



Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (femte avdelningen)

den 29 juni 2012*

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

I mål T-360/09,

E.ON Ruhrgas AG, Essen (Tyskland),

E.ON AG, Düsseldorf (Tyskland),

företrädna av advokaterna G. Wiedemann och T. Klose,

klagande,

mot

Europeiska kommissionen, företräd av V. Di Bucci, A. Bouquet och R. Sauer, samtliga i egenskap av ombud, biträdda av advokaten M. Buntscheck,

svarande,

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

meddelar

TRIBUNALEN (femte avdelningen)

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

justitiesekreterare: handläggaren T. Weiler,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 23 september 2011,

följande

* Rättegångsspråk: tyska.

Dom

Tillämpliga bestämmelser

1. Unionsrätten

- 1 I Europaparlamentets och rådets direktiv 98/30/EG av den 22 juni 1998 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas (EGT L 204, s. 1) (nedan kallat första gasdirektivet) fastställs gemensamma regler för överföring, distribution, leverans och lagring av naturgas. I direktivet fastställs regler om naturgassektorns organisation och funktion, inbegripet kondenserad naturgas (LNG), tillträde till marknaden och drift av systemen, samt de kriterier och förfaranden som ska tillämpas vid beviljande av tillstånd för överföring, distribution, leverans och lagring av naturgas.
- 2 Enligt första gasdirektivet är medlemsstaterna skyldiga att stegvis konkurrensutsätta marknaden för leverans av naturgas till storkonsumenter och att ge tredje man tillgång till befintliga överföringssystem.
- 3 Enligt artiklarna 29.1 och 30 i första gasdirektivet skulle medlemsstaterna sätta i kraft de lagar och andra författningar som är nödvändiga för att följa detta direktiv senast den 10 augusti 2000.
- 4 Första gasdirektivet upphävdes från och med den 1 juli 2004 genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2003/55/EG av den 26 juni 2003 om gemensamma regler för den inre marknaden för naturgas och om upphävande av direktiv 98/30/EG (EUT L 176, s. 57).

2. Nationell rätt

Tysk rätt

- 5 Lag om energiförsörjningen (Energiewirtschaftsgesetz) (nedan kallad EnWG från år 1935) av den 13 december 1935 (RGBl. I, s. 1451) innehöll bestämmelser om myndigheternas tillståndsgivning och tillsyn i förhållande till tyska gasbolag.
- 6 Enligt 103 § lag om förbud mot konkurrensbegränsningar (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) (nedan kallad GWB) av den 27 juli 1957 (BGBl. I, s. 1081) var vissa överenskommelser mellan bolag för energidistribution samt mellan sådana bolag och kommuner undantagna från förbudet mot att ingå avtal som snedvrider konkurrensen. Detta undantag omfattade bland annat så kallade avgränsningsavtal, genom vilka företagen hade träffat överenskommelse om att inte leverera elektricitet eller gas till varandras territorier, samt exklusiva koncessionsavtal genom vilka en kommun beviljade ett bolag en exklusiv koncession som gav bolaget möjlighet att använda offentlig mark för att bygga och driva nätverk för överföring av elektricitet och gas. För att kunna genomföras skulle dessa avtal inges till den behöriga konkurrensmyndigheten, vilken hade befogenhet att förbjuda avtalen om den ansåg att de utgjorde ett missbruk av det lagstadgade undantaget.
- 7 Lag om nya bestämmelser rörande energiförsörjningen (Gesetz zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrecht) av den 24 april 1998 (BGBl. 1998 I, s. 730) upphävde med omedelbar verkan det undantag som var tillämpligt på avgränsningsavtalen och de exklusiva koncessionsavtalen enligt 103 § GWB. Denna lag ersatte även EnWG från år 1935 med lag om rationell energiförsörjning (Gesetz über die Elektrizitäts- und Gasversorgung – Energiewirtschaftsgesetz) (nedan kallad EnWG från år 1998).
- 8 Genom lag om ändring av lagen om nya bestämmelser rörande energiförsörjningen (Erstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Neuregelung des Energiewirtschaftsrechts) av den 20 maj 2003 (BGBl. 2003 I, s. 685) ändrades EnWG från år 1998 i syfte att genomföra första gasdirektivet.

Fransk rätt

- 9 I artikel 1 i lag 46-628 av den 8 april 1946 om nationalisering av elektricitet och gas (loi sur la nationalisation de l'électricité et du gaz) (JORF av den 9 april 1946, s. 2651) (nedan kallad 1946 års lag), som upphävdes genom beslut 2011-504 av den 9 maj 2011 om en kodifiering av energibestämmelserna (ordonnance portant codification de la partie législative du code de l'énergie) (JORF av den 10 maj 2011, s. 7954), föreskrevs följande:
- ”Från och med antagandet av denna lag nationaliseras:
- ...
- 2° Produktion, överföring, distribution, import och export av brännbar gas.
- ...”
- 10 Före ändringen genom lag 2004-803 av den 9 augusti 2004 om allmännyttiga tjänster för elektricitet och gas samt om elektricitets- och gasföretag (loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières) (JORF av den 11 augusti 2004, s. 14256), föreskrevs följande i artikel 3 första stycket i 1946 års lag:
- ”Förvaltningen av nationaliserade gasföretag ska anförtros ett offentligt industriellt och kommersiellt organ kallat Gaz de France (GDF), Service National.”
- 11 Fram till dess att lag 2003-8 av den 3 januari 2003 om marknaderna för gas och elektricitet samt om allmännyttiga tjänster för energiförsörjning (loi relative aux marchés du gaz et de l'électricité et au service public de l'énergie) (JORF av den 4 januari 2003, s. 265) (nedan kallad 2003 års lag) trädde i kraft, hade Gaz de France enligt 1946 års lag monopol på import och export av gas.
- 12 2003 års lag, som syftade till att genomföra första gasdirektivet, innebar att den franska gasmarknaden öppnades upp för konkurrens. Lagen öppnade bland annat för tillgång till nätverk och leverans av naturgas till kunder som uppfyller vissa kriterier samt upphävde monopolet beträffande import och export av gas.
- 13 Gaz de France ombildades till ett aktiebolag genom lag 2004-803.

Bakgrund till tvisten

1. De berörda företagen

- 14 Den första sökanden, E.ON Ruhrgas AG, som är resultatet av sammanslagningen av E.ON AG och Ruhrgas AG och som ägs till hundra procent av den andra sökanden, E.ON, sedan den 31 januari 2003, är den största leverantören av naturgas i Tyskland och en av de främsta aktörerna på den europeiska marknaden. I beslutet av den 18 september 2002 om att godkänna denna sammanslagning uppställde tyska myndigheter krav på att E.ON Ruhrgas skulle genomföra ett program för avyttring av gas (nedan kallat avyttringsprogrammet) avseende sammanlagt 200 TWh.
- 15 E.ON är ett tyskt företag som producerar, överför, distribuerar och tillhandahåller energi, främst naturgas och elektricitet.
- 16 GDF Suez SA, är resultatet av sammanslagningen mellan Gaz de France (nedan kallat GDF) och Suez den 22 juli 2008. Det är ett franskt företag som har verksamhet inom hela energikedjan inom elektricitet och naturgas, både i grossistledet och i detaljhandelsledet. Företaget är historiskt aktör i Frankrike och den främsta leverantören av naturgas i landet. Företaget är även en av de främsta leverantörerna av naturgas i Europa.

2. MEGAL-avtalet

- 17 Genom en överenskommelse av den 18 juli 1975 (nedan kallat MEGAL-avtalet), beslutade GDF och Ruhrgas att gemensamt bygga och driva gasledningen MEGAL. Denna gasledning, som är i fullt bruk sedan den 1 januari 1980, är en av de väsentligaste gasledningarna som gör det möjligt att importera gas till Tyskland och Frankrike. Ledningen, som är 461 kilometer lång, går genom södra Tyskland och förbinder den tjeckisk-tyska gränsen med den fransk-tyska gränsen mellan Waidhaus (Tyskland) och Medelsheim (Tyskland).
- 18 I bilaga 2 till MEGAL-avtalet definieras inmatnings- och uttagspunkterna för gas som köps av GDF respektive Ruhrgas. I överenskommelsen fastställs för Ruhrgas ett visst antal uttagspunkter från MEGAL-ledningen och ytterligare uttagspunkter kan läggas till vid behov. När det gäller GDF anges uttagspunkten för nämnda gasledning, beträffande samtliga kvantiteter gas som transporteras i denna gasledning för detta företags räkning, som en punkt belägen på gränsen mellan Tyskland och Frankrike nära Habkirchen (Tyskland), så länge som parterna till MEGAL-avtalet inte träffar någon annan överenskommelse.
- 19 I enlighet med MEGAL-avtalet bildade GDF och Ruhrgas det gemensamma företaget MEGAL GmbH Mittel-Europäische Gasleitungsgesellschaft, numera MEGAL Mittel-Europäische Gasleitungsgesellschaft mbH & Co. KG (nedan kallat MEGAL). Detta företag anförtroddes uppgiften att bygga och driva MEGAL-ledningen samt att sköta överföringen av gas genom gasledningen. Äganderätten till gasledningen tillkom MEGAL.
- 20 Med tillämpning av MEGAL-avtalet bildade GDF och Ruhrgas även det gemensamma företaget MEGAL Finance Co. Ltd (nedan kallat MEGAL Finco). Detta företag hade till uppgift att anskaffa och förvalta det kapital som var nödvändigt för byggandet av MEGAL-ledningen.
- 21 Den 18 juli 1975 undertecknade Ruhrgas och GDF tretton skrivelser (nedan kallade följeskrivelserna) i syfte att precisera vissa tekniska och finansiella aspekter samt operationella aspekter gällande förvaltningen av MEGAL-ledningen. Bland dessa skrivelser återfinns skrivelsen "Direktion I" och skrivelsen "Direktion G".

- 22 Skrivelsen kallad Direktion G har följande lydelse:

"...

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

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

..."

- 23 Skrivelsen kallad Direktion I har följande lydelse:

"...

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

..."

- 24 Den 22 juni 1976 anmälde Ruhrgas och GDF bildandet av MEGAL och MEGAL Finco till Bundeskartellamt (den tyska konkurrensmyndigheten).
- 25 Genom ett avtal av den 13 augusti 2004 (nedan kallad 2004 års avtal) bekräftade GDF och E.ON Ruhrgas att de sedan länge ansåg att skrivelserna Direktion G och Direktion I var ”ogiltiga”. Nämnade avtal upphävde dessa skrivelser med retroaktiv verkan.
- 26 Den 5 september 2005 undertecknade GDF och E.ON Ruhrgas ett konsortieavtal (nedan kallat 2005 års avtal) som trädde i kraft den 13 oktober 2005. I avtalet omformulerades deras avtalsförhållande beträffande MEGAL. I konsortieavtalet stipulerades att MEGAL-parterna förfogar över ”nyttjanderättigheter” i förhållande till sin andel i MEGAL-ledningens kapacitet. Detta avtal kompletterades av ett tillfälligt avtal av den 9 september 2005.
- 27 Den 23 mars 2006 ingick GDF och E.ON ett avtal som innebar att alla övriga avtal rörande MEGAL som ingåtts mellan dessa parter före 2005 års avtal upphörde att gälla.

3. *Det administrativa förfarandet*

- 28 Den 5 maj 2006 antog kommissionen flera beslut riktade till GDF och E.ON samt till deras dotterbolag angående deras skyldighet att underkasta sig en inspektion i enlighet med artikel 20 i rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EGT L 1, 2003, s. 1). Inspektioner ägde rum den 16 och den 17 maj 2006.
- 29 Med tillämpning av artikel 18 i förordning nr 1/2003 skickade kommissionen vid flera tillfällen begäran om upplysningar till GDF, E.ON och E.ON Ruhrgas (nedan gemensamt kallade de aktuella företagen).
- 30 Den 18 juli 2007 inledde kommissionen ett förfarande i enlighet med artikel 11.6 i förordning nr 1/2003.
- 31 Den 9 juni 2008 skickade kommissionen ett meddelande om invändningar till de aktuella företagen. Som svar på detta meddelande ingav företagen skriftliga yttranden och redogjorde för deras inställning vid ett muntligt hörande som ägde rum den 14 oktober 2008.
- 32 Den 27 mars 2009 underrättade kommissionen de aktuella företagen om sådana ytterligare faktiska omständigheter som beaktats efter antagandet av meddelandet om invändningar och anmodade företagen att yttra sig skriftligt angående dessa omständigheter. Kommissionen medgav även de aktuella företagen tillgång till icke-konfidentiella versioner av deras respektive svar på meddelandet om invändningar samt de handlingar som kommissionen samlat in efter antagandet av detta meddelande. De aktuella företagen inkom med sina yttranden den 4 maj 2009 (GDF) och den 6 maj 2009 (sökandena).

Det angripna beslutet

- 33 Den 8 juli 2009 antog kommissionen beslut K (2009) 5355 slutlig av om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/39.401 – E.ON/GDF) (nedan kallat det angripna beslutet). En sammanfattning av beslutet offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 16 oktober 2009 (EUT C 248, s. 5).
- 34 I det angripna beslutet angav kommissionen att det berörda beteendet bestod i ett avtal och/eller ett samordnat förfarande i den mening som avses i artikel 81 EG mellan de aktuella företagen. Beteendet innebar ett åtagande att inte träda in på varandras hemmamarknader – eller att endast göra det i begränsad utsträckning – och att således skydda sina nationella marknader genom att avstå ifrån att sälja den gas som överförs genom MEGAL-ledningen på den andra partens nationella marknad.

- 35 Kommissionen konstaterade bland annat att MEGAL-avtalet, dess bilaga 2 och skrivelserna Direktion G och Direktion I utgjorde avtal i den mening som avses i artikel 81.1 EG, eftersom de aktuella företagen hade uttryckt en vilja att anta ett visst beteende på marknaden. Enligt kommissionen begränsade dessa avtal företagens kommersiella beteende genom att begränsa deras användning av den gas som överförs genom MEGAL-ledningen.
- 36 Kommissionen framhöll även att de aktuella företagen hade träffats vid flera tillfällen för att diskutera deras ömsesidiga försäljningsstrategier i Frankrike och i Tyskland beträffande den gas som överförs genom MEGAL-ledningen och för att utbyta upplysningar om deras respektive strategi. Enligt kommissionen syftade dessa kontakter och utbyte av kommersiellt känsliga upplysningar till att påverka företagens kommersiella beteende, att genomföra innehållet i skrivelserna Direktion G och Direktion I samt att anpassa skrivelsernas innehåll till de nya villkoren på marknaden med anledning av avregleringen av de europeiska gasmarknaderna (nedan kallad avregleringen), utan att de inskränkningar som fastställts i skrivelserna för den skull upphävdes.
- 37 Kommissionen ansåg följaktligen att de aktuella företagens beteende, som bestod i ett ursprungligt avtal om uppdelning av marknaderna och samordnade förfaranden i form av regelbundna möten i syfte att träffa överenskommelser och att genomföra nämnda avtal under mer än 25 år, utgjorde en enda fortlöpande överträdelse och "var till sitt syfte konkurrensbegränsande".
- 38 När det gäller tidpunkten då överträdelsen inleddes, fann kommissionen att överträdelsen i Tyskland hade inletts från och med den dag då MEGAL-ledningen togs i drift, det vill säga den 1 januari 1980. I Frankrike ansåg kommissionen att överträdelsen hade inletts den dag då första gasdirektivet borde ha genomförts, det vill säga den 10 augusti 2000. På grund av det lagstadgade monopolet avseende import och leverans av gas, som följde av 1946 års lag, ansåg kommissionen nämligen att det aktuella beteendet inte hade kunnat inskränka konkurrensen före avregleringen av gasmarknaden. Även om första gasdirektivet hade genomförts i Frankrike år 2003, framhöll kommissionen att konkurrensen hade kunnat inskränkas från och med den 10 augusti 2000, eftersom GDF:s konkurrenter från och med detta datum borde ha kunnat genomföra leveranser till kvalificerade kunder i Frankrike.
- 39 När det gäller tidpunkten för överträdelsens upphörande, framhöll kommissionen att även om de aktuella företagen officiellt hade upphävt skrivelserna Direktion G och Direktion I från och med den 13 augusti 2004, upphörde de inte att tillämpa de inskränkningar som hindrade GDF från att använda uttagspunkterna från MEGAL-ledningen i Tyskland förrän i slutet av september 2005, med undantag för sådana volymer som köpts inom ramen för avyttringsprogrammet. Kommissionen ansåg vidare att det förhållandet att GDF från och med år 2004 hade köpt gas från E.ON Ruhrgas som härrörde från MEGAL-ledningen med avsikt att leverera den i Tyskland inte innebar att överträdelsen hade upphört, eftersom GDF:s försäljning av gas i Tyskland som härrörde från MEGAL-ledningen motsvarade de volymer som GDF hade köpt inom ramen för avyttringsprogrammet.
- 40 Mot denna bakgrund ansåg kommissionen att den överträdelse som GDF och E.ON Ruhrgas gjort sig skyldiga till åtminstone hade pågått från och med den 1 januari 1980 till och med den 30 september 2005 såvitt avser den överträdelse som begåtts i Tyskland och åtminstone från och med den 10 augusti 2000 till och med den 30 september 2005 såvitt avser den överträdelse som begåtts i Frankrike. Eftersom E.ON förvärvade kontrollen över E.ON Ruhrgas den 31 januari 2003 var E.ON enligt kommissionen "gemensamt och solidariskt ansvarigt" med E.ON Ruhrgas för en överträdelse som pågått från och med den 31 januari 2003 till och med den 30 september 2005.
- 41 Kommissionen påförde således de aktuella företagen böter med stöd av artikel 23.2 i förordning nr 1/2003. För detta ändamål tillämpade kommissionen den metod som anges i riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 23.2 a i förordning nr 1/2003 (EUT C 210, 2006, s. 2) (nedan kallade 2006 års riktlinjer).
- 42 Kommissionen ansåg härvid att den försäljning som berördes av överträdelsen var försäljning av gas som överfördes av de aktuella företagen genom MEGAL-ledningen till kunder i Tyskland och till kvalificerade kunder i Frankrike, med undantag för försäljning som genomfördes inom ramen för avyttringsprogrammet.

- 43 Med hänsyn till överträdelsens allvar, tillämpade kommissionen en utgångandel på 15 procent av den berörda försäljningen.
- 44 När det gäller den tid som överträdelsen pågick och som beaktades för fastställandet av bötesbeloppet, fastställde kommissionen, såvitt avser Frankrike, perioden till den 10 augusti 2000 till den 30 september 2005, det vill säga fem år, en månad och 20 dagar. Kommissionen ansåg, såvitt avser Tyskland, att det fanns anledning att begränsa den period för vilken böter skulle påföras. Denna period löpte från den 24 april 1998, det datum då den tyska lagstiftaren upphävde det faktiska monopol som förelåg i landet på grund av det undantag som gällde för avtalen om uppdelning av marknaden, till och med den 30 september 2005, det vill säga sju år och fem månader.
- 45 När det gäller den aktuella överträdelsens art tillämpade kommissionen avseende kartellen även en ingångandel på 15 procent av den berörda försäljningen.
- 46 Med hänsyn till de särskilda omständigheterna i det aktuella fallet, ansåg kommissionen att det fanns anledning att undantagsvis fastställa ett identiskt grundbelopp för de båda aktuella företagen. För att inte förfördela något av företagen, fastställde kommissionen grundbeloppet till ett belopp som motsvarade det lägsta försäljningsvärdet. Kommissionen fastställde således samma grundbelopp för böterna för samtliga aktuella företag, det vill säga 553 miljoner euro.
- 47 Eftersom kommissionen inte konstaterade några försvårande eller förmildrande omständigheter, gjordes inte någon justering av grundbeloppet.
- 48 Kommissionen ålade således E.ON och E.ON Ruhrgas (såsom gemensamt och solidariskt ansvariga) att betala böter på 553 miljoner euro samt ålade GDF att betala böter till samma belopp.
- 49 Artiklarna 1 och 2 i det angripna beslutets artikeldel har följande lydelse:

”Artikel 1

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

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

Artikel 2

För överträdelsen och överträdelserna enligt artikel 1 fastställs följande böter:

- a) E.ON Ruhrgas ... och E.ON ..., åläggs gemensamt och solidariskt 553 000 000 EUR.
- b) GDF ... åläggs 553 000 000 EUR.

