



Rättsfallssamlingen

TRIBUNALENS DOM (sjätte avdelningen)

27 september 2012 *

”Konkurrens — Konkurrensbegränsande samverkan — Nederländska marknaden för vägbitumen —
Beslut i vilket en överträdelse av artikel 81 EG konstateras — Ansvar för överträdelsen —
Gemensam kontroll — Böter — Försvårande omständigheter — Uppmuntrande eller ledande roll —
Upprepade överträdelser — Överträdelsens varaktighet — Rätten till försvar —
Obegränsad behörighet — Företagets förhållningssätt under det administrativa förfarandet”

I mål T-343/06,

Shell Petroleum NV, Haag (Nederländerna),

The Shell Transport and Trading Company Ltd, London (Förenade kungariket),

Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV, Rotterdam (Nederländerna),

inledningsvis företrätt av advokaterna O. Brouwer, W. Knibbeler och S. Verschuur, därefter av
O. Brouwer, W. Knibbeler och advokaten P. van den Berg,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företräd av F. Castillo de la Torre, i egenskap av ombud, biträdd av
advokaten L. Gyselen,

svarande,

angående en talan om, i första hand, ogiltigförklaring av kommissionens beslut K(2006) 4090 slutlig av
den 13 september 2006 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/F/38.456 – Bitumen
(Nederländerna)), i den del det angår sökandena, och i andra hand nedsättning av de böter som
påförts sökandena i nämnda beslut,

meddelar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen)

sammansatt av ordföranden M. Jaeger samt domarna N. Wahl och S. Soldevila Fragoso (referent),

justitiesekreterare: handläggaren N. Rosner,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingarna den 25 maj 2011 och den 26 januari 2012,

* Rättegångsspråk: engelska.

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

1. Sökandena

- 1 Shellkoncernen, som omfattar energibolag och petrokemiska bolag i hela världen, innehades fram till år 2005 av koncernens två moderbolag Koninklijke Nederlandsche Petroleum Maatschappij NV (nedan kallat KNPM) och The Shell Transport and Trading Company plc (nedan kallat STT plc). Dessa bolag innehade 60 respektive 40 procent av samtliga aktier i bolaget The Shell Petroleum Company Ltd (nedan kallat SPCo) och av samtliga aktier i bolaget Shell Petroleum NV (nedan kallat SPNV), vilket är ett holdingbolag som i sin tur innehade samtliga aktier i Shell Nederland BV. Det sistnämnda bolaget ägde 100 procent av Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV (nedan kallat SNV), vilket är den rättsliga enhet i Shellkoncernen som ansvarar för försäljningen av vägbitumen i Nederländerna. Bolaget Shell International BV, med säte i Nederländerna, är ett av de bolag i koncernen som ansvarar för att bistå med stöd till koncernen som helhet, till holdingbolagen och de rörelsedrivande bolagen, bland annat i juridiska frågor.
- 2 Den 20 juli 2005 förvärvade bolaget Royal Dutch Shell plc, med säte i Haag (Nederländerna), samtliga aktier i koncernens två tidigare moderbolag, KNPM och STT plc. KNPM upptogs helt i SPNV och finns inte längre kvar som juridisk enhet. Moderbolaget Royal Dutch Shell plc innehar alltsedan dess nästan alla aktier i SPNV, som i sin tur fortfarande innehar samtliga aktier i Shell Nederland och praktiskt taget alla aktier i The Shell Transport and Trading Company Ltd (nedan kallat STT), som efterträtt STT plc. Shell Nederland är fortfarande moderbolag, till 100 procent, till SNV.

2. Det administrativa förfarandet

- 3 I skrivelse av den 20 januari 2002 informerade bolaget British Petroleum (nedan kallat BP) Europeiska gemenskapernas kommission om att det skulle finnas en konkurrensbegränsande samverkan på marknaden för vägbitumen i Nederländerna. BP ansökte även om att få immunitet mot böter i enlighet med kommissionens meddelande av den 19 februari 2002 om immunitet mot böter och nedsättning av böter i kartellärenden (EGT C 45, s. 3) (nedan kallat meddelandet om samarbete).
- 4 Den 1 och den 2 oktober 2002 gjorde kommissionen oanmälda inspektioner, bland annat i SNV:s lokaler. Kommissionen begärde att ett flertal bolag skulle inkomma med upplysningar. SNV fick en sådan begäran den 30 juni 2003 och svarade på denna den 28 augusti 2003.
- 5 Representanter för Shell International träffade kommissionens tjänstemän den 8 augusti 2003 för att underrätta dem om sina avsikter att dels inleda en intern undersökning angående detta ärende, dels informera kommissionen om undersökningens resultat. Emellertid tillhandahölls inte några uppgifter, varken under detta möte eller direkt efter. Den 10 oktober 2003 gav SNV in en ansökan om tillämpning av meddelandet om samarbete. Kommissionen uppgav i detta avseende att upphovsmannen till det uttalande som bifogats ansökan enbart skulle behöva höras om vederbörande kunde lämna ytterligare uppgifter, utöver dem som fanns i uttalandet. Den anställde i fråga hördes aldrig.
- 6 Den 10 februari och den 5 april 2004 begärde kommissionen ytterligare upplysningar. Shell International svarade den 25 februari och den 27 april 2004.

- 7 Den 18 oktober 2004 inledde kommissionen ett förfarande i enlighet med 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) och antog ett meddelande om invändningar. Detta meddelande skickades den 19 oktober 2004 till ett flertal bolag, däribland SNV, SPNV, KNPM och STT plc.
- 8 Den 12 januari 2005 ansökte SNV om att få oinskränkt tillgång till alla de handlingar som fogats till kommissionens handlingar i ärendet efter det att meddelandet om invändningar hade skickats ut, särskilt till de andra bolagens svar på meddelandet om invändningar. Den 22 februari 2005 avslög kommissionen, genom den person som utsetts till förhørsombud i ärendet, ansökan. Skälet till avslaget var att de upplysningar som inkommit i det skedet i princip inte utgjorde en del av utredningsakten, såsom denna definierades i kommissionens tillkännagivande om tillgång till kommissionens handlingar i ärenden enligt artiklarna 81 EG och 82 EG, enligt artiklarna 53, 54 och 57 i EES-avtalet och enligt rådets förordning (EG) nr 139/2004 (EUT C 325, 2005, s. 7) (nedan kallat tillkännagivandet om tillgång till kommissionens handlingar), och att handlingarna i vart fall skulle kunna lämnas ut till SNV om kommissionen kom att lägga dem till grund för sitt beslut. Den 20 april 2005 upprepade SNV sin ansökan och bad att få tillgång till handlingarna innan de muntliga hörandena hölls. Den 4 maj 2005 upprepade nämnda förhørsombud kommissionens avslag. Den 24 maj 2006 gav kommissionen dock Royal Dutch Shell, SPNV och SNV tillgång till avsnitt i det svar som bolaget Koninklijke Volker Wessels Stevin (nedan kallat KWS) hade skickat. Dessa var avsnitt som kommissionen ville grunda sig på i beslutet och rörde kontakter mellan SNV och KWS som ägt rum före den 1 april 1994. Den 12 juni 2006 framställde Royal Dutch Shell, SPNV och SNV invändningar mot att de enbart fått tillgång till delar av handlingarna och ansökte på nytt om att få tillgång till samtliga svar i deras helhet.
- 9 Den 8 maj 2006 begärde kommissionen ytterligare upplysningar av SNV, SPNV och Royal Dutch Shell, för att få kännedom om deras omsättning för vägbitumen, däri inbegripet alla specialbitumenprodukter. Den 23 maj 2006 inkom dessa tre bolag med uppgifter om sina omsättningsnivåer. Beräkningarna hade gjorts med beaktande av omsättningen för Mexphalte C, som enligt dessa bolag var den enda specialbitumen som kunde ha någon anknytning till vägbygge. Bolagen preciserade dock att denna produkt inte omfattades av den konkurrensbegränsande samverkan.
- 10 Den 23 december 2005 underrättade Shellkoncernen kommissionen om att koncernens struktur hade ändrats, då den därefter i sin helhet ägdes av Royal Dutch Shell. Den 23 maj 2006 uppmärksammade Shellkoncernen kommissionen på att detta bolag inte hade existerat under den tid som överträdelsen pågick. Detta bolag bildades nämligen år 2002 med namnet Forthdeal Ltd, utan att på något sätt tillhöra Shellkoncernen, och blev Royal Dutch Shell i oktober 2004. Bolaget kan följaktligen inte anses vara en efterträdare till ett bolag i Shellkoncernen. Shellkoncernen gjorde även gällande att Royal Dutch Shell inte kunde hållas ansvarigt för SNV:s överträdelse, eftersom Royal Dutch Shell köpte samtliga aktier i SPNV efter slutet på överträdelseperioden.

3. *Det angripna beslutet*

- 11 Den 13 september 2006 antog kommissionen, efter det att de berörda bolagen hade hörts den 15 och 16 juni 2005, beslut K(2006) 4090 slutlig om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/F/38.456 – Bitumen (Nederländerna)) (nedan kallat det angripna beslutet). En sammanfattning av beslutet offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* den 28 juli 2007 (EUT L 196, s. 40). Beslutet delgavs sökandena SNV, SPNV och STT genom en skrivelse av den 25 september 2006.
- 12 I artikel 1 i det angripna beslutet angav kommissionen att de bolag som beslutet var riktat till hade deltagit i en sammanhängande och fortlöpande överträdelse av artikel 81 EG. Överträdelsen bestod i att, för köp och försäljning av vägbitumen i Nederländerna, tillsammans och regelbundet under de berörda perioderna ha fastställt bruttopriset, en enhetlig rabatt på bruttopriset till de

vägbyggnadsföretag som deltog i den konkurrensbegränsande samverkan (nedan kallade de stora vägbyggnadsföretagen eller W5) och en mindre maximirabatt på bruttopriset till andra vägbyggnadsföretag (nedan kallade de mindre vägbyggnadsföretagen).

- 13 Sökandena ansågs vara medansvariga till denna överträdelse, för tiden den 1 april 1994–15 april 2002, och ålades att solidariskt betala böter på 108 miljoner euro.
- 14 Vad gäller beräkningen av böterna gjorde kommissionen bedömningen att överträdelsen var mycket allvarlig med beaktande av överträdelsens art, även om den berörda geografiska marknaden var begränsad (skäl 316 i det angripna beslutet).
- 15 För att ta hänsyn till dels den specifika betydelsen av det otillåtna beteende som varje enskilt företag som deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan hade gjort sig skyldigt till, dels dess verkliga inverkan på konkurrensen, gjorde kommissionen skillnad mellan de berörda företagen i enlighet med deras relativa betydelse på den relevanta marknaden, beräknad utifrån deras marknadsandelar. Kommissionen delade således upp företagen i sex kategorier. Mot bakgrund av dessa överväganden fastställde kommissionen ett utgångsbelopp på 15 miljoner euro för sökandena (skäl 322 i det angripna beslutet). Kommissionen tillämpade även en multiplikator på 2 för att säkerställa böternas avskräckande verkan, med beaktande av koncernens storlek och omsättning (skäl 323 i det angripna beslutet).
- 16 Vad gäller överträdelsens varaktighet ansåg kommissionen att sökandena hade deltagit i en långvarig överträdelse, eftersom den hade pågått i över fem år. Kommissionen slog fast att överträdelsen totalt varat i åtta år, från den 1 april 1994 till den 15 april 2002, och höjde följaktligen utgångsbeloppet med 80 procent (skäl 326 i det angripna beslutet). Böternas grundbelopp, fastställt på grundval av överträdelsens allvar och varaktighet, bestämdes således till 54 miljoner euro för sökandena (skäl 335 i det angripna beslutet).
- 17 Kommissionen beaktade flera försvårande omständigheter vad gäller sökandena. Eftersom Shell redan varit föremål för tidigare kommissionsbeslut om konkurrensbegränsande samverkan, dels år 1986 (kommissionens beslut av den 23 april 1986, ärende IV/31.149 – Polypropen, EGT L 230, s. 1) (nedan kallat Polypropen-beslutet), dels år 1994 (kommissionens beslut av den 27 juli 1994, ärende IV/31.865 – PVC II, EGT L 74, s. 14) (nedan kallat PVC II-beslutet), ansåg kommissionen att böterna skulle höjas med ytterligare 50 procent av böternas grundbelopp på grund av upprepade överträdelser (skälen 336–338 i det angripna beslutet). Vidare ansåg kommissionen att sökandena hade haft en uppmuntrande och ledande roll i den konkurrensbegränsande samverkan. Detta motiverade ännu en höjning med 50 procent av böternas grundbelopp (skälen 342–349 i det angripna beslutet).
- 18 Kommissionen ansåg vidare att det inte fanns några förmildrande omständigheter som kunde göras gällande avseende sökandena. Den omständigheten att överträdelsen hade upphört innan undersökningen inleddes berättigar nämligen inte till någon annan belöning än den att överträdelseperioden begränsas (skälen 361–363 i det angripna beslutet).
- 19 Dessutom avlog kommissionen sökandenas begäran att såsom en förmildrande omständighet beakta deras effektiva samarbete – som utgjordes av deras svar på kommissionens begäran om upplysningar, det faktum att de vidgått de faktiska omständigheterna samt det att de infört en policy med sanktionsåtgärder och förebyggande åtgärder i detta avseende (skälen 367–371 i det angripna beslutet).
- 20 Kommissionen nekade slutligen till att, genom tillämpning av meddelandet om samarbete, nedsätta det bötesbelopp som sökandena påförts. Kommissionen ansåg nämligen att de uppgifter som sökandena hade lämnat inte hade ett betydande mervärde (skälen 394–396 i det angripna beslutet).

Förfarandet och parternas yrkanden

- 21 Sökandena väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 1 december 2006.
- 22 Mot bakgrund av referentens rapport beslutade tribunalen (sjätte avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och anmodade, som en åtgärd för processledning enligt artikel 64 i rättegångsreglerna, parterna att förete vissa handlingar, samt ställde vissa frågor. Parterna efterkom respektive begäran inom den utsatta fristen.
- 23 Parterna utvecklade sin talan och svarade på tribunalens muntliga frågor vid förhandlingen den 25 maj 2011.
- 24 Eftersom en domare på sjätte avdelningen hade fått förhinder, utsåg tribunalens ordförande, med stöd av artikel 32.3 i tribunalens rättegångsregler, sig själv så att sammansättningen blev fullständig.
- 25 Genom beslut av den 18 november 2011 återupptog tribunalen (sjätte avdelningen), i sin nya sammansättning, det muntliga förfarandet. Parterna underrättades om att de skulle ges möjlighet att utveckla sin talan vid en ny förhandling.
- 26 Parterna utvecklade sin talan vid denna förhandling den 26 januari 2012.
- 27 SPNV och STT har yrkat att tribunalen ska
- i första hand ogiltigförklara det angripna beslutet till den del det avser SPNV och STT,
 - i andra hand delvis ogiltigförklara det angripna beslutet, i den utsträckning som kommissionen i detta beslut fastställer att SPNV och STT åsidosatte artikel 81 EG från den 1 april 1994 till den 19 februari 1996, och nedsätta det bötesbelopp som de ålagts att betala,
 - i andra hand nedsätta det bötesbelopp som SPNV och STT ålagts att betala i det angripna beslutet,
 - förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet kostnaderna för betalning av hela eller delar av bötesbeloppet eller kostnaderna för ställande av bankgaranti, och
 - förordna om de ytterligare åtgärder som tribunalen finner lämpliga.
- 28 SNV har yrkat att tribunalen ska
- delvis ogiltigförklara det angripna beslutet, i den utsträckning som kommissionen i detta beslut fastställer att SNV har åsidosatt artikel 81 EG från den 1 april 1994 till den 19 februari 1996, och nedsätta det bötesbelopp som det ålagts att betala,
 - nedsätta det bötesbelopp som SNV ålagts att betala i det angripna beslutet,
 - förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna, inbegripet kostnaderna för betalning av hela eller delar av bötesbeloppet eller kostnaderna för ställande av bankgaranti, och
 - förordna om de ytterligare åtgärder som tribunalen finner lämpliga.
- 29 Kommissionen har yrkat att tribunalen ska
- ogilla talan, och

— förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

- 30 Sökandena har anfört fyra grunder till stöd för sin talan: de har hävdad att kommissionen gjorde sig skyldig till sakfel och felaktig rättstillämpning, när den slog fast att SPNV och STT (tidigare STT plc) var ansvariga för en överträdelse begången av SNV. Kommissionen påstås ha åsidosatt en väsentlig formföreskrift och sökandenas rätt till försvar, när den vägrade att lämna ut samtliga svar på meddelandet om invändningar från de andra bolagen. Kommissionen påstås därtill ha gjort sig skyldig till sakfel och felaktig rättstillämpning, när den beräknade böternas grundbelopp och när den bedömde överträdelsens varaktighet. Sökandena har slutligen klandrat kommissionen för att den funnit att SNV var anstiftare till och ledare för den konkurrensbegränsande samverkan och för att den höjt sökandenas böter för upprepade överträdelser.

1. Den första grunden: Felaktig rättstillämpning och oriktig bedömning avseende moderbolagens ansvar för överträdelsen

Den felaktiga rättstillämpningen

Parternas argument

- 31 Sökandena har för det första gjort gällande att kommissionen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att anse att presumtionen att moderbolaget faktiskt utövar ett avgörande inflytande över sitt helägda dotterbolag, vilken godtas av unionsdomstolen (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-286/98 P, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, REG 2000, s. I-9925, punkt 29), innebär att kommissionen inte behöver visa att dotterbolaget – som begått överträdelsen – genomförde instruktioner som den fått av moderbolaget. I förevarande fall hänvisade kommissionen enbart till begreppet en enda ekonomisk enhet, vilket emellertid inte är relevant för att ansvaret för en överträdelse ska åläggas andra bolag än det bolag som direkt har deltagit i överträdelsen. Det åligger nämligen kommissionen att avgöra om moderbolaget direkt eller indirekt deltagit i överträdelsen eller hade vetskap om den, för att detta bolag ska kunna åläggas ansvar.
- 32 För det andra gjorde kommissionen en felaktig rättstillämpning genom att stödja sig på den presumtion som bekräftats i domen i det ovan i punkt 31 nämnda målet Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, för att hålla STT (tidigare STT plc) ansvarigt för SNV:s överträdelse. Under överträdelseperioden var STT plc, som år 2005 efterträddes av STT, ett av Shellkoncernens två huvudföretag. Det innehade alltjämt enbart 40 procent av holdingbolaget SPNV som i sin tur, genom Shell Nederland, innehade samtliga aktier i SNV – det bolag som var direkt ansvarigt för överträdelsen. Unionsdomstolen har dock begränsat möjligheten att tillämpa denna presumtion till att gälla moderbolag som innehar samtliga aktier i sina dotterbolag. Att förstainstansrätten tillämpade denna presumtion i sin dom av den 27 september 2006 i mål T-314/01, Avebe mot kommissionen (REG 2006, s. II-3085, punkt 137), berodde enbart på de särskilda omständigheterna i det då aktuella fallet. I det fallet var de två moderbolagen starkt inblandade i kontrollen av dotterbolagets affärsverksamhet, och dotterbolaget var inte ens själv ett fristående rättssubjekt.
- 33 Sökandena har för det tredje bestritt kommissionens tolkning av presumtionen att moderbolaget faktiskt utövar ett avgörande inflytande över sitt helägda dotterbolag. Denna tolkning gör det omöjligt att bryta presumtionen och är inte förenlig med rättspraxis.
- 34 Kommissionen har hävdad att talan inte kan vinna bifall såvitt avser grundens första del.

