosättande av rätten till försvar .....	II - 3457
II —	Grunderna om avsaknad av överträdelse av artikel 85 i fördraget och artikel 2 i förordning nr 1017/68 samt förekomsten av olika brister i motiveringen på denna punkt .....	II - 3457
	Den första delgrunden: Bedömningarna i det omtvistade beslutet av prisöverenskommelsen om landtransporttjänster .....	II - 3458
	Den andra delgrunden: Bedömningarna i det omtvistade beslutet av reglerna om serviceavtalen .....	II - 3459
A —	TACA-parternas befogenhet att ingå konferensserviceavtal .....	II - 3459
1.	Tillämpningen av det gruppundantag som föreskrivs i artikel 3 i förordning nr 4056/86 .....	II - 3460
a)	Parternas argument .....	II - 3460
b)	Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3462
2.	Beviljande av individuellt undantag i enlighet med artikel 85.3 i fördraget .....	II - 3467
a)	Parternas argument .....	II - 3467
b)	Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3468

B — Regler i TACA-avtalet om serviceavtal .....	II - 3468
1. Regler om innehållet i konferensserviceavtal .....	II - 3468
a) Parternas argument .....	II - 3468
b) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3470
2. Regler om tillgänglighet och innehåll vad gäller individuella serviceavtal .....	II - 3474
a) Parternas argument .....	II - 3474
b) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3475
3. Förbudet mot oberoende åtgärder i fråga om serviceavtal ..	II - 3477
a) Parternas argument .....	II - 3477
b) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3477
Den tredje delen: Bedömningarna i det omtvistade beslutet av reglerna om ersättning till speditörer .....	II - 3479
A — Parternas argument .....	II - 3479
B — Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3482
Slutsats angående grunderna om avsaknad av överträdelse av artikel 85 i fördraget och artikel 2 i förordning nr 1017/68 samt förekomsten av olika brister i motiveringen på denna punkt .....	II - 3487
III — Grunderna om avsaknad av överträdelse av artikel 85 i EG-fördraget och förekomsten av olika brister i motiveringen på denna punkt .....	II - 3487
Inledande anmärkning om talans upptagande till sakprövning på dessa grunder .....	II - 3488
Den första delen: Avsaknad av dominerande ställning som kollektivt innehas av TACA-parterna .....	II - 3489
A — Grunderna om en felaktig bedömning av de ekonomiska banden mellan TACA-parterna .....	II - 3489
1. Parternas argument .....	II - 3489
2. Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3492
	II - 3817



B — Grunderna om en felaktig bedömning av den interna konkurrensen mellan TACA-parterna .....	II - 3505
1. Det felaktiga rättsliga kriterium som fastställts i det omtvistade beslutet .....	II - 3505
a) Parternas argument .....	II - 3505
b) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3509
2. Grunderna om en felaktig bedömning av den interna priskonkurrensen och konkurrensen på annat sätt än med priser .....	II - 3512
a) Parternas argument .....	II - 3512
b) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3527
i) Den interna priskonkurrensen .....	II - 3528
ii) Intern konkurrens på annat sätt än med priser .....	II - 3533
iii) De specifika argument som framförts av sökanden i mål T-213/98 .....	II - 3538
iv) Slutsats om graden av intern konkurrens .....	II - 3540
3. Grunderna avseende bristfällig motivering .....	II - 3540
a) Parternas argument .....	II - 3540
b) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3542
C — Slutsats om den första delgrunden .....	II - 3547
Den andra delgrunden: Huruvida den ställning som innehas av TACA-parterna är dominerande .....	II - 3547
A — Definitionen av ifrågavarande marknad .....	II - 3547
1. Ifrågavarande tjänstemarknad .....	II - 3548
a) Ifrågavarande transporttjänster .....	II - 3548
i) Parternas argument .....	II - 3548
ii) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3556
— Utbytbarhet på efterfrågesidan .....	II - 3556
Luftransporter .....	II - 3556
Traditionella linjesjötransporter (bulk eller styckegods) .....	II - 3558

NVOCC-bortfraktarna .....	II - 3566
Beaktandet av den kumulativa verkan av olika konkurrenskällor .....	II - 3567
— Utbytbarhet på utbudssidan .....	II - 3568
b) Ifrågavarande tjänsters geografiska dimension .....	II - 3573
i) Parternas argument .....	II - 3573
ii) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3576
c) Slutsats om den relevanta tjänstemarknaden .....	II - 3585
2. Den relevanta geografiska marknaden .....	II - 3585
a) Parternas argument .....	II - 3585
b) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3586
3. Slutsats om definitionen av den relevanta marknaden .....	II - 3587
B — Förekomsten av en dominerande ställning på den relevanta marknaden .....	II - 3588
1. Den marknadsandel som innehas av TACA-parterna .....	II - 3588
a) Parternas argument .....	II - 3588
b) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3592
2. Den effektiva externa konkurrensen .....	II - 3602
a) Parternas argument .....	II - 3602
b) Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3605
i) Antalet konkurrenter till TACA-parterna och ökningen av deras marknadsandel .....	II - 3607
ii) Ökningstakten avseende den lastvolym som transporteras av TACA-parternas konkurrenter .....	II - 3609
iii) Den effektiva konkurrens som utövas av Evergreen och Lykes .....	II - 3610
iv) TACA-parternas och de oberoende konkurrenternas roller som prisledare respektive pristagare .....	II - 3613
v) Konkurrensen från Canadian Gateway .....	II - 3614
vi) Slutsats om den effektiva externa konkurrensen .....	II - 3619