...”

Förfarandet och parternas yrkanden

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

- 51 På grundval av referentens rapport beslutade tribunalen (femte avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och, som processledande åtgärd enligt artikel 64 i tribunalens rättegångsregler, anmoda parterna att skriftligen besvara en fråga och att inge vissa handlingar. Parterna efterkom denna anmodan inom utsatt tid.
- 52 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens frågor vid förhandlingen den 23 september 2011.
- 53 I skrivelse av den 18 november 2011 begärde sökandena att det muntliga förfarandet skulle återupptas på grund av att de fått kännedom om en ny omständighet. I skrivelse av den 12 december 2011 yttrade sig kommissionen angående denna begäran och ansåg därvid att det inte var motiverat att återuppta det muntliga förfarandet.
- 54 I beslut av den 20 januari 2012 avslog tribunalen begäran om att det muntliga förfarandet skulle återupptas.
- 55 Sökandena har yrkat att tribunalen ska
- i första hand, ogiltigförklara det angripna beslutet, eller
 - i andra hand, i lämplig mån nedsätta de böter som påförts sökandena i det angripna beslutet, samt
 - förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.
- 56 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska
- ogilla talan, och
 - förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

- 57 Sökandena har i första hand yrkat att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras och i andra hand att de böter som påförts sökandena ska sättas ned.

1. Yrkandet om att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras

- 58 Till stöd för yrkandet om att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras har sökandena åberopat fem grunder. Dessa avser ett åsidosättande av artikel 81.1 EG, felaktig rättstillämpning i samband med bedömningen av den påstådda överträdelsens varaktighet, ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen, ett påstående om att de aktuella överträdelserna är preskriberade och ett åsidosättande av principerna om fastställande av ansvar för överträdelser av konkurrensrätten.

Den första grunden: Huruvida kommissionen åsidosatte artikel 81.1 EG

- 59 Denna grund är uppdelad i sex delar. Den första delgrunden avser ett åsidosättande av artikel 81.1 EG, med hänsyn till att de inskränkningar som föreskrivs i skrivelserna Direktion G och Direktion I samt i bilaga 2 till MEGAL-avtalet utgör tillåtna accessoriska begränsningar. Den andra delgrunden avser felaktig rättstillämpning vid fastställandet av GDF och E.ON Ruhrgas som potentiella konkurrenter före den avreglering som ägde rum i april 1998 (i Tyskland) och i början av år 2002 (i Frankrike). Den tredje delgrunden avser en oriktig bedömning av skrivelsen Direktion G. Den fjärde delgrunden avser att skrivelserna Direktion G och Direktion I samt bilaga 2 till MEGAL-avtalet inte hade något

konkurrensbegränsande syfte. Den femte delgrunden avser ett åsidosättande av artikel 81.1 EG med hänsyn till att verkan av de accessoriska begränsningarna inte innebar en inskränkning av konkurrensen. Den sjätte delgrunden avser felaktig rättstillämpning genom att "kontrakten" ansågs utgöra avtal eller samordnade förfaranden.

– Den första delgrunden

- 60 I denna del har sökandena gjort gällande att kommissionen åsidosatte artikel 81.1 EG, eftersom de anser att skrivelserna Direktion G och Direktion I samt bilaga 2 till MEGAL-avtalet utgjorde tillåtna accessoriska begränsningar som var nödvändiga för att avtalskonstruktionen avseende MEGAL-ledningen skulle fungera och att inskränkningarna var proportionella i förhållande till de eftersträvade syftena. Vid förhandlingen angav sökandena närmare att de ansåg att skrivelsen Direktion G inte innehöll någon konkurrensbegränsning, men att argumentet rörande de accessoriska begränsningarna även var tillämpligt på denna skrivelse, eftersom den hänvisade till skrivelsen Direktion I.
- 61 Tribunalen ska pröva argumenten rörande skrivelsen Direktion G i den tredje delen av förevarande grund.
- 62 Tribunalen erinrar om att begreppet accessorisk begränsning omfattar alla begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för att genomföra en huvudtransaktion (tribunalens dom av den 18 september 2001 i mål T-112/99, M6 m.fl. mot kommissionen, REG 2001, s. II-2459, punkt 104).
- 63 Med en begränsning som har direkt samband med genomförandet av en huvudtransaktion avses alla begränsningar som har en underordnad betydelse jämfört med denna transaktion och som har ett uppenbart samband med denna (domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 105).
- 64 Vad avser villkoret att en begränsning ska vara nödvändig måste två prövningar göras. För det första ska det prövas om begränsningen objektivt sett är nödvändig för att genomföra huvudtransaktionen. För det andra ska det prövas om begränsningen står i proportion till denna transaktion (se domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 106 och där angiven rättspraxis).
- 65 Vad gäller villkoret att en begränsning ska vara objektivt nödvändig, framhåller tribunalen att eftersom det inte finns en skälighetsregel i gemenskapens konkurrensrätt, vore det följaktligen felaktigt att, i samband med bedömningen av om en klausul utgör en accessorisk begränsning, tolka villkoret att en begränsning ska vara objektivt nödvändig som att det ska göras en avvägning mellan ett avtals konkurrensbefrämjande respektive konkurrensbegränsande konsekvenser (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 107).
- 66 Denna ståndpunkt motiveras inte bara av intresset av att slå vakt om den ändamålsenliga verkan av artikel 81.3 EG, utan även av intresset av enhetlighet. Eftersom artikel 81.3 EG inte förutsätter att en bedömning görs av den huvudsakliga begränsningens positiva och negativa konsekvenser för konkurrensen, gäller samma sak för de begränsningar som har samband med denna (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 108).
- 67 Prövningen av huruvida begränsningen objektivt sett är nödvändig för att genomföra huvudtransaktionen kan följaktligen enbart bli relativt teoretisk. Det är inte fråga om att bedöma om begränsningen, mot bakgrund av konkurrensläget på den berörda marknaden, är nödvändig för att huvudtransaktionen ska bli kommersiellt framgångsrik. Det är snarare fråga om att, med hänsyn till de särskilda omständigheter som gäller för huvudtransaktionen, avgöra om begränsningen är nödvändig för att genomföra denna. Om det visar sig svårt eller rentav omöjligt att genomföra huvudtransaktionen utan begränsningen, ska denna anses objektivt nödvändig för huvudtransaktionens genomförande (domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 109).

- 68 Även om en begränsning är objektivt nödvändig för att genomföra en huvudtransaktion, måste man kontrollera att dess giltighetstid samt materiella och geografiska tillämpningsområde inte överskrider vad som är nödvändigt för att genomföra den nämnda transaktionen. Om begränsningens giltighetstid eller tillämpningsområde överskrider vad som är nödvändigt för att genomföra transaktionen, ska begränsningen bli föremål för en särskild bedömning enligt artikel 81.3 EG (se domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 113 och där angiven rättspraxis).
- 69 Tribunalen påpekar att eftersom bedömningen av om ett åtagande är accessoriskt till en huvudtransaktion förutsätter att svaranden gör komplicerade ekonomiska bedömningar, ska domstolsprövningen endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att de faktiska omständigheterna är materiellt riktiga, att det inte gjorts någon uppenbart oriktig bedömning och att det inte förekommit maktmissbruk (se domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkt 114 och där angiven rättspraxis).
- 70 Om det har fastställts att en begränsning har direkt samband med och är nödvändig för att genomföra en huvudtransaktion, ska bedömningen av om denna begränsning är förenlig med konkurrensreglerna göras i samband med att huvudtransaktionen bedöms. Om huvudtransaktionen i sig inte omfattas av det förbud som föreskrivs i artikel 81.1 EG, gäller detsamma för de begränsningar som har direkt samband med och är nödvändiga för denna transaktion. Om huvudtransaktionen däremot utgör en begränsning enligt denna bestämmelse, men omfattas av ett undantag enligt artikel 81.3 EG, omfattar detta undantag även de nämnda accessoriska begränsningarna (domen i det ovan i punkt 62 nämnda målet M6 m.fl. mot kommissionen, punkterna 115 och 116).
- 71 Tribunalen påpekar att kommissionen i förevarande fall ansåg att följeskrivelsen inte kunde utgöra tillåtna accessoriska begränsningar, eftersom de innehöll bestämmelser om en uppdelning av marknaden. Kommissionen fann även i punkt 255 i det angripna beslutet att följeskrivelsen varken framstod som nödvändiga eller proportionerliga för att uppnå syftet att ingå ett avtal om ett gemensamt företag i avsikt att gemensamt bygga och driva MEGAL-ledningen. Enligt kommissionen hade de aktuella företagen nämligen inte visat att det skulle vara omöjligt att säkerställa byggandet av MEGAL-ledningen utan de begränsningar som påfördes Ruhrgas och GDF. Enligt kommissionen framgår detta av Ruhrgas uttalanden enligt vilka Ruhrgas, för det fall GDF inte hade godtagit att begränsa sin försäljning av gas i Tyskland, hade byggt gasledningen för eget bruk och erbjudit GDF kapacitet för överföring av gas till Frankrike. Kommissionen anser inte att argumenten om att Ruhrgas besparats investeringar visar att de aktuella begränsningarna var nödvändiga och proportionerliga. Kommissionen anförde vidare i punkt 256 i det angripna beslutet att de aktuella företagens ståndpunkt i samband med anmälan om deras sammanslagning till Bundeskartellamt visar att de inte ansåg att följeskrivelsen hade ett oskiljaktigt samband med huvudavtalet.
- 72 Tribunalen ska först pröva sökandenas argument som syftar till att visa att de begränsningar som föreskrevs i följeskrivelsen var nödvändiga för byggandet av MEGAL-ledningen och dess funktion. Sökandena har gjort gällande att avtalskonstruktionen avseende gasledningen hade ett legitimt syfte, nämligen byggandet av en gasledning för att förbättra naturgasförsörjningen och öppna upp naturgasmarknaderna i Tyskland och Frankrike. För att uppnå detta syfte var det enligt sökandena nödvändigt att bilda ett gemensamt företag som överlät äganderätten av denna gasledning till GDF, vilket garanterade säkerheten i försörjningen. Sökandena har även gjort gällande att GDF i egenskap av delägare hade kunnat konkurrera med Ruhrgas i Tyskland, vilket skulle ha äventyrat detta bolags investering i den nya gasledningen. Detta förhållande gjorde det således nödvändigt med de accessoriska begränsningarna i följeskrivelsen.
- 73 Tribunalen konstaterar, såsom parterna själva har medgett i deras svar på meddelandet om invändningar och vid förhandlingen, att Ruhrgas självt hade byggt gasledningen och erbjudit GDF kapacitet för överföring av gas till Frankrike om restriktionerna inte hade tagits in i följeskrivelsen.
- 74 Av vad sökandena har anfört framgår således att den aktuella avtalskonstruktionen avseende MEGAL-ledningen inte var nödvändig för att byggandet av en gasledning som gör det möjligt att förbättra försörjningen och öppna upp marknaderna skulle genomföras.

- 75 När det gäller sökandenas argument om att Ruhrgas byggande av en gasledning och ingåendet av ett transitavtal med GDF inte skulle ha gjort det möjligt att garantera säkerheten i försörjningen till Frankrike, påpekar tribunalen att dessa argument inte visar att ett transitavtal inte hade gjort det möjligt för GDF att säkerställa en försörjning som uppfyller kraven enligt dess skyldighet att tillhandahålla offentliga tjänster. De av sökandena åberopade problemen mellan Ukraina och Ryska federationen tycks inte kunna överföras på den aktuella situationen som berör två bolag.
- 76 Dessutom saknas det bevisning till stöd för sökandenas påståenden om att för det fall Ruhrgas självt skulle ha byggt en gasledning, hade den utan tvivel sett annorlunda ut än MEGAL-ledningen och GDF hade då inte haft en jämförbar säkerhet i försörjningen. Även om det skulle anses finnas fog för dessa påståenden, kan en sådan omständighet i sig inte visa att följeskrivelsen hade ett direkt samband med och var nödvändiga för genomförandet av transaktionen.
- 77 Av detta följer att bildandet av ett gemensamt företag mellan Ruhrgas och GDF inte var nödvändigt för genomförandet av det syfte som angetts ovan i punkt 72. Följaktligen var de begränsningar som föreskrevs i följeskrivelsen inte nödvändiga, eftersom Ruhrgas hade kunnat vara ensam ägare till gasledningen.
- 78 Även om det antas att bildandet av ett gemensamt företag skulle anses vara nödvändigt för byggandet och driften av MEGAL-ledningen, påpekar tribunalen att sökandena inte har visat att huvudtransaktionen skulle ha varit svår att genomföra utan de begränsningar som föreskrivs i följeskrivelsen. Sökandena har nämligen inte åberopat någon bevisning med stöd av vilken det framgår att en eventuell konkurrens från GDF på den tyska marknaden skulle ha varit mer än bara en kommersiell risk och skulle ha utgjort en fara såväl för Ruhrgas investeringar som för att hela transaktionen skulle äventyras, trots att sökandena har medgett att möjligheten att erhålla kunder i Tyskland var av underordnad betydelse för GDF vid tidpunkten för byggandet av nämnda gasledning.
- 79 Tvärtemot sökandenas påståenden innebar de leveransförbud som överenskommit mellan GDF och Ruhrgas inte någon möjlighet att skydda det gemensamma företaget MEGAL, eftersom det framgår av lydelsen i följeskrivelsen att leveransförbuden avsåg moderbolagens verksamhet och inte dotterbolagens verksamhet.
- 80 Av det ovanstående följer att sökandena inte har visat att de begränsningar som föreskrivits i följeskrivelsen var objektivt nödvändiga för att genomföra huvudtransaktionen, det vill säga byggandet och driften av MEGAL-ledningen.
- 81 Utan att det är nödvändigt att pröva sökandenas argument om att kommissionen gjort en felaktig tolkning av domstolens dom av den 28 januari 1986 i mål 161/84, *Pronuptia de Paris* (REG 1986, s. 353; svensk specialutgåva, volym 8, s. 403), om begränsningens giltighetstid och dess materiella och geografiska tillämpningsområde samt om att handlingar inte ingetts till Bundeskartellamt, konstaterar tribunalen att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den fann att nämnda skrivelser inte kunde utgöra tillåtna accessoriska begränsningar.
- 82 Talan kan följaktligen inte bifallas på den första delen av den första grunden.

– Den andra delgrunden

- 83 I denna del, som anförts i andra hand, har sökandena gjort gällande att de aktuella företagen inte var potentiella konkurrenter i Tyskland före början av år 2000 och i Frankrike före början av år 2002. Följaktligen stred inte följeskrivelsen och bilaga 2 till MEGAL-överenskommelsen mot artikel 81.1 EG.
- 84 Tribunalen erinrar om att artikel 81.1 EG, med hänsyn till villkoren i denna artikel beträffande inverkan på handeln mellan medlemsstaterna och inverkan på konkurrensen, endast är tillämplig på sektorer som är öppna för konkurrens (se, analogt, när det gäller liknande villkor i artikel 87.1 EG,

förstainstansrättens dom av den 15 juni 2000 i de förenade målen T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97-T-607/97, T-1/98, T-3/98-T-6/98 och T-23/98, Alzetta m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-2319, punkt 143).

- 85 Bedömningen av konkurrensvillkoren på en given marknad ska inte bara baseras på den nuvarande konkurrensen mellan de företag som redan finns på den aktuella marknaden, utan även på den potentiella konkurrensen, för att fastställa om det finns verkliga och konkreta möjligheter för de berörda företagen att konkurrera med varandra med hänsyn till marknadens struktur och det ekonomiska och rättsliga sammanhang som råder på marknaden, eller om en ny konkurrent kan träda in på den relevanta marknaden och konkurrera med de etablerade företagen (domstolens dom av den 28 februari 1991 i mål C-234/89, *Delimitis*, REG 1991, s. I-935, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-65, förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-374/94, T-375/94, T-384/94 och T-388/94, *European Night Services* m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. II-3141, punkt 137, och tribunalens dom av den 14 april 2011 i mål T-461/07, *Visa Europe* och *Visa International Service* mot kommissionen, REU 2011, s. II-1729, punkt 68).
- 86 För att undersöka om ett företag utgör en potentiell konkurrent på en marknad, ska kommissionen pröva huruvida företaget skulle ha haft faktiska och konkreta möjligheter att inträda på nämnda marknad och konkurrera med där etablerade företag om det aktuella avtalet inte hade tillämpats. En sådan bevisning får inte enbart vila på ett antagande utan måste ha stöd i de faktiska omständigheterna eller en analys av den relevanta marknadens struktur. Således kan ett företag inte kvalificeras som en potentiell konkurrent om inte dess marknadsinträde åtföljs av en hållbar ekonomisk strategi (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 85 nämnda målet *Visa Europe* och *Visa International Service* mot kommissionen, punkterna 166 och 167).
- 87 Härav följer med nödvändighet att även om ett företags avsikt att inträda på en marknad eventuellt är av betydelse för prövningen av huruvida företaget kan betraktas som en potentiell konkurrent på denna marknad, är den grundläggande omständighet som en sådan kvalificering ska grundas på likväl dess förmåga att inträda på denna marknad (domen i det ovan i punkt 85 nämnda målet *Visa Europe* och *Visa International Service* mot kommissionen, punkt 168).
- 88 I förevarande fall ska situationen på den franska gasmarknaden särskiljas från situationen på den tyska gasmarknaden.
- 89 När det gäller den franska marknaden är det utrett att det monopol på import och leverans av gas som GDF åtnjöt sedan år 1946 upphävdes först den 1 januari 2003, och detta trots att fristen för att införliva det första gasdirektivet med nationell rätt löpte ut den 10 augusti 2000. Fram till och med åtminstone sistnämnda datum förelåg således ingen konkurrens, inte ens potentiell, på den franska gasmarknaden, och det aktuella beteendet kunde inte på denna marknad omfattas av artikel 81 EG.
- 90 När det gäller perioden efter den 10 augusti 2000, framgår det av skäl 290 i det angripna beslutet att vissa kunder från och med detta datum förklarades vara kvalificerade och gasleverantörer kunde träda in på den franska marknaden. Detta har för övrigt inte heller bestritts av sökandena, varken i deras inlagor till tribunalen eller i deras svar på meddelandet om invändningar.
- 91 Tribunalen framhåller att denna möjlighet att byta leverantör var resultatet av antagandet av första gasdirektivet två år tidigare. Sökandena hade således möjlighet att förbereda sitt inträde på den franska marknaden redan från juni 1998.
- 92 Ruhrgas kunde således träda in på den franska marknaden från och med augusti 2000. Det förhållandet att inträdet på marknaden endast berörde en begränsad kundkrets, såsom framgår av skäl 12 i det angripna beslutet, är inte tillräckligt för att det ska kunna fastställas att sökandena saknade en faktisk och konkret möjlighet att träda in på marknaden.
- 93 Kommissionen gjorde följaktligen en riktig bedömning när den fann att Ruhrgas och GDF utgjorde potentiella konkurrenter på den franska marknaden från och med den 10 augusti 2000.