Tribunalens bedömning

35 Kommissionen angav, i det angripna beslutet, att även om SNV var den juridiska person som direkt hade deltagit i den konkurrensbegränsande samverkan så skickades meddelandet om invändningar även till SPNV, KNPM och STT plc (skäl 209 i det angripna beslutet). Kommissionen erinrade nämligen om att SNV i sin helhet tillhörde Shell Nederland fram till år 2005. Shell Nederland tillhörde själv i sin helhet SPNV, ett holdingbolag som gemensamt kontrollerades av KNPM (till 60 procent) och STT plc (till 40 procent). Kommissionen underströk även betydelsen av kopplingarna mellan dessa olika strukturer, särskilt genom kommittén för styrelseledamöter (Committee of managing directors) (nedan kallad CMD), koncernens avdelning för oljeprodukter i Europa och – sedan år 1998 – Shell Europe Oil Products (nedan kallad SEOP), som var en organisation som omfattade oljeaktiviteterna hos flera av koncernens rörelsedrivande bolag i Europa (skälen 206–208 i det angripna beslutet). Kommissionen angav därtill att den, till följd av de organisatoriska förändringar som hade genomförts inom koncernen år 2005, hade skickat det angripna beslutet till såväl SNV som de övriga bolag till vilka den hade skickat meddelandet om invändningar och som fortfarande existerade när nämnda beslut skickades, nämligen SPNV och STT (tidigare STT plc). Den angav att dessa bolag tillsammans utgjorde företaget Shell och att de var solidariskt ansvariga för överträdelsen (skäl 218 i det angripna beslutet).

– Presumtionen att ett moderbolag faktiskt utövar ett avgörande inflytande över sitt dotterbolag

36 Det ska inledningsvis erinras om att unionens konkurrensrätt avser verksamheten i företag (domstolens dom av den 7 januari 2004 i de förenade målen C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P och C-219/00 P, Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, REG 2004, s. I-123, punkt 59) och att begreppet företag i den mening som avses i artikel 81 EG omfattar ekonomiska enheter som var och en består av en enhetlig organisation med personal samt materiella och immateriella tillgångar, vilken på ett varaktigt sätt strävar efter att uppnå ett bestämt ekonomiskt mål och kan medverka till en överträdelse av det slag som avses i denna bestämmelse (se tribunalens dom av den 25 oktober 2011 i mål T-349/08, Uralita mot kommissionen, REU 2011, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 35). Begreppet företag ska i detta sammanhang förstås som en ekonomisk enhet, även om enheten i juridisk mening består av flera fysiska eller juridiska personer (domstolens dom av den 14 december 2006 i mål C-217/05, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, REG 2006, s. I-11987, punkt 40).

37 Ett företag kan hållas ansvarigt för ett annat företags konkurrensbegränsande beteende, om det sistnämnda företaget inte självständigt har bestämt sitt agerande på marknaden, utan i huvudsak har tillämpat instruktioner som det har fått av det förstnämnda företaget, särskilt med hänsyn till de ekonomiska och juridiska band som binder samman företagen (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-294/98 P, Metsä-Serla m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. I-10065, punkt 27, av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P-C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. mot kommissionen, REG 2005, s. I-5425, punkt 117, och av den 10 september 2009 i mål C-97/08 P, Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, REG 2009, s. I-8237, punkt 58). Ett moderbolag kan således hållas ansvarigt för ett dotterbolags handlingar när dotterbolaget inte självständigt bestämmer sitt agerande på marknaden, utan i huvudsak tillämpar instruktioner som det får av moderbolaget, och de två företagen utgör en ekonomisk enhet (domstolens dom av den 14 juli 1972 i mål 48/69, Imperial Chemical Industries mot kommissionen, REG 1972, s. 619, punkterna 133 och 134; svensk specialutgåva, volym 2, s. 25).

38 Det är således varken fråga om att moderbolaget skulle ha förmått dotterbolaget att begå en överträdelse, eller, än mindre, om att moderbolaget skulle ha varit delaktigt i denna överträdelse, som gör det möjligt för kommissionen att rikta sitt beslut till moderbolaget i en koncern, utan det är det förhållandet att moderbolaget och dotterbolaget utgör ett enda företag i den ovan angivna betydelsen. Det är nämligen godtaget inom unionens konkurrensrätt att olika bolag som tillhör samma koncern

utgör en ekonomisk enhet, och således utgör ett företag i den mening som avses i artiklarna 81 EG och 82 EG, om de berörda bolagen inte självständigt bestämmer sitt agerande på marknaden (förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i mål T-203/01, Michelin mot kommissionen, REG 2003, s. II-4071, punkt 290).

- 39 I det särskilda fall då ett moderbolag innehar 100 procent av kapitalet i ett dotterbolag som har gjort sig skyldigt till en överträdelse, kan detta moderbolag utöva ett avgörande inflytande över dotterbolagets beteende, och det föreligger en presumtion, som kan motbevisas, om att moderbolaget faktiskt utövar ett sådant inflytande (se domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 60 och där angiven rättspraxis).
- 40 Under dessa omständigheter är det tillräckligt att kommissionen visar att moderbolaget innehade hela aktiekapitalet i ett dotterbolag för att presumera att moderbolaget utövade ett avgörande inflytande över dotterbolagets affärspolitik. Kommissionen kan då hålla moderbolaget solidariskt ansvarigt för betalningen av de böter som dotterbolaget ålagts, såvida inte moderbolaget, på vilket det ankommer att bryta presumtionen, kan bevisa att dotterbolaget agerar självständigt på marknaden (se dom i det ovan i punkt 31 nämnda målet Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, punkt 29, och i det ovan i punkt 37 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 61).
- 41 Även om domstolen i punkterna 28 och 29 i domen i det ovan i punkt 31 nämnda målet Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, utöver innehavet av 100 procent av kapitalet i dotterbolaget, även hänvisade till andra omständigheter, såsom att det inflytande som moderbolaget utövade över dotterbolagets affärspolitik inte bestritts och att de båda bolagen delade ombud under det administrativa förfarandet, nämnde domstolen dessa omständigheter endast i syfte att redogöra för samtliga omständigheter som förstainstansrätten hade lagt till grund för sitt resonemang i detta mål, och inte för att, för tillämpning av ovannämnda presumtion, kräva att ytterligare indicier åberopas om att moderbolaget faktiskt har utövat inflytande över dotterbolaget (domstolens dom i det ovan i punkt 37 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 62, och av den 20 januari 2011 i mål C-90/09 P, General Química m.fl. mot kommissionen, REU 2011, s. I-1, punkt 41).
- 42 Vad gäller de omständigheter som ett moderbolag måste åberopa för att bryta presumtionen att det faktiskt utövar ett avgörande inflytande över sitt helägda dotterbolag, åligger det, enligt unionsdomstolen, moderbolaget att inkomma med, för bedömning av kommissionen, och därefter – i förekommande fall – unionsdomstolen, alla de uppgifter som det anser kan visa att moderbolaget och dotterbolaget inte utgör en enda ekonomisk enhet, med avseende på de organisatoriska, ekonomiska och juridiska banden mellan dotterbolaget och moderbolaget. De kan variera från ett fall till ett annat och kan därför inte ges någon uttömmande uppräkningslista (domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkterna 72–74).
- Tillämpningen av denna presumtion på två moderbolag som gemensamt innehar 100 procent av ett dotterbolag
- 43 Oavsett vilken tolkning som görs av den presumtion som följer av rättspraxis från domen i det ovan i punkt 31 nämnda målet Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, anser sökandena att kommissionen inte kan tillämpa denna presumtion på STT (tidigare STT plc), eftersom detta bolag enbart innehade 40 procent av det bolag som gjort sig skyldigt till överträdelsen. Innehavet var dessutom indirekt.
- 44 Tribunalen framhåller inledningsvis att den omständigheten att KNPM, som innehade resterande 60 procent av SPNV, upphörde att existera år 2005 i sig saknar betydelse för frågan om tillämpning av presumtionen, i den mening som avses i rättspraxis från domen i det ovan i punkt 31 nämnda målet Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen. Företag kan nämligen inte undgå sanktionsåtgärder endast genom att deras identitet har ändrats till följd av omstruktureringar, överlåtelser eller andra

ändringar i juridiskt eller organisatoriskt avseende; detta för att inte äventyra målsättningen att genom avskräckande sanktionsåtgärder sätta stopp för ageranden som strider mot konkurrensreglerna och förhindra att dylika ageranden upprepas (domstolens dom av den 11 december 2007 i mål C-280/06, ETI m.fl., REG 2007, s. I-10893, punkt 41).

- 45 Dessutom har unionsdomstolen redan konstaterat att kommissionen kan tillämpa presumtionen att ett moderbolag faktiskt utövar ett avgörande inflytande över sitt dotterbolag om två bolag befinner sig i en situation som motsvarar situationen då ett enda bolag innehar hela aktiekapitalet i dotterbolaget (domen i det ovan i punkt 32 nämnda målet Avebe mot kommissionen, punkt 138).
- 46 Med beaktande av koncernens särskilda struktur ska det, i förevarande fall, på samma sätt avgöras huruvida de två moderbolagen KNPM och STT plc (sedermera STT) befann sig i en situation som motsvarar den då ett enda bolag innehar hela aktiekapitalet i ett dotterbolag. Det är inte fråga om hur bedömningen skulle bli om ett moderbolag enbart ägde delar av det bolag som gjort sig skyldigt till överträdelsen.
- 47 Tribunalen betonar först och främst – såsom kommissionen har angett i sitt svaromål, utan att på denna punkt ha blivit motsagd av sökandena – att förekomsten av två moderbolag i Shellkoncernen förklaras av historiska skäl. Koncernen bildades år 1907 genom ett avtal mellan det nederländska bolaget KNPM och det brittiska bolaget STT plc, vilka fusionerades år 2005. Man behöll dock den dubbla strukturen i toppen av koncernen, med ett aktieinnehav på 60 procent respektive 40 procent. Det framgår av handlingarna i målet, bland annat av den sammanfattande vägledningen avseende koncernens organisatoriska struktur, att dessa två bolag – som redovisade samma konsoliderade omsättning – innehade koncernens två holdingbolag SPNV och SPCo gemensamt. De två moderbolagen utsåg gemensamt ledamöterna till holdingbolagens styrelser, i enlighet med avtalsbestämmelserna dem emellan. De höll månatliga möten med holdingbolagen, bland annat för att få information om viktig utveckling inom koncernen.
- 48 KNPM och STT plc (sedermera STT) inrättade även två övervakningskommittéer, koncernens kontrollkommitté (Group Audit Committee) (nedan kallad GAC) och kommittén för kontroll av löner och tillsättningar (Remuneration and succession review committee) (nedan kallad REMCO). Dessa var partsammansatta av tre ledamöter från KNPM:s övervakningskommitté och tre styrelseledamöter från STT plc (sedermera STT). De ansvarade för att dels kontrollera koncernens huvudsakliga finansiella utveckling, dess interna kontrollrutiner och dess externrevision, dels utforma rekommendationer för löner och för tillsättningar av koncernens chefer. Det framgår även av handlingarna i målet att styrelserna i koncernens holdingbolag agerade på ett samordnat sätt och att de hade ledamöter från de två moderbolagens styrelser.
- 49 Dessutom hade CMD, ett organ som bestod av ledamöter från SPNV:s styrelsepresidium och verkställande direktörer från SPCo, vilka även var styrelseledamöter i ett av de två moderbolagen, en avgörande roll inom koncernen. Det framgår nämligen av handlingarna i målet att CMD, trots att det inte var ett fristående rättssubjekt, ansvarade för att samordna den operativa verksamheten och ledningen för hela företagskoncernen.
- 50 Att de två moderbolagen år 2005 beslutade att fusionera utgör slutligen ytterligare en omständighet som pekar på att det finns ett gemensamt moderföretag, trots att det samtidigt finns två juridiska enheter.
- 51 Med beaktande av samtliga ovan i punkterna 47–50 angivna relevanta omständigheter, finner tribunalen att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den, i skälen 206–218 i det angripna beslutet, ansåg att det rörde sig om en situation som motsvarar situationen då ett enda bolag fullständigt kontrollerar sitt dotterbolag. Kommissionen kunde följaktligen tillämpa presumtionen att dessa moderbolag faktiskt utövade ett avgörande inflytande över sitt gemensamma dotterbolags agerande.

52 Slutligen godtar tribunalen inte sökandenas argument att kommissionen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att tillämpa rättspraxis från domen i det ovan i punkt 31 nämnda målet Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen på STT (tidigare STT plc), på grund av att detta bolag tillsammans med KNPM innehade hela aktiekapitalet i SNV endast genom holdingbolaget SPNV, som innehade SNV:s moderbolag Shell Nederland. Unionsdomstolen finner nämligen att den omständigheten att det finns mellanliggande bolag mellan dotterbolaget och dess moderbolag saknar betydelse för möjligheten att tillämpa presumtionen att moderbolaget faktiskt utövar ett avgörande inflytande över sitt helägda dotterbolag (se, för ett liknande resonemang, dom i det ovan i punkt 37 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkterna 78 och 83, i det ovan i punkt 41 nämnda målet General Química m.fl. mot kommissionen, punkterna 86 och 87, och i förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-354/94, Stora Kopparbergs Bergslags mot kommissionen, REG 1998, s. II-2111, punkterna 80–85). Vidare kan ett moderbolag anses vara ansvarigt för ett dotterbolags överträdelse även när det finns ett stort antal rörelsedrivande bolag i en koncern (förstainstansrättens dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94-T-307/94, T-313/94-T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 och T-335/94, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen (nedan kallad PVC II-domen), REG 1999, s. II-931, punkt 989).

– Huruvida presumtionen att moderbolaget faktiskt utövar ett avgörande inflytande över sitt helägda dotterbolag kan motbevisas

53 Sökandena anser att kommissionens tolkning av presumtionen att moderbolaget faktiskt utövar ett avgörande inflytande över sitt helägda dotterbolag gör det omöjligt att bryta denna presumtion.

54 Det framgår emellertid av domstolens praxis – som det erinras om i punkt 42 ovan – att moderbolaget, för att bryta presumtionen att ett moderbolag som innehar 100 procent av kapitalet i sitt dotterbolag faktiskt utövar ett avgörande inflytande över detta, såsom denna presumtion tolkats av kommissionen, måste inkomma med, för bedömning av kommissionen och – i förekommande fall – unionsdomstolen, alla uppgifter rörande de organisatoriska, ekonomiska och juridiska banden mellan moderbolaget och dotterbolaget som moderbolaget anser kan visa att bolagen inte utgör en enda ekonomisk enhet (dom i det ovan i punkt 37 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 65, och i det ovan i punkt 41 nämnda målet General Química m.fl. mot kommissionen, punkterna 51 och 52). I motsats till vad sökandena har anfört rör det sig således om en motbevisbar presumtion, vilken det ankommer på sökandena att bryta. Det framgår vidare av rättspraxis att en presumtion, även om den är svår att motbevisa, är godtagbar så länge som den står i proportion till det legitima mål som eftersträvas, det finns en möjlighet att lägga fram motbevis och rätten till försvar är säkerställd (domstolens dom av den 29 september 2011 i mål C-521/09 P, Elf Aquitaine mot kommissionen, REU 2011, s. I-8947, punkt 62 och där angiven rättspraxis).

55 Mot bakgrund av samtliga ovan angivna omständigheter följer att kommissionen inte gjorde en felaktig rättstillämpning genom att hålla STT (tidigare STT plc) och SPNV ansvariga för den överträdelse som begåtts av deras dotterbolag SNV.

De uppgifter som åberopats för att bryta presumtionen att ett moderbolag faktiskt utövar ett avgörande inflytande över sitt dotterbolag

Parternas argument

56 Sökandena anser att de har styrkt att STT plc (sedermera STT) och SPNV inte hade vetskap om överträdelsen och att de aldrig deltog i den, varken direkt eller indirekt. Enligt kommissionens beslutspraxis och enligt rättspraxis krävs emellertid att moderbolaget har deltagit i överträdelsen för att det ska kunna hållas ansvarigt för ett av sina dotterbolags verksamhet. Kommissionen har dessutom vitsordat att det enbart är agerandet av SNV:s försäljningschef för bitumen som omfattas av

överträdelsen. Rapporteringsordningen (nedan kallad återkopplingen) inom Shellkoncernen visar likaledes att SNV inte fick några instruktioner av STT plc (sedermera STT) och SPNV. STT plc (sedermera STT) innehade nämligen enbart 40 procent av SPNV, som i sin tur hade aktier i över 500 bolag, däribland i Shell Nederland. Shell Nederland ägde i sin tur över 30 dotterbolag, däribland SNV. En av medlemmarna i SNV:s ledning informerade – endast mycket kortfattat – styrelsen och övervakningskommittén hos Shell Nederland vid kvartalsvisa möten. Då behandlades huvudsakliga frågor om dess verksamhet, såsom nedläggningen av en fabrik eller ekonomiska resultat som inte motsvarade förväntningarna.

- 57 Kommissionen har gjort gällande att sökandena inte har lyckats bryta presumtionen att STT plc (sedermera STT) och SPNV faktiskt utövade ett avgörande inflytande över sitt gemensamma dotterbolag.