3.	Den potentiella konkurrensen .....	II - 3619
a)	Parternas argument .....	II - 3619
b)	Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3623
i)	Kostnaderna för inträde på marknaden .....	II - 3624
ii)	Nya aktörers inträde på ifrågavarande marknad utanför TACA .....	II - 3627
iii)	Serviceavtalen .....	II - 3629
iv)	Slutsats om den potentiella konkurrensen .....	II - 3631
4.	Den interna konkurrensen inom TACA .....	II - 3631
a)	Parternas argument .....	II - 3631
b)	Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3632
5.	Prisrörelserna på ifrågavarande trad .....	II - 3633
a)	Parternas argument .....	II - 3633
b)	Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3639
i)	Den andel som utgörs av last transporterad till ordinarie fraktsatser i jämförelse med last transporterad inom ramen för TVR och serviceavtal .....	II - 3639
ii)	Höjningen av de av TACA-parterna tillämpade fraktsatserna .....	II - 3643
6.	Slutsats om grunderna avseende förekomsten av en dominerande ställning på ifrågavarande marknad .....	II - 3646
C	— Slutsats om den andra delgrunden .....	II - 3647
	Den tredje delgrunden: Avsaknaden av missbruk .....	II - 3647
A	— Det första missbruket avseende begränsningar av tillgången till och innehållet i serviceavtal .....	II - 3647
1.	Huruvida de förfaranden som utgör det första missbruket var motiverade av objektiva skäl .....	II - 3648
a)	Parternas argument .....	II - 3648

b)	Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3653
i)	Motiveringarna som baseras på att vissa av ifrågavarande förfaranden är nödvändiga .....	II - 3655
ii)	Motiveringarna om att vissa av ifrågavarande förfaranden överensstämmer med sedvanlig praxis på sjötransportområdet .....	II - 3659
iii)	Motiveringarna om att vissa av ifrågavarande förfaranden överensstämmer med amerikansk rätt ....	II - 3660
2.	Det omtvistade beslutets motivering av det första missbruket	II - 3669
a)	Parternas argument .....	II - 3669
b)	Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3672
3.	Slutsats om det första missbruket .....	II - 3678
B —	Det andra missbruket, vilket består i att marknads konkurrensstruktur förändrats på ett sätt som utgör missbruk .....	II - 3678
1.	Beviset avseende de förfaranden som utgör det andra missbruket .....	II - 3679
a)	Parternas argument .....	II - 3679
i)	Inledande anmärkningar .....	II - 3679
ii)	Specifika åtgärder riktade till Hanjin och Hyundai ..	II - 3684
iii)	Allmänna åtgärder riktade till potentiella konkurrenter .....	II - 3692
—	Serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur .....	II - 3692
—	Serviceavtalen med NVOCC-bortfraktare .....	II - 3696
b)	Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3698
i)	Den specifika uppmuntran som riktades till Hanjin och Hyundai .....	II - 3700
—	Skyldigheter som följer av amerikansk rätt .....	II - 3700
—	Bevisningen avseende de åtgärder som riktades till Hanjin och Hyundai .....	II - 3702
—	Hanjins inträde i TACA .....	II - 3703
—	Hyundais anslutning till TACA .....	II - 3713
		II - 3821

ii) Allmän uppmuntran riktad till potentiella konkurrenter .....	II - 3718
— Serviceavtal med dubbel fraktsatsstruktur .....	II - 3719
— Serviceavtalen med NVOCC-bortfraktare .....	II - 3724
iii) Slutsats angående bevisningen för de åtgärder som utgör det andra missbruket .....	II - 3729
IV — Grunderna avseende underlåtenhet att iaktta det förfarande som föreskrivs i förordning nr 4056/86 .....	II - 3730
Parternas argument .....	II - 3730
Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3731
V — Grunden avseende bristfällig motivering av det underlåtna beaktandet av amerikansk rätt .....	II - 3735
Parternas argument .....	II - 3735
Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3738
VI — Grunderna avseende bötesbeloppet och olika brister i motiveringen på denna punkt .....	II - 3743
Den första delgrunden: Immunitet mot böter .....	II - 3744
A — Parternas argument .....	II - 3744
B — Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3750
1. Räckvidden av den i förordning nr 4056/86 föreskrivna immuniteten .....	II - 3752
2. Tillämpning av immunitet mot böter på det första missbruket ..	II - 3760
Den andra delgrunden: Beräkningen av böterna .....	II - 3762
A — Den av kommissionen använda metoden för fastställande av bötesbeloppen .....	II - 3763
1. Parternas argument .....	II - 3763

2. Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3772
a) Kravet på en individuell bedömning .....	II - 3773
b) Principerna om likabehandling och proportionalitet ....	II - 3780
c) Principen om skydd för berättigade förväntningar .....	II - 3786
d) Slutsats om den av kommissionen använda metoden för fastställande av bötesbeloppen .....	II - 3789
B — Bedömningen av förmildrande omständigheter .....	II - 3790
1. Parternas argument .....	II - 3790
2. Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3796
VII — Grunden avseende åsidosättande av artikel 215 andra stycket i fördraget .	II - 3807
Parternas argument .....	II - 3807
Förstainstansrättens bedömning .....	II - 3807
Rättegångskostnader .....	II - 3810