- 94 När det gäller den tyska marknaden, tillbakavisade kommissionen i skäl 30 i det angripna beslutet påståendet att GDF aldrig var en potentiell konkurrent till Ruhrgas före avregleringen. Kommissionen har framhållit att tysk rätt aldrig har förbjudit nya leverantörer från att inträda på marknaden. Däremot var det tillåtet för befintliga aktörer att uppställa betydande hinder för marknadsinträde genom att ingå avtal som var undantagna från en tillämpning av konkurrenslagstiftningen. Vidare angav kommissionen att undantaget för dessa avtal inte var absolut, utan att det var underkastat vissa villkor. De avtal för vilka ett undantag åberopades måste ha anmälts till den behöriga konkurrensmyndigheten, vilken kunde förbjuda ett avtal om den ansåg att detta utgjorde ett missbruk av det lagstadgade undantaget. Slutligen har kommissionen med hänvisning till ärendena Wingas och Mobil framhållit att möjligheten att leverera i konkurrens trots de mycket betydande hindren för inträde på marknaden inte endast var teoretisk. Kommissionen drog slutsatsen att det var möjligt för GDF att sälja gas på Ruhrgas traditionella försörjningsområde, trots de betydande hindren för marknadsinträde, vilket innebar att GDF kunde anses som en potentiell konkurrent till Ruhrgas under hela den berörda perioden.
- 95 Kommissionen framhöll vidare i skäl 294 i det angripna beslutet att varken EnWG från år 1935 eller 103 § GWB föreskrev något lagstadgat monopol för Ruhrgas eller för någon annan befintlig aktör på tyskt territorium. Detta har för övrigt inte bestritts av sökandena.
- 96 Sökandena anser emellertid att det inte fanns någon faktisk, konkret och realistisk möjlighet till marknadsinträde och att GDF följaktligen inte var en potentiell konkurrent till Ruhrgas. Sökandena anser att all konkurrens var utesluten före avregleringen i april 1998, och att GDF i praktiken inte kunde bli en konkurrent till Ruhrgas i Tyskland förrän år 2000.
- 97 Det ska således göras en åtskillnad mellan å ena sidan perioden 1980 till 1998 och å andra sidan perioden 1998 till 2000.
- 98 När det för det första gäller perioden 1980 till 1998, konstaterar tribunalen att det inte råder någon tvist mellan parterna om att avgränsningsavtalen, det vill säga de avtal genom vilka bolag för offentliga tjänster mellan sig överenskommer om att inte leverera gas till ett visst territorium, och avtalen om exklusiv koncession, det vill säga avtal genom vilka en lokal myndighet beviljar en exklusiv koncession till ett bolag som tillhandahåller offentliga tjänster varigenom detta bolag tillåts använda offentlig mark för att bygga och driva nät för gasförsörjning, fram till och med den 24 april 1998 var undantagna från bestämmelserna som förbjuder konkurrensbegränsande avtal i GWB med stöd av 103 § första stycket i denna lag.
- 99 Det framgår visserligen av skäl 23 i det angripna beslutet att dessa avtal måste anmälas till Bundeskartellamt för att kunna genomföras och att denna myndighet hade befogenhet att förbjuda avtalen om den ansåg att de aktuella avtalen utgjorde missbruk av bestämmelserna. Denna möjlighet har dock nästan aldrig tillämpats, vilket framgår av fotnot 27 i det angripna beslutet.
- 100 Det framgår vidare av skäl 24 i det angripna beslutet att en kumulerad tillämpning av avgränsningsavtal och exklusiva koncessionsavtal de facto hade lett till ett system med exklusiva försörjningsområden inom vilka ett enda gasföretag skötte försörjningen till gaskunder, utan att det för den skull förelåg något rättsligt förbud för andra bolag att leverera gas.
- 101 Kommissionen har för övrigt i skäl 371 i det angripna beslutet medgett att de befintliga tyska leverantörerna hade ett faktiskt monopol inom deras respektive försörjningsområde.
- 102 Mot denna bakgrund finner tribunalen att den tyska gasmarknaden, åtminstone till och med den 24 april 1998, kännetecknades av att det förelåg faktiska geografiska monopol.
- 103 Tribunalen konstaterar att denna situation på den tyska gasmarknaden fram till och med den 24 april 1998 kunde leda till att all konkurrens var utesluten, när det gäller såväl den faktiska konkurrensen som den potentiella konkurrensen på denna marknad. Tribunalen framhåller att den tidigare har

fastställt att geografiska monopol som innehades av lokala distributionsbolag hindrade all konkurrens dem emellan vid den aktuella tidpunkten (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 21 september 2005 i mål T-87/05, EDP mot kommissionen, REG 2005, s. II-3745, punkt 117).

- 104 Varken mot bakgrund av det angripna beslutet eller handlingarna i målet kan det anses styrkt att det, såsom fordras enligt den rättspraxis som angetts ovan i punkterna 85 och 86, fram till och med den 24 april 1998 fanns en faktisk och konkret möjlighet för GDF att träda in på den tyska gasmarknaden och konkurrera med sökandena om det aktuella avtalet inte hade tillämpats och trots de ovan i punkterna 95–102 beskrivna förhållanden som kännetecknade den tyska gasmarknaden.
- 105 Den omständighet som anförts i skäl 294 i det angripna beslutet, det vill säga att det i Tyskland inte förelåg något lagstadgat monopol, saknar således relevans. För att fastställa om det på en marknad föreligger en potentiell konkurrens, måste kommissionen undersöka de faktiska och konkreta möjligheterna för de berörda företagen att konkurrera med varandra eller för att en ny konkurrent ska kunna träda in på denna marknad och konkurrera med de etablerade företagen. Kommissionens undersökning ska göras på grundval av en objektiv bedömning av dessa möjligheter. Det saknar därför betydelse huruvida den omständigheten att det inte finns några sådana möjligheter beror på ett monopol som grundar sig direkt på den nationella lagstiftningen eller, indirekt, på den faktiska situation som är en följd av genomförandet av denna lagstiftning.
- 106 Påståendet i skäl 30 i det angripna beslutet att GDF inte bara hade rätt, ur rättslig synvinkel, att sälja gas inom Ruhrgas traditionella försörjningsområde utan att detta faktiskt var möjligt (trots de ansevärdiga hinder som förelåg för tillträde), kan inte i sig utgöra tillräcklig bevisning för en potentiell konkurrens. Den rent teoretiska möjligheten för GDF att träda in på marknaden utgör nämligen inte en tillräcklig omständighet för att visa att det föreligger en sådan konkurrens. Dessutom vilar ett sådant påstående endast på ett antagande och utgör inte en bevisning som stöds av faktiska omständigheter eller en analys av den relevanta marknadens struktur i enlighet med den rättspraxis som angetts ovan i punkt 86. De exempel som åberopats till stöd för påståendet saknade för övrigt relevans, vilket framgår nedan av punkterna 108–112.
- 107 Detsamma gäller den omständighet som anförts i skäl 240 i det angripna beslutet. Där hävdades att de berörda företagen utgjorde viktiga aktörer inom den europeiska gassektorn, vilka borde anses utgöra nya naturliga konkurrenter på varandras marknader eller konkurrenter som var väl placerade och som i princip hade alla möjligheter att lyckas träda in på den angränsande marknaden. Slutligen angavs att Tyskland och Frankrike utgör angränsande marknader som är nära sammanlänkade, vilket ökar möjligheterna att lyckas. Sådana allmänna och abstrakta uppgifter kan nämligen inte utgöra bevisning som styrker att GDF, trots den konkurrenssituation som förelåg på den tyska gasmarknaden, hade kunnat träda in på denna marknad, om det aktuella avtalet inte hade tillämpats.
- 108 Samma skäl kan även anföras mot de omständigheter som angavs i punkt 240 i det angripna beslutet angående det förhållandet att de aktuella företagen hade den styrka, de fördelar och den infrastruktur som utgör nödvändiga förutsättningar för att kunna träda in på marknaden, samt det förhållandet att GDF:s dotterbolag EEG och PEG och dess minoritetsandelar i GASAG och VNG innebar väsentliga fördelar för att stärka dess position på denna marknad.
- 109 Vidare finner tribunalen att exemplen i form av ärendena Wingas och Mobil, som anförts i skälen 30 och 243 i det angripna beslutet till stöd för påståendet att möjligheterna för marknadstillträde inte var rent teoretiska, inte framstår som relevanta.
- 110 När det gäller ärendet Wingas, påpekar tribunalen att det rörde sig om ett gemensamt företag, vilket innehades av BASF och Gazprom och vilket lyckades få tillträde till den tyska gasmarknaden på 1990-talet tack vare sistnämnda bolags gasförsörjning och byggandet av ett vidsträckt nät av nya gasledningar som placerades parallellt med de gasledningar som tillhörde Ruhrgas och andra befintliga leverantörer (skäl 30 i det angripna beslutet). Enligt kommissionen var situationen för Wingas speciell,

och i skäl 100 i beslut av den 29 september 1999 i ärende IV/M.1383 – Exxon/Mobil (nedan kallat beslutet i ärendet Exxon/Mobil) anförde kommissionen att Wingas erfarenheter hade små möjligheter att kunna återupprepas, eftersom detta företag var en lyckad förening mellan en mycket stor (eller till och med den största) industriella gaskonsumenten i Tyskland och en mycket stor rysk producent.

- 111 När det gäller ärendet Mobil, erinrar tribunalen om att även detta bolag fick tillträde till den tyska gasmarknaden på 1990-talet genom att förhandla sig till en tillgång till de nätverk som tillhörde de befintliga förvaltarna av överföringsnätverk. Tribunalen konstaterar dock att kommissionen själv påpekade att Mobil befann sig i en något speciell situation i Tyskland (se skäl 251 i beslutet i ärendet Exxon/Mobil). Kommissionen framhöll bland annat att detta företag producerade en betydande del av tysk gas och tillhörde det tyska gasetablissemanget, vilket enligt kommissionen utan tvivel var skälet till att företaget hade kunnat importera gas till Tyskland utan att förfoga över ett eget nätverk av högtrycksledningar, och detta tack vare en tillgång för tredje man till nätverket. Kommissionen angav även att Mobil befann sig i en unik position (se skäl 219 i beslutet i ärendet Exxon/Mobil).
- 112 När det gäller kommissionens argument om att Wingas och Mobil är två mycket olika företag, vilket visar att tillträde till marknaden var möjligt, finner inte tribunalen detta övertygande, eftersom det fastställs att deras respektive situation är speciell och hade små möjligheter att kunna återupprepas.
- 113 Med hänsyn till de specifika omständigheterna i ärendena Wingas och Mobil, finner tribunalen att dessa exempel inte visar att det förelåg en faktisk och konkret möjlighet för en ny marknadsaktör att få tillträde till den tyska gasmarknaden och konkurrera med etablerade företag.
- 114 Under alla förhållanden innehåller det angripna beslutet inte några omständigheter, inte heller på ett allmänt plan, som beträffande perioden den 1 januari 1980 till den 24 april 1998 syftar till att visa – trots de omständigheter som innefattade förekomsten av regionala monopol på den tyska gasmarknaden – att byggandet av anslutningsledningar eller ingåendet av avtal om tillgång till nätverk med befintliga aktörer längs MEGAL-ledningens sträckning inte utgjorde en ekonomisk hållbar strategi, i den mening som avses i den rättspraxis som angetts ovan i punkt 86, och utgjorde en faktisk och konkret möjlighet för en aktör såsom GDF, som är delägare i MEGAL-ledningen, att få tillträde till denna marknad och konkurrera med de företag som är etablerade där. I synnerhet finns det inte någon omständighet med stöd av vilken det kan fastställas att GDF:s tillträde till marknaden, på nämnda sätt, hade kunna genomföras tillräckligt snabbt för att hotet om ett potentiellt tillträde till marknaden hade kunnat påverka marknadsdeltagarnas beteenden eller genomföras till ekonomiskt godtagbara kostnader. Tribunalen konstaterar således att det angripna beslutet inte innehåller någon uppgift med stöd av vilken det följer att kommissionen gjorde en undersökning av förekomsten av en potentiell konkurrens i enlighet med de krav som uppställs i den rättspraxis som nämns ovan i punkt 86.
- 115 När det gäller kommissionens argument att det nödvändigtvis förelåg en potentiell konkurrens på den tyska marknaden, eftersom det annars inte hade varit nödvändigt att ingå skrivelsen Direktion I, finner tribunalen, med hänsyn till de hinder för tillträde som redogjorts för ovan och de särskilda egenskaperna hos de nya marknadsaktörerna, att denna omständighet inte kan anses tillräcklig för att visa att GDF objektivt var en potentiell konkurrent. Denna omständighet kan på sin höjd styrka att Ruhrgas fruktade för att en sådan konkurrens skulle kunna äga rum i framtiden. Tribunalen påpekar vidare att skrivelsen Direktion G, som innehöll ett förbud mot leveranser i Frankrike, ingicks från och med år 1975, trots att det förelåg ett lagstadgat monopol. I motsats till vad kommissionen har låtit förstå innebär förekomsten av ett leveransförbud således inte nödvändigtvis att det förelåg en potentiell konkurrens vid tidpunkten för undertecknandet av skrivelsen Direktion I.
- 116 Med hänsyn till det ovanstående konstaterar tribunalen att kommissionen inte har visat att det förelåg en potentiell konkurrens på den tyska gasmarknaden under perioden den 1 januari 1980 till den 24 april 1998.
- 117 Kommissionen framhöll i skäl 372 i det angripna beslutet att den tyska lagstiftaren, genom att den 24 april 1998 upphäva det undantag från konkurrensrätten som gällde för avgränsningsavtal, klart hade fastställt att gassektorn skulle öppnas upp för konkurrens från och med detta datum. Genom

detta påpekande tycks kommissionen för övrigt medge, åtminstone underförstått, att den tyska lagstiftaren före detta datum själv ansåg att gassektorn inte var öppen för konkurrens och att det följaktligen inte förelåg någon potentiell konkurrens.

- 118 När det gäller perioden den 24 april 1998 till den 10 augusti 2000, erinrar tribunalen om att det undantag som var tillämpligt på avgränsningsavtal och exklusiva koncessionsavtal inte längre gällde under denna period på grund av tidigare lagändringar.
- 119 Sökandena anser emellertid att det inte förelåg någon potentiell konkurrens på den tyska marknaden före början av år 2000.
- 120 Sökandena har inte åberopat någon omständighet i ansökan till stöd för deras påstående och har endast hänvisat till skäl 207 i det angripna beslutet och till GDF:s svar på meddelandet om invändningar, vilket inte utgör bilaga till ansökan utan till repliken.
- 121 Av rättspraxis följer att även om innehållet i ansökan kan understödjas och kompletteras i specifika avseenden, genom hänvisning till vissa avsnitt i bifogade handlingar, kan en generell hänvisning till andra handlingar, även sådana som bilagts ansökan, inte kompensera avsaknaden av väsentliga delar av den rättsliga argumentering som ska återfinnas i själva ansökan (domstolens dom av den 31 mars 1992 i mål C-52/90, kommissionen mot Danmark, REG 1992, s. I-2187, punkt 17, och förstainstansrättens dom av den 21 maj 1999 i mål T-154/98, Asia Motor France m.fl. mot kommissionen, REG 1999, s. II-1703, punkt 49).
- 122 En hänvisning till argument som anförts i GDF:s svar på meddelandet om invändningar, vilket inte ens bilagts ansökan, kan således inte godtas.
- 123 När det gäller frågan huruvida den tyska marknads struktur även kunde utgöra ett hinder för tillträde till marknaden under perioden den 24 april 1998 till den 10 augusti 2000, konstaterar tribunalen inte desto mindre att det inte föreligger någon omständighet som i sig är tillräcklig för att det beträffande den aktuella perioden helt skulle kunna uteslutas att det förelåg en potentiell konkurrens på den tyska marknaden.
- 124 Mot denna bakgrund konstaterar tribunalen att det inte åberopats någon omständighet som kan visa att kommissionen gjorde en felaktig bedömning när den fastställde att det förelåg en potentiell konkurrens på den tyska gasmarknaden under perioden den 24 april 1998 till den 10 augusti 2000.
- 125 Med hänsyn till det ovanstående ska talan vinna bifall på den andra delgrunden när det gäller den tyska marknaden under perioden den 1 januari 1980 till den 24 april 1998. Talan kan i övriga delar inte bifallas i denna del.

– Den tredje delgrunden

- 126 I den tredje delgrunden har sökandena hävdats att det på grundval av skrivelsen Direktion G inte kunde föreligga någon överträdelse av artikel 81 EG såvitt avser den franska marknaden. De har härvid gjort gällande att lydelsen i skrivelsen inte innehöll något leveransförbud, att det saknades intresse av något sådant förbud och att E.ON Ruhrgas tillträde till den franska marknaden från och med år 2003 talar emot förekomsten av ett sådant förbud.
- 127 När det för det första gäller lydelsen i skrivelsen Direktion G, påpekar tribunalen att det förhållandet att denna skrivelse inte är upprättad på ett sätt som är identiskt eller symmetriskt med skrivelsen Direktion I, i sig saknar betydelse för kommissionens möjlighet att göra bedömningen att dessa skrivelser hade ett liknande föremål, det vill säga att dela upp de nationella gasmarknaderna och begränsa de aktuella företagens tillträde till respektive nationell marknad.

128 Tribunalen ska således pröva huruvida kommissionen mot bakgrund av innehållet i skrivelsen Direktion G hade fog för bedömningen att nämnda skrivelse syftade till att förbjuda Ruhrgas att saluföra gas som transiteras genom MEGAL-ledningen i Frankrike. Det ska härvid erinras om att skrivelsen Direktion G har följande lydelse:

” ...

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

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

...”

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

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

131 Även om skrivelsen Direktion G inte uttryckligen förbjuder Ruhrgas att sälja gas i Frankrike, innebär den inte desto mindre en begränsning av dess möjligheter att överföra gas till detta land genom MEGAL-ledningen och följaktligen att sälja gas som överförts genom denna gasledning.

132 Denna tolkning bekräftas av en läsning av skrivelsen Direktion G och bilaga 2 till MEGAL-avtalet i förening. I nämnda avtal föreskrivs nämligen i artikel 5.13 a bland annat att inmatnings- och uttagpunkterna anges i avtalets bilaga 2 och att Ruhrgas har rätt att ta ut gas från MEGAL-ledningen vid samtliga uttagpunkter. Enligt punkt 2.2 i bilaga 2 till detta avtal, som anger uttagpunkterna från denna gasledning för gas som överförs för Ruhrgas räkning, får detta företag endast göra uttag i Tyskland. Det föreskrivs inte någon rätt till uttag för Ruhrgas i Medelsheim där den aktuella gasledningen ansluts till det franska nätverket. Den gas som överförs för Ruhrgas räkning kunde således inte tas ut i Frankrike och kunde följaktligen inte heller säljas i detta land. Såsom kommer att visas nedan i punkterna 194 och 195 kan innehållet i skrivelsen av den 21 maj 2002, som åberopats av sökandena, inte påverka denna slutsats.