Tribunalens bedömning

- 58 Det framgår av skälen 206–218 i det angripna beslutet att kommissionen i huvudsak har redovisat att den kunde tillämpa presumtionen att STT plc (sedermera STT) och SPNV faktiskt utövade ett avgörande inflytande över SNV under perioden den 1 april 1994–15 april 2002 på grund av ägarstrukturen dessa bolag emellan (hundraprocentigt innehav för SPNV, hundraprocentigt gemensamt innehav med KNPM för STT plc (sedermera STT)). För fullständighetens skull har kommissionen även gjort gällande att flera uppgifter avseende koncernens hierarkiska struktur har förstärkt denna presumtion. Dessa uppgifter rör bland annat CMD:s roll, SPNV:s mekanismer för att kontrollera sina dotterbolag och tillsättningsförfarandena för de rörelsedrivande bolagens chefer.
- 59 Det ska prövas huruvida sökandena har lämnat sådana uppgifter som gör det möjligt att bryta presumtionen att STT plc (sedermera STT) och SPNV tillsammans med SNV utgjorde en enda ekonomisk enhet.
- 60 Det ska först och främst erinras om att det ankommer på parterna att inkomma med, för bedömning av kommissionen och – i förekommande fall – tribunalen, alla de uppgifter som de anser visar huruvida bolagen utgör en enda ekonomisk enhet, med avseende på deras organisatoriska, ekonomiska och juridiska band (se punkt 42 ovan).
- 61 Vad för det första gäller argumenten om att STT plc (sedermera STT) och SPNV varken direkt eller indirekt deltog i överträdelsen, räcker det att konstatera att dessa argument är både faktiskt och rättsligt ogrundade. Moderbolagets kontroll över sitt dotterbolag behöver nämligen inte nödvändigtvis ha ett samband med överträdelsen (dom i det ovan i punkt 37 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 59, och i det ovan i punkt 41 nämnda målet General Química m.fl. mot kommissionen, punkterna 38, 102 och 103). Tribunalen behöver således inte pröva huruvida STT plc (sedermera STT) och SPNV faktiskt utövade ett direkt eller indirekt inflytande över SNV:s rättsstridiga beteende eller om de hade vetskap om detta beteende.
- 62 I motsats till vad sökandena har påstått, tyder i vart fall vissa av handlingarna i målet på att medlemmar i Shellkoncernen som inte tillhörde SNV hade vetskap om SNV:s konkurrensbegränsande förfaranden under överträdelseperioden. En intern anteckning av den 14 juli 2000 som innehöll en konkurrensrättslig analys av situationen på den nederländska marknaden för bitumen, och som omhändertogs under kommissionens undersökningar i SNV:s lokaler, hade spridits utanför bolaget. Denna anteckning, som bar benämningen ”strängt konfidentiell”, hade avfattats gemensamt av en anställd hos SNV och en rådgivare från koncernens juridiska avdelning, som tillhörde Shell International. Den avfattades till följd av ett sammanträde som anordnats för att se till att konkurrensreglerna följdes, under vilket försäljningschefen för bitumen hade uppmärksammat den nederländska marknaden för bitumen och vägbyggen. Denna anteckning skickades bland annat till chefen för koncernens juridiska avdelning, som var anställd hos Shell International, till koncernens

vice handelsdirektör för försäljning i Europa samt till koncernens vice verkställande direktör för produkter i Europa. Tribunalen erinrar i detta avseende om att Shell International stod i direkt anslutning till CMD, koncernens främsta beslutsfattande organ, som bestod av ledamöter från SPNV:s styrelsepresidium och verkställande direktörer från SPCo, vilka även var styrelseledamöter i ett av de båda moderbolagen.

- 63 Enligt denna anteckning hade den nederländska marknaden för bitumen varit föremål för en intern granskning under 1992/1993 och i februari 1995, eftersom samtliga bitumenleverantörer i Nederländerna (nedan kallade leverantörerna) gemensamt förhandlade fram ett standardpris med W5. En anställd hos SNV hade därför rekommenderat bolaget att lämna denna marknad. Marknaden hade dock omstrukturerats, och SNV var alltjämt närvarande på den. Av anteckningen framgår även att andra typer av bitumen inte tycktes vara föremål för något konkurrensbegränsande beteende från Shells sida. Detta tyder *e contrario* på att koncernen var medveten om att SNV:s agerande på marknaden för vägbitumen var konkurrensbegränsande. I anteckningen finns för övrigt en detaljerad redogörelse för metoden för fastställande av bitumenpriset. Det framgår att när SNV önskade höja sina priser tog detta bolag kontakt med KWS, det största vägbyggnadsföretaget, innan det införde höjningen. KWS förhörde sig då om prisnivån med var och en av de andra leverantörerna och diskuterade sedan prishöjningen med de andra stora vägbyggnadsföretagen, innan bolaget informerade Centrum voor regelgeving en onderzoek in de grond-, water- en wegenbouw en de Verkeerstechniek (CROW, center för reglering och forskning rörande bygg- och anläggningsverksamhet samt transportteknik) om prishöjningen. Centret var ett organ utan vinstsyfte som bland annat ansvarade för att månadsvis offentliggöra priserna på vägbitumen, utifrån vilka vägbyggnadsföretagen kunde få ersättning av sina medkontrahenter om priset höjdes över ett visst tröskelvärde. I anteckningen anges vidare att SNV, liksom de övriga leverantörerna, gav W5 rabatter på det således fastställda priset. Upphovsmännen till anteckningen gjorde slutligen bedömningen att man borde avsluta de bilaterala diskussionerna med KWS, såsom språkrör för W5, om prishöjningar. Dessa diskussioner borde ersättas av bilaterala diskussioner med var och en av byggarna.
- 64 Vad för det andra beträffar påståendet att SNV:s chefer var självständiga, eftersom det inte fanns någon tillräckligt kraftfull mekanism för återkoppling mellan STT plc (sedermera STT), SPNV och SNV, finner tribunalen att de uppgifter som sökandena har åberopat i detta avseende inte är tillräckliga för att det ska anses visat att SNV självständigt bestämde sitt agerande på marknaden och att detta bolag följaktligen inte utgjorde en ekonomisk enhet tillsammans med STT plc (sedermera STT) och SPNV, i den mening som avses i artikel 81 EG.
- 65 Det måste först klargöras att vad sökandena anfört om det stora antalet dotterbolag som innehades av SPNV och Shell Nederland inte kan anses vara tillräckligt för att fastställa att STT plc (sedermera STT) och SPNV gav SNV en tillräckligt självständig ställning för att bestämma sitt agerande på marknaden.
- 66 Kommissionen har dessutom med rätta hänvisat till flera av de uppgifter rörande de organisatoriska, ekonomiska och juridiska band som förenade SNV med STT plc (sedermera STT) och med SPNV, som den hade angett i det angripna beslutet (skälen 207–214 i det angripna beslutet) och i meddelandet om invändningar, för att avfärda de argument som sökandena anfört för att bryta den tidigare nämnda presumtionen.
- 67 Bland annat uppgav koncernen, i en rapport av den 13 mars 2006 till Securities and Exchange Commission (amerikanska finansinspektionen), att "all rörelsedrivande verksamhet utövades av dotterbolagen Royal Dutch och Shell Transport, som fungerade som ett enda affärsföretag". Dessutom kallade kunderna och konkurrenterna rutinmässigt såväl hela företaget som var och en av företagets juridiska enheter för Shell. SNV uppfattades således av tredje man och på den aktuella marknaden som en del av Shellkoncernen.

- 68 De uppgifter som nämns i punkterna 47–50 ovan – avseende strukturen vad gäller koncernen respektive dess aktieägare, och särskilt avseende koncernens hierarkiska organisation och de mekanismer för återkoppling som upprättats inom den – ska även de tas i beaktande.
- 69 I meddelandet om invändningar lyfte kommissionen dessutom fram följande upplysningar: Det fanns en påtaglig grad av överlappning mellan de funktioner som de olika enheterna fyllde i olika länder, eftersom den som var ansvarig för bitumen i Nederländerna länge varit ansvarig för den belgiska marknaden. Flera interna konkurrensrättsliga analyser av den nederländska marknaden för vägbitumen spreds till olika enheter inom koncernen, däribland till Shell Internationals juridiska avdelning, som hade direkt anknytning till CMD. Shell International tog sig an rollen som kommissionens huvudsakliga kontakt under hela det administrativa förfarandet. Den verkställande direktören för KNPM var även SPNV:s högste chef och ledamot i övervakningskommittén vid Shell Nederland BV, SNV:s närmaste moderbolag. Moderbolagen kunde tillsätta och avskeda de verkställande direktörerna för de rörelsedrivande bolagen. Moderbolagen övervakade hur de rörelsedrivande bolagen styrdes, eftersom de verkställande direktörerna för de senare var skyldiga att på begäran ge upplysningar om bolagets affärer till varje enskild aktieägare och att ge denne tillgång till böcker och andra handlingar om så önskades.
- 70 Vidare hade CMD, såsom det erinrats om i punkt 49 ovan, en avgörande roll inom företaget. Fram till år 1998 var således de hierarkiska förhållandena organiserade utifrån geografiska områden, eftersom SNV:s chef för "Bitumen" var underställd den verkställande direktören för "Affärsmässig försäljning", som i sin tur var underställd den verkställande direktören för "Landet" i fråga, som i sin tur löd under den regionala samordnaren för "Europa" inom Shell International Petroleum Maatschappij NV, som till 100 procent ägdes av SPNV, som var direkt underställt ledamöterna i CMD. Från år 1998 till slutet av överträdelseperioden hörde SNV till sektionen "Bygg" i avdelningen för oljeprodukter i Europa, SEOP, som leddes av vice verkställande direktören för Europa, som var underställd den verkställande direktören för oljeprodukter, som var ledamot i CMD. Det fanns därtill mekanismer för återkoppling mellan moderbolagen och deras dotterbolag, genom de två övervakningskommittéerna GAC och REMCO.
- 71 Sökandena har medgett att en av medlemmarna i SNV:s ledning informerade styrelsen och övervakningskommittén hos Shell Nederland, vid deras gemensamma kvartalsvisa möten, om de huvudsakliga frågor som rörde SNV:s verksamhet. Även om sökandena hävdar att denna information var begränsad till att omfatta vissa stora beslut har det emellertid inte förebringats någon bevisning till styrkande av detta påstående.
- 72 Slutligen ska den omständigheten beaktas att vissa av koncernens bolag ansvarade för att bistå med stöd till samtliga dotterbolag. Shell International bistod således med stöd i juridiska frågor till alla koncernens dotterbolag. För övrigt visar analysen i anteckningen av den 14 juli 2000 dels att anställda hos SNV var bland dem som upprättade anteckningen och som fick ta del av den, dels att SNV utövade en sträng kontroll av dotterbolagens verksamhet, särskilt av situationen på marknaden för bitumen i Nederländerna.
- 73 Mot bakgrund av samtliga ovanstående överväganden och med beaktande av de uppgifter som sökandena har lämnat dels om att STT plc (sedermera STT) och SPNV varken hade haft vetskap om, deltagit i eller uppmuntrat sina dotterbolag att begå den aktuella överträdelsen, dels om mekanismerna för SNV:s återkoppling till STT plc (sedermera STT) och SPNV – tillsammans med de övriga relevanta uppgifter i handlingarna i målet som redovisats i punkterna 47–50 och 62–72 ovan –, finner tribunalen att kommissionen inte gjorde en felaktig rättstillämpning, genom att bedöma att de uppgifter som sökandena inkom med inte visade att SNV självständigt bestämde sitt agerande på marknaden och att det följaktligen inte var möjligt att bryta presumtionen att STT plc (sedermera STT) och SPNV faktiskt utövade ett avgörande inflytande över SNV:s agerande.
- 74 Talan kan således inte vinna bifall på den första grunden.

2. Den andra grunden: Åsidosättande av väsentliga formföreskrifter och rätten till försvar

Parternas argument

- 75 Sökandena har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt artikel 27.2 i förordning nr 1/2003 och sökandenas rätt till försvar, genom sin vägran att lämna ut samtliga svar på meddelandet om invändningar och genom att begränsa tillgången till KWS:s svar till vissa av dess avsnitt. Sökandena har hävdats att om de hade haft tillgång till dessa handlingar kunde de ha påverkat det administrativa förfarandets utgång och förändrat det angripna beslutets innebörd, särskilt avseende deras uppmuntrande och ledande roll.
- 76 För det första anser sökandena att kommissionen borde ha beviljat deras begäran om tillgång till alla svar på meddelandet om invändningar från de andra bolagen. Dessa svar skulle kunna innehålla uppgifter till sökandenas fördel, avseende deras uppmuntrande och ledande roll, bland annat på grund av den konkurrensbegränsande samverkans horisontella och vertikala art. Kommissionen hade för övrigt redan lämnat ut alla svar på meddelandet om invändningar från tidigare förfaranden (ärendena COMP/E-1/37.512 (EGT L 6, s. 147) och COMP/E-1/36.490 (EGT L 100, s. 1)). Det ankommer i vart fall inte på kommissionen att själv avgöra vilka handlingar som kan vara till nytta för de berörda företagens försvar (domen i de ovan i punkt 36 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 126). Tillkännagivandet om tillgång till kommissionens handlingar skulle således vara rättsstridigt, eftersom det däri anges att tillgång inte ska beviljas till samtliga svar på meddelandet om invändningar.
- 77 För det andra anser sökandena att kommissionen skulle ha beviljat dem tillgång till alla KWS:s svar på meddelandet om invändningar, särskilt till den vittnesutsaga som kommissionen uteslutande grundade sig på för att tillskriva sökandena en uppmuntrande och ledande roll inom den konkurrensbegränsande samverkan. Unionsdomstolen tillerkänner dem således rätten att få tillgång till allt det bevismaterial som kommissionen har stött sig på i deras avseende (förstainstansrättens dom av den 15 mars 2000 i de förenade målen T-25/95, T-26/95, T-30/95-T-32/95, T-34/95-T-39/95, T-42/95-T-46/95, T-48/95, T-50/95-T-65/95, T-68/95-T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 och T-104/95, Cimenteries CBR m.fl. mot kommissionen ("Cement"), REG 2000, s. II-491, punkt 386).
- 78 Kommissionen anser inte att den var skyldig att lämna ut svaren på meddelandet om invändningar och bestrider samtliga sökandenas argument.

Tribunalens bedömning

- 79 Det framgår av handlingarna i målet att kommissionen, under det administrativa förfarandet, avslög sökandenas ansökan om att få oinskränkt tillgång till alla handlingar som fogats till akten efter det att meddelandet om invändningar skickades ut, särskilt till alla de andra bolagens svar på detta meddelande. Kommissionen gav dock tillgång till de avsnitt i KWS:s svar på meddelandet om invändningar som kommissionen ville grunda sig på i sitt slutliga beslut. Dessa avsnitt rörde kontakter mellan SNV och KWS som ägt rum före den 1 april 1994.

Allmänna rättsprinciper om tillgång till handlingar från tiden efter delgivningen av invändningarna

80 Artikel 27.2 i förordning nr 1/2003 har följande lydelse:

”Berörda parTERS rätt till försvar skall iakttas fullt ut under förfarandet. De skall ha rätt att få tillgång till kommissionens handlingar i ärendet, med förbehåll för företagens berättigade intresse av att deras affärshemligheter skyddas. Rätten till tillgång till handlingar i ärendet skall inte omfatta konfidentiell information och interna handlingar hos kommissionen eller medlemsstaternas konkurrensmyndigheter.”

81 I tillkännagivandet om tillgång till kommissionens handlingar har kommissionen i punkt 8 definierat sina handlingar i ärendet såsom ”alla handlingar som har erhållits, framställts och/eller sammanställts av kommissionens generaldirektorat för konkurrens under undersökningen”. Kommissionen har i punkt 27 i tillkännagivandet preciserat följande:

”Tillgång till handlingar i ärendet beviljas på begäran och normalt vid ett enda tillfälle, efter det att parterna har delgetts kommissionens invändningar, för att säkerställa att principen om att parterna skall vara likställda i processen iakttas och för att skydda parternas rätt till försvar. I regel beviljas därför inte tillgång till andra parTERS svar på kommissionens invändningar.

En part kommer emellertid att få tillgång till handlingar som mottagits efter delgivningen av invändningarna i ett senare skede av det administrativa förfarandet, om sådana handlingar kan utgöra nya bevis – fallande eller friande – som rör de anklagelser som riktas mot den parten i kommissionens meddelande om invändningar. Detta gäller särskilt i sådana fall där kommissionen avser att stödja sig på ny bevisning.”

82 Enligt fast rättspraxis är det en grundläggande princip i unionsrätten att rätten till försvar ska iakttas i varje förfarande som kan leda till sanktionsåtgärder, särskilt böter eller viten. Denna princip ska iakttas även i förfaranden av administrativ karaktär (domstolens dom av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, REG 1979, s. 461, punkt 9, svensk specialutgåva, volym 4, s. 315, och av den 2 oktober 2003 i mål C-176/99 P, ARBED mot kommissionen, REG 2003, s. I-10687, punkt 19). För övrigt har denna princip, i artikel 41 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, proklamerad i Nice den 7 december 2000 (EGT C 364, s. 1) (nedan kallad stadgan om de grundläggande rättigheterna), upphöjts till en ställning som grundläggande rättighet, genom att det i denna artikel föreskrivs att principen utgör en del av rätten till god förvaltning. Det föreskrivs, i detta avseende, i förordning nr 1/2003 att parterna ska tillställas ett meddelande om invändningar i vilket alla väsentliga omständigheter som kommissionen stöder sig på i detta skede av förfarandet klart ska anges. Ett sådant meddelande utgör det förfarandemässiga skydd som ger uttryck för den grundläggande principen i unionsrätten om iakttagande av rätten till försvar i varje förfarande (se, för ett liknande resonemang, dom av den 3 september 2009 i de förenade målen C-322/07 P, C-327/07 P och C-338/07 P, Papierfabrik August Koehler m.fl. mot kommissionen, REG 2009, s. I-7191, punkterna 34 och 35).

83 Tribunalen erinrar om att rätten till insyn i akten i konkurrensärenden bland annat har till syfte att göra det möjligt för mottagarna av ett meddelande om invändningar att få kännedom om den bevisning som återfinns i kommissionens akt för att på ett ändamålsenligt sätt, på grundval av denna bevisning, kunna uttala sig om kommissionens slutsatser i meddelandet om invändningar. Insyn i akten hör till de förfarandemässiga skyddsregler som syftar till att skydda rätten till försvar och att särskilt säkerställa det faktiska utövandet av rätten att yttra sig (se förstainstansrättens dom av den 30 september 2003 i de förenade målen T-191/98 och T-212/98-T-214/98, Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, REG 2003, s. II-3275, punkt 334 och där angiven rättspraxis). Rätten att få tillgång till akten innebär att kommissionen ger det berörda företaget möjlighet att gå igenom samtliga handlingar som förekommer i akten och som kan vara relevanta för dess försvar (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 2 oktober 2003 i mål C-199/99 P, Corus UK mot

kommissionen, REG 2003, s. I-11177, punkt 125, och förstainstansrättens dom av den 29 juni 1995 i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen, REG 1995, s. II-1775, punkt 81). Dessa omfattar såväl handlingar som är till företagets fördel som handlingar som är till dess nackdel, med förbehåll för andra företags affärshemligheter, kommissionens interna handlingar och andra konfidentiella uppgifter (dom i det ovan i punkt 82 nämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkterna 9 och 11, och i de ovan i punkt 36 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 68).

- 84 Enligt rättspraxis är det först när den kontradiktoriska fasen i det administrativa förfarandet inleds som det berörda företaget informeras, genom meddelandet om invändningar, om alla väsentliga omständigheter som kommissionen grundar sig på vid denna tidpunkt i förfarandet. Andra parter svar på meddelandet om invändningar ingår således i regel inte bland de handlingar från akten som parterna kan få tillgång till (förstainstansrättens dom av den 30 september 2009 i mål T-161/05, Hoechst mot kommissionen, REG 2009, s. II-3555, punkt 163). Om kommissionen avser att stödja sig på ett avsnitt i ett svar på meddelandet om invändningar, eller på en handling som har bifogats ett sådant svar, för att styrka en överträdelse i ett förfarande om tillämpning av artikel 81.1 EG, måste de övriga företag som berörs av detta förfarande emellertid ges tillfälle att yttra sig över denna bevisning (se dom i de ovan i punkt 77 nämnda förenade målen Cement, punkt 386, och i det ovan i punkt 32 nämnda målet Avebe mot kommissionen, punkt 50 och där angiven rättspraxis). Det samma gäller när kommissionen lägger en sådan handling till grund för att fastställa att ett av de berörda företagen hade en uppmuntrande eller ledande roll.
- 85 Härav följer att bestämmelserna i punkt 27 i tillkännagivandet om tillgång till kommissionens handlingar är förenliga med rättspraxis, enligt vilken, även om parterna i regel inte beviljas tillgång till andra parter svar på meddelandet om invändningar, en part ändå kan få tillgång om handlingarna kan utgöra nya bevis – fällande eller friande – som rör de anklagelser som riktas mot den parten i meddelandet om invändningar.
- 86 Enligt rättspraxis om tillgång till handlingarna i ett ärende innan invändningarna har delgetts, utgör underlåtenhet att kommunicera en handling ett åsidosättande av rätten till försvar enbart om det berörda företaget för det första visar att kommissionen lade denna handling till grund för sin invändning angående förekomsten av en överträdelse (domstolens dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkterna 7 och 9, svensk specialutgåva, volym 7, s. 351, och domen i de ovan i punkt 36 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 71) och för det andra att invändningen endast kunde bevisas med hänvisning till denna handling (domstolens dom av den 25 oktober 1983 i mål 107/82, AEG-Telefunken mot kommissionen, REG 1983, s. 3151, punkterna 24–30, svensk specialutgåva, volym 7, s. 287, och dom i de ovan i punkt 36 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 71, och i det ovan i punkt 83 nämnda målet Solvay mot kommissionen, punkt 58). Domstolen gjorde i detta avseende skillnad mellan handlingar till företagets fördel och handlingar till företagets nackdel. Om det rör sig om en handling som är till företagets nackdel ankommer det på det berörda företaget att visa att den slutsats som kommissionen dragit skulle ha blivit en annan om handlingen inte hade beaktats. När det gäller underlåtenhet att lämna ut en handling som är till företagets fördel, behöver det berörda företaget däremot bara visa att underlåtenheten att lämna ut handlingen har kunnat inverka på förfarandets fortskridande och på innehållet i kommissionens beslut, till nackdel för företaget (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 36 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkterna 73 och 74). Denna gränsdragning gäller även för handlingar från tiden efter delgivningen av invändningarna (förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-43/02, Jungbunzlauer mot kommissionen, REG 2006, s. II-3435, punkterna 351–359). Sökandena har således gjort en felaktig tolkning av punkt 383 i domen i de ovan i punkt 77 nämnda förenade målen Cement, när de hävdar att kommissionen per automatik åsidosätter rätten till försvar genom att inte ge ut handlingar från tiden efter delgivningen av invändningarna, när ett bolag ansöker om dem. Ett sådant avslag, då det avser en handling som är till bolagets fördel, är

nämligen – enligt denna rättspraxis – endast rättsstridigt om nämnda bolag har visat att underlåtenheten att lämna ut handlingen hade kunnat inverka på förfarandets fortskridande och på innehållet i kommissionens beslut, till nackdel för bolaget.

- 87 Vad gäller frågan huruvida en handling från tiden efter det att invändningarna hade delgetts, som kommissionen hänvisar till som bevis i sitt beslut, ska lämnas ut i sin helhet, erinrar tribunalen om att det framgår av rättspraxis – särskilt punkt 386 i domen i de ovan i punkt 77 nämnda förenade målen Cement – att kommissionen, för att företaget ska ges tillfälle att på ett ändamålsenligt sätt yttra sig över denna bevisning, endast är skyldig att ge företaget det relevanta avsnittet i den aktuella handlingen. Avsnittet ska dock sättas i sitt sammanhang om det krävs för förståelsen.
- 88 Det ska dessutom påpekas att systematisk underlåtenhet att lämna ut de andra företagens svar på meddelandet om invändningar inte strider mot principen om att rätten till försvar ska iakttas. Såsom tribunalen erinrade om ovan innebär denna princip att kommissionen, under det administrativa förfarandet, måste meddela de berörda företagen alla de faktiska förhållanden, omständigheter och handlingar som den grundar sig på – detta i syfte att ge företagen tillfälle att framföra sina synpunkter på huruvida de påstådda omständigheterna och förhållandena verkligen föreligger och är relevanta, liksom på de handlingar som kommissionen hänvisar till som stöd för sina påståenden. Kommissionen kan således enbart grunda sitt beslut på förhållanden avseende vilka företagen har haft möjlighet att förklara sig.
- 89 Sökandena kan heller inte åberopa den rättspraxis, där det anges att det inte kan ankomma på kommissionen, som meddelar invändningarna och fattar beslutet om åläggande av en sanktion, att ensam avgöra vilka handlingar som kan vara till nytta för det berörda företags försvar (dom i de ovan i punkt 36 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 126, i de ovan i punkt 83 nämnda målet Solvay mot kommissionen, punkterna 81 och 83, och i de ovan i punkt 83 nämnda förenade målen Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen, punkt 339). Detta övervägande rör nämligen handlingar i den akt som kommissionen upprättat, och det är inte tillämpligt på övriga berörda företags svar på kommissionens meddelande om invändningar.
- 90 Slutligen påpekar tribunalen att kommissionen, i motsats till vad sökandena har gjort gällande, i vart fall inte är bunden av sin tidigare beslutspraxis att ge oinskränkt tillgång till svaren på meddelandet om invändningar. Bedömningen av huruvida kommissionens beslut är rättsenliga görs nämligen enbart mot bakgrund av de normer som är tillämpliga på den, däribland förordning nr 1/2003, kommissionens förordning (EG) nr 773/2004 av den 7 april 2004 om kommissionens förfaranden enligt artiklarna 81 [EG] och 82 [EG] (EUT L 123, s. 18) och tillkännagivandet om tillgång till kommissionens handlingar, såsom unionsdomstolen tolkar dem.

Tillämpning i förevarande fall

- 91 Tribunalen erinrar om att kommissionen, i förevarande fall, den 24 maj 2006 gav sökandena möjlighet att få kännedom om de avsnitt i KWS:s svar som kommissionen ville grunda sig på i det slutliga beslutet. Avsnitten rörde dels kontakter mellan SNV och KWS som ägt rum före den 1 april 1994, dels ett förslag om en förmånlig rabatt till W5 som presenterades för KWS.
- 92 Vad för det första gäller argumentet att tillgång borde ha beviljats till hela KWS:s svar på meddelandet om invändningar ska det inledningsvis klargöras att det, i motsats till vad sökandena har hävdat, framgår av skälen 343–348 i det angripna beslutet att kommissionen inte enbart grundade sig på de aktuella avsnitten i KWS:s svar på meddelandet om invändningar för att ålägga sökandena den uppmuntrande och ledande rollen för den konkurrensbegränsande samverkan. Efter en bedömning av utdrag ur den handling som sökandena fick av kommissionen, finner tribunalen i vart fall att dessa utdrag är fullständigt förståeliga och uttryckliga. Det är således inte nödvändigt att placera dem i ett större sammanhang. Det bör understrykas att kommissionen, i det angripna beslutet, enbart stödde sig

på två av de sju punkter i handlingen som delgavs sökandena. Vad därutöver gäller en handling från KWS som avser en vittnesutsaga från en av bolagets före detta anställda – en handling som KWS frivilligt hade lämnat in till kommissionen för att säkerställa sitt försvar genom att dels framhäva SNV:s uppmuntrande och ledande roll inom den konkurrensbegränsande samverkan, dels förringa sin egen roll – är det otänkbart att denna handling hade kunnat innehålla någon bevisning till fördel för SNV.

- 93 Vad för det andra gäller argumentet att de andra bolagens svar på meddelandet om invändningar, som hade kunnat innehålla fördelaktig bevisning, inte delgavs sökandena, erinrar tribunalen om följande. Det ankom, i enlighet med den rättspraxis som anges ovan i punkt 86, på sökandena att lägga fram någon form av bevis som tydde på att underlåtenheten att lämna ut dessa handlingar hade kunnat inverka på förfarandets fortskridande och på innehållet i kommissionens beslut, till nackdel för företaget. Sökandena har dock enbart på ett generellt och rent spekulativt sätt gjort gällande att de andra bolagens svar på meddelandet om invändningar hade kunnat innehålla fördelaktig bevisning avseende sökandenas uppmuntrande och ledande roll. Utöver den konkurrensbegränsande samverkans horisontella och vertikala art har sökandena inte lagt fram någon särskild upplysning som kan tjäna som ett *prima facie*-bevis för detta. Såsom kommissionen har påpekat är det dessutom föga troligt att ett bolag i en konkurrensbegränsande samverkan lämnar in uppgifter som kan förringa ett annat bolags roll i denna samverkan, även om den omständigheten att den konkurrensbegränsande samverkan i förevarande fall organiserades mellan två grupper – de stora vägbyggnadsföretagen och leverantörerna –, vilkas intressen potentiellt och delvis kunde skilja sig åt, förklarar att det låg i varje parts intresse att förringa sin roll i samverkan, till nackdel för den andra parten. Enbart det förhållandet att andra företag kan ha lyckats förringa leverantörernas roll i sina svar på meddelandet om invändningar, till nackdel för de stora vägbyggnadsföretagen, utgör enligt rättspraxis i vart fall inte någon fördelaktig uppgift för sökandena (domen i det ovan i punkt 86 nämnda målet *Jungbunzlauer mot kommissionen*, punkterna 353–356). Sökandena har således inte lagt fram något *prima facie*-bevis för nytta med en eventuell delgivning av de andra bolagens svar på meddelandet om invändningar.
- 94 Av vad som anförts följer att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den vägrade delge sökandena alla svar på meddelandet om invändningar och begränsade delgivningen av KWS:s svar till vissa avsnitt. Talan kan således inte bifallas på den andra grunden.

3. Den tredje grunden: Sakfel och felaktig rättstillämpning vid beräkningen av böternas grundbelopp och vid bedömningen av överträdelsens varaktighet

Överträdelsens allvar

Parternas argument

- 95 Sökandena anser att kommissionen har gjort sig skyldig till sakfel och felaktig rättstillämpning vid beräkningen av företaget Shells omsättning för vägbitumen i Nederländerna, genom att dela in företagen i kategorier för att ta hänsyn till deras ekonomiska kapacitet att allvarligt skada konkurrensen. Kommissionen tog nämligen felaktigt med omsättningen för Mexphalte C i denna beräkning. Kommissionen motiverade i vart fall inte tillräckligt det angripna beslutet i detta avseende. Sökandena yrkar således att tribunalen ska nedsätta deras bötesbelopp, genom att utesluta försäljningen av Mexphalte C i beräkningen. De anser nämligen att det skulle strida mot principerna om likabehandling och proportionalitet att grundbeloppet för deras böter skulle vara högre än grundbeloppet för de böter som ålagts företaget Kuwait Petroleum (nedan kallat Kuwait Petroleum), trots att sökandenas marknadsandel är mindre än Kuwait Petroleums.

- 96 Sökandena har därvid erinrat om att den enda anledning som hade kunnat göra det berättigat för kommissionen att beakta omsättningen för specialbitumenprodukter som används vid vägbygge, är att priset på dessa produkter är direkt knutet till priset på den allmänna marknaden för grader av standardvägbitumen, plus ett tillägg. Sökandena anser däremot att kommissionen inte borde ha tagit med omsättningen för Mexphalte C, eftersom denna produkt inte består av bitumen, dess pris på intet sätt är knutet till priset för standardvägbitumen och den säljs på en annan marknad än standardvägbitumen, då dessa två produkter inte är utbytbara. Dessa påståenden bygger bland annat på ett uttalande från SNV:s verkställande direktör av den 30 november 2006 och en jämförande tabell över prisändringar för standardvägbitumen och Mexphalte C mellan år 1995 och år 2002.
- 97 Sökandena har dessutom gjort gällande att kommissionen i det angripna beslutet inte har angett skälen till att försäljningen av Mexphalte C togs i beaktande – trots att sökandena den 23 maj 2006, i sitt svar på kommissionens begäran om upplysningar av den 8 maj 2006, angav att Mexphalte C inte hade något samband med överträdelsen. Därtill angav kommissionen aldrig under det administrativa förfarandet att den avsåg att ta med försäljningen av Mexphalte C i beräkningen av böterna. Kommissionen nämnde heller aldrig denna produkt i meddelandet om invändningar. Det framgår dessutom av en handling i akten att Mexphalte C utgör ett syntetiskt bindemedel som kan användas för att framställa färgad asfalt. Denna produkt utgör alltså inte syntetiskt bitumen.
- 98 Kommissionen bestrider samtliga av sökandenas argument.

Tribunalens bedömning

- 99 Kommissionen angav i meddelandet om invändningar av den 18 oktober 2004 (skälen 1–6 i det angripna beslutet) att den produkt som behandlades i förfarandet var bitumen som används för vägbygge och jämförbara användningsområden (exempelvis landningsbanor). Denna produkt omfattade bitumen av olika hårdhet, för olika användningsområden, samt olika grader av bitumen – exempelvis särskilda bitumen som möjliggör bättre prestanda, som alltjämt framställs utifrån standardvägbitumen och vilkas pris således är avhängigt priset på standardvägbitumen. Enbart två bolag, BAM NBM Wegenbouw BV och Hollandsche Beton Groep (nedan kallat HBG), motsatte sig, i sina svar på meddelandet om invändningar, att andra bitumenprodukter än standardvägbitumen, vilka används för vägbygge, hade tagits med. Sökandena reagerade däremot inte på detta i sitt svar på meddelandet om invändningar.
- 100 Den 8 maj 2006 begärde kommissionen upplysningar av SNV, SPNV och Royal Dutch Shell för att få information om deras omsättning för vägbitumen, däri inbegripet alla specialbitumenprodukter. Den 23 maj 2006 inkom dessa tre bolag med uppgifter om sina omsättningsnivåer. Beräkningarna hade gjorts med beaktande av omsättningen för Mexphalte C, som enligt dessa bolag var det enda specialbitumen som hade någon anknytning till vägbygge. Bolagen preciserade dock att denna produkt inte omfattades av den konkurrensbegränsande samverkan. I det angripna beslutet (skälen 4–6) höll kommissionen fast vid den bedömning som gjorts i meddelandet om invändningar, genom att bekräfta att priset på de andra bitumenprodukter som används för vägbygge var direkt knutet till priset på den allmänna marknaden för grader av standardvägbitumen. För att komma till denna slutsats hade kommissionen stött sig på redogörelserna från två företag, BP och ExxonMobil, varav det sistnämnda bolaget är en bitumenleverantör som inte ålagts sanktioner av kommissionen, samt handlingar som beslagtogs i samband med kontroller, bland annat hos KWS och SNV.
- 101 Kommissionen har i svaromålet angett att den grundade sig på flera upplysningar då den tog med Mexphalte C bland de bitumenprodukter som omfattades av den konkurrensbegränsande samverkan. Mexphalte C förekom i flera handlingar från SNV i tabellen för bitumen, med rubriken ”Transparent bitumen som kan färgas”. I skrivelsen av den 23 maj 2006 till kommissionen angav SNV dessutom att den enda specialbitumen som kunde kopplas till vägbygge var Mexphalte C och tillhandahöll uppgift om en omsättning på 12 113 015 euro för det ”sammanlagda värdet av försäljningen av vägbitumen

inom detaljhandeln, inbegripet Mexphalte C” under år 2001. En handling från Shell i den administrativa akten innehöll tekniska upplysningar om Mexphalte C. I denna handling beskrivs Mexphalte C som ett syntetiskt bitumen som kan färgas. En annan handling i akten visar att den prislista för vägbitumenprodukter som SNV skickat till sina kunder år 2001 skickades tillsammans med en standardskrivelse, i vilken det framgick att prisändringarna för produkterna i listan, däribland Mexphalte C, berodde på prisutvecklingen på oljemarknaden.

- 102 Sökandena lade först inför tribunalen fram två handlingar som enligt dem gör det möjligt att slå fast att kommissionen inte borde ha beaktat omsättningen för Mexphalte C när den fastställde Shells omsättning för vägbitumen i Nederländerna. Den första handlingen innehåller en tabell med en jämförelse mellan prisutvecklingen för standardvägbitumen och prisutvecklingen för Mexphalte C under perioden 1995–2002 samt skrivelser från SNV, som upprättats under denna period och i vilka SNV uppgav för sina kunder att prishöjningarna berodde på prisutvecklingen för råvarorna. Den andra handlingen består av uttalandet från SNV:s verkställande direktör av den 30 november 2006, av vilket det framgår att Mexphalte C inte är en produkt som framställs utifrån bitumen, att prisutvecklingen för denna produkt enbart i mycket liten utsträckning kan påverkas av oljekursen, att marknaden där denna produkt säljs är en annan marknad än marknaden för vägbitumen och att SNV var det enda företag som erbjöd denna typ av produkt i Nederländerna.
- 103 Även om sökandena inte har uttryckt sig tydligt i detta avseende finner tribunalen att det i förevarande fall är lämpligt att pröva deras argument, å ena sidan, utifrån en lagenlighetsgranskning och, å andra sidan, utifrån den obegränsade behörighet som tribunalen har enligt artikel 31 i förordning nr 1/2003.

– Prövning av sökandenas argument inom ramen för en lagenlighetsgranskning

- 104 Det följer av fast rättspraxis att den angripna rättsaktens lagenlighet, inom ramen för en talan om ogiltigförklaring, ska bedömas utifrån de faktiska och rättsliga förhållanden som förelåg när rättsakten antogs, och särskilt de uppgifter som institutionen hade tillgång till när den antog beslutet (domstolens dom av den 7 februari 1979 i de förenade målen 15/76 och 16/76, Frankrike mot kommissionen, REG 1979, s. 321, punkt 7; svensk specialutgåva, volym 3, s. 287). Ingen har således rätt att, för att bevisa att den angripna rättsakten är rättsstridig, inför unionsdomstolarna åberopa omständigheter som inte har angetts under det administrativa förfarandet och som inte kunde ha tagits i beaktande när nämnda rättsakt antogs (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet Frankrike mot kommissionen, punkt 7, och förstainstansrättens dom av den 11 juli 2007 i mål T-58/05, Centeno Mediavilla m.fl. mot kommissionen, REG 2007, s. II-2523, punkt 151, och av den 25 juni 2008 i mål T-268/06, Olympiaki Aeroporia Ypiresies mot kommissionen, REG 2008, s. II-1091, punkt 55). Det framgår i förevarande fall av bevisupptagningen att kommissionen, när den antog det angripna beslutet, inte hade tillgång till de två handlingar som angetts i punkt 102 ovan. Såsom det anges i nämnda punkt lade sökandena fram dessa handlingar först inför tribunalen.
- 105 Den aktuella grunden ska, såvitt den avser ogiltigförklaring av det angripna beslutet, således prövas utan att nämnda handlingar tas i beaktande.
- 106 Kommissionen angav tydligt i meddelandet om invändningar att den ansåg att den konkurrensbegränsande samverkan avsåg samtliga bitumenprodukter som används för vägbygge och jämförbara användningsområden, inklusive specialbitumenprodukter men med undantag för bitumenprodukter för industriellt bruk. Sökandena reagerade dock inte över detta i sina svar på meddelandet om invändningar, till skillnad från andra företag. När kommissionen begärde att sökandena skulle inkomma med uppgifter om sin omsättning tillhandahöll de dessutom, den 23 maj 2006, beloppet för sin omsättning inberäknat Mexphalte C. Sökandena angav samtidigt att denna produkt, även om den i sig inte omfattades av den konkurrensbegränsande samverkan, var det ”enda specialbitumen som hade någon anknytning till vägbygge”.