133 Kommissionen gjorde således inte något fel när den i skäl 222 i det angripna beslutet ansåg att skrivelsen Direktion G hade till syfte att hindra Ruhrgas från att förse franska kunder med gas som överförts genom MEGAL-ledningen.

- 134 Tribunalen finner vidare att inte något av sökandenas argument som grundar sig på att de omständigheter som kommissionen anfört i det angripna beslutet inte utgör stöd för dess tolkning, framstår som välgrundade.
- 135 När det gäller sökandens argument angående det förhållandet att det saknades intresse av ett leveransförbud avseende Frankrike med hänsyn till GDF:s importmonopol i Frankrike, kan detta argument inte vinna framgång, eftersom ett sådant förbud, såsom kommissionen har påpekat, hade till syfte att förebygga eventuella rättsliga och faktiska förändringar under gasledningens livstid. Detta är för övrigt helt i överensstämmelse med sökandenas argumentation angående behovet av att komma överens om skrivelsen Direktion I trots avsaknaden av en potentiell konkurrens på den tyska marknaden före år 1998 (se nedan punkt 147).
- 136 När det gäller sökandenas argument angående det förhållandet att sökandena inträdde på den franska marknaden från och med år 2003, kan detta inte påverka kommissionens slutsats i det angripna beslutet beträffande den konkurrensbegränsande karaktären på skrivelsen Direktion G, såsom framgår av lydelsen i nämnda skrivelse läst i förening med bilaga 2 till MEGAL-avtalet.
- 137 Av det ovanstående följer att talan inte kan bifallas på den tredje delgrunden.
- Den fjärde delgrunden
- 138 I denna del har sökandena hävdatt att skrivelserna Direktion G och Direktion I inte kan ha till syfte att begränsa konkurrensen, eftersom de utgör tillåtna accessoriska begränsningar. Alternativt anser sökandena att syftet med följeskrivelserna var neutralt med hänsyn till det ekonomiska sammanhanget vid denna tidpunkt.
- 139 För det första godtar tribunalen inte sökandenas argument angående förekomsten av tillåtna accessoriska begränsningar, eftersom det framgår ovan av punkterna 60–82 att skrivelserna Direktion G och Direktion I inte kan kvalificeras som sådana.
- 140 För det andra erinrar tribunalen om att det följer av artikel 81.1 EG att alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden är oförenliga med den gemensamma marknaden och förbjudna.
- 141 Villkoren att ett samordnat förfarande måste ha ett konkurrensbegränsande syfte respektive ett konkurrensbegränsande resultat utgör inte kumulativa utan alternativa villkor vid bedömningen av huruvida ett sådant avtal omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG. Enligt fast rättspraxis leder emellertid den omständigheten att detta villkor är alternativt, vilket markeras genom konjunktionen ”eller”, till att man först måste beakta själva syftet med avtalet med hänsyn till det ekonomiska sammanhang i vilket det ska tillämpas. Om en analys av avtalets innehåll inte påvisar en tillräckligt stor skadlighet för konkurrensen bör sedan avtalets resultat prövas. För att avtalet ska kunna omfattas av förbudet bör det krävas att sådana omständigheter föreligger som visar att konkurrensen faktiskt på ett märkbart sätt har hindrats, begränsats eller snedvridits. Det framgår även av rättspraxis att det inte är nödvändigt att undersöka vad ett avtal har för resultat, om det redan framgår att det har ett konkurrensbegränsande syfte (se domstolens dom av den 6 oktober 2009 i de förenade målen C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P och C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen m.fl., REG 2009, s. I-9291, punkt 55 och där angiven rättspraxis).
- 142 Vid bedömningen av frågan om huruvida ett avtal ska anses vara konkurrensbegränsande ska ledning sökas i innehållet i avtalets bestämmelser, de mål som detta strävar efter att uppnå och det ekonomiska och juridiska sammanhang avtalet ingår i. Dessutom är det så att även om partsavsikten inte är av avgörande betydelse för att fastställa ett avtals begränsande syfte, så föreligger det inte något

hinder för kommissionen eller unionsdomstolarna att beakta densamma (se domen i de ovan i punkt 141 nämnda förenade målen GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen m.fl., punkt 58 och där angiven rättspraxis).

- 143 Ett avtal kan för övrigt anses ha ett begränsande syfte även om det inte har som enda syfte att begränsa konkurrensen utan även eftersträvar andra legitima syften (se domstolens dom av den 6 april 2006 i mål C-551/03 P, General Motors mot kommissionen, REG 2006, s. I-3173, punkt 64 och där angiven rättspraxis).
- 144 Slutligen påpekar tribunalen att domstolen vid flera tillfällen har fastställt att avtal som avskärmar de nationella marknaderna vid de nationella gränserna eller försvårar integrationen av de nationella marknaderna, och särskilt avtal som innebär ett förbud för eller en begränsning av parallelexporten, utgör avtal som har till syfte att begränsa konkurrensen i den mening som avses i artikel 81 EG (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 141 nämnda målet GlaxoSmithKline Services m.fl. mot kommissionen m.fl., punkt 61 och där angiven rättspraxis).
- 145 I förevarande fall påpekar tribunalen, i likhet med vad kommissionen har anfört, att byggandet av en gasledning såsom MEGAL-ledningen utgör en investering som är avsedd att brukas under mycket lång tid. Ruhrgas har nämligen förklarat att amorteringstiden för investeringarna avseende denna gasledning var 25 år och kommissionen har anfört, utan att motsägas av sökandena, att en gasledning i allmänhet har en livslängd på 45 till 65 år.
- 146 Tribunalen konstaterar att mot bakgrund av artiklarna 2 EG och 3 EG, i deras lydelse vid tidpunkten för undertecknandet av skrivelserna Direktion G och Direktion I, hade gemenskapen redan vid denna tidpunkt som mål att upprätta en gemensam marknad. Genomförandet av detta mål innebar bland annat ett förbud mot kvantitativa restriktioner mellan medlemsstaterna vid import och export av varor samt mot alla övriga åtgärder med motsvarande verkan. Även domstolen hade redan vid denna tidpunkt haft tillfälle att framhålla att en isolering av de nationella marknaderna är oförenlig med ett av fördragets viktigaste mål, nämligen förenandet av de nationella marknaderna till en enda inre marknad (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 3 juli 1974 i mål 192/73, Van Zuylen, REG 1974, s. 731, punkt 13; svensk specialutgåva, volym 2, s. 331).
- 147 Mot denna bakgrund finner tribunalen att vid tidpunkten för undertecknandet av följeskrivelserna, kunde en avreglering inte uteslutas på lång sikt och utgjorde en del av de rimligen förutsebara framtidsutsikterna. Detta förhållande har för övrigt i huvudsak bekräftats av E.ON, som i sitt svar på meddelandet om invändningar, vilket framgår av skäl 245 i det angripna beslutet, angav att skrivelsen Direktion I hade antagits "som en försiktighetsåtgärd ... för att undvika att även rent teoretiska risker, förknippade med en sådan förändring av de rättsliga och ekonomiska villkoren som det var omöjligt att helt utesluta, inte äventyrade projektet". Detta har även medgetts av sökandena i sina inlagor.
- 148 Syftet med skrivelserna Direktion G och Direktion I kan således inte anses vara neutralt, eftersom de syftade till att dela upp marknaderna mellan de aktuella företagen för det fall en ändring av de rättsliga och faktiska förhållandena skulle äga rum, och särskilt för det fall den franska och den tyska marknaden skulle avregleras. Kommissionen gjorde således en riktig bedömning när den i skäl 227 i det angripna beslutet fastställde att nämnda skrivelser hade ett konkurrensbegränsande syfte.
- 149 Talan kan följaktligen inte bifallas på den fjärde delgrunden.
- Den femte delgrunden
- 150 Sökandena har i denna del gjort gällande att skrivelserna Direktion G och Direktion I samt bilaga 2 till MEGAL-avtalet inte kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna.

- 151 Det ska erinras om att artikel 81.1 EG endast är tillämplig på avtal som kan påverka handeln mellan medlemsstaterna. För att ett beslut, ett avtal eller ett förfarande ska anses kunna påverka handeln mellan medlemsstater, krävs enligt fast rättspraxis att det med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av en rad objektiva rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att beslutet, avtalet eller förfarandet direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt inverkar på handelsflödet mellan medlemsstater, på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstater (dom av den 23 november 2006 i mål C-238/05, *Asnef-Equifax och Administración del Estado*, REG 2006, s. I-11125, punkt 34 och där angiven rättspraxis).
- 152 Påverkan på handeln inom gemenskapen följer i allmänhet av flera faktorer i förening, som var för sig inte nödvändigtvis är avgörande. För att fastställa huruvida en konkurrensbegränsande samverkan märkbart påverkar handeln mellan medlemsstater är det nödvändigt att bedöma den i dess ekonomiska och rättsliga sammanhang (se domen i det ovan i punkt 151 nämnda målet *Asnef-Equifax och Administración del Estado*, punkt 35 och där angiven rättspraxis). Det saknar i detta avseende betydelse huruvida den konkurrensbegränsande samverkans påverkan på handeln varit negativ, neutral eller positiv. En konkurrensbegränsning anses nämligen kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna när den kan avleda handelsflödena, bort från den riktning som de annars skulle ha haft (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 29 oktober 1980 i de förenade målen 209/78-215/78 och 218/78, *Van Landewyck m.fl. mot kommissionen*, REG 1980, s. 3125, punkt 172; svensk specialutgåva, volym 5, s. 345).
- 153 Dessutom är risken för att en konkurrensbegränsande samverkan ska påverka handeln mellan medlemsstaterna, det vill säga dess potentiella verkan, tillräcklig för att den ska omfattas av tillämpningsområdet för artikel 81 EG, och det är inte nödvändigt att visa en faktisk påverkan på samhandeln (domstolens dom av den 21 januari 1999 i de förenade målen C-215/96 och C-216/96, *Bagnasco m.fl.*, REG 1999, s. I-135, punkt 48, och förstainstansrättens dom av den 14 december 2006 i de förenade målen T-259/02-T-264/02 och T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich m.fl. mot kommissionen*, REG 2006, s. II-5169, punkt 166). Det krävs emellertid att samverkans potentiella påverkan på samhandeln är märkbar eller, med andra ord, inte betydelselös (domstolens dom av den 28 april 1998 i mål C-306/96, *Javico*, REG 1998, s. I-1983, punkterna 12 och 17).
- 154 En konkurrensbegränsande samverkan som berör en medlemsstats hela territorium har dessutom genom själva sin karaktär till resultat att avskärmningen av marknaderna på nationell nivå förstärks och att den ekonomiska integration som eftersträvas i EG-fördraget följaktligen hindras (domen i det ovan i punkt 151 nämnda målet *Asnef-Equifax och Administración del Estado*, punkt 37).
- 155 Tribunalen konstaterar att kommissionen således felaktigt fastställde att de aktuella avtalen och samordnade förfarandena kunde ha en märkbar inverkan på handeln mellan medlemsstaterna före den 24 april 1998, eftersom kommissionen inte hade visat att det förelåg någon potentiell konkurrens på den tyska gasmarknaden under perioden den 1 januari 1980 till den 24 april 1998 (se ovan punkt 116) och det är utrett att den franska marknaden var stängd för konkurrens åtminstone fram till augusti 2000.
- 156 Detta gäller i ännu högre grad med hänsyn till att kommissionen bland annat grundade sin slutsats i detta hänseende, såsom framgår av skäl 263 i det angripna beslutet, på det förhållandet att detta avtal och dessa förfaranden hindrade den gränsöverskridande konkurrensen på den tyska och den franska gasmarknaden. Eftersom det inte förelåg någon konkurrens på dessa båda marknader, kunde konkurrensen inte hindras och följaktligen kunde handeln mellan medlemsstaterna inte påverkas.
- 157 För perioden den 24 april 1998 till den 10 augusti 2000 kan sökandenas argument angående inverkan på handeln mellan medlemsstater däremot inte godtas, eftersom de inte har lyckats ifrågasätta förekomsten av en potentiell konkurrens på den tyska gasmarknaden (se ovan punkt 124). Inskränkningen av denna potentiella konkurrens kunde således ha en märkbar inverkan på handeln mellan medlemsstater.
- 158 Talan ska således delvis bifallas på den femte delen av den första grunden.

– Den sjätte delgrunden

- 159 Sökandena anser att för det fall kommissionen i det angripna beslutet ville slå fast, genom motsägelsefulla konstateranden, att kontakterna mellan de aktuella företagen mellan åren 1999 och 2005 utgjorde samordnade förfaranden eller avtal, oberoende av följeskrivselerna, åsidosatte kommissionen artikel 81.1 EG.
- 160 I förevarande fall framgår det av det angripna beslutet att kommissionen inte ansåg att de kontakter som ägde rum mellan åren 1999 och 2005 utgjorde oberoende överträdelser i förhållande till överträdelserna med anledning av skrivelserna Direktion G och Direktion I (se bland annat skälen 162 och 163 i det angripna beslutet). Kommissionen har för övrigt bekräftat detta förhållande i sina inlagor.
- 161 När det vidare gäller sökandenas argument angående motsägelsefulla konstateranden i det angripna beslutet, påpekar tribunalen att skälen 177, 199 och 223 i det angripna beslutet måste läsas i förening med föregående eller efterföljande skäl, och att det där anges att de avtal och samordnade förfaranden som konstaterats var en följd av MEGAL-avtalet och skrivelserna Direktion G och Direktion I (se särskilt skälen 178, 181, 197 och 198 i det angripna beslutet).
- 162 Talan kan följaktligen inte bifallas på sökandenas sjätte delgrund.
- 163 Sökandenas argument är under alla förhållanden grundlösa, eftersom kommissionen i det angripna beslutet visade att de aktuella företagen hade utbytt information angående de strategier som de hade för avsikt att anta på varandras respektive marknad (se bland annat de handlingar som nämns i skälen 84, 87, 120, 121 och 180 i det angripna beslutet).
- 164 Tvärtemot sökandenas påståenden, hade de aktuella företagen verkligen utbytt information som är relevant från konkurrenssynpunkt. Detta informationsutbyte ingick i en helhetsplan och var föremål för systematiska sammanträden, eftersom informationsutbytet avsåg de aktuella företagens konkurrenssituation i Frankrike och Tyskland samt var föremål för regelbundna sammanträden, vilket framgår av sammanträdena kallade "Tour d'horizon" som nämns i skälen 63, 97, 114, 116, 121, 122, 131 och 132 i det angripna beslutet. Sökandenas argument att dessa informationsutbyten inte ägde rum mellan ansvariga företrädare eller mellan experter utan mellan olika medarbetare är inte relevant, eftersom detta förhållande inte påverkar det konkurrensbegränsande innehållet i dessa informationsutbyten. Även om ett stort antal av dessa sammanträden syftade till att behandla legitima diskussionsämnen, kan detta förhållande emellertid inte motivera sammanträden som även innefattade ett samordnat förfarande som är förbjudet enligt artikel 81.1 EG.
- 165 Talan kan följaktligen inte bifallas på den sjätte delgrunden, eftersom denna del är verkningslös eller i vart fall ogrundad.
- 166 Det följer av det ovanstående att talan delvis ska bifallas på den andra och den femte delen av förevarande grund. Talan kan inte bifallas på övriga delar av denna grund.
- 167 Tribunalen ogiltigförklarar följaktligen artikel 1 i det angripna beslutet i den del det konstateras att en överträdelse begåtts i Tyskland under perioden den 1 januari 1980 till den 24 april 1998.

Den andra grunden: Huruvida kommissionen gjort en felaktig rättstillämpning vid bedömningen av överträdelsens varaktighet

- 168 I denna grund, som åberopats alternativt, har sökandena ifrågasatt kommissionens bedömning avseende den aktuella överträdelsens varaktighet. Sökandena har gjort gällande att de aktuella företagen upphävde avtalen som låg till grund för överträdelsen från och med december 2001 eller januari 2002 eller ännu tidigare, och senast den 13 augusti 2004. Vidare har sökandena gjort gällande att de aktuella företagens ageranden dessförinnan inte utgjorde ett genomförande av nämnda avtal.

– Den aktuella överträdelsens upphörande

- 169 Tribunalen erinrar om att det ankommer på kommissionen att förete bevisning om de överträdelser som den har konstaterat och att anföra den bevisning som krävs för att styrka förekomsten av de faktiska omständigheter som utgör en överträdelse (se förstainstansrättens dom av den 8 juli 2004 i de förenade målen T-67/00, T-68/00, T-71/00 och T-78/00, JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. II-2501, punkt 173 och där angiven rättspraxis).
- 170 Det framgår av fast rättspraxis att det åligger kommissionen att visa inte bara att det förelåg en konkurrensbegränsande samverkan utan också hur länge denna varade (se förstainstansrättens dom av den 29 november 2005 i mål T-62/02, Union Pigments mot kommissionen, REG 2005, s. II-5057, punkt 36 och där angiven rättspraxis).
- 171 Vid den talan om ogiltigförklaring enligt artikel 230 EG, åligger det dessutom unionsdomstolarna att endast pröva den angripna rättsaktens lagenlighet (se domen i de ovan i punkt 169 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 174 och där angiven rättspraxis).
- 172 När en talan om ogiltigförklaring har väckts mot ett beslut i vilket kommissionen konstaterat att konkurrensbestämmelserna överträtts och påför dem till vilka beslutet riktar sig böter, åligger det således den domstol vid vilken talan har väckts att bedöma om den bevisning som kommissionen har åberopat i beslutet är tillräcklig för att fastställa att den påtalade överträdelsen föreligger (se domen i de ovan i punkt 169 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 175 och där angiven rättspraxis).
- 173 Om domstolen anser att det föreligger tvivel ska företräde ges åt den lösning som gynnar det företag till vilket beslutet om fastställelse av överträdelsen riktar sig. Domstolen kan således inte fastställa att kommissionen har styrkt att den aktuella överträdelsen förelegat om denna fråga enligt domstolen fortfarande är föremål för tvivel, särskilt i samband med en talan om ogiltigförklaring av ett beslut om påförande av böter (se domen i de ovan i punkt 91 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 177 och där angiven rättspraxis).
- 174 Kommissionen måste således införskaffa tillräckligt exakt och konsekvent bevismaterial som utgör övertygande stöd för att den påstådda överträdelsen har ägt rum (se domen i de ovan i punkt 91 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 179 och där angiven rättspraxis).
- 175 Det ska emellertid framhållas att varje del av den bevisning som kommissionen har åberopat inte nödvändigtvis måste motsvara dessa kriterier med avseende på varje del av överträdelsen. Det är tillräckligt att en samlad bedömning av alla indicier som institutionen har åberopat motsvarar detta krav (se domen i de ovan i punkt 169 nämnda målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 180 och där angiven rättspraxis).
- 176 Det följer av fast rättspraxis att det, för att bevisa att ett företag har deltagit i en konkurrensbegränsande samverkan, räcker att visa att det berörda företaget deltog i möten där överenskommelser av konkurrensbegränsande art ingicks, utan att det behöver bevisas att företaget öppet tog avstånd från dessa överenskommelser. När deltagandet i dessa möten är bevisat, åvilar det företaget att anföra omständigheter som visar att det deltog i mötena utan någon som helst konkurrensfientlig inställning genom att styrka att företaget hade förklarat för sina konkurrenter att det deltog i sammanträdena med en annan inställning än dessa (se dom av den 19 mars 2009 i mål C-510/06 P, Archer Daniels Midland mot kommissionen, REG 2009, s. I-1843, punkt 119 och där angiven rättspraxis).
- 177 Det som är avgörande för bedömningen av huruvida det berörda företaget har velat ta avstånd från den rättsstridiga överenskommelsen är följaktligen att de övriga deltagarna i en konkurrensbegränsande samverkan har förstått nämnda företags avsikt (domen i det ovan i punkt 176 nämnda målet Archer Daniels Midland mot kommissionen, punkt 120).