- 107 Såsom angetts i punkt 100 ovan har kommissionen, för att i det angripna beslutet fastställa att den relevanta marknaden omfattade samtliga produkter av specialvägbitumen, grundat sig på handlingar från BP, ExxonMobil, KWS och SNV, vilka visade att tabellerna med priser som riktade sig till kunderna avsåg samtliga bitumenprodukter, inbegripet specialprodukterna, och att även eventuella prishöjningar avsåg samtliga dessa produkter. Kommissionen gjorde således en riktig bedömning när den, utifrån de uppgifter den hade tillgång till när den antog det angripna beslutet, bedömde att försäljningen av Mexphalte C skulle tas med i beräkningen av Shells omsättning för vägbitumen i Nederländerna.
- 108 Vad gäller kontrollen av att motiveringsskyldigheten iakttagits ska det, enligt fast rättspraxis, klart och tydligt framgå av den motivering som krävs enligt artikel 253 EG hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen till den vidtagna åtgärden och så att den behöriga domstolen ges möjlighet att utöva sin prövning. Det krävs inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte ska ske endast utifrån rättsaktens ordalydelse utan även utifrån sammanhanget och samtliga rättsregler på det ifrågavarande området (se förstainstansrättens dom av den 9 juli 2003 i mål T-220/00, Cheil Jedang mot kommissionen, REG 2003, s. II-2473, punkt 216 och där angiven rättspraxis).
- 109 Vad gäller omfattningen av skyldigheten att motivera beräkningen av det bötesbelopp som påförs på grund av åsidosättande av konkurrensreglerna, erinrar tribunalen om att denna skyldighet är särskilt viktig. Kommissionen ska motivera sitt beslut och bland annat förklara sin viktning och bedömning av de omständigheter som tagits i beaktande (domstolens dom av den 8 december 2011 i mål C-386/10 P, Chalkor mot kommissionen, REU 2011, s. I-13085, punkt 61). Denna skyldighet ska bedömas med hänsyn till bestämmelserna i artikel 23.3 i förordning nr 1/2003, där det föreskrivs att "[n]är bötesbeloppet fastställs skall hänsyn tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått". I riktlinjerna för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i [KS]-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3) (nedan kallade riktlinjerna för beräkning av böter), samt i meddelandet om samarbete, ges vägledning om vilka faktorer kommissionen beaktar vid bedömningen av överträdelsens allvar och varaktighet (domen i det ovan i punkt 108 nämnda målet Cheil Jedang mot kommissionen, punkt 217). Det väsentliga formkrav som motiveringsskyldigheten utgör är under dessa omständigheter uppfyllt om kommissionen i sitt beslut har redovisat de uppgifter som vid beräkningen av bötesbeloppet i enlighet med riktlinjerna för beräkning av böter och, i förekommande fall, meddelandet om samarbete har legat till grund för dess bedömning av överträdelsens allvar och varaktighet (domen i det ovan i punkt 108 nämnda målet Cheil Jedang mot kommissionen, punkt 218).
- 110 Unionsdomstolen har därtill slagit fast att omfattningen av motiveringsskyldigheten ska fastställas mot bakgrund av att bedömningen av hur allvarliga överträdelsena är ska göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom i synnerhet de särskilda omständigheterna i målet, dess kontext och böternas avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut ska tas i beaktande. Kommissionen förfogar vid fastställandet av varje bötesbelopp över ett utrymme för skönsmässig bedömning, och den kan av denna anledning inte anses skyldig att tillämpa en exakt matematisk formel. Av detta följer att när kommissionen i ett beslut konstaterar att konkurrensreglerna har överträtts och ålägger de företag som har deltagit i överträdelsen böter ska kommissionen, om den systematiskt har beaktat vissa grundläggande omständigheter för att fastställa bötesbeloppen, ange dessa omständigheter i själva beslutet så att mottagarna av det ska kunna kontrollera om bötesnivån är välgrundad och bedöma om det eventuellt förekommit diskriminering (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-295/94, Buchmann mot kommissionen, REG 1998, s. II-813, punkterna 162–164, 171 och 173).
- 111 Unionsdomstolen har slutligen fastställt att den omständigheten att kommissionen senare har lämnat mer precisa upplysningar än dessa bedömningsgrunder (såsom företagets omsättning eller den av kommissionen fastställda procentsatsen för reduktionen av bötesbeloppet), vid en presskonferens eller

under domstolsförfarandet, inte kan medföra att beslutet ska anses vara bristfälligt motiverat. Om den som har fattat ett angripet beslut lämnar kompletterande förklaringar till en motivering som redan i sig är tillräcklig, omfattas inte dessa av motiveringsskyldigheten i strikt mening. De kan emellertid vara till hjälp vid den interna prövning av skälen till beslutet som görs av unionsdomstolarna, genom att de gör det möjligt för institutionen att mer ingående redogöra för de skäl som ligger till grund för beslutet (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-248/98 P, KNP BT mot kommissionen, REG 2000, s. I-9641, punkterna 41, 42 och 44).

- 112 Mot bakgrund av denna rättspraxis framgår det att kommissionens motivering av det angripna beslutet var tillräcklig.
- 113 Kommissionen angav faktiskt i det angripna beslutet ett antal faktorer som möjliggjort att bedöma överträdelsens allvar. Kommissionen har sålunda beaktat överträdelsens art, angett skälen till varför det inte var möjligt att fastställa den konkurrensbegränsande samverkans konkreta påverkan på marknaden, fastställt den ifrågavarande marknads geografiska storlek, delat in de berörda företagen i flera kategorier utifrån deras marknadsandel år 2001, det vill säga det sista hela år som överträdelsen pågick, och slutligen beaktat företagets senaste globala omsättning, för att försäkra sig om att böterna skulle få en tillräckligt avskräckande verkan (skälen 310–325 i det angripna beslutet). Kommissionen påpekade dessutom, i skäl 319 i det angripna beslutet, att den vid beräkningen av marknadsandelarna grundade sig på försäljningsvärdet av vägbitumen år 2001 (eller inköpsvärdet av vägbitumen, för vägbyggnadsföretagen). Det framkommer emellertid i skälen 4–6 i det angripna beslutet att vägbitumen ska definieras som bitumen som används för vägbygge och jämförbara användningsområden – vilket omfattar bitumen av olika hårdhet, för olika användningsområden, samt olika grader av bitumen, däribland specialbitumen. Kommissionen bemötte särskilt de två företagens invändningar om att specialbitumenprodukter skulle uteslutas, genom att stödja sig på handlingar från ett flertal bolag (BP, ExxonMobil, KWS och SNV), enligt vilka prisändringar för standardvägbitumen påverkade priset på andra bitumenprodukter som användes inom detta område. Bland dessa handlingar fanns, såsom anges i det angripna beslutet (skäl 6 och fotnot 11), de handlingar som beslagtogs i samband med kontroller i SNV:s lokaler. Enligt den rättspraxis som angetts ovan i punkt 111 kan kommissionen i vart fall lämna förtydliganden till beslutets motivering under domstolsförfarandet, vilka kan vara till hjälp vid den interna kontroll av skälen till beslutet som utförs av unionsdomstolarna, genom att de gör det möjligt för institutionen att mer ingående redogöra för de skäl som ligger till grund för beslutet. I förevarande fall har kommissionen således i svaromålet angett vissa specifika upplysningar som den grundade sig på för att ta med Mexphalte C bland de bitumenprodukter som omfattades av den konkurrensbegränsande samverkan (se punkt 101 ovan).
- 114 Sökandena har slutligen i repliken framställt en anmärkning om att principen om likabehandling har åsidosatts, genom att kommissionen inte har bevisat att den även beaktade inköpsvärdet av Mexphalte C i beräkningen av KWS:s marknadsandel. Tribunalen erinrar emellertid om att kommissionen, i det angripna beslutet, ansåg att den berörda produkten för samtliga deltagare i den konkurrensbegränsande samverkan var bitumen som används för vägbygge och jämförbara användningsområden, inbegripet specialbitumen (skälen 4–6 i det angripna beslutet). För att fastställa marknadsandelen för varje företag skickade kommissionen en begäran om upplysningar till vart och ett av dem, vilket gjorde det möjligt för kommissionen att upprätta tabeller med försäljningsvärde och inköpsvärde av bitumen för varje företag i Nederländerna år 2001, och summan av vägbyggnadsföretagens inköp var lika med summan av leverantörernas försäljning (skälen 29, 319 och 320 i det angripna beslutet). Vidare har sökandena inte lämnat några uppgifter som visar att kommissionen skulle ha tillämpat en annan definition av de berörda produkterna för den konkurrensbegränsande samverkan när den fastställde KWS:s marknadsandel. Denna anmärkning kan således inte godtas.
- 115 Följaktligen kan inte något av de argument som sökandena har framfört inom ramen för sin talan om ogiltigförklaring, med avseende på att Mexphalte C tagits med bland de produkter som berördes av den konkurrensbegränsande samverkan, utgöra grund för att ogiltigförklara det angripna beslutet.

– Prövning av sökandenas argument inom ramen för den obegränsade behörigheten

- 116 Lagenlighetsgranskningen kompletteras av den obegränsade behörighet som unionsdomstolen tillerkändes genom artikel 17 i förordning nr 17 och som den nu tillerkänns genom artikel 31 i förordning nr 1/2003, i enlighet med artikel 261 FEUF. Förutom att pröva påföljdens lagenlighet är således unionsdomstolen behörig att ersätta kommissionens bedömning med sin egen bedömning. Följaktligen kan unionsdomstolen undanröja, sätta ned eller höja de böter eller viten som ålagts. Den granskning som föreskrivs i fördragen innebär således att unionsdomstolen, i enlighet med vad som krävs enligt principen om ett effektivt rättsmedel inför en domstol i artikel 47 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, ska kontrollera såväl rättsliga som faktiska omständigheter och att den har behörighet att pröva bevisningen, ogiltigförklara det angripna beslutet och ändra bötesbeloppet (domstolens dom av den 8 december 2011 i mål C-272/09 P, KME Germany m.fl. mot kommissionen, REU 2011, s. I-12789, punkterna 103 och 106, domen i det ovan i punkt 109 nämnda målet Chalkor mot kommissionen, punkterna 63 och 67, och domstolens dom av den 8 december 2011 i mål C-389/10 P, KME Germany m.fl. mot kommissionen, REU 2011, s. I-13125, punkterna 130 och 133). Tribunalen erinrar dessutom om att vad gäller tillämpningen av artikel 81 EG finns det ingen bestämmelse som ålägger mottagaren av meddelandet om invändningar att under det administrativa förfarandet bestrida olika rättsliga eller faktiska omständigheter i detta meddelande, vid äventyr av att inte senare kunna göra dessa gällande i domstolsförfarandet (domstolen dom av den 1 juli 2010 i mål C-407/08 P, Knaf Gips mot kommissionen, REU 2010, s. I-6371, punkt 89).
- 117 Tribunalen ska följaktligen, inom ramen för sin obegränsade behörighet, pröva huruvida sökandena ålagts ett bötesbelopp som – vid den tidpunkt då tribunalen beslutar dom – på ett riktigt sätt speglar hur allvarlig den aktuella överträdelsen var (förstainstansrättens dom av den 11 mars 1999 i mål T-156/94, Aristrain mot kommissionen, REG 1999, s. II-645, punkterna 584–586, av den 27 september 2006 i mål T-322/01, Roquette Frères mot kommissionen, REG 2006, s. II-3137, punkterna 51–56 och 293–315, och tribunalens dom av den 7 juni 2011 i mål T-217/06, Arkema France m.fl. mot kommissionen, REU 2011, s. II-2593, punkterna 251–253) och särskilt huruvida kommissionen gjorde en riktig bedömning när den fastställde sökandenas omsättning för vägbitumen i Nederländerna.
- 118 Det ska dock erinras om att kommissionen, för att skydda den ändamålsenliga verkan av artikel 18.2 och 18.3 i förordning nr 1/2003, har rätt att förplikta ett företag att lämna alla nödvändiga upplysningar om de faktiska omständigheter som det kan känna till och vid behov sända över handlingar rörande dessa, som det har i sin ägo. Det enda villkoret är att kommissionen inte får tvinga ett företag att tillhandahålla svar genom vilka företaget tvingas erkänna förekomsten av en överträdelse, som det ankommer på kommissionen att bevisa (domstolens dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem mot kommissionen, REG 1989, s. 3283, punkterna 34 och 35). Ett företag som har fått en begäran om upplysningar av kommissionen enligt artikel 18 i förordning nr 1/2003 är således skyldigt att samarbeta aktivt och kan åläggas specifika böter, som föreskrivs i artikel 23.1 i förordningen, på upp till 1 procent av företagets sammanlagda omsättning, om det uppsåtligen eller av oaktsamhet lämnar oriktiga eller vilseledande uppgifter. Därav följer att tribunalen, vid utövandet av sin obegränsade behörighet, i förekommande fall kan beakta att ett företag har brustit i sitt samarbete och följaktligen höja det bötesbelopp som påförts för åsidosättande av artiklarna 81 EG och 82 EG, förutsatt att företaget inte redan har ålagts specifika böter för just detta agerande, enligt artikel 23.1 i förordning nr 1/2003.
- 119 Så skulle exempelvis kunna vara fallet om ett företag, i sitt svar på kommissionens begäran om upplysningar, uppsåtligen eller av oaktsamhet underlät att under det administrativa förfarandet lämna in uppgifter som är avgörande för att fastställa bötesbeloppet och som företaget hade, eller kunde ha haft, tillgång till när det angripna beslutet antogs. Om tribunalen, vid utövandet av sin obegränsade behörighet, finner att det inte finns hinder för att beakta sådana förhållanden, riskerar följaktligen det

- företag som inte tar upp dessa uppgifter förrän vid domstolsförfarandet – och således äventyrar det administrativa förfarandets ändamål och förlopp – att tribunalen beaktar denna omständighet när den fastställer vilket bötesbelopp som är lämpligt.
- 120 Tribunalen ska således först pröva huruvida de handlingar som sökandena har tillhandahållit under domstolsförfarandet gör det möjligt att fastställa att omsättningen för Mexphalte C inte borde ha tagits i beaktande vid beräkningen av bötesbeloppet.
- 121 Utifrån den första handlingen – som innehåller en tabell med en jämförelse mellan prisutvecklingen för standardvägbitumen och prisutvecklingen för Mexphalte C under perioden 1995–2002, samt skrivelser från SNV, som upprättats under denna period och i vilka SNV uppgav för sina kunder att prishöjningarna berodde på prisutvecklingen för råvarorna – kan det enbart konstateras att prishöjningarna för Mexphalte C ibland motsvarade prishöjningar för standardvägbitumen, även om det inte systematiskt var så (prisändringarna följde varandra i maj och juni år 1999, i februari år 2000 och i april och september år 2002). Detta kan förklaras av affärspolitiska överväganden (den 27 maj 1999 gav SNV exempelvis en speciell rabatt på denna produkt till sina kunder, för att stimulera dess användning). Dessutom framgick det i de skrivelser som SNV hade skickat till sina kunder, i samband med dessa prishöjningar, att prishöjningarna berodde på prisutvecklingen på oljemarknaden.
- 122 Utifrån den andra handlingen, som innehåller uttalandet från SNV:s verkställande direktör av den 30 november 2006, kan det enbart konstateras att Mexphalte C framställs utav harts, extrakt från smörjolja och polymerer. Sökandena har dessutom, i svar på en skriftlig fråga från tribunalen, förklarat att Mexphalte C i huvudsak består av två komponenter, BFE och Nevchem 2338, som i sin tur är produkter som härrör från råolja som framställs genom en annan produktionsprocess än den för bitumen. Det framgår av dessa handlingar att även om Mexphalte C framställs genom en process som skiljer sig från produktionsprocessen för bitumen och att dess komponenter inte härrör från bitumen, så är råolja alltså råmaterialet för dessa komponenter – liksom det är för bitumen.
- 123 Sökandena har heller inte företett någon bevisning för att Mexphalte C utgjorde en annan marknad än marknaden för standardvägbitumen. De har nämligen endast hävdat att Mexphalte C generellt köptes av kommuner och att denna produkt inte användes för motorvägar. Däremot företedde de inte tillräcklig bevisning för att prisutvecklingen för Mexphalte C var självständig från prisutvecklingen för standardvägbitumen under överträdelserperioden.
- 124 Sammanfattningsvis har inte sökandena inkommit med någon uppgift vid tribunalen som styrker att Mexphalte C inte var en av de produkter som utgjorde den marknad som omfattades av den konkurrensbegränsande samverkan, detta trots att flera omständigheter i målet tyder på att priset på Mexphalte C hade ett nära samband med priset på standardvägbitumen. Det finns således inget stöd för slutsatsen att omsättningen för Mexphalte C måste uteslutas från sökandenas omsättning innan denna beaktas vid bedömningen av hur allvarlig överträdelsern var.
- 125 Tribunalen ska sedan pröva huruvida sökandena har brutit i sin skyldighet att samarbeta under det administrativa förfarandet, genom att lämna in de uppgifter som angetts ovan först vid domstolsförfarandet och inte under det administrativa förfarandet.
- 126 Det framgår av den skrivelse som sökandena skickade till kommissionen den 23 maj 2006 att de tillhandahöll sina omsättningsnivåer inbegripet omsättningen för Mexphalte C, som enligt dessa bolag var den enda specialbitumen som hade någon anknytning till vägbygge. Bolagen preciserade dock därvid att denna produkt inte omfattades av den konkurrensbegränsande samverkan. Denna formulering är visserligen i viss mån oklar, och sökandena företedde inte någon bevisning för att styrka dessa påståenden. Det är dock ostridigt att sökandena påpekade för kommissionen att de ansåg att omsättningen för Mexphalte C inte borde beaktas när deras bötesbelopp skulle fastställas. Då kommissionen inte begärde ytterligare upplysningar i detta avseende framstår det inte som att

sökandena i förevarande fall har brustit i sin skyldighet att samarbeta lojalt under det administrativa förfarandet, genom att inte ha tillhandahållit de ovan i punkterna 121 och 122 beskrivna handlingarna, även om de hade kunnat lämna in dessa handlingar vid det tillfället.

- 127 Tribunalen finner följaktligen att sökandena inte har brustit i sin skyldighet att samarbeta, vilken följer av artikel 18 i förordning nr 1/2003.
- 128 Talan kan således inte vinna bifall på den tredje grundens första del.

Överträdelsens varaktighet

Parternas argument

- 129 Sökandena anser att kommissionen gjorde sig skyldig till sakfel, när den bedömde att överträdelsen inleddes den 1 april 1994. Detta påstående grundar sig enbart på två interna anteckningar från HBG, daterade den 28 mars respektive den 8 juli 1994, vilka inte ens styrker att det fanns några prisavtal mellan leverantörerna. De kontakter med KWS som nämns i dessa två anteckningar var enligt sökandena rent bilaterala. Med avseende på år 1995 har kommissionen själv, i det angripna beslutet, medgett att den inte hade någon bevisning för konkurrensbegränsande kontakter mellan leverantörerna. Sökandena har däremot medgett att den konkurrensbegränsande samverkan började vid det första konkurrensbegränsande mötet, som hölls den 19 februari 1996. De har erinrat om att tvivel i vart fall ska vara till sökandens fördel (förstainstansrättens dom av den 5 april 2006 i mål T-279/02, Degussa mot kommissionen, REG 2006, s. II-897, punkt 115).
- 130 Kommissionen anser att den inte gjorde sig skyldig till sakfel, när den bedömde att överträdelsen inleddes den 1 april 1994 och pågick under år 1995.