- 178 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som tribunalen ska pröva sökandenas argument angående den aktuella överträdelsens upphörande.
- 179 När det gäller påståendet om att den aktuella överträdelsen hade upphört före slutet av år 2001, framhåller tribunalen att sökandena har medgett att det inte finns någon direkt bevisning som styrker att ett av de aktuella företagen skulle ha tagit avstånd från de aktuella avtalen. Sökandena har däremot åberopat en anteckning rörande ett sammanträde den 4 februari 1999, av vilken det framgår att vissa personer inom GDF under sammanträdet med arbetsgruppen för MEGAL:s avgifter ville att en separat gasförsäljning via MEGAL-ledningen i Tyskland skulle beaktas. GDF angav härvid att dess syfte var att optimera dess ställning som transportör och aktieägare och att företaget, vid en ändring av reglerna för tredje mans marknadstillträde, skulle försvara sina intressen samtidigt som dess historiska koppling till Ruhrgas beaktades.
- 180 Tribunalen konstaterar att de påståenden som gjorts i anteckningen rörande sammanträdet den 4 februari 1999 och rörande det förhållandet att GDF avsåg att optimera sin ställning inte är tillräckliga för att styrka att Ruhrgas eller GDF tveklöst tagit avstånd från de aktuella avtalen.
- 181 Vidare föreligger det, såsom kommissionen har påpekat, annan bevisning som visar att de aktuella avtalen år 2000 inte ansågs som obsoleta eller utan verkan. Två interna e-postmeddelanden från GDF av den 9 och 17 februari 2000, vilka nämns i skäl 65 i det angripna beslutet, hänvisar i detta hänseende uttryckligen till skrivelserna Direktion G och Direktion I. Härvid angavs att den första av dessa skrivelser innebar en ”betydande uppdelning av marknaden” mellan de aktuella företagen ”vilket reser frågan om det juridiska värdet av en sådan handling (inget alls!)” och att den andra av dessa skrivelser, vilken ansågs vara ”utmärkt”, innebar en överenskommelse mellan de båda företagen om att GDF inte skulle leverera gas (direkt eller indirekt) till en kund i Tyskland.
- 182 Tribunalen godtar inte sökandenas argument enligt vilket GDF:s interna e-postmeddelanden av den 9 och 17 februari 2000 berör GDF och följaktligen saknar relevans för Ruhrgas. Det finns nämligen inte någon bestämmelse eller någon allmän princip i unionsrätten som utgör hinder för att kommissionen mot ett företag åberopar uttalanden från andra klandrade företag. I annat fall skulle bevisbördan för beteenden som strider mot artiklarna 81 EG och 82 EG, vilken åvilar kommissionen, vara omöjlig att bära och oförenlig med den uppgift att övervaka att dessa regler tillämpas på rätt sätt som kommissionen tilldelats enligt EG-fördraget (se domen i de ovan i punkt 169 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 192 och där angiven rättspraxis, och förstainstansrättens dom av den 8 juli 2008 i mål T-54/03, Lafarge mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 57 och där angiven rättspraxis). Detsamma gäller interna handlingar som härrör från ett annat klandrat företag. De handlingar som kommissionen påträffat vid en undersökning i andra klandrade företags lokaler kan nämligen användas som bevis mot ett annat klandrat företag (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 24 oktober 1991 i mål T-3/89, Atochem mot kommissionen, REG 1991, s. II-1177, punkterna 31–38, och av den 11 december 2003 i mål T-59/99, Ventouris mot kommissionen, REG 2003, s. II-5257, punkt 91). Med hänsyn till arten av de aktuella förfarandena och de därmed förknippade svårigheterna när det gäller bevisupptagningen, är kommissionen för övrigt inte nödvändigtvis tvungen att grunda sig på de handlingar som utväxlats mellan de aktuella företagen eller som är gemensamma för dessa. Kommissionen kan således grunda sig på interna handlingar från de aktuella företagen om dessa handlingar gör det möjligt att styrka en överträdelse.
- 183 Såsom kommer att visas nedan i punkterna 184–240 föreligger flera andra skriftliga bevis av senare datum, i vissa fall upprättade av den första sökanden, vilka motsäger sökandenas argument att de aktuella företagen hade tagit avstånd från de aktuella avtalen från och med år 2001.
- 184 När det gäller framställandet av ett konkurrerande anbud från GDF från och med år 2000, är detta inte tillräckligt med hänsyn till ovan angiven bevisning för att styrka ett otvetydigt och offentligt avståndstagande från de aktuella avtalen. Detta gäller i än högre grad eftersom det är vanligt när det

gäller konkurrensbegränsande samverkan att vissa deltagare punktvis förhindrar genomförandet av avtalet för att använda detta till deras fördel (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 182 nämnda målet Lafarge mot kommissionen, punkt 773 och där angiven rättspraxis). Vidare måste förekomsten av detta anbud i hög grad relativiseras, eftersom GDF beslutade att sälja gas på den tyska marknaden först år 2001, vilket framgår av skälen 73 och 74 i det angripna beslutet. Försäljningen var mycket svag under perioden 2001–2005 och fram till och med oktober 2005 avstod GDF från att sälja några betydande kvantiteter i södra Tyskland (det vill säga det område som berörs av MEGAL-ledningen).

- 185 Det framgår av det föregående att tribunalen inte kan godta sökandenas argument om att den aktuella samverkan hade upphört före december 2001.
- 186 För att styrka att den aktuella överträdelsen hade upphört från och med slutet av år 2001 eller början av år 2002 har sökandena vidare i huvudsak grundat sig på ett fax som Ruhrgas skickade till GDF den 7 januari 2002. I faxet angavs att skrivelserna Direktion G och Direktion I ska anses som obsoleta, vilket således innebar ett upphörande av överträdelsen.
- 187 Tribunalen påpekar inledningsvis att det fax som Ruhrgas skickade till GDF den 7 januari 2002 skickades med anledning av ett sammanträde mellan de aktuella företagen som ägde rum den 14 december 2001. På försättsbladet till nämnda fax anges att det bifogats ett utkast till förteckning över avtalen mellan de aktuella företagen och hur bestämmelserna i dessa avtal skulle tillämpas när det gäller begreppet ”nyttjanderätt”. En förteckning över bestämmelserna i MEGAL-avtalet, över dess bilagor och följeskrivelser, däribland skrivelserna Direktion G och Direktion I, återfinns i bilaga till det berörda faxet. Denna bilaga har som förtryckt text överst på varje sida lydelsen ”Ny MEGAL-struktur – Omvandling av grundavtalet och tillhörande avtal till ett nytt konsortieavtal”. Skrivelsen Direktion G beskrivs där som att den avser de aktuella företagens kapacitetsåtaganden, varvid frågan ställdes huruvida det är möjligt att ingå avtal om överföring genom MEGAL med tredje man. Skrivelsen Direktion I beskrivs där som att den avser det förhållandet att någon leverans eller försörjning från GDF inte ska äga rum i Tyskland. När det gäller frågan hur dessa skrivelser ska tillämpas, används i faxet beträffande hänvisningen till nämnda skrivelser termen ”obsolet”.
- 188 Tribunalen finner att det fax som Ruhrgas skickade till GDF den 7 januari 2002, med hänvisning till lydelsen i sin helhet och sammanhanget i vilket det ingår, inte alls innehöll uppgifter om att de aktuella företagen ansåg att skrivelserna Direktion G och Direktion I redan var obsoleta, utan endast anger att dessa företag förutsåg att dessa skrivelser skulle bli obsoleta mot bakgrund av det nya avtal som höll på att förhandlas fram. Termen ”obsolet” pekar nämligen på att de aktuella företagen ansåg att det var nödvändigt att införa sådana bestämmelser i det nya avtalet. Detta bekräftas av det förhållandet att det, beträffande de bestämmelser vars tillämpning inte betecknats som obsolet, uttryckligen anges att de måste integreras i det nya avtalet eller i dess bilagor, i förekommande fall med ändringar. Dessutom anges i försättsbladet till nämnda fax att det rör ”befintliga avtal”. Kommissionen gjorde således en riktig bedömning i skäl 80 i det angripna beslutet när den fastställde att detta fax hänvisade till den roll som följeskrivelserna borde ha i framtiden med hänvisning till det nya MEGAL-avtalet och begreppet ”nyttjanderätt”. Det går således inte att av nämnda fax dra slutsatsen att de aktuella företagen ansåg att skrivelserna Direktion G och Direktion I var obsoleta vid tidpunkten då det skickades.
- 189 Det förhållandet att kommissionen i skäl 80 i det angripna beslutet angav att tolkningen av faxet som Ruhrgas skickade till GDF den 7 januari 2002 ”inte [var] helt klar”, kan inte påverka denna slutsats och frambringa ett tvivel till förmån för sökandena. Denna mening ska nämligen läsas tillsammans med resten av skälet, där det utan någon tvetydighet framgår att nämnda fax inte gjorde det möjligt att fastställa att de aktuella företagen ansåg att följeskrivelserna var obsoleta vid den aktuella tidpunkten.
- 190 För fullständighetens skull påpekar tribunalen att punkt 2.1 i bilaga 2 till MEGAL-avtalet, som definierar uttagspunkterna för gas som överförs av GDF, endast fastställer en uttagspunkt för detta företag från MEGAL-ledningen vid den fransk-tyska gränsen och inte någon uttagspunkt i Tyskland.

Denna avtalsbestämmelse bekräftar således att det var omöjligt för GDF att ta ut gas från MEGAL-ledningen som omfattas av skrivelse Direktion I. Det fax som Ruhrgas skickade till GDF den 7 januari 2002 innehåller inte någon uppgift om att denna skrivelse ska anses som "obsolet", utan att den bör "integreras i beskrivningen av gasledningen".

- 191 När det sedan gäller sökandenas argument angående det förhållandet att Ruhrgas interna anteckning kallad "briefing" inför sammanträdet "Tour d'horizon" den 20 december 2001 och GDF:s interna anteckning av den 24 september 2002, som nämnts av kommissionen i skälen 115 och 116 i det angripna beslutet, saknade tillräckligt bevisvärde, påpekar tribunalen att dessa handlingar, även om de inte uttryckligen hänvisar till skrivelserna Direktion G och Direktion I, visar att Ruhrgas och GDF inte hade för avsikt att aggressivt börja konkurrera med varandra. I den förberedande skrivelsen inför sammanträdet den 20 december 2001 nämns att Ruhrgas vid detta möte önskade uppmärksamma GDF på att ett försäljningskontor hade öppnats i Paris och att dess roll var att visa sin närvaro i Frankrike och inte att aggressivt inträda på den franska marknaden. Detsamma gäller anteckningen av den 24 september 2002 i vilken det anges att GDF anser att de stora tyska aktörerna behöver ett alibi i Tyskland för att visa att marknaden är öppen för konkurrens och att de aktuella företagen kan ha ett gemensamt intresse av att träffa en "deal med ett verkligt strategiskt innehåll" som gör det möjligt för dem att utbyta positioner i Europa.
- 192 Kommissionen gjorde således en riktig bedömning när den i skäl 114 i det angripna beslutet fastställde att omständigheterna i handlingarna i ärendet visade att de aktuella företagen ansåg att den konkurrens som de utsattes för utgjorde ett gemensamt bekymmer, även om den inte rörde den gas som överfördes genom MEGAL-ledningen.
- 193 Slutligen godtar inte tribunalen sökandenas argument angående en oriktig bedömning av den bevisning som avser tiden efter det fax som E.ON Ruhrgas skickade till GDF den 7 januari 2002.
- 194 När det gäller skriftväxlingen mellan de aktuella företagen av den 13 och 21 maj 2002, fann kommissionen i skäl 81 i det angripna beslutet att den bekräftade att Ruhrgas ansåg att skrivelsen Direktion G var bindande och att inget av de aktuella företagen hade låtit förstå att vare sig denna skrivelse eller skrivelsen Direktion I var obsoleta. Det föreligger inte någon omständighet som kan påverka denna bedömning. Skrivelsen från Ruhrgas till GDF av den 21 maj 2002, som skickades som svar på GDF:s skrivelse av den 13 maj 2002, hänvisar uttryckligen till skrivelsen Direktion G. Där påpekas nämligen att den överföring som gjorts för ett annat företag från MEGAL-ledningen helt stod i överensstämmelse med denna skrivelse. Om denna skrivelse hade ansetts vara obsolet eller inte vara bindande för de aktuella företagen, då skulle Ruhrgas inte ha angett att den aktuella överföringen stod i överensstämmelse med nämnda skrivelse.
- 195 Sökandenas argument att Ruhrgas hade hänvisat till skrivelsen Direktion G enbart i andra hand och enbart till punkt 3 i nämnda skrivelse stöds inte av innehållet i skrivelsen av den 21 maj 2002. I denna skrivelse nämns uttryckligen ett avsnitt i punkt 1 i skrivelsen Direktion G utan att det anges att Ruhrgas åberopade detta avsnitt i andra hand. Även om det antas att Ruhrgas enbart i andra hand hänvisade till skrivelsen Direktion G och enbart till punkt 3 i denna skrivelse, visar detta under alla omständigheter inte att den första sökanden ansåg att denna skrivelse var obsolet och detta förhållande tycks tvärtom bekräfta att Ruhrgas ansåg att den berörda skrivelsen var tillämplig i dess förhållande till GDF.
- 196 När det gäller Ruhrgas protokoll från sammanträdet den 23 maj 2002, framgår det klart att GDF garanterade att företaget vid denna tidpunkt inte hade för avsikt att sälja gas från MEGAL-ledningen i södra Tyskland. Sökandenas påståenden att detta uttalande från GDF endast utgjorde förhandlingstaktik har inget stöd i nämnda skrivelse. Tvärtom framgår det av dess innehåll att detta uttalande gjordes i samband med en diskussion mellan de aktuella företagen och kan således inte anses vara helt ensidigt. Slutligen kan det förhållandet att den första sökanden inte ställde någon fråga angående detta eller godtog uttalandet i fråga, tvärtom vad sökandena har hävdad, inte styrka att det inte förelåg något avtal eller samordnat förfarande, eftersom detta inte utgjorde ett öppet avståndstagande i den mening som avses i ovan i punkt 176 nämnda rättspraxis.

- 197 När det gäller faxet av den 24 maj 2002 bekräftar detta att sammanträdet den 23 maj 2002 ägde rum. Dessutom nämns där inte bara GDF:s vägran att långfristigt sälja kapacitet avseende systemet "Waidhaus/Medelsheim", utan även en möjlighet att i enskilda fall göra undantag om omarbetningen av avtalskonstruktionen för MEGAL-ledningen skulle slutföras. I likhet med vad sökandena har gjort gällande, finner tribunalen att faxet inte innehåller ett utbyte av affärshemligheter.
- 198 I sina inlagor har kommissionen förklarat att faxet av den 24 maj 2002 enbart nämndes i skäl 86 i det angripna beslutet som ytterligare bevis för att sammanträdet faktiskt hade ägt rum. Kommissionen har angett att övervägandena angående utbyte av affärshemligheter i samma skäl hänför sig till GDF:s uttalanden såsom de framgår av protokollet från sammanträdet den 23 maj 2002. Denna tolkning överensstämmer inte med lydelsen i nämnda skäl. Detta kan under alla förhållanden inte påverka kommissionens sammantagna slutsats att sammanträdet den 23 maj 2002 visar på GDF:s vilja att fortsätta att tillämpa följeskrivelserna, såsom framgår ovan av punkt 196.
- 199 Härav följer att tribunalen inte godtar sökandenas argument om att den aktuella konkurrensbegränsande samverkan upphörde från slutet av år 2001 eller början av år 2002.
- 200 När det vidare gäller påståendet om att överträdelsen upphörde från och med början av år 2003, anser sökandena att kommissionen i otillräcklig mån beaktade den vittnesutsaga som en anställd vid Ruhrgas avgett under ed och enligt vilken GDF:s möjlighet att ta ut gas från alla uttagpunkter på MEGAL-ledningen erkändes från och med år 2003 och vid flera andra tillfällen före 2004 års avtal. Detta bekräftas av e-postmeddelanden som utväxlades den 8 september 2003 där hänvisning görs till ett sammanträde den 6 augusti 2003 och till ett utkast till preliminärt avtal enligt vilket GDF och E.ON Ruhrgas fick använda anslutnings- och uttagpunkter i hela "systemet".
- 201 Tribunalen påpekar att den förklaring som lämnades av en anställd vid E.ON Ruhrgas gjordes år 2008 och är osäker när det gäller de tillfällen då det uttalats att GDF hade rätt att ta ut gas från MEGAL-ledningen. Trots att den anställde med säkerhet endast anger ett enda sammanträde som ägde rum i Essen (Tyskland) i början av år 2003, har sökandena nämligen inte åberopat någon bevisning som stöder att nämnda sammanträde ägde rum. De har inte heller närmare angett några datum eller vilka som deltog i andra diskussioner under vilka E.ON Ruhrgas garanterade GDF att företaget kunde ta ut gas från samtliga uttagpunkter på MEGAL-ledningen i Tyskland. Mot denna bakgrund kan kommissionen inte kritiseras för att den fäster större tilltro till övrig bevisning i ärendet än till bevisning som upprättats då företaget redan var förvarnat (*in tempore suspecto*) (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-59/02, Archer Daniels Midland mot kommissionen, REG 2006, s. II-3627, punkt 272) och som dessutom är mer precis. I likhet med vad kommissionen har framhållit avser den förklaring som lämnats av en anställd vid E.ON Ruhrgas inte bilaga 2 till MEGAL-avtalet.
- 202 I det avtalsutkast som nämns ovan i punkt 200 föreskrivs för övrigt att GDF och E.ON Ruhrgas har rätt att använda anslutnings- och uttagpunkterna på hela MEGAL-ledningen under förutsättning att detta inte påverkar den andra partens användning av den aktuella punkten för vilken den har installerats, och under förutsättning att det utgår en rimlig ersättning som baseras på de relevanta kostnaderna och att de operationella förfarandena för den gemensamma användningen har reglerats i ett avtal. Detta avtalsutkast skulle således ersätta befintliga avtal som ingåtts mellan de aktuella företagen beträffande MEGAL enbart för sådant som uttryckligen angetts. För allt som inte uttryckligen angetts i avtalsutkastet, skulle de befintliga avtalen fortsätta att tillämpas. Det avtal som var tänkt att träda i kraft den 1 oktober 2003 och gälla fram till och med det datum då avtalen för genomförande av omstruktureringen skulle träda i kraft eller fram till och med den 30 september 2004.
- 203 I de e-postmeddelanden som utväxlades den 8 september 2003 anges att denna handling enbart är ett utkast till följd av de diskussioner som fördes vid sammanträdet den 6 augusti 2003. Sökandena har för övrigt medgett att det preliminära avtalsutkastet i fråga aldrig undertecknades.