Tribunalens bedömning

- 131 I förevarande fall ansåg kommissionen att sökandena hade deltagit i en långvarig överträdelse, eftersom den hade pågått i över fem år. Kommissionen slog fast att överträdelsen totalt varat i åtta år, från den 1 april 1994 till den 15 april 2002, och höjde följaktligen utgångsbeloppet med 80 procent (skäl 326 i det angripna beslutet).
- 132 Det framgår av det angripna beslutet att kommissionen har stött sig på flera samstämmiga bevis för att komma fram till bedömningen att den konkurrensbegränsande samverkan började år 1994 (skälen 93–99 och 175–178 i det angripna beslutet).
- 133 För det första grundade sig kommissionen således på de två interna anteckningarna från HBG av den 28 mars respektive den 8 juli 1994. I dessa anteckningar anges dels att Shell hade meddelat att bitumenpriset skulle fastställas mellan den 1 april 1994 och den 1 januari 1995, med en maximirabatt till W5 (och en mindre rabatt till de mindre vägbyggnadsföretagen), dels att avtal hade ingåtts mellan oljebolagen och W5 redan före mars månad 1994. I motsats till vad sökandena har gjort gällande avser dessa två anteckningar inte enbart rent bilaterala kontakter mellan Shell och KWS. Av dessa anteckningar framgår, på ett otvetydigt sätt, att det förekommit avtal mellan leverantörerna och W5.
- 134 För det andra grundade sig kommissionen på de två interna anteckningarna från SNV av den 6 och 9 februari 1995. I anteckningen av den 6 februari 1995, vilken innehåller en historisk beskrivning av utvecklingen på vägbyggnadsmarknaden i Nederländerna, anges bland annat att "ursprunget till den konkurrensbegränsande samverkan" sträcker sig tillbaka till år 1980, att ansvaret för uppkomsten av vissa avtal låg såväl hos de offentliga myndigheterna som hos vägbyggnadsföretagen och leverantörerna, att den konkurrensbegränsande samverkan – i dess ursprungliga form – avslutades

år 1993 och att vägbyggnadsföretagen hade krävt stabilare priser år 1995, för att mängderna och uppdelningen av marknaderna någorlunda skulle återgå till 1993 års nivåer. I anteckningen av den 9 februari 1995 nämns att SNV försökt att avsluta sin medverkan i den konkurrensbegränsande samverkan från och med år 1992, något som dock aldrig inträffade. Även de prisavtal som ingåtts mellan W5 och leverantörerna, till nackdel för upphandlarna och de företag som inte var medlemmar av W5, nämndes i denna anteckning. I anteckningen presenteras olika möjligheter för SNV att dra sig ur den konkurrensbegränsande samverkan, samtidigt som de svårigheter som nödvändigtvis skulle uppstå om SNV gjorde ett sådant val påpekas. Även uttalandet av den 9 oktober 2003 från en anställd vid Kuwait Petroleum bekräftar att avtalen mellan leverantörerna och de stora vägbyggnadsföretagen fanns redan när vederbörande kom till avdelningen "Bitumen" inom detta bolag i mars och april 1994. Slutligen har SNV själv, i sin företagsredogörelse av den 10 oktober 2003, angett att de stora vägbyggnadsföretagen efter år 2003 hade funnit ett annat sätt att undvika störningar på vägbyggnadsmarknaden, genom att organisera möten med leverantörerna (skäl 91 i det angripna beslutet).

- 135 För det tredje bekräftar flera av de handlingar som kommissionen omhändertagit att systemet med rabatter och sanktioner fungerade år 1995. Kommissionen har omhändertagit en intern anteckning från HBG av den 7 juli 1995, i vilken det anges att Kuwait Petroleum Nederland BV (nedan kallat KPN) och Wintershall AG erbjöd en ytterligare rabatt till HBG, och en intern rapport från Wintershall av den 4 mars 1996 om ett möte med bolaget Heijmans, i vilken summan på rabatten till detta bolag nämns (skäl 98 i det angripna beslutet). I denna rapport från Wintershall anges även att det år 1995 konstaterades att leverantörerna hade beviljat otillåtna rabatter till de mindre vägbyggnadsföretagen (skäl 82 i det angripna beslutet).
- 136 För det fjärde anges det även, i KWS:s svar på meddelandet om invändningar av den 20 maj 2005, att avtalen mellan leverantörerna och de stora vägbyggnadsföretagen hade funnits sedan år 1993 (skälen 96 och 97 i det angripna beslutet).
- 137 För det femte bekräftas av ansökningarna från tre bolag om att få omfattas av meddelandet om samarbete att avtalen hade funnits sedan den 1 april 1994. Det rör sig om Kuwait Petroleums yttrande av den 9 oktober 2003, företaget Nynas svar av den 2 oktober 2003 på en begäran om upplysningar och BP:s yttrande av den 12 juli 2002.
- 138 För år 1995 ska det förtydligas att kommissionen, i motsats till vad sökandena har hävdats, inte på något sätt har medgett att den inte hade några bevis för konkurrensbegränsande kontakter mellan leverantörerna. Den har endast medgett att den varken hade bevis för att några nya avtal hade ingåtts under år 1995 eller för att de tidigare avtalen hade slutat att gälla under detta år. Kommissionen gjorde således bedömningen att de avtal som ingåtts under år 1994 fortfarande gällde under år 1995 (skälen 98 och 99 i det angripna beslutet).
- 139 Det följer således av samtliga dessa samstämmiga bevis att kommissionen gjorde en riktig bedömning och har visat att den överträdelse som begåtts av sökandena inleddes den 1 april 1994. Därmed ska den tredje grunden underkännas i sin helhet.

4. Den fjärde grunden: Sakfel och felaktig rättstillämpning avseende de försvårande omständigheterna

- 140 Det ska inledningsvis preciseras att unionsdomstolen anser att det, vid bedömningen av ett företags roll i en överträdelse, är nödvändigt att skilja mellan den ledande och den uppmuntrande rollen och att utföra två separata analyser för att avgöra om företaget innehade den ena eller den andra av dessa roller. Medan den uppmuntrande rollen hör ihop med upprättandet eller utvidgningen av en konkurrensbegränsande samverkan, hör den ledande rollen ihop med samverkans sätt att fungera (förstainstansrättens dom av den 15 mars 2006 i mål T-15/02, BASF mot kommissionen, REG 2006, s. II-497, punkt 316).

SNV:s uppmuntrande roll

Parternas argument

- 141 Sökandena har gjort gällande att kommissionen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning och sakfel, genom att tillskriva SNV – tillsammans med KWS – den uppmuntrande rollen inom den konkurrensbegränsande samverkan. Detta utgör grund för att, helt eller delvis, ogiltigförklara höjningen med 50 procent av de böter som sökandena ålagts.
- 142 Kommissionen erinrar om att unionsdomstolen skiljer mellan den uppmuntrande rollen och den ledande rollen och att tribunalen, även om den skulle finna att det inte finns tillräckliga bevis avseende en av dessa två roller, ändå skulle kunna upprätthålla höjningen av bötesbeloppet med 50 procent (domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkterna 342–349). Vad gäller att SNV tillskrivits den uppmuntrande rollen har kommissionen angett att den grundade sig på dels den omständigheten att SNV hade föreslagit KWS att ge en specifik rabatt till de stora vägbyggnadsföretagen, och således hade haft en roll i upprättandet av den konkurrensbegränsande samverkan, dels att SNV hade försökt övertala ExxonMobil att ansluta sig till den konkurrensbegränsande samverkan. Kommissionen har stött sig på tre samstämmiga bevis, nämligen ett avsnitt i en intern rapport från Wintershall från år 1992, två uppgifter i KWS:s svar på meddelandet om invändningar och, slutligen, två interna anteckningar från ExxonMobil från år 1993. Kommissionen erinrar slutligen om att unionsdomstolen inte har ålagt kommissionen att ha uppgifter om hur detaljerna i den konkurrensbegränsande samverkan utformats eller uppkommit för att styrka att ett företag har haft en uppmuntrande roll (förstainstansrättens dom av den 20 mars 2002 i mål T-9/99, HFB m.fl. mot kommissionen, REG 2002, s. II-1487, punkt 578, och domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 321).

– Förslaget till KWS om speciella rabatter till W5

- 143 Sökandena har gjort gällande att kommissionen, för att styrka att SNV låg bakom den konkurrensbegränsande samverkan, endast grundade sig på en vittnesutsaga från en av KWS:s anställda, vilken tillhandahölls i bolagets svar på meddelandet om invändningar och av vilken det framgår att SNV för första gången år 1993 föreslog att leverantörerna skulle ge en speciell rabatt till W5. Efter det att SNV hade fått ta del av denna vittnesutsaga avgav emellertid bolagets försäljningschef för bitumen, den 22 november 2006, en vittnesutsaga under ed, i vilken vederbörande bestred detta påstående och bland annat angav att W5 – som hade krävt fördelaktiga rabatter sedan försäljningschefen tillträdde sin tjänst år 1992 – låg bakom de fördelaktiga rabatterna.
- 144 Kommissionen har inledningsvis ifrågasatt huruvida detta uttalande kan tas upp till prövning, eftersom det enligt kommissionen inte utgör ett tillåtet bevis. Sökandena har förklarat att SNV:s försäljningschef för bitumen inte hördes av kommissionen efter det att SNV ansökt om att få omfattas av meddelandet om samarbete, eftersom kommissionen hade uppgett att det muntliga hörandet enbart skulle vara nödvändigt om vederbörande kunde tillhandahålla kompletterande uppgifter. Så var inte fallet. Trots att försäljningschefen var tillgänglig ansåg kommissionen inte att det skulle ha varit till nytta att höra vederbörande under det administrativa förfarandet.
- 145 Sökandena har vidare gjort gällande att KWS:s uttalande är föga tillförlitligt och erinrar om att det bestreds av SNV:s försäljningschef för bitumen och att det inte stöds av någon annan bevisning. Sökandena anser dessutom att kommissionen har åsidosatt deras rätt till en rättvis rättegång och till en opartisk undersökning, genom att inte kontrollera trovärdigheten i KWS:s påståenden. Enligt sökandena har kommissionen dels gjort sig skyldig till sakfel och felaktig rättstillämpning, dels brustit i sin motiveringsskyldighet, när den bedömde att detta uttalande från KWS var tillräckligt för att styrka att SNV var initiativtagaren till den konkurrensbegränsande samverkan.

- 146 Enligt kommissionen framgår det inte av akten i ärendet att KWS ensam varit initiativtagare till den konkurrensbegränsande samverkan. Sökandena har inte heller styrkt att SNV gjorde ansträngningar för att avsluta sitt deltagande i tidigare konkurrensbegränsande avtal. Kommissionen anser däremot att de två koncernerna hade ett ekonomiskt intresse av att den konkurrensbegränsande samverkan fungerade – eftersom den ena fanns på utbudssidan, med leverantörerna, och den andra fanns på efterfrågesidan, med vägbyggnadsföretagen. Leverantörerna hade således intresse av den konkurrensbegränsande samverkan, eftersom den garanterade dem att priserna höjdes och förblev stabila. Den gav dem även möjligheten att hindra nya leverantörer, som enskilt skulle kunna erbjuda lägre priser till vägbyggnadsföretagen och minska övriga leverantörers marknadsandelar, från att träda in på marknaden.
- 147 För att visa att SNV hade en uppmuntrande roll och att detta bolag föreslog KWS att en speciell rabatt skulle ges åt W5, har kommissionen hävdats att den – såsom unionsdomstolen tillåtit – grundade sig på flera handlingar, både samtida med och senare än den konkurrensbegränsande samverkan, vilka styrkte de uppgifter som förekom i KWS:s svar på meddelandet om invändningar (förstainstansrättens dom av den 26 april 2007 i de förenade målen T-109/02, T-118/02, T-122/02, T-125/02, T-126/02, T-128/02, T-129/02, T-132/02 och T-136/02, Bolloré mot kommissionen, REG 2007, s. II-947, punkt 563). Kommissionen beaktade således den interna rapporten från Wintershall av den 20 februari 1992, i vilken kontakterna mellan SNV och KWS omnämns, då SNV var ansvarigt för att föreslå framtida samarbete mellan leverantörerna och W5. Vidare beaktades en intern anteckning från HBG av den 28 mars 1994 om SNV:s kommunikation avseende de överenskomna priserna och rabatterna.
- 148 Den omständigheten att andra uppgifter kunde styrka KWS:s vittnesutsaga förklarar även den annorlunda behandling som kommissionen gav ExxonMobil, när dess roll ifrågasattes av andra bolag.

– Försöken att övertala ExxonMobil att ansluta sig till den konkurrensbegränsande samverkan

- 149 Sökandena har gjort gällande att kommissionen inte enbart kunde stödja sig på de två interna anteckningarna från ExxonMobil för att slå fast att SNV hade försökt att övertala detta bolag att ansluta sig till den konkurrensbegränsande samverkan och att SNV således skulle ha haft en uppmuntrande roll.
- 150 Enligt kommissionen är de två interna anteckningarna från ExxonMobil tillräckliga för att styrka att SNV hade försökt att övertala detta bolag att ansluta sig till den konkurrensbegränsande samverkan och att SNV således hade en uppmuntrande roll. Kommissionen erinrar först och främst om att ett företag som har föreslagit för ett annat företag att det skulle vara fördelaktigt med ett hemligt samarbete, eller har försökt övertala det andra företaget att medverka i ett sådant, enligt rättspraxis kan betecknas som anstiftare till den konkurrensbegränsande samverkan (domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 321). Kommissionen anser således att det är rättsstridigt av en affärspartner att upplysa en annan affärspartner om de priser som den tänker tillämpa gentemot sina kunder. Kommissionen har dessutom preciserat att det inte rörde sig om en enstaka händelse. SNV:s försäljningschef för bitumen tog nämligen kontakt med ExxonMobil i mars 1993 och i mars 1994. Kommissionen har vidare preciserat att även om det fastställs att den konkurrensbegränsande samverkan inte ännu hade upprättats, har detta inte någon betydelse för beteckningen som anstiftare. Slutligen är inte påståendet att andra leverantörer hade haft kontakt med ExxonMobil tillräckligt styrkt.

Tribunalens bedömning

- 151 Det följer av det angripna beslutet att kommissionen gjorde bedömningen att SNV, inom leverantörgruppen, och KWS, inom W5, bar ett särskilt ansvar på grund av sin respektive roll som anstiftare till den konkurrensbegränsande samverkan (skäl 342). Kommissionen ansåg att två uppgifter gjorde det möjligt att bedöma att SNV hade en uppmuntrande roll inom den konkurrensbegränsande

samverkan. För det första hade SNV föreslagit KWS att ge en specifik rabatt till W5 och hade således en roll i upprättandet av den konkurrensbegränsande samverkan. För det andra hade SNV försökt övertala ExxonMobil att ansluta sig till den konkurrensbegränsande samverkan. Kommissionen grundade sig därvid på tre bevis som den ansåg var samstämmiga. Det första beviset är ett avsnitt i en intern rapport från Wintershall av den 18 februari 1992, i vilken det anges dels att KWS hade meddelat Wintershall att det hade tagit kontakt med SNV för att be SNV att föreslå framtida samarbete mellan leverantörerna och W5, dels att SNV följaktligen hade erbjudit Wintershall en speciell rabatt för W5 år 1993. Det andra beviset är två uppgifter i KWS:s svar på meddelandet om invändningar som bekräftar att dessa initiativ från SNV hade legat bakom den konkurrensbegränsande samverkan. Det tredje beviset är interna anteckningar från ExxonMobil om SNV:s försök att övertala detta bolag att ansluta sig till den konkurrensbegränsande samverkan.

– Allmänna principer avseende den uppmuntrande rollen

- 152 När en överträdelse har begåtts av flera företag ska vid fastställandet av böterna det relativa allvaret av vart och ett av dessa företags medverkan undersökas (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 623, och domen i de ovan i punkt 36 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 92). Detta innebär i synnerhet att deras respektive roller i överträdelsen under den tid som de deltog i den ska fastställas (se domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Partecipazioni, REG 1999, s. I-4125, punkt 150, och förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-6/89, Enichem Anic mot kommissionen, REG 1991, s. II-1623, punkt 264; svensk specialutgåva, volym 11, s. II-1).
- 153 Därav följer bland annat att den uppmuntrande eller ledande roll som en eller flera företag haft i en konkurrensbegränsande samverkan ska beaktas vid fastställelsen av bötesbeloppet, eftersom de företag som haft en sådan roll bär ett särskilt ansvar i förhållande till de andra företagen (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-347/94, Mayr-Melnhof mot kommissionen, REG 1998, s. II-1751, punkt 291, och av den 29 april 2004 i de förenade målen T-236/01, T-239/01, T-244/01-T-246/01, T-251/01 och T-252/01, Tokai Carbon m.fl. mot kommissionen (nedan kallad Tokai I-domen), REG 2004, s. II-1181, punkt 301).
- 154 Det har i överensstämmelse med dessa principer upprättats, i punkt 2 i riktlinjerna för beräkning av böter, under rubriken försvårande omständigheter, en icke uttömmande förteckning över omständigheter som kan leda till en höjning av grundbeloppet för böterna och som bland annat innehåller att företaget har haft "en ledande roll eller uppmuntrat till överträdelsen" (domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkterna 280–282).
- 155 Det bör noteras att för att betecknas som anstiftare till en konkurrensbegränsande samverkan måste ett företag ha förmått eller uppmuntrat andra företag att upprätta en konkurrensbegränsande samverkan eller att ansluta sig till den. Det är däremot inte tillräckligt att enbart ha befunnit sig bland grundarna av den konkurrensbegränsande samverkan. Denna beteckning ska förbehållas det företag som i förekommande fall tog initiativet exempelvis genom att föreslå det andra företaget att det skulle vara fördelaktigt med ett hemligt samarbete eller genom att försöka övertala det andra företaget att medverka i ett sådant (domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 321). Unionsdomstolen ålägger emellertid inte kommissionen att ha uppgifter om hur detaljerna i den konkurrensbegränsande samverkan utformats eller uppkommit. Slutligen har unionsdomstolen förklarat att den uppmuntrande rollen hör ihop med upprättandet eller utvidgningen av en konkurrensbegränsande samverkan (domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 316), vilket innebär att flera företag samtidigt kan ha en uppmuntrande roll inom en och samma konkurrensbegränsande samverkan.