- 204 Vid en genomläsning av dessa handlingar i sin helhet, finner tribunalen att det av handlingarna inte alls framgår att de aktuella företagen ansåg att GDF och E.ON Ruhrgas kunde använda samtliga uttagspunkter på MEGAL-ledningen, utan att det där enbart anges att de aktuella företagen planerade att upphäva uppdelningen mellan GDF och E.ON Ruhrgas av uttagspunkterna på denna gasledning. Detta bekräftas av den omständigheten att avtalsutkastet hänvisar till de tidigare avtalen som "befintliga avtal" och att det föreskrivs att de bestämmelser i dessa avtal som inte uttryckligen omfattas av avtalsutkastet ska fortsätta att tillämpas till dess att ett slutligt avtal angående omstruktureringen ingåtts eller fram till och med september 2004. Av dessa handlingar går det således inte att dra slutsatsen att de aktuella företagen ansåg att skrivelserna Direktion G och Direktion I inte längre var i kraft.
- 205 Sökandena har vidare påstått att kontakten mellan de aktuella företagen, som nämnts av kommissionen i skälen 87, 94, 115, 118, 121, 122 och 180 i det angripna beslutet, inte kan bevisa att avtalet fortsätter att tillämpas, eftersom dessa kontakter med undantag för två e-postmeddelanden inte har något samband med MEGAL (se nedan punkterna 210 och 213). Tribunalen påpekar för det första att detta påstående inte är korrekt. I anteckningen kallad "briefing" från GDF av den 29 augusti 2003 anges att GDF koncentrerar sig på de regioner i Tyskland som kan utgöra ett utlopp för den gas som företaget producerar i "nederländska Nordsjön" och att företaget avstått från planer att ta ut gas från MEGAL-ledningen för försäljning i södra Tyskland, vilket är den marknad som Ruhrgas värderar högst. I GDF Deutschlands affärsplan för Tyskland av den 30 april 2004 nämns MEGAL vid flera tillfällen. Den innehåller ett påstående om att GDF:s förstärkta närvaro i Tyskland ska genomföras genom inrättandet av en ny reglering tillsammans med Ruhrgas som gör det möjligt för GDF att utnyttja sina intressen i MEGAL för att bli en verklig överföringsaktör i Tyskland. Där anges vidare att möjligheten att inom kort i Tyskland förfoga över en del av de kvantiteter som transiteras genom MEGAL-ledningen utgör ett villkor för att detta scenario ska lyckas.
- 206 Även om MEGAL-avtalet inte uttryckligen nämns i de övriga handlingar som angetts ovan i punkt 205, påpekar tribunalen att dessa handlingar visar att de aktuella företagen hade kontakter under vilka de behandlade strategiska eller känsliga frågor och avstod från att konkurrera med varandra på sina respektive nationella marknader eller åtminstone avsiktligt trädde in på dessa marknader endast i begränsad utsträckning.
- 207 Kommissionen gjorde således en riktig bedömning när den fastställde att de aktuella företagen hade haft upprepade kontakter under vilka deras konkurrenssituation behandlades, att de åtagit sig att inte anta ett aggressivt beteende och att de i förekommande fall beklagade de fall då ett sådant beteende antagits (skäl 114 i det angripna beslutet).
- 208 Tribunalen godtar i detta hänseende inte sökandenas argument att vissa handlingar enbart innehåller GDF:s egna reflexioner och rörde ensidiga klagomål eller skilda ståndpunkter mellan de aktuella företagen. Detta argument stöds nämligen inte av innehållet i handlingarna. Flera handlingar, även sådana som upprättats ensidigt, utgör nämligen i själva verket protokoll från möten mellan de aktuella företagen och visar således verkligen att det förekommit kontakter mellan företagen rörande konkurrensvillkoren. Förekomsten av klagomål eller skilda ståndpunkter visar dessutom att de båda företagen faktiskt haft kontakter angående den andra partens försäljning av gas.
- 209 Det förhållandet att vissa uppgifter i handlingarna angående sammanslagningar eller förvärv redan är kända i specialistkretsar – om det antas att detta kan styrkas – saknar relevans och kan således inte påverka kommissionens slutsatser i det angripna beslutet. Under alla omständigheter framgår det av innehållet i dessa handlingar att kommissionen inte gjorde något fel när den slog fast att det av dessa handlingar framgick att det skett ett utbyte av uppgifter angående konkurrensen på de nationella marknaderna i samband med de kontakter som ägt rum mellan de aktuella företagen.
- 210 När det gäller e-postmeddelandet av den 16 mars 2004, påpekar tribunalen att den försäljningsansvariga personen på E.ON Ruhrgas i Frankrike genom detta meddelande underrättade två anställda vid E.ON Ruhrgas i Tyskland om ett sammanträde som denne haft med en person anställd vid GDF (som var en

tidigare klasskamrat) angående frågor om överlåtelse av gas i Frankrike och E.ON Ruhrgas och GDF:s eventuella intresse av att försöka hitta lösningar som gör det möjligt att uppnå en "rimlig konkurrens". Av detta framgår att GDF, trots att det inte ville framstå som att det fruktade det tryck som utövades av den nationella energimyndigheten, inte bortsåg ifrån detta och inte hade uppskattat att alltför öppet bli föremål för kritik. Om det fanns ett sätt att visa att de nya marknadsaktörerna kunde få tillträde till området södra Frankrike, skulle det uppskattas av företaget. Av e-postmeddelandet framgår även att eftersom GDF önskade efterkomma kraven från denna myndighet, hade den vid GDF anställda personen föreslagit ett utbyte enligt vilket GDF mot vederlag skulle försörja E.ON Ruhrgas med gas i området södra Frankrike. Den vid GDF anställda personen avsåg enligt e-postmeddelandet härvid främst att behandla frågor rörande MEGAL. Det framgår även av detta e-postmeddelande att den vid GDF anställda personen angett att enligt dennes kännedom om MEGAL-avtalet var all kapacitet som fanns i MEGAL-ledningen i Medelsheim reserverad för GDF, vilket i själva verket innebar att även de volymer som E.ON Ruhrgas importerade vid denna tidpunkt var olagliga.

- 211 Tribunalen finner att e-postmeddelandet av den 16 mars 2004, som författats innan undersökningen inletts (*in tempore non suspecto*), i motsats till den förklaring under ed som en anställd vid E.ON Ruhrgas lämnat och som åberopats av sökandena (se ovan punkt 201), således otvivelaktigt stöder kommissionens slutsats att det förelåg ett avtal om uppdelning av marknaderna mellan de aktuella företagen i mars 2004.
- 212 Inget av de argument som anförts av sökandena tycks kunna påverka denna slutsats. När det gäller argumentet att den vid GDF anställda personen som nämns i e-postmeddelandet av den 16 mars 2004 inte var ansvarig vare sig för inköp eller för försäljning av gas, är detta argument inte relevant mot bakgrund av de uttryckliga och detaljerade uppgifter som utbyttes i samband med sammanträdet. När det gäller de alternativa förklaringar som lämnats av sökandena, saknar dessa stöd och motsvaras inte av innehållet i detta e-postmeddelande. Det förhållandet att ordet "olagligt" följs av tre utropstecken och föregås av uttrycket "enligt dennes vetskap" utgör inte en tillräcklig omständighet för att det ska anses ha funnits tvivel angående huruvida det verkligen förelåg en uppdelning av marknaderna.
- 213 När det gäller protokollet från sammanträdet "Tour d'horizon" den 29 mars 2004, påpekar tribunalen att en anställd vid E.ON Ruhrgas genom denna handling hade upprättat ett protokoll från ett sammanträde med företrädare för GDF under vilket de sistnämnda hävdade att GDF hade för avsikt att delta i avyttringsprogrammet, av fruktan för att den ryska gasen skulle hamna "i fel händer" och för att ytterligare konkurrens inte skulle utvecklas längs MEGAL-ledningen. Det är visserligen riktigt, såsom sökandena har påpekat, att dessa påståenden främst tycks avse konkurrens från tredje man och inte konkurrensen mellan de aktuella företagen. Inte desto mindre framgår det av denna handling att GDF och E.ON Ruhrgas ville styra de gaskvantiteter som såldes "längs MEGAL-ledningen".
- 214 Även om det antas att denna handling skulle kunna tolkas på ett annat sätt, kan det under alla omständigheter inte påverka kommissionens slutsats i det angripna beslutet, eftersom flera andra skriftliga bevis pekar på att avtalet om uppdelning av marknaderna fortsatte att tillämpas i början av år 2004, såsom framgår ovan av punkterna 200–212.
- 215 Det framgår av det ovanstående att tribunalen inte godtar sökandenas argument om att den aktuella konkurrensbegränsande samverkan hade upphört från och med början av år 2003.
- 216 När det vidare gäller sökandenas argument om att den påstådda konkurrensbegränsande samverkan hade upphört senast i augusti 2004, erinrar tribunalen inledningsvis om att de aktuella företagen den 13 augusti 2004 hade undertecknat ett avtal enligt vilket de "bekräftar att de sedan länge anser" att skrivelserna Direktion G och Direktion I är "ogiltiga" (se skäl 104 i det angripna beslutet).
- 217 Kommissionen anser inte desto mindre att detta upphävande var fiktivt, eftersom GDF fortsatte att anse sig bunden av skrivelserna Direktion G och Direktion I samt bilaga 2 till MEGAL-avtalet. Kommissionen ansåg följaktligen i skäl 300 i det angripna beslutet att den aktuella avtalsrättsliga

inskränkningen tidigast upphörde först i september 2005. Kommissionen beaktade det förhållandet att det preliminära avtalet av den 9 september 2005 gjorde det möjligt för GDF att sälja överföringskapacitet i MEGAL-ledningen från och med den 1 oktober 2005 och att 2005 års avtal trädde i kraft den 13 oktober 2005. I nämnda skäl påpekade kommissionen vidare att parallellt med detta konstaterande, var det först i oktober 2005 som försäljningen av gas från denna gasledning till kunder etablerade i Tyskland i någon märkbar mån översteg det belopp för vilket företaget hade köpt gas inom ramen för avyttringsprogrammet. Kommissionen ansåg således att artikel 81 EG var tillämplig, eftersom samverkan fortsatte efter det att det tidigare avtalet hade upphört och fortsatte att ha verkan fram till dess att MEGAL-avtalet ersattes.

- 218 Det är i detta hänseende nödvändigt att göra en åtskillnad mellan den tyska marknaden och den franska marknaden.
- 219 När det gäller den tyska marknaden påpekar tribunalen att kommissionen i skäl 108 i det angripna beslutet åberopade en tidningsartikel av den 23 augusti 2004 i en specialiserad tidskrift. I artikeln återgavs uttalanden av GDF:s försäljningsdirektör i Tyskland, och den innehöll mycket precisa uppgifter angående gränserna för GDF:s möjligheter att ta ut gas från MEGAL-ledningen. I denna tidningsartikel hävdas det bland annat att GDF ännu inte hade träffat en slutgiltig uppgörelse med E.ON Ruhrgas beträffande möjligheten att ta ut gas från MEGAL-ledningen i Tyskland och att möjligheterna att ta ut gas, vid tidningsartikelns upprättande, var begränsade.
- 220 Den bevisning som nämnts av sökandena, det vill säga protokollet från sammanträdet den 23 juni 2004 och skrivelsen av den 26 augusti 2004, som författats med anledning av tidningsartikeln av den 23 augusti 2004, är inte av sådan art att den kan kasta något tvivel över tidningsartikelns bevisvärde, eftersom nämnda bevisning motsägs av andra handlingar av senare datum samt av GDF:s beteende på marknaden (se nedan punkterna 221–235). Även om det framgår av skrivelsen av den 26 augusti 2004 att E.ON Ruhrgas vid flera tillfällen bekräftade att GDF kunde ta ut gas från MEGAL-ledningen, följer det även av denna skrivelse att uttaget var underställt villkoret att förfoga över kapacitet vid avläsningsstationerna och att expansionsmöjligheterna vid stationerna, på begäran av GDF, skulle undersökas. Detta pekar i praktiken på att GDF:s möjligheter att ta ut gas i Tyskland fortfarande vid denna tidpunkt åtminstone var begränsade. Slutligen framgår det klart av denna handling, såsom kommissionen har påpekat, att E.ON Ruhrgas förklarade för GDF att det inte var konstruktivt att offentliggöra en beskrivning av eller diskussioner angående möjligheterna att ta ut gas från MEGAL-ledningen. Detta visar att det syfte som eftersträvades av E.ON Ruhrgas framför allt var att få GDF att förstå att det var bäst att inte göra några offentliga uttalanden angående detta ämne.
- 221 Flera handlingar som upprättats efter augusti 2004 visar således att överträdelsen fortsatte på den tyska marknaden.
- 222 I skäl 111 i det angripna beslutet stödde sig kommissionen på en intern anteckning från GDF från januari 2005 i vilken det angavs att GDF:s kommersiella verksamhet sedan cirka tre år tillbaka var koncentrerad till regionerna i nordvästra Tyskland och att förvärvet av lotter från E.ON Ruhrgas i ett auktionsförfarande i maj 2004 därefter hade gjort det berättigat att aktivt påbörja distribution och försäljning från MEGAL-ledningen i södra Tyskland. Kommissionen hänvisade även till GDF:s utvecklingsplan för Tyskland av den 2 september 2005, av vilken det framgår att GDF av avtalsrättsliga skäl varken kunde ta ut gas från olika uttagspunkter i MEGAL-ledningen eller direkt sälja sådan överföringskapacitet som företaget förfogade över. Det förväntade tecknandet av ett nytt avtal med E.ON Ruhrgas avseende driften av ledningen skulle kunna förändra denna situation.
- 223 När det gäller den interna anteckningen från GDF från januari 2005, kan tribunalen inte godta de alternativa tolkningar som sökandena anfört, då dessa helt saknar stöd. Tvärtom tycks beaktandet av sammanhanget, och särskilt de tidigare handlingarna som nämnts i skäl 102 i det angripna beslutet samt GDF:s utvecklingsplan för Tyskland av den 2 september 2005, bekräfta kommissionens tolkning att det berättigande som anförts av GDF avser MEGAL-avtalet.

- 224 Inte heller när det gäller GDF:s utvecklingsplan för Tyskland av den 2 september 2005 godtar tribunalen sökandenas argument. Påståendena att det citerade avsnittet på ett schematiskt sätt hade kopierats från en tidigare version och att omnämmandet av den 1 januari 2004 saknade innebörd, är nämligen inte av sådan art att de kan påverka nämnda handlings bevisvärde. Det förhållandet att det ifrågavarande avsnittet behölls trots att andra delar av handlingen uppdaterades visar tvärtom att situationen rörande försäljningen av gas i Tyskland med användning av MEGAL-ledningen var oförändrad. Vidare påpekar tribunalen att handlingen är daterad den 2 september 2005, vilket således inte innebär någon motstridighet i förhållande till det datum som kommissionen hade fastställt för den aktuella överträdelsens upphörande.
- 225 Tribunalen godtar inte heller sökandenas argument att det förhållandet att GDF fortsätter att anse sig vara bunden av avtalen, såsom framgår av de interna handlingar som anförts i skäl 111 i det angripna beslutet, saknar betydelse för den första sökanden, eftersom denna på ett giltigt sätt tagit avstånd från den konkurrensbegränsande samverkan. Såsom framgår av den rättspraxis som nämns ovan i punkt 182, kan GDF:s interna handlingar användas som bevisning mot den första sökanden. I förevarande fall framgår det av dessa handlingar och GDF:s beteende på marknaden att upphörandet av den konkurrensbegränsande samverkan inte hade trätt i kraft på den tyska marknaden.
- 226 Vidare har kommissionen i skälen 123, 124 och 131–133 i det angripna beslutet gjort gällande att kontakter ägt rum mellan de aktuella företagen efter augusti 2004. Kommissionen har härvid åberopat flera handlingar som, även om MEGAL-ledningen inte uttryckligen nämns, gör det möjligt att fastställa att de aktuella företagen hade kontakter angående GDF:s inträde på den tyska marknaden och E.ON Ruhrgas klagomål i detta avseende.
- 227 Det framgår nämligen bland annat av en anteckning från GDF av den 9 februari 2005 att E.ON Ruhrgas anklagade GDF för att "förstöra" värdet på gas i Tyskland och dra fördel av den prisskillnad som förelåg mellan industrisegmentet och det offentliga segmentet för att vinna nya kunder, samt att GDF ansåg det vara nödvändigt att "bearbeta denna fråga". Under normala konkurrensförhållanden skulle ett företag inte tänka sig att göra någon "bearbetning" efter anklagelser från dess konkurrent angående prissättningen. Detta visar således att GDF hade för avsikt att efterkomma de invändningar som framförts av E.ON Ruhrgas.
- 228 Tribunalen erinrar härvid om att när en ekonomisk aktör tar till sig klagomål som en annan aktör framfört angående den konkurrens som denne orsakas på grund av de produkter som förstnämnda aktör avsätter, utgör de berörda parternas beteende ett samordnat förfarande (domstolens dom av den 16 december 1975 i de förenade målen 40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 och 114/73, Suiker Unie m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1663, punkt 283). Tribunalen konstaterar således att GDF, genom att ange att det skulle "bearbeta denna fråga" när det gällde klagomålen från E.ON Ruhrgas angående de priser som tillämpades i Tyskland, samt genom att upprätta en skrivelse i april 2005 efter det att E.ON Ruhrgas framfört klagomål angående dess prispolitik när det gällde försäljning till det offentliga, tog till sig dessa klagomål i den mening som avses i nämnda rättspraxis, även om det ansåg, vilket särskilt framgår av nämnda skrivelse från april 2005, att det var nödvändigt att relativisera E.ON Ruhrgas uppfattning.
- 229 Även GDF:s förberedande skrivelse av den 5 september 2005 inför ett sammanträde dagen därpå behandlade klagomål från E.ON Ruhrgas angående de priser som GDF erbjuder, varvid GDF själv frågar sig hur E.ON Ruhrgas erhållit dessa priser. Detta visar att GDF beaktade E.ON Ruhrgas klagomål och agerade därefter.
- 230 Med hänsyn till innehållet i de handlingar som nämns ovan i punkterna 227–229, godtar tribunalen följaktligen inte sökandens argument att dessa handlingar rörde ensidiga uttalanden och klagomål från E.ON Ruhrgas med anledning av vilka GDF inte vidtagit några åtgärder.
- 231 När det slutligen gäller handlingarna som rörde sammanträdet den 21 september 2005, det vill säga en skrivelse kallad "briefing" av den 20 september 2005 som upprättats inför detta sammanträde och ett e-postmeddelande av den 22 september 2005 som innehöll en sammanfattning av sammanträdet, vilka

anförts i skälen 132 och 133 i det angripna beslutet, påpekar tribunalen, såsom sökandena har framhållit, att dessa handlingar visserligen påvisar förekomsten av en förhandling mellan en köpare (E.ON Ruhrgas) och en leverantör (GDF Deutschland). Inte desto mindre hade GDF, såsom framgår av protokollet från nämnda sammanträde och såsom kommissionen framhöll i skäl 135 i det angripna beslutet, vid detta sammanträde redovisat sin strategi och sina framgångar på den tyska marknaden.

- 232 Det var således utan att göra något fel som kommissionen beaktade handlingarna rörande sammanträdet den 21 september 2005 för att fastställa att informationsutbytet mellan de aktuella företagen i högre grad var att hänföra till samordning än till konkurrens.
- 233 Vidare bekräftas den fortsatta överträdelsen i Tyskland efter augusti 2004, såsom framgår av skäl 112 i det angripna beslutet, av GDF:s beteende på marknaden, med hänsyn till att företaget inte levererade gas till kunder i södra Tyskland utöver de volymer som föreskrivs enligt avyttringsprogrammet.
- 234 De alternativa förklaringar som sökandena lämnat när det gäller GDF:s beteende på marknaden kan inte påverka denna slutsats. Det framgår nämligen av rättspraxis att det endast är relevant att påvisa att omständigheter förelegat som kastar ett annat ljus över de omständigheter som kommissionen styrkt – och varigenom en annan sannolik förklaring skulle kunna ges än den som kommissionen lagt till grund för slutsatsen att en överträdelse av gemenskapens konkurrensregler förelegat – om kommissionen enbart lägger de aktuella företagens uppträdande på marknaden till grund för slutsatsen att det föreligger en överträdelse (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 169 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 186 och där angiven rättspraxis). Detta är emellertid inte fallet i det aktuella målet, eftersom kommissionen grundar sig på flera skriftliga bevis och sökandena, såsom framgår av det ovanstående, inte har kunnat visa att denna bevisning saknade bevisvärde.
- 235 Dessutom är de omständigheter som anförts av sökandena inte förenliga med avtalsbestämmelserna i bilaga 2 till MEGAL-avtalet, enligt vilka GDF inte har någon rätt att ta ut gas från MEGAL-ledningen i Tyskland med mindre de aktuella företagen kommer överens om något annat, och beträffande vilka det inte föreligger någon omständighet som vid denna tidpunkt kan grunda ståndpunkten att dessa bestämmelser hade upphävts eller att nämnda företag formellt hade kommit överens om att ändra dem.
- 236 Såsom kommissionen påpekade i skäl 107 i det angripna beslutet, nämns nämligen inte bilaga 2 till MEGAL-avtalet i 2004 års avtal, vilket sökandena medger. Det framgår nämligen uttryckligen av lydelsen i 2004 års avtal att det enbart berörde vissa av följeskrivelsen och inte övriga bestämmelser i MEGAL-avtalet.
- 237 Vidare kan 2004 års avtal inte anses vara ett ”avtal med motsatt innehåll” i den mening som avses i punkt 2.1 i bilaga 2 till MEGAL-avtalet. Detta framgår nämligen inte av lydelsen i 2004 års avtal, trots att det borde ha inneburit ett angivande i detta avtal av nya uttagspunkter på MEGAL-ledningen som GDF kunde nyttja, vilket inte är fallet.
- 238 När det gäller möjligheten att muntligen upphäva bilaga 2 till MEGAL-avtalet, är en sådan möjlighet inte förenlig med behovet av att ange nya uttagspunkter på MEGAL-ledningen, såsom angetts ovan i punkt 237. Tribunalen godtar inte sökandenas argument som syftar till att göra gällande att bilagan nödvändigtvis hade upphävts på grund av uttalandena i handlingarna av den 23 juni 2004 och den 26 augusti 2004, eftersom det med stöd av dessa handlingar, såsom framgår ovan av punkterna 220–234, inte var möjligt att visa att den aktuella överträdelsen hade upphört.
- 239 Tribunalen godtar således inte sökandenas argument angående bilaga 2 till MEGAL-avtalet.
- 240 Mot bakgrund av det ovanstående finner tribunalen att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den slog fast att den aktuella överträdelsen på den tyska marknaden pågick fram till och med den 30 september 2005.

- 241 När det gäller den franska marknaden konstaterar tribunalen i likhet med sökandena att i den del av det angripna beslutet som avser prövningen av vilket datum som den aktuella överträdelsen upphörde, det vill säga skälen 299–309, har kommissionen inte anfört någon omständighet med stöd av vilken det går att konstatera att överträdelsen fortsatte på denna marknad efter 2004 års avtal.
- 242 Tribunalen konstaterar nämligen inledningsvis att det inte föreligger någon skriftlig bevisning som styrker att den aktuella överträdelsen fortsatte efter den 13 augusti 2004, vare sig i form av ett avtal eller genom ett samordnat förfarande. Den sista skrivelsen som rör den franska marknaden är E.ON Ruhrgas interna skrivelse kallad ”briefing” av den 26 juni 2004 angående sammanträdet ”Tour d’horizon” den 2 juli 2004, vilket ägde rum före den 13 augusti 2004, det vill säga datumet för 2004 års avtal. När det närmare gäller de sammanträden och utbyten vid vilka de aktuella företagen, såsom angetts i skäl 307 i det angripna beslutet, diskuterade sina respektive strategier på varandras nationella marknader efter augusti 2004, påpekar tribunalen att kommissionen i nämnda skäl inte hänvisar till någon specifik skriftlig handling angående något sammanträde som rörde den franska marknaden. De handlingar som rör sammanträden som ägt rum efter den 13 augusti 2004, som nämns i skälen 123, 124 och 130–136 i det angripna beslutet, avser endast den tyska gasmarknaden och inte den franska marknaden.
- 243 Denna avsaknad av skriftlig bevisning medges för övrigt indirekt av kommissionen i dess inlagor, eftersom den gör gällande att den fortsatta överträdelsen i Frankrike följer av det ömsesidiga åtagandet om uppdelning av marknaderna och avsaknaden av någon omständighet som pekar på ett upphörande som enbart var tillämpligt på den franska marknaden.
- 244 När det gäller de begränsningar beträffande uttagpunkter på MEGAL-ledningen som kunde gälla för Ruhrgas i Frankrike, bland annat de begränsningar som kan följa av bilaga 2 till MEGAL-avtalet, har sådana begränsningar inte ens åberopats av kommissionen. I skälen 299, 300 och 307 i det angripna beslutet hänvisar kommissionen endast till de avtalsrättsliga begränsningar som hindrar GDF från att använda uttagpunkterna på nämnda gasledning i Tyskland för försörjning av kunder. Oaktat de bestämmelser i bilaga 2 till MEGAL-avtalet som rör GDF, konstaterar tribunalen att E.ON Ruhrgas under alla omständigheter kunde ta ut gas från MEGAL-ledningen för att sälja den i Frankrike, även om denna försäljning endast motsvarade en ringa del av marknaden och endast omfattade få kunder, såsom framgår av skälen 73 och 101 i det angripna beslutet.
- 245 Tribunalen påpekar slutligen att kommissionens påstående, i skäl 304 i det angripna beslutet, att det förhållandet att de aktuella företagen hade förhandlat fram ett nytt avtal pekade på att dessa fortfarande kände sig bundna av det befintliga avtalet, eller kommissionens påstående att i avsaknad av ett nytt avtal, var det tidigare avtalet fortfarande i kraft, inte kan anses utgöra tillräckligt stöd för kommissionens slutsatser beträffande den franska marknaden. Sådana överväganden kan inte anses utgöra tillräckligt exakta och konsekventa bevis för att överträdelsen fortsatte i Frankrike efter 2004 års avtal.
- 246 Tribunalen konstaterar således att kommissionen i det angripna beslutet inte har anfört någon omständighet med stöd av vilken det går att dra slutsatsen att den aktuella överträdelsen fortsatte i Frankrike efter 2004 års avtal.
- 247 Med hänsyn till att det i artikel 1 i det angripna beslutet görs en åtskillnad mellan överträdelsens varaktighet på den tyska marknaden och dess varaktighet på den franska marknaden, är kommissionen även skyldig att underbygga sin slutsats beträffande den sistnämnda marknaden. Eftersom kommissionen i artikel 1 fastställde att överträdelsen pågick under olika lång tid på den tyska marknaden och den franska marknaden, är kommissionen med andra ord skyldig att förebibringen den bevisning som är nödvändig för att styrka att det förelåg en överträdelse på dessa båda marknader under de båda anförda tidsperioderna. Bevisbördan för att överträdelsen ägt rum, och därmed för dess varaktighet, åligger nämligen kommissionen (se domen i de ovan i punkt 169 nämnda förenade målen JFE Engineering m.fl. mot kommissionen, punkt 341 och där angiven rättspraxis).

- 248 Dessa överväganden påverkas inte av det förhållandet att överträdelsen utgör en enda, fortlöpande överträdelse. Denna omständighet, som avser karaktären på den konstaterade överträdelsen, saknar nämligen betydelse för det förhållandet att kommissionen – med hänsyn till att den avsiktligt i artikeldelen i det angripna beslutet angav en separat varaktighet för överträdelsen på den franska marknaden och på den tyska marknaden – var skyldig att styrka de tidsperioder som angetts.
- 249 Tribunalen godtar inte heller kommissionens argument att leveransförbuden grundade sig på ett avtal om ömsesidiga åtaganden, eftersom en sådan omständighet, även om det antas att leveransförbuden grundade sig på ett avtal om ömsesidiga åtaganden, inte i sig kan styrka att den aktuella överträdelsen inte upphörde trots ingåendet av 2004 års avtal.
- 250 Mot bakgrund av det ovanstående konstaterar tribunalen att kommissionen inte har förebringat någon skriftlig bevisning för den aktuella överträdelsen på den franska marknaden efter 2004 års avtal.

– De aktuella företagens beteende efter avregleringen av gasmarknaderna

- 251 Det följer av fast rättspraxis att den konkurrensordning som inrättats genom artiklarna 81 EG och 82 EG innebär att det är de ekonomiska följderna av avtalen eller av varje annan motsvarande form av samverkan eller koordination som är av intresse, snarare än avtalets juridiska form. Vad följaktligen beträffar överenskommelser som inte längre är i kraft är det, för att artikel 81 EG ska vara tillämplig, tillräckligt att överenskommelserna fortsätter att ha verkan även efter den tidpunkt då de formellt har upphört att gälla. Av detta följer att den tid som en överträdelse pågått inte ska bedömas i förhållande till den period under vilken avtalet är i kraft, utan i förhållande till den period under vilken de kritiserade företagen har agerat på ett sätt som strider mot artikel 81 EG (se förstainstansrättens dom av den 12 december 2007 i de förenade målen T-101/05 och T-111/05, BASF och UCB mot kommissionen, REG 2007, s. II-4949, punkt 187 och där angiven rättspraxis).
- 252 Tribunalen godtar inte, såsom har visats ovan i punkterna 169–245, sökandens argument som syftar till att visa att det aktuella avtalet upphörde att gälla före augusti 2004 för den franska marknaden och före september 2005 för den tyska marknaden. Eftersom förekomsten av en överträdelse och, när det gäller den tyska marknaden, den fortsatta tillämpningen av avtalet trots ett formellt upphävande har styrkts med stöd av skriftlig bevisning, är det inte nödvändigt att pröva de aktuella företagens beteende för ovan nämnda tidsperioder och marknader. Det följer nämligen av fast rättspraxis att detta saknar betydelse, även om det antas att nämnda företag inte har tillämpat det aktuella avtalet och antagit ett självständigt beteende efter avregleringen av gasmarknaderna, eftersom de faktiska verkningarna av ett avtal inte behöver beaktas om avtalets syfte är att begränsa, hindra eller snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden (se förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-23/99, LR AF 1998 mot kommissionen, REG 2002, s. II-1705, punkt 47 och där angiven rättspraxis). Dessutom följer det av rättspraxis, såsom tribunalen erinrat om ovan i punkt 234, att det endast är relevant att påvisa att omständigheter förelegat som kastar ett annat ljus över de omständigheter som kommissionen styrkt – och varigenom en annan sannolik förklaring skulle kunna ges än den som kommissionen lagt till grund för slutsatsen att en överträdelse av gemenskapens konkurrensregler förelegat – om kommissionen enbart lägger de aktuella företagens uppträdande på marknaden till grund för slutsatsen att det föreligger en överträdelse.
- 253 När det däremot gäller den franska gasmarknaden efter den 10 augusti 2004, framgår det ovan av punkterna 241–245 att kommissionen i det angripna beslutet inte har anfört någon omständighet som kan styrka att upphävandet av avtalet var fiktivt. Med hänsyn till den rättspraxis som nämns ovan i punkt 252, är det följaktligen av väsentlig betydelse att fastställa huruvida kommissionen har visat att avtalet, efter dess formella upphörande, fortsatte att ha verkan på den franska marknaden.
- 254 I det angripna beslutet åberopade inte kommissionen E.ON Ruhrgas beteende på den franska marknaden för att visa att den konkurrensbegränsande samverkan fortsatte på denna marknad. I synnerhet hänvisade inte kommissionen till E.ON Ruhrgas försäljning i Frankrike, trots att kommissionen i skäl 300 i det angripna beslutet gjorde en sådan hänvisning beträffande GDF:s försäljning i Tyskland.

- 255 Vidare följer det av den bevisning som sökandena har förebringat att E.ON Ruhrgas ökade sin försäljning av gas i Frankrike väsentligt under åren 2004/2005 (se bland annat skäl 73 i det angripna beslutet). Även om E.ON Ruhrgas försäljning i Frankrike låg kvar på en låg nivå år 2004 och år 2005 samt endast omfattade en begränsad krets kunder, bekräftar försäljningsnivån att den aktuella överträdelsen upphörde efter augusti 2004 på den franska marknaden.
- 256 Av det ovanstående följer att kommissionen inte har visat att den aktuella överträdelsen, såvitt avser den franska gasmarknaden, fortsatte efter den 10 augusti 2004 och fram till den 30 september 2005.
- 257 Talan ska således bifallas till viss del med stöd av den andra grunden, och artikel 1 i det angripna beslutet ska ogiltigförklaras i den del det konstateras att det förelåg en överträdelse i Frankrike under perioden den 13 augusti 2004 till den 30 september 2005.

Den tredje grunden: Huruvida kommissionen åsidosatte likabehandlingsprincipen

- 258 I förevarande grund har sökandena i huvudsak gjort gällande att kommissionen åsidosatte likabehandlingsprincipen genom att påföra dem böter, trots att den tidigare inte gjort det i liknande ärenden (ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL).
- 259 Tribunalen understryker att syftet med artikel 23.2 i förordning nr 1/2003 är att kommissionen ska ges befogenhet att ålägga böter för att den ska kunna fullgöra sin kontrolluppgift enligt unionsrätten (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80-103/80, *Musique diffusion française m.fl. mot kommissionen*, REG 1983, s. 1825, punkt 105, svensk specialutgåva, volym 7, s. 133, och förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-224/00, *Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen*, REG 2003, s. II-2597, punkt 105). I denna uppgift ingår såväl undersökning och bestraffning av enskilda överträdelser som plikten att föra en allmän politik som syftar till att på konkurrensområdet tillämpa de principer som fastställts i fördraget och påverka företagets beteende i denna riktning. Av detta följer att kommissionen ska se till att böterna har en avskräckande verkan (tribunalens dom av den 28 april 2010 i de förenade målen T-456/05 och T-457/05, *Gütermann och Zwicky mot kommissionen*, REU 2010, s. II-1443, punkt 79).
- 260 Vidare erinrar tribunalen om att enligt fast rättspraxis utgör kommissionens tidigare beslutspraxis inte den rättsliga ramen för åläggande av böter på konkurrensområdet, eftersom det endast är i förordning nr 1/2003 och i riktlinjerna som denna rättsliga ram definieras (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i mål T-203/01, *Michelin mot kommissionen*, REG 2003, s. II-4071, punkt 254 och där angiven rättspraxis). Beslut i andra ärenden är således enbart vägledande vid fastställande av om det förekommer diskriminering, eftersom det är föga troligt att omständigheterna i dessa ärenden, såsom marknader, produkter, företag och aktuella perioder, är identiska (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 7 juni 2007 i mål C-76/06 P, *Britannia Alloys & Chemicals mot kommissionen*, REG 2007, s. I-4405, punkt 60).
- 261 Inte desto mindre måste kommissionen, liksom varje institution i all sin verksamhet, iakttä likabehandlingsprincipen, som innebär att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling, när den ålägger ett företag böter på grund av överträdelse av konkurrensreglerna (se förstainstansrättens dom av den 13 januari 2004 i mål T-67/01, *JCB Service mot kommissionen*, REG 2004, s. II-49, punkt 187 och där angiven rättspraxis).
- 262 Kommissionens tidigare beslut angående böter kan emellertid endast vara relevanta med avseende på iakttagandet av principen om likabehandling om det visas att de faktiska omständigheterna i de ärenden som dessa tidigare beslut gäller, nämligen marknaderna, produkterna, länderna, företagen och de berörda tidsperioderna är jämförbara med dem i förevarande mål (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 201 nämnda målet *Archer Daniels Midland mot kommissionen*, punkt 316 och där angiven rättspraxis).

- 263 I förevarande fall är de faktiska omständigheterna i de ärenden som ligger till grund för de tidigare beslut som återopats av sökandena inte jämförbara med omständigheterna i förevarande mål, vilket innebär att dessa beslut inte är relevanta med avseende på iakttagandet av principen om likabehandling, såsom krävs enligt den rättspraxis som nämns ovan i punkt 262.
- 264 Det förhållandet att de berörda beteendena har ägt rum inom gassektorn under motsvarande period, vilken kännetecknas av avreglering och således en omfattande utveckling inom sektorn, kan i sig nämligen inte styrka att omständigheterna i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL är jämförbara med omständigheterna i förevarande mål.
- 265 I ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL beaktade kommissionen det förhållandet att det rörde sig om det första beslutet angående geografiska begränsningar inom gassektorn. Detta är emellertid inte fallet beträffande förevarande mål.
- 266 Vidare skiljer sig de berörda begränsningarna åt vad gäller deras karaktär. De begränsningar som behandlades i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL utgjorde vertikala begränsningar, eftersom de följde dels av ett transitavtal, dels av ett avtal som kunde anses utgöra ett överföringsavtal eller ett avtal om köp och försäljning. Det framkom vidare av kommissionens granskning i dessa ärenden beträffande tillämpligheten av artikel 81.3 EG att kommissionen själv ansåg att begränsningarna utgjorde vertikala begränsningar. Detta är emellertid inte fallet i förevarande mål, där det är fråga om en horisontell begränsning, eftersom den följer av ett avtal mellan två leverantörer angående användningen av en gasledning och avser deras respektive möjligheter att sälja gas på varandras respektive marknad. Såsom kommissionen har påpekat skiljer sig dessutom ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL åt från förevarande mål på så sätt att dessa ärenden rörde en avtalsbestämmelse som ensidigt begränsade det territorium inom vilket ENI och ENEL kunde använda den gas som omfattades av avtalet, medan detta inte är fallet i förevarande mål där begränsningen avser de aktuella företagens respektive territorier.
- 267 Tvärtemot sökandenas påståenden, framgår det slutligen av den bevisning som tillförts akten i målet (se bland annat ovan punkt 191) att parterna till det aktuella avtalet hade kännedom om att deras beteende var olagligt, åtminstone från och med början av 2000-talet. Sökandena kan således inte återropa god tro för att behandlas på samma sätt som de berörda företagen i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL, vilka inte kände till att deras beteende stred mot konkurrensrätten.
- 268 Tribunalen finner, med hänsyn till ovan angivna skillnader, att det förhållandet att överträdelserna berörde företag av jämförbar storlek och identiska eller jämförbara medlemsstater inte medför att situationerna kan anses vara jämförbara.
- 269 Mot denna bakgrund konstaterar tribunalen, tvärtemot vad sökandena har påstått, att de aktuella beteendena i förevarande mål och i ärendena GDF/ENI och GDF/ENEL inte är jämförbara och inte är av samma karaktär. Talan kan således inte bifallas på den grund som avser ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

Den fjärde grunden: Huruvida de påstådda överträdelserna till följd av 1975 års avtal är preskriberade

- 270 Sökandena har gjort gällande att eftersom kommissionens befogenhet att påföra böter är underkastad en preskriptionsfrist på fem år och eftersom preskriptionstiden avbröts genom de kontroller som genomfördes den 16 maj och den 17 maj 2006, kan sökandena endast lastas för de omständigheter som ägde rum efter den 16 maj 2001. Sökandena anser att de i den andra grunden har visat att de påstådda överträdelserna hade upphört precis efter avregleringen av gasmarknaderna i april 1998 beträffande Tyskland och i augusti 2000 beträffande Frankrike.
- 271 Såsom följer av tribunalens överväganden angående den andra grunden som återopats av sökandena, upphörde de aktuella överträdelserna i september 2005 när det gäller överträdelserna i Tyskland och i augusti 2004 när det gäller överträdelserna i Frankrike. De omständigheter som var föremål för utredning var således inte preskriberade vid tidpunkten för kommissionens kontroller.