- 156 I motsats till vad sökandena har påstått föreligger det i princip heller inte något hinder mot att kommissionen grundar sig på en enda händelse för att styrka att ett företag hade en uppmuntrande roll inom en konkurrensbegränsande samverkan, förutsatt att det utifrån denna enda uppgift säkert kan fastställas att detta företag har förmått eller uppmuntrat andra företag att upprätta en konkurrensbegränsande samverkan eller att ansluta sig till den. För det första erinrar tribunalen om att kommissionen inte är bunden av sin tidigare beslutspraxis. Bedömningen av huruvida kommissionens beslut på området är rättsenliga görs nämligen enbart mot bakgrund av de normer som är tillämpliga på dem, däribland förordningarna nr 1/2003 och nr 773/2004 och riktlinjerna, såsom unionsdomstolen tolkar dem (se punkt 90 ovan). För det andra ska det klargöras att det enda som framgår av punkt 350 i domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen är att ett företag inte kan försöka förringa sin ledande roll för en överträdelse genom att hävda att ett annat företag hade denna roll, på grund av att det en enda gång varit det första som aviserat en prishöjning som hade beslutats inom den konkurrensbegränsande samverkan, trots att det var ostridigt att det förstnämnda företaget självt hade aviserat dessa prishöjningar vid flera tillfällen.
- 157 Det framgår i vart fall av det angripna beslutet (skäl 342) att kommissionen inte enbart grundade sig på KWS:s svar på meddelandet om invändningar för att göra bedömningen att SNV hade en uppmuntrande roll inom den konkurrensbegränsande samverkan. Kommissionen stödde sig även på ett avsnitt i en intern rapport från Wintershall av den 18 februari 1992 – i vilket det anges dels att KWS hade meddelat Wintershall att det hade tagit kontakt med SNV för att be SNV att föreslå framtida samarbete mellan leverantörerna och W5, dels att SNV följaktligen hade erbjudit Wintershall en speciell rabatt för W5 år 1993 – samt på interna anteckningar från ExxonMobil om SNV:s försök att övertala detta bolag att ansluta sig till den konkurrensbegränsande samverkan.
- 158 Det åligger tribunalen att, med beaktande av de principer som angetts ovan, pröva huruvida kommissionen har företett tillräcklig bevisning för att styrka att SNV hade en uppmuntrande roll inom den konkurrensbegränsande samverkan.
- Huruvida den vittnesutsaga som sökandena har tillhandahållit kan tas upp till sakprövning
- 159 Det åligger inledningsvis tribunalen att pröva huruvida det uttalande från SNV:s försäljningschef för bitumen, som upprättades den 22 november 2006 och i vilket det anges att det enbart var W5 som låg bakom den konkurrensbegränsande samverkan, kan tas upp till sakprövning. Kommissionen har nämligen gjort gällande att den – efter SNV:s ansökan av den 10 oktober 2003 om att få omfattas av meddelandet om samarbete, vilken innehöll ett yttrande av denne anställda – önskade höra vederbörande, men att SNV motsatte sig detta muntliga hörande. Kommissionen anser att uttalandet från år 2006 innebar att det förfarande för hörande av vittnen som föreskrivs i rättegångsreglerna kringgicks och att det följaktligen inte kan utgöra ett giltigt bevis (förstainstansrättens dom av den 21 april 2004 i mål T-172/01, M mot domstolen, REG 2004, s. II-1075, punkt 94).
- 160 Tribunalen understryker emellertid att det i domen i detta mål enbart preciserades att det ska göras skillnad mellan en vittnesutsaga som tribunalen tar del av inom ramen för det förfarande för hörande av vittnen som föreskrivs i artiklarna 68–76 i rättegångsreglerna och en vittnesutsaga som tagits emot i ett annat sammanhang, vilken enbart utgör en bevisuppgift. Tribunalen är för övrigt ensam behörig att besluta vilket värde som ska tillmätas olika faktiska omständigheter och bevisning som tillställts rätten eller som den själv insamlat (domstolens beslut av den 29 oktober 2004 i mål C-360/02 P, Ripa di Meana mot parlamentet, REG 2004, s. I-10339, punkt 28). Det finns inte någon bestämmelse som förbjuder en sökande att inge en bevisuppgift vid tribunalen som vederbörande inte hade ingett under det administrativa förfarandet. Tribunalen ska dock ta denna omständighet i beaktande inom ramen för sin bedömning av uppgiftens bevisvärde. Det aktuella uttalandet ska således anses kunna tas upp till sakprövning.

161 Vad gäller bevisvärdet av den vittnesutsaga som sökandena har åberopat, erinrar tribunalen om att principen om fri bevisvärdering gäller för domstolens och tribunalens verksamhet, bortsett från de undantag som föreskrivs i de ovannämnda rättegångsreglerna, och att det enda villkoret för bevisvärderingen av den bevisning som lagts fram är dess trovärdighet (det förslag till avgörande som domare Vesterdorf, tillförordnad generaladvokat, avgav i mål T-1/89, Rhône-Poulenc mot kommissionen, där förstainstansrätten meddelade dom den 24 oktober 1991, REG 1991, s. II-867 och II-869). Vid bedömningen av en handlingens bevisvärde ska det bedömas om handlingen innehåller tillförlitliga uppgifter och därvidlag tas hänsyn till handlingens ursprung, omständigheterna kring dess tillkomst, till vem den är ställd och huruvida dess innehåll verkar förnuftigt och trovärdigt (domen i de ovan i punkt 77 nämnda förenade målen Cement, punkt 1838). Tribunalen erinrar även om att kommissionen under det administrativa förfarandet visserligen inte har möjlighet att kräva att vittnesförhör ska äga rum under ed, men att den enligt artikel 19.1 i förordning nr 1/2003 kan inhämta redogörelser från var och en som samtycker till att höras.

162 I förevarande fall framgår det av handlingarna i målet att kommissionen – efter SNV:s ansökan av den 10 oktober 2003 om att få omfattas av meddelandet om samarbete, vilken innehöll ett uttalande av dess försäljningschef för bitumen – förhörde sig med SNV om huruvida denna person kunde tillhandahålla kompletterande uppgifter avseende de uppgifter som getts i uttalandet. Det framgår även att SNV svarade nekande men vidhöll att kommissionen kunde höra vederbörande om den ansåg att det var nödvändigt. Även om kommissionen därefter inte begärde att få höra denna person påpekar tribunalen att denne anställdes hos SNV, i sitt uttalande av den 24 september 2003 inom ramen för SNV:s ansökan om att få omfattas av meddelandet om samarbete, angav att W5 ville veta SNV:s bruttopris, som beräkningsgrund för att på ett enhetligt sätt kunna höja priserna på marknaden i dess helhet. Den anställda angav då även att han hade varit ansvarig för att kontakta KWS när det blev nödvändigt att hålla ett samrådsmöte om bitumen. I sitt uttalande från år 2006, efter det att det angripna beslutet hade antagits, nekade dock den anställda till att ha föreslagit upprättandet av ett system med specifika rabatter till W5 och till att ha samordnat sig med de andra leverantörerna. Tribunalen finner således att dessa uppgifter minskar bevisvärdet av, och således trovärdigheten i, den vittnesutsaga som sökandena har åberopat.

– Den specifika rabatten till W5

163 Sökandena har gjort gällande att det inte är logiskt att anse att leverantörerna skulle ha haft ett intresse av att en sådan konkurrensbegränsande samverkan upprättades. Det kan därför slås fast att det enbart var vägbyggnadsföretagen som tog initiativet till denna samverkan. Sökandena har påpekat att det enbart var vägbyggnadsföretagen som upprättade bestraffningsåtgärder gentemot de leverantörer som inte följde avtalen.

164 Det framgår emellertid av det angripna beslutet (skälen 146–154) att båda koncernerna hade ett ekonomiskt intresse av att den konkurrensbegränsande samverkan fungerade. Leverantörerna, på utbudssidan, drog nämligen nytta av att garantera dels en höjning av sina försäljningspriser (vilka, även efter det att rabatten till W5 dragits av, var på en högre nivå än priserna i grannländerna), dels prisernas stabilitet. Samtidigt hindrades nya leverantörer, som enskilt skulle ha kunnat erbjuda lägre priser till vägbyggnadsföretagen, från att träda in på marknaden. Tribunalen finner vidare att argumentet att leverantörerna inte hade något intresse av att föreslå en förmånlig rabatt till W5 kan avvisas, eftersom de av leverantörerna föreslagna höjningarna av bruttopriset, såsom kommissionen angav i det angripna beslutet (skäl 149), enbart accepterades av de stora vägbyggnadsföretagen på villkor att höjningarna åtföljdes av en höjning av rabatten till W5.

165 Sökandena har därtill gjort gällande att SNV inte kan betecknas som anstiftare till den konkurrensbegränsande samverkan, när bolaget faktiskt hade försökt att upplösa den konkurrensbegränsande samverkan år 1993. Detta påstående styrks emellertid inte av tillräckligt övertygande bevisning. I den interna anteckningen av den 6 februari 1995, vilken sökandena grundar

sig på, anges enbart ett försök av SNV att upplösa en konkurrensbegränsande samverkan på försäljningssidan år 1993. Detta försök tycks dock inte ha lyckats. I anteckningen nämns dessutom att det var SNV och ExxonMobil som tagit initiativet till denna konkurrensbegränsande samverkan (och inte till dess upplösning) på utbudssidan.

- 166 Sökandena har vidare gjort gällande att kommissionen enbart grundade sig på KWS:s svar på meddelandet om invändningar för att fastställa att SNV hade föreslagit specifika rabatter till W5. De har även gjort gällande att vittnesutsagan från den anställde hos KWS, som fanns med i detta svar, enbart har ett mycket begränsat bevisvärde, eftersom den ingetts i samband med svaret på meddelandet om invändningar. I detta meddelande om invändningar beskrevs KWS som den enda anstiftaren till den konkurrensbegränsande samverkan, och KWS:s svar avsåg således enbart att tillskriva ett annat bolag denna roll. Enligt sökandena ska det även tas i beaktande att denna vittnesutsaga ingavs tolv år efter de omtvistade omständigheterna och att KWS:s svar generellt var föga trovärdigt, eftersom det innehöll flera felaktigheter. Tribunalen finner emellertid att kommissionen, i motsats till vad sökandena har påstått, inte grundade sig enbart på denna handling för att fastställa att SNV hade föreslagit specifika rabatter till W5. Det framgår nämligen av ordalydelsen i skäl 342 i det angripna beslutet att kommissionen ansåg att SNV hade haft en uppmuntrande roll i den konkurrensbegränsande samverkan bland leverantörerna, genom att stödja sig på fem handlingar – nämligen den interna anteckningen från Wintershall, KWS:s svar på meddelandet om invändningar, den interna anteckningen från HBG av den 28 mars 1994 (genom hänvisning till skäl 175 i det angripna beslutet) samt de två handlingarna från ExxonMobil om SNV:s försök att övertala detta bolag att ansluta sig till den konkurrensbegränsande samverkan.
- 167 Det framgår således av vissa av dessa bevis att SNV föreslog W5 specifika rabatter. Kommissionen beaktade en intern rapport från Wintershall av den 18 februari 1992, som upprättats efter ett besök av KWS. I denna rapport nämns kontakter mellan SNV och KWS. SNV ansvarade, såsom marknadsledare, för att föreslå samarbete mellan leverantörerna och W5, motsvarande ett inköpsmonopol. Kommissionen stödde sig även på den interna anteckningen från HBG av den 28 mars 1994, som avsåg att SNV hade meddelat de andra leverantörerna de bitumenpriser och rabatter som överenskommit med W5. Även om den första handlingen bekräftar det avsnitt i KWS:s svar på meddelandet om invändningar där KWS påstod att SNV hade föreslagit specifika rabatter till W5, innehåller den andra handlingen enbart en angivelse om att SNV förhandlade med W5 och att SNV vidarebefordrade resultatet av dessa förhandlingar till HBG. Dessa bevis innebär således inte i sig att det är möjligt att fastställa att SNV låg bakom upprättandet av en ytterligare rabatt till W5. Det är nämligen fortfarande osäkert huruvida SNV spontant tog detta initiativ eller om det togs på begäran av KWS, såsom det underförstått framgår av anteckningen från Wintershall av år 1992.
- 168 Sökandena har vidare påpekat att kommissionen på ett felaktigt sätt tolkade detta utdrag ur KWS:s svar på meddelandet om invändningar, utifrån vilket det enbart är den omständigheten att SNV agerade språkrör för leverantörerna som kan konstateras, och att kommissionen således gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning och sakfel, samt gav otillräckliga skäl för det angripna beslutet i detta avseende. Tribunalen framhåller dock att KWS, i denna handling, klart angav att SNV år 1993, genom en av sina anställda, gav KWS ett prisförslag samt för första gången föreslog en speciell rabatt till W5 från leverantörerna.
- 169 Sökandena har slutligen gjort gällande att kommissionen har åsidosatt deras rätt till en rättvis rättegång och till en opartisk undersökning, eftersom den, efter det att sökandenas anställde i ett uttalande av den 12 juni 2006 bestred KWS:s påståenden, borde ha kontrollerat trovärdigheten i dessa påståenden – såsom den gjorde när redogörelserna från Kuwait Petroleum och Nynas om ExxonMobils medverkan i den konkurrensbegränsande samverkan ifrågasattes av andra företag under det muntliga hörandet.

- 170 Tribunalen påpekar inledningsvis att principen om god förvaltningssed, som föreskrivs i artikel 41 i stadgan om de grundläggande rättigheterna, återfinns bland de skyddsregler som unionsrätten innehåller för administrativa förfaranden och att denna princip innebär att den behöriga institutionen är skyldig att omsorgsfullt och opartiskt pröva alla omständigheter som är relevanta i det aktuella fallet (domen i de ovan i punkt 83 nämnda förenade målen *Atlantic Container Line m.fl. mot kommissionen*, punkt 404).
- 171 Det är emellertid nödvändigt att påpeka att varken förordning nr 1/2003, förordning nr 773/2004 eller någon annan text medför att kommissionen åläggs att hålla ytterligare muntliga höranden eller att skicka ut ytterligare begäran om upplysningar när ett företags påståenden bestrids av ett annat företag under det administrativa förfarandet. Den enda begränsning som kommissionen måste respektera är att rätten till försvar ska iakttas under förfarandet, vilket det erinras om i artikel 27.2 i förordning nr 1/2003. Unionsdomstolen har redan erinrat om att kommissionen förfogar över ett utrymme för skönsmässig bedömning att besluta om huruvida det kan vara av intresse att höra personer vilkas vittnesmål kan vara av betydelse för saken (domstolens dom av den 17 januari 1984 i de förenade målen 43/82 och 63/82, *VBVB och VBBB mot kommissionen*, REG 1984, s. 19, punkt 18, förstainstansrättens dom av den 28 februari 2002 i mål T-86/95, *Compagnie générale maritime m.fl. mot kommissionen*, REG 2002, s. II-1011, punkt 468, och domen i det ovan i punkt 142 nämnda målet *HFB m.fl. mot kommissionen*, punkt 383). Säkerställandet av rätten till försvar kräver nämligen inte att kommissionen håller förhör med vittnen som de berörda parterna har angett, när den anser att ärendet är tillräckligt utrett (domstolens dom av den 16 maj 1984 i mål 9/83, *Eisen und Metall mot kommissionen*, REG 1984, s. 2071, punkt 32, och domen i det ovan i punkt 142 nämnda målet *HFB m.fl. mot kommissionen*, punkt 383). Kommissionen har likaså en stor handlingsfrihet när föreskrifter eller kommissionens egna meddelanden gör det möjligt för den att, bland olika typer av uppgifter och förhållningssätt som teoretiskt sett kan vara relevanta, välja dem som passar bäst under de förhållanden som råder i ett givet fall (förstainstansrättens dom av den 14 december 2005 i mål T-210/01, *General Electric mot kommissionen*, REG 2005, s. II-5575, punkt 519).
- 172 Kommissionen har besvarat sökandenas argument inom ramen för likabehandlingsprincipen, som är en grundläggande princip inom unionsrätten och som innebär att lika situationer inte ska behandlas olika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan åtskillnad (domstolens dom av den 21 februari 1990 i de förenade målen C-267/88-C-285/88, *Wuidart m.fl.*, REG 1990, s. I-435, punkt 13). Sökandena har nämligen, utan att hänvisa till denna princip, åberopat den omständigheten att kommissionen behandlade dem annorlunda än *Kuwait Petroleum och Nynas*, vilkas redogörelser om *ExxonMobils* medverkan i den konkurrensbegränsande samverkan hade ifrågasatts av andra företag under det muntliga hörandet och med vilka kommissionen återupptog kontakt i detta avseende. I enlighet med vad kommissionen har betonat finner tribunalen att de båda företagens situation skiljde sig från *SNV:s* situation. Kommissionen begärde nämligen ytterligare upplysningar av *Kuwait Petroleum och Nynas* i detta avseende efter det muntliga hörandet, eftersom de båda företagen inte vid det muntliga hörandet hade kunnat reagera på påståenden som framförts av flera andra företag, genom vilka sanningshalten i de två företagens redogörelser om *ExxonMobil* ifrågasattes. Vad gäller *SNV* ansåg kommissionen däremot att det inte var nödvändigt att vidta några särskilda åtgärder efter det att den hade mottagit uttalandet av den 12 juni 2006 från den anställde hos *SNV*, i vilket vederbörande bestred *KWS:s* påståenden, eftersom annan bevisning om *SNV:s* roll i den konkurrensbegränsande samverkan styrkte de uppgifter som fanns i *KWS:s* svar på meddelandet om invändningar. Tribunalen finner således att kommissionen inte har åsidosatt likabehandlingsprincipen i förevarande fall.
- 173 Det ska slutligen – subsidiärt och under alla omständigheter – erinras om att ett åsidosättande av rätten till försvar enbart kan medföra att det angripna beslutet ogiltigförklaras när sökandena – om inte åsidosättande hade förelegat – skulle ha haft en möjlighet, om än begränsad, att påverka det administrativa förfarandet så att utgången blev en annan (förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, *Hercules Chemicals mot kommissionen*, REG 1991, s. II-1711, punkt 56, och domen i de ovan i punkt 77 nämnda förenade målen *Cement*, punkt 383). Sökandena har emellertid inte företett någon bevisning för detta.

- 174 Sammanfattningsvis finner tribunalen att även om den bevisning som kommissionen stöder sig på gör det möjligt att konstatera att SNV föreslog den specifika rabatten till W5, är den inte i sig tillräcklig för att fastställa att SNV låg bakom upprättandet av en sådan rabatt eller att detta bolag agerade på KWS:s begäran. Tribunalen ska således, för att bedöma huruvida SNV hade en uppmuntrande roll inom den konkurrensbegränsande samverkan, pröva den bevisning som avser SNV:s försök att övertala andra företag att ansluta sig till den konkurrensbegränsande samverkan.
- Försöken att övertala ExxonMobil att ansluta sig till den konkurrensbegränsande samverkan
- 175 SNV:s försök att uppmuntra ExxonMobil att ansluta sig till den konkurrensbegränsande samverkan utgör den andra omständighet som kommissionen grundade sig på för att komma fram till att SNV låg bakom den konkurrensbegränsande samverkan. För att styrka denna omständighet hänvisade kommissionen till interna handlingar från ExxonMobil avseende två händelser.
- 176 Det ska inledningsvis påpekas att en av dessa handlingar, av den 11 april 2004, varken nämndes uttryckligen av kommissionen i det angripna beslutet eller i meddelandet om invändningar. Den fanns emellertid i kommissionens handlingar i ärendet, vilka sökandena hade tillgång till efter delgivningen av invändningarna. Tribunalen kan således ta denna handling i beaktande inom ramen för utövandet av sin fulla prövningsrätt (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-297/98 P, SCA Holding mot kommissionen, REG 2000, s. I-10101, punkt 55, domen i de ovan i punkt 153 nämnda förenade målen Tokai I, punkt 165, och, för en tillämpning avseende den ledande rollen, domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 354).
- 177 Den första gruppen handlingar avser dels ett möte som hölls den 22 mars 1993 mellan de två bolagen, under vilket SNV:s ombud i förbigående nämnde höjningen av bitumenpriset som planerades för den 1 april 1993, något som ExxonMobil har hävdade att det inte reagerade på, dels ett telefonsamtal från denne anställda hos SNV hem till den anställda hos ExxonMobil, under samma dag, för att återigen upplysa vederbörande om SNV:s avsikt att höja priset den 1 april 1993, för att ”bryta upp CROW:s prissystem”. ExxonMobils anställda reagerade på detta telefonsamtal genom att uppmana SNV:s anställda att sluta vidarebefordra uppgifter som var knutna till konkurrensbegränsande förfaranden.
- 178 Dessa båda uppgifter styrker visserligen att en anställd hos SNV har gjort hänvisningar till konkurrensbegränsande förfaranden avseende att på ett samordnat sätt höja bitumenpriset år 1993. Det ska dock påpekas att det finns tvivel om huruvida uppgifterna avser den konkurrensbegränsande samverkan som är föremål för det angripna beslutet. Det framstår nämligen som att SNV:s förslag var ämnade att splittra CROW:s mekanism för fastställande av priser, trots att medlemmarna i W5 enligt det angripna beslutet hade ett starkt intresse av att upprätthålla denna mekanism (skäl 26 i det angripna beslutet). Tribunalen erinrar även om att kommissionen, i det angripna beslutet, slutligen gjorde bedömningen att ExxonMobil inte hade medverkat i den aktuella konkurrensbegränsande samverkan.
- 179 Den andra gruppen handlingar avser år 1994. I en anteckning av den 28 mars 1994 finns en redogörelse om ett samtal från en anställd hos SNV som presenterade sig som ansvarig för bitumenfrågor och som föreslog för ExxonMobil att anordna ett möte för att behandla bland annat den ”gemensamma kundstrategin”. I en annan anteckning av den 11 april 2004 finns en hänvisning till ett möte av den 8 april 1994 med denne anställda ”inom ramen för ett Nabit-möte” (Nabit är namnet på branschorganisationen för bitumenföretagen i Nederländerna), under vilket ExxonMobil bad denne anställda att avstå från att ta upp vissa ämnen som var ”förbjudna, enligt såväl Essos som Shells policy”. Utifrån dessa handlingar, vilkas innehåll är ganska vagt, kan tribunalen således inte avgöra huruvida SNV åsyftade den aktuella konkurrensbegränsande samverkan.

180 Även om det inte är logiskt att – såsom sökandena har föreslagit – tolka dessa handlingar som uttryck för vanligt förekommande och rättsenliga bilaterala utbyten mellan två bolag, finner tribunalen att dessa fyra handlingar är relativt oklara och att de inte nödvändigtvis avser den aktuella konkurrensbegränsande samverkan. Kommissionen valde dessutom själv att inte nämna de två handlingarna från 1994 i det angripna beslutet, även om den nämnde denna händelse som utspelade sig år 1994 i meddelandet om invändningar (skäl 204).

181 Härav följer att de bevis som kommissionen har tillhandahållit inte gör det möjligt att säkert dra slutsatsen att SNV hade en uppmuntrande roll, bland annat i förhållande till ExxonMobil, inom ramen för upprättandet av den aktuella konkurrensbegränsande samverkan.

– Slutsats om den uppmuntrande rollen

182 Under dessa förhållanden finner tribunalen att kommissionens bedömning i det angripna beslutet, enligt vilken SNV hade en uppmuntrande roll i den aktuella konkurrensbegränsande samverkan, inte i tillräcklig mån har kunnat styrkas.

183 Eftersom kommissionen inte inför tribunalen har lagt fram någon kompletterande bevisning avseende de omständigheter som angavs i punkt 342 i det angripna beslutet i syfte att visa SNV:s uppmuntrande roll i den aktuella överträdelsen, kommer tribunalen att koncentrera sig på huruvida SNV hade en ledande roll i denna överträdelse.

SNV:s ledande roll

Parternas argument

184 Sökandena har gjort gällande att kommissionen har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning och sakfel, genom att tillskriva SNV den ledande rollen inom den konkurrensbegränsande samverkan. Detta utgör grund för att, helt eller delvis, ogiltigförklara höjningen med 50 procent av det bötesbelopp som sökandena ålagts. Enligt rättspraxis måste kommissionen bevisa att ett företag har vidtagit konkreta åtgärder som har gett upphov till en stark impuls att genomföra samverkansavtalet, för att styrka att detta företag hade en ledande roll, och på så vis klart skiljer sig från de övriga deltagarna (domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 348). Kommissionen har enligt sökandena inte kunnat bevisa detta med avseende på SNV.

185 Kommissionen har i förevarande fall grundat sig på uppgifter om fem beteenden från SNV:s sida, för att komma fram till att detta bolag var en ledare för den konkurrensbegränsande samverkan. För det första, den roll som SNV hade i förhandlingarna med medlemmarna i W5 för leverantörernas räkning under den konkurrensbegränsande samverkans första år, åren 1994 och 1995. För det andra, att SNV var det bolag som – sedan 1996, när samrådsmötena om bitumen började – bilateralt informerade KWS om de tilltänkta prishöjningarna och att de därefter tillsammans bedömde när ett möte mellan leverantörerna och de stora vägbyggnadsföretagen skulle anordnas. För det tredje, SNV:s dominerande roll vid de förberedande mötena mellan leverantörerna. För det fjärde, SNV:s viktiga roll som språkrör för leverantörerna vid samrådsmötena med de stora vägbyggnadsföretagen. För det femte, SNV:s uppdrag att kontrollera att avtalen följdes.

– SNV:s roll, åren 1994 och 1995, i förhandlingarna med KWS för leverantörernas räkning

186 Sökandena har gjort gällande att kommissionen har gjort sig skyldig till sakfel och felaktig rättstillämpning när den gjorde bedömningen att SNV hade en ledande roll i den konkurrensbegränsande samverkan, mot bakgrund av två interna anteckningar från HBG av den 28 mars och den 8 juli 1994. Sökandena anser att dessa två anteckningar enbart kan innehålla

hänvisningar till rent bilaterala kontakter mellan SNV och KWS. Vidare kan de inte läggas till grund för förekomsten av avtal mellan de stora vägbyggnadsföretagen och leverantörerna, genom SNV:s och KWS:s förmedling. De kan nämligen enbart styrka att ett specifikt pris föreslogs HBG. Dessa anteckningar upprättades inte av någon som direkt hade bevittnat förhandlingarna, utan av HBG:s chef för anbudsinfördan. De stöds inte heller av några andra uppgifter, och de bestreds senare av det uttalande under ed som SNV:s försäljningschef för bitumen gjorde den 22 november 2006. Kommissionen borde följaktligen ha styrkt att det fanns ett horisontellt prisavtal mellan leverantörerna som innehöll de villkor som bilateralt hade fastställts av SNV och KWS. Slutligen finns inte denna teori om att det skulle ha pågått förhandlingar mellan de stora vägbyggnadsföretagen och leverantörerna, som under åren 1994 och 1995 representerades av KWS respektive SNV, med i meddelandet om invändningar.

187 Kommissionen anser däremot att de två anteckningarna från HBG innehåller entydiga hänvisningar till ett avtal som ingåtts mellan leverantörerna och W5 och styrker att SNV var ansvarigt för att representera leverantörerna, eftersom det bland annat nämns i anteckningarna att leverantörerna hade för avsikt att avvika från avtalet med de stora vägbyggnadsföretagen, genom att höja sina priser. Kommissionen har även gjort gällande att upphovsmannen till dessa anteckningar var den anställda hos HGB som var ansvarig för inköp av bitumen och som arbetade i nära samarbete med den anställda som deltog i samrådsmötena om bitumen. Unionsdomstolen har i vart fall funnit att det saknar betydelse för bevisvärdet av en handling att denna vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna upprättades av en person som inte var närvarande vid ett möte (förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-11/89, Shell mot kommissionen, REG 1992, s. II-757, punkt 86). Bedömningen av denna samtida skriftliga bevisning påverkas inte av ett senare uttalande av en anställd hos SNV. Kommissionen anser dessutom, i motsats till vad sökandena har påstått, att huruvida en ledande roll kan anses styrkt är oavhängigt den omständigheten att ledarens inställning per automatik binder de andra deltagarna i den konkurrensbegränsande samverkan. Bedömningen beror i stället på om företaget har en tillräckligt aktiv roll i den konkurrensbegränsande samverkan. Slutligen förekom teorin om att det skulle ha pågått förhandlingar mellan SNV och KWS, för deras respektive grupps räkning, på flera ställen i meddelandet om invändningar. För övrigt bemötte sökandena denna teori den 20 maj 2005.

– Den omständigheten att SNV, från och med år 1996, i förväg och tillsammans med KWS bestämde när ett möte mellan leverantörerna och W5 skulle anordnas

188 Sökandena anser att kommissionen har gjort sig skyldig till sakfel, genom att bedöma att de bilaterala kontakterna mellan SNV och KWS, som började år 1996, tydde på att SNV hade en ledande roll i den konkurrensbegränsande samverkan. Dessa möten hölls nämligen då både olje- och dollarkurserna var instabila, eftersom W5 regelbundet önskade omförhandla bitumenpriset med sina leverantörer och ville uppnå en viss prisstabilitet, genom att undvika kraftiga sänkningar och säkerställa att höjningarna skedde kollektivt. Detta möjliggjorde att den prismekanism som den nederländska regeringen hade upprättat för offentliga upphandlingar – vilken hade till syfte att överföra variationerna i pris till byggherren – kunde utlösas. Sökandena påstår således att det rörde sig om normala kontakter mellan en leverantör och en kund, samt att det hade varit KWS som ensamt tagit initiativ till mötena om bitumen. Kontakterna mellan SNV:s anställda och KWS:s sekretariat ägde således enbart rum när KWS kallade till ett sådant möte. Sökandena har slutligen påpekat att Kuwait Petroleums uttalanden, som kommissionen har grundat sig på för att konstatera att dessa bilaterala kontakter gav uttryck för SNV:s roll som ledare för den konkurrensbegränsande samverkan, enbart bygger på rykten. Vad gäller uttalandet av SNV:s anställda, anges enbart att den anställda hade kontaktat KWS när priset på råmaterial för produkter som består av bitumen varierade.

189 Kommissionen har gjort gällande att den konkurrensbegränsande samverkan hade en bilateral karaktär och att sökandena har underlåtit att uppge att även leverantörerna hade intresse av en höjning av bitumenpriset. Kommissionen grundade sig på flera företagsredogörelser, bland annat den som SNV

bifogade i sin ansökan om att få omfattas av meddelandet om samarbete, för att fastställa att Shell och KWS i förväg – dem emellan – bedömde när ett möte mellan leverantörerna och de stora vägbyggnadsföretagen skulle anordnas. Kommissionen har även påpekat att Kuwait Petroleums uttalanden bygger på en regelbunden närvaro vid de multilaterala samrådsmötena om bitumen.

– SNV:s dominerande roll vid de förberedande mötena mellan leverantörerna

190 Sökandena anser att kommissionen inte hade någon bevisning för att fastställa att SNV hade en dominerande roll vid de förberedande mötena mellan leverantörerna. Sökandena har gjort gällande att flera leverantörer var inblandade i organisationen, logistiken och ledningen av dessa möten. BP:s uttalande i detta avseende är ren suggestion som inte stöds av några andra uppgifter. Det framgår däremot av andra uttalanden från BP och Kuwait Petroleum att det inte fanns en ensam leverantör, utan flera, som ledde och organiserade dessa möten. BP:s uttalande kan i vart fall inte ensamt utgöra tillräcklig bevisning enligt rättpraxis (förstainstansrättens dom av den 14 maj 1998 i mål T-337/94, Enso-Gutzeit mot kommissionen, REG 1998, s. II-1571, punkt 91, och av den 8 juli 2004 i de förenade målen T-67/00, T-68/00, T-71/00 och T-78/00, JFE Engineering mot kommissionen, REG 2004, s. II-2501, punkt 219). Vad gäller den interna handlingen från HBG av den 23 april 2001, har sökandena gjort gällande att den inte har något bevisvärde och att den i vart fall inte kunde tas i beaktande i det angripna beslutet utan att deras rätt till försvar åsidosattes, eftersom den enbart hade bifogats meddelandet om invändningar utan att ha omnämnts däri (domen i det ovan i punkt 187 nämnda målet Shell mot kommissionen, punkterna 55 och 56). Det finns slutligen ingen grund för att slå fast att SNV förde protokoll över samråden om bitumen till de leverantörer som inte närvarade vid mötena. Detta argument förekommer inte heller i det angripna beslutet.

191 Kommissionen har erinrat om att den grundade sig på det uttalande som fanns i BP:s ansökan om att få omfattas av meddelandet om samarbete och på en intern anteckning från HBG av april 2001, för att fastställa att SNV öppnade de förberedande mötena och ledde diskussionerna under dessa möten. Kommissionen har dock aldrig påstått att SNV hade någon speciell roll vid sammankallandet till dessa förberedande möten eller i hur de konkret organiserades. Inte heller har den ifrågasatt omständigheten att de slutsatser som deltagarna vid dessa möten kom fram till inte tvingades fram av SNV, utan följde av en kompromiss deltagarna emellan. Kommissionen har slutligen gjort gällande att tribunalen, inom ramen för sin fulla prövningsrätt, kan beakta nya bevis som bedömts under domstolsförfarandet (se den ovan i punkt 153 nämnda Tokai I-domen, punkt 165 och där angiven rättspraxis). I vart fall anser kommissionen att SNV, utifrån meddelandet om invändningar, kunde ha slutit sig till att kommissionen skulle kunna hänvisa till den interna anteckning från HBG som bifogats meddelandet, såsom ytterligare bevis för SNV:s ledande roll.

– SNV:s roll som språkrör för leverantörerna vid samrådsmötena om bitumen

192 Sökandena anser att SNV inte hade en ledande roll vid samrådsmötena, vilka dominerades av de stora vägbyggnadsföretagen, särskilt av KWS. De framhäver därtill att uttalandet från den anställde hos Kuwait Petroleum, enligt vilket SNV var KWS:s motpart under dessa möten, enbart är ett indirekt vittnesmål, såsom kommissionen medgav i det angripna beslutet (skäl 78), vilket följaktligen har ett begränsat bevisvärde och som inte gör det möjligt att fastställa att SNV ledde mötena för leverantörernas räkning. I verkligheten frågades SNV enbart ut av medlemmarna i W5, för att få förklaringar till variationerna i priset på råmaterialet till vägbitumen, och SNV:s roll var begränsad till rollen som språkrör för leverantörerna. Denna roll skiljer sig från rollen som frivillig ledare. Unionsdomstolen har emellertid funnit att ett sådant beteende inte är tillräckligt för att ett företag ska kunna betecknas som ledare för den konkurrensbegränsande samverkan (domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 427). Sökandena har slutligen påpekat att kommissionen har medgett att ingen särskild leverantör av bitumen hade en ledande roll vad gällde att meddela resultaten av samråden till andra bolag, utan att flera bolag utförde denna uppgift.

193 Kommissionen har erinrat om att unionsdomstolen redan har funnit att en konkurrensbegränsande samverkan kan ha två ledare (förstainstansrättens dom av den 27 september 2006 i mål T-59/02, Archer Daniels Midland mot kommissionen, REG 2006, s. II-3627, punkterna 299–301). I förevarande fall framgår det av uttalanden – dels från en anställd hos SNV av den 24 september 2003, dels från en anställd hos Kuwait Petroleum – att SNV representerade de leverantörer som inte var närvarande, generellt inledde mötena för samtliga leverantörers räkning och hade rollen som KWS:s motpart. Uttalandet från den anställde hos Kuwait Petroleum har ett klart bevisvärde, eftersom denne anställde dels samarbetade direkt med den anställde som deltog i alla dessa möten, dels ibland uppgavs själv ha deltagit i dem. Kommissionen har vidare påpekat att den omständigheten att leverantörerna hade en förbestämd plan dem emellan före varje möte inte har någon betydelse för beteckningen som ledare. Unionsdomstolen kräver nämligen inte att ett företag dikterar att andra ska bete sig som det för att detta företag ska kunna betecknas som ledare (domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 374). Vad gäller informationen i efterhand till de leverantörer som inte direkt deltog i mötena, anser kommissionen inte att detta tillvägagångssätt utgör en uppgift som är avgörande för beteckningen som ledare i en bilateral konkurrensbegränsande samverkan. Kommissionen har slutligen erinrat om att den bedömde att SNV hade en ledande roll under den konkurrensbegränsande samverkans alla skeden, mot bakgrund av flera uppgifter och inte mot bakgrund av den enda omständigheten att SNV inledde mötena och agerade språkrör för leverantörerna.

– Kontrollen av att den konkurrensbegränsande samverkan genomfördes

194 Kommissionen har angett att den, i det angripna beslutet, nämnde att SNV även agerade som ledare för arbetet med att kontrollera att den konkurrensbegränsande samverkan genomfördes. Den grundade sig särskilt på den interna handlingen från HBG av den 23 april 2001 (skäl 347 i det angripna beslutet), samt en intern anteckning från KWS (skäl 352 i det angripna beslutet).

Tribunalens bedömning

195 Det framgår av det angripna beslutet att kommissionen ansåg att SNV, inom leverantörsguppen, och KWS, inom W5, bar ett särskilt ansvar på grund av deras respektive ledarroll för den konkurrensbegränsande samverkan, under hela dess varaktighet (skälen 343–349 i det angripna beslutet).

– Generella principer för den ledande rollen

196 När flera företag har deltagit i en överträdelse, ska det enligt fast rättspraxis, vid fastställelsen av bötesbeloppen, för vart och ett av företagen fastställas vilken roll det hade i överträdelsen under den tid det medverkat i den (dom i det ovan i punkt 152 nämnda målet kommissionen mot Anic Partecipazioni, punkt 150, och i det ovan i punkt 152 nämnda målet Enichem Anic mot kommissionen, punkt 264). Därav följer att den ledande roll som ett eller flera företag haft i en konkurrensbegränsande samverkan ska beaktas vid fastställelsen av bötesbeloppet, eftersom de företag som haft en sådan roll bär ett särskilt ansvar i förhållande till de andra företagen (domstolens dom av den 16 november 2000 i mål C-298/98 P, Finnboard mot kommissionen, REG 2000, s. I-10157, punkt 45).

197 Det har i överensstämmelse med dessa principer upprättats, i punkt 2 i riktlinjerna för beräkning av böter, under rubriken försvårande omständigheter, en icke uttömmande förteckning över omständigheter som kan leda till en höjning av grundbeloppet för böterna. Bland dessa omständigheter återfinns att företaget har haft ”en ledande roll eller uppmuntrat till överträdelsen” (domen i det ovan i punkt 140 nämnd