272 Talan kan följaktligen inte bifallas på sökandenas fjärde grund.

Den femte grunden: Huruvida den andra sökanden är ansvarig för den första sökandens ageranden

273 Sökandena har gjort gällande att den andra sökanden inte kan hållas ansvarig för den aktuella överträdelsen, eftersom denna sökande inte direkt deltog i överträdelsen, och eftersom presumptionen att ett moderbolag utövar ett avgörande inflytande över ett helägt dotterbolags beteende har motbevisats.

274 Tribunalen finner det lämpligt att först pröva det andra påståendet.

275 Enligt fast rättspraxis kan ett dotterbolags beteende tillskrivas moderbolaget bland annat då dotterbolaget, trots att det är en fristående juridisk person, inte självständigt bestämmer sitt beteende på marknaden, utan i huvudsak tillämpar instruktioner som det får av moderbolaget (se domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, REG 2009, s. I-8237, punkt 58 och där angiven rättspraxis).

276 Det förhåller sig nämligen så, eftersom moder- och dotterbolag i en sådan situation ingår i samma ekonomiska enhet och följaktligen utgör ett och samma företag. Den omständigheten att ett moderbolag och dess dotterbolag utgör ett och samma företag i den mening som avses i artikel 81 EG ger kommissionen möjlighet att tillstålla moderbolaget ett beslut att påföra böter utan att det krävs att moderbolaget personligen deltagit i överträdelsen (domen i det ovan i punkt 275 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 59).

277 I det specifika fallet då ett moderbolag innehar 100 procent av kapitalet i ett dotterbolag som överträtt gemenskapens konkurrensregler kan detta moderbolag utöva ett avgörande inflytande på dotterbolagets beteende. Vidare föreligger det en presumtion som kan motbevisas om att moderbolaget verkligen utövar ett avgörande inflytande på dotterbolagets beteende (se domen i det ovan i punkt 275 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 60 och där angiven rättspraxis).

278 Under dessa omständigheter är det tillräckligt att kommissionen visar att moderbolaget innehade hela aktiekapitalet i ett dotterbolag för att det ska presumeras att moderbolaget utövar ett avgörande inflytande på dotterbolagets affärspolitik. Kommissionen kan då hålla moderbolaget solidariskt ansvarigt för betalning av de böter som påförs dotterbolaget, förutsatt att moderbolaget, på vilket det ankommer att motbevisa presumptionen, inte kan förete tillräcklig bevisning för att visa att dotterbolaget således agerar självständigt på marknaden (se domen i det ovan i punkt 275 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 61 och där angiven rättspraxis).

279 Tribunalen ska härvid beakta samtliga relevanta omständigheter som rör de ekonomiska, organisatoriska och juridiska banden mellan dotterbolaget och dess moderbolag. Sådana band kan variera från fall till fall (domen i det ovan i punkt 275 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 74).

280 Denna bedömning ska i synnerhet inte inskränkas till enbart omständigheter som i strikt mening hänför sig till dotterbolagets affärspolitik, såsom distributions- eller prisstrategi. Det räcker inte att visa att det är dotterbolaget som styr dessa specifika delar av affärspolitiken, utan att erhålla några riktlinjer i detta avseende, för att fastställa dotterbolagets självständighet. Huruvida moderbolaget har blandat sig i dotterbolagets löpande verksamhet är i ännu mindre grad relevant (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 275 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 73, och generaladvokaten Kokotts förslag till avgörande inför denna dom, REG 2009, s. I-8241, punkterna 87–94).

281 I förevarande fall ansåg kommissionen i skälen 280 och 281 i det angripna beslutet att E.ON skulle anses ha utövat ett bestämmande inflytande och en effektiv kontroll över E.ON Ruhrgas, eftersom E.ON innehade hundra procent av aktiekapitalet i E.ON Ruhrgas och inte hade motbevisat presumptionen i enlighet med den rättspraxis som nämns ovan i punkt 277.

- 282 Tribunalen påpekar att det är utrett att E.ON innehar hela aktiekapitalet i E.ON Ruhrgas sedan januari 2003. Sökandena anser däremot att de har motbevisat presumtionen, eftersom E.ON endast är ett holdingbolag utan någon egen operativ verksamhet. Sökandena anser dessutom att det förhållandet att E.ON:s styrelseordförande vid ett sammanträde den 27 maj 2004 medgav att denne inte kände till omstruktureringen av avtalskonstruktionen för MEGAL-ledningen, visar att moderbolaget inte hade något inflytande över dotterbolagets affärspolitik.
- 283 När det gäller sökandenas påstående att E.ON är ett holdingbolag som inte blandar sig i E.ON Ruhrgas affärsverksamhet, påpekar tribunalen att enbart denna omständighet inte räcker för att utesluta att moderbolaget utövar ett avgörande inflytande på detta dotterbolag. I en koncern är ett holdingbolag ett bolag som har till uppgift att samla innehaven i olika bolag och vars syfte är att säkerställa en enhetlig förvaltning (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 8 oktober 2008 i mål T-69/04, Schunk och Schunk Kohlenstoff-Technik mot kommissionen, REG 2008, s. II-2567, punkt 63).
- 284 Enligt sökandena är E.ON:s styrelse ansvarig för "E.ON:s ledning i egenskap av integrerat elföretag" och "[detta] omfattar företagets strategiska utveckling, dess politik och finansieringsåtgärder, dess allmänna inriktning på marknaden samt dess riskhantering och kontinuerliga optimering av dess portfölj". Dessa uttalanden bekräftar således att E.ON:s funktion var att säkerställa en enhetlig förvaltning och samordning, vilken var ägnad att påverka E.ON Ruhrgas beteende på marknaden.
- 285 Vidare finner tribunalen mot bakgrund av sökandenas påståenden som nämnts ovan i punkt 284, särskilt beträffande den omständigheten att E.ON är ansvarig för den allmänna inriktningen på marknaden, att det förhållandet att E.ON:s styrelseordförande inte kände till detaljerna i omstruktureringen av avtalskonstruktionen avseende MEGAL-ledningen inte är tillräckligt för att visa att Ruhrgas agerade självständigt på marknaden, eftersom det endast är fråga om en enstaka omständighet och dessutom synnerligen teknisk.
- 286 Dessutom följer det av protokollet från sammanträdet den 27 maj 2004 att även om styrelseordföranden inte hade kännedom om detaljerna i omstruktureringen, kände han inte desto mindre till det förhållandet att GDF önskade sälja gas i Tyskland från MEGAL-ledningen. Detta utgör ytterligare en omständighet som pekar på moderbolagets intresse av de kommersiella frågor som rörde dotterbolagets verksamhet.
- 287 Härav följer att tribunalen inte godtar sökandenas andra påstående till stöd för denna grund om att presumtionen om att moderbolaget utövade ett avgörande inflytande på det helägda dotterbolagets beteende hade motbevisats. Det har nämligen inte visats att dotterbolaget fastställde sitt beteende på marknaden på ett självständigt sätt. Det är således inte nödvändigt att pröva kommissionens argument att dessa handlingar inte kan upptas till sakprövning på grund av att de företeddes för första gången vid tribunalen.
- 288 Eftersom E.ON kunde hållas ansvarig för överträdelsen i egenskap av moderbolag som innehar hundra procent av dotterbolagets aktiekapital, konstaterar tribunalen att det första påståendet till stöd för denna grund är verkningslöst. Även om det upptogs till prövning, skulle det inte kunna påverka frågan om ansvaret för överträdelsen.
- 289 När det gäller det första påståendet som åberopats av sökandena till stöd för denna grund, påpekar tribunalen att kommissionen i skäl 280 i det angripna beslutet, under alla omständigheter, konstaterade att E.ON varit direkt delaktig i överträdelsen från och med år 2003, vilket var det datum då E.ON Ruhrgas förvärvades, och att E.ON var direkt inblandat i sistnämnda företags verksamhet. Till stöd för detta påstående hänvisade kommissionen till ett sammanträde den 27 maj 2004 mellan GDF och E.ON:s styrelseordförande, under vilket denne framförde klagomål på GDF:s aggressiva beteende i Tyskland och försäkrade att E.ON inte önskade inträda på den franska marknaden på ett aggressivt sätt.
- 290 Sökandena har hävdat att detta sammanträde inte visar att E.ON var direkt delaktigt i överträdelsen, dels med hänsyn till att detta sammanträde inte kan utgöra en självständig överträdelse av artikel 81 EG och dels med hänsyn till att kommissionen gjorde en oriktig bedömning av sammanträdets innehåll, eftersom det inte rörde MEGAL-ledningen utan E.ON:s förvärvsstrategier.

- 291 Det är visserligen riktigt att kommissionen inte har påstått att sammanträdet den 27 maj 2004 utgjorde en självständig överträdelse av artikel 81 EG. Det framgår dock av protokollet från detta sammanträde att E.ON:s styrelseordförande hävdade att ”den västra gränsen för E.ON:s verksamhet i Kontinentaleuropa [var] Tysklands västra gräns: något särskilt intresse för Frankrike eller Spanien saknas”, men att ”[det däremot förelåg] ett intresse för Italien och Schweiz”. Det finns ingenting i protokollets innehåll eller i dess sammanhang som utgör stöd för att dessa uttalanden avsåg verksamhet i form av sammanslagningar eller förvärv, såsom sökandena har gjort gällande.
- 292 Tvärtom rör ovanstående uppgifter som nämns i protokollet från sammanträdet den 27 maj 2004 företagets affärsstrategi, särskilt GDF:s affärsstrategi. Detta företag fortsatte att uppfattas som att det hade ett aggressivt och farligt beteende på den tyska marknaden, såsom framgår av skäl 121 i det angripna beslutet.
- 293 Tribunalen godtar följaktligen inte sökandenas argument.
- 294 Mot bakgrund av det ovanstående finner tribunalen att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den ansåg att moderbolaget E.ON kunde hållas ansvarigt för E.ON Ruhrgas beteende. Talan kan således inte bifallas på den femte grund som anförts av sökandena.

2. Yrkandena om en nedsättning av bötesbeloppet

- 295 Till stöd för sina yrkanden om nedsättning av bötesbeloppet har sökandena anfört en enda grund avseende att kommissionen beräknat bötesbeloppet felaktigt.
- 296 Sökandena har hävdat att kommissionen gjorde ett fel vid beräkningen av böterna, eftersom den aktuella överträdelsen på den franska marknaden upphörde i augusti 2004 och inte i september 2005. De böter som påförts sökandena bör således nedsättas i motsvarande mån. I repliken har sökandena preciserat att kommissionen vid beräkningen av bötesbeloppet under alla omständigheter inte borde ha beaktat den första sökandens omsättning efter år 2004.
- 297 Det framgår av prövningen av den andra grunden att kommissionen inte har visat att den aktuella överträdelsen, såvitt avser den franska gasmarknaden, pågick efter den 13 augusti 2004 och fram till den 30 september 2005.
- 298 Tribunalen ska således ändra det angripna beslutet för att vid fastställandet av det slutliga bötesbelopp som ska påföras sökandena beakta den tid som överträdelsen pågick på den franska marknaden, det vill säga från och med den 10 augusti 2000 (se ovan punkt 93) till och med den 13 augusti 2004 (se ovan punkt 257). Tribunalen finner för övrigt att det inte föreligger något skäl som har samband med omständigheter som omfattas av tvingande rätt och som tribunalen är skyldig att behandla ex officio (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 8 december 2011 i mål C-389/10 P, KME Germany m.fl. mot kommissionen, REU 2011, s. I-12789, punkt 131) som motiverar en nedsättning av de böter som påförts sökandena.
- 299 Om tribunalen använder den metod som kommissionen tillämpade för att fastställa böterna, vilken framgår av skälen 339 och 358–391 i det angripna beslutet, det vill säga (utgångsandel tillämpad på den genomsnittliga årliga försäljningen i Frankrike x överträdelsens varaktighet i Frankrike) + (ingångsandel tillämpad på den genomsnittliga årliga försäljningen i Frankrike) + (utgångsandel tillämpad på den genomsnittliga årliga försäljningen i Tyskland x överträdelsens varaktighet i Tyskland) + (ingångsandel tillämpad på den genomsnittliga årliga försäljningen i Tyskland), med tillämpning av de ändrade uppgifterna angående överträdelsens varaktighet i Frankrike (4 år i stället för 5,5 år) och den genomsnittliga försäljningen i proportion till överträdelsen på den franska marknaden för att beakta det förhållandet att tribunalen delvis har ogiltigförklarat det angripna beslutet, borde det bötesbelopp som ska påföras sökandena uppgå till 267 miljoner euro.

- 300 Tribunalen erinrar emellertid om att den fulla prövningsrätt som tribunalen tillerkänns enligt artikel 31 i förordning nr 1/2003 med tillämpning av artikel 229 EG innebär – utöver en kontroll av påföljdens laglighet, vilken endast tillåter den att ogilla talan om ogiltigförklaring eller upphäva den ifrågasatta rättsakten – att den har behörighet att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning och följaktligen befogenhet att ändra den omtvistade rättsakten, även om den inte ogiltigförklaras, för att, exempelvis, med beaktande av samtliga faktiska omständigheter, ändra det bötesbelopp som påförts, när frågan om detta har väckts (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 8 februari 2007 i mål C-3/06 P, Group Danone mot kommissionen, REG 2007, s. I-1331, punkterna 61 och 62, och dom av den 3 september 2009 i mål C-534/07 P, Prym och Prym mot kommissionen, REG 2009, s. I-7415, punkt 86 och där angiven rättspraxis).
- 301 Det ska i detta hänseende påpekas att tribunalen varken är bunden av kommissionens beräkningar eller dess riktlinjer när den avgör en talan i enlighet med sin fulla prövningsrätt (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 251 nämnda förenade målen BASF och UCB mot kommissionen, punkt 213 och där angiven rättspraxis), utan ska göra sin egen bedömning med beaktande av samtliga omständigheter i målet.
- 302 Tribunalen finner i förevarande fall att en tillämpning av den metod som kommissionen använt för att fastställa böterna, vilken återgetts ovan i punkt 299, inte tar hänsyn till samtliga relevanta omständigheter.
- 303 En tillämpning av denna metod med användande av de ändrade uppgifterna rörande varaktigheten av överträdelsen i Frankrike och den genomsnittliga försäljningen i proportion till överträdelsen på den franska marknaden under denna period, medför nämligen en minskning av de böter som påförts sökandena som i förhållande till betydelsen av det konstaterade felet i hög utsträckning är oproportionerlig. Trots att det fel som kommissionen gjort enbart avser den franska marknaden och omfattar 12,5 månader av de 5 år och 1,5 månad som ursprungligen konstaterats av kommissionen beträffande överträdelsen på denna marknad, leder nämligen en tillämpning av kommissionens metod till en nedsättning av böterna med mer än 50 procent.
- 304 Dessutom medför en tillämpning av kommissionens metod vid fastställandet av bötesbeloppet att betydelsen av den överträdelse som begåtts på den tyska marknaden underskattas i förhållande till den överträdelse som begåtts på den franska marknaden.
- 305 Efter att ha hört parterna vid förhandlingen angående de eventuella konsekvenserna för bötesbeloppet av en delvis ogiltigförklaring av det angripna beslutet såvitt avser fastställandet av bötesbeloppet med hänsyn till överträdelsens varaktighet, samt med beaktande av samtliga ovanstående överväganden, särskilt punkterna 303 och 304 ovan, beslutar tribunalen med hänsyn till samtliga omständigheter i förevarande mål, och i synnerhet den aktuella överträdelsens varaktighet och allvar, att fastställa det slutliga bötesbelopp som påförs sökandena till 320 miljoner euro.

Rättegångskostnader

- 306 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Enligt artikel 87.3 första stycket i rättegångsreglerna kan tribunalen emellertid besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin kostnad om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter, eller om särskilda omständigheter motiverar det.
- 307 Mot bakgrund av att vardera parten delvis tappat målet, fastställer tribunalen att vardera parten ska bära sina rättegångskostnader.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (femte avdelningen)

följande:

- 1) **Artikel 1 i kommissionens beslut K (2009) 5355 slutlig av den 8 juli 2009 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/39.401 – E.ON/GDF) ogiltigförklaras dels i den del det konstateras att överträdelsen i Tyskland pågick från den 1 januari 1980 till åtminstone den 24 april 1998, och dels i den del det konstateras att det förelåg en överträdelse i Frankrike mellan den 13 augusti 2004 och den 30 september 2005.**
- 2) **Det bötesbelopp som påförs E.ON Ruhrgas AG och E.ON AG enligt artikel 2 a i beslut K (2009) 5355 slutlig fastställs till 320 miljoner euro.**
- 3) **Talan ogillas i övrigt.**
- 4) **Vardera parten ska bära sina rättegångskostnader.**

Papasavvas

Vadapalas

O'Higgins

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 29 juni 2012.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Tillämpliga bestämmelser	1
1. Unionsrätten	2
2. Nationell rätt	2
Fransk rätt	3
Bakgrund till tvisten	3
1. De berörda företagen	3
2. MEGAL-avtalet	4
3. Det administrativa förfarandet	5
Det angripna beslutet	5
Förfarandet och parternas yrkanden	7
Rättslig bedömning	8
1. Yrkandet om att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras	8
Den första grunden: Huruvida kommissionen åsidosatte artikel 81.1 EG	8
– Den första delgrunden	9
– Den andra delgrunden	11
– Den tredje delgrunden	16
– Den fjärde delgrunden	18
– Den femte delgrunden	19
– Den sjätte delgrunden	21
Den andra grunden: Huruvida kommissionen gjort en felaktig rättstillämpning vid bedömningen av överträdelsens varaktighet	21
– Den aktuella överträdelsens upphörande	22
– De aktuella företagens beteende efter avregleringen av gasmarknaderna	33
Den tredje grunden: Huruvida kommissionen åsidosatte likabehandlingsprincipen	34
Den fjärde grunden: Huruvida de påstådda överträdelserna till följd av 1975 års avtal är preskriberade	35
Den femte grunden: Huruvida den andra sökanden är ansvarig för den första sökandens ageranden ..	36
2. Yrkandena om en nedsättning av bötesbeloppet	38
ECLI:EU:T:2012:332	41

Rättegångskostnader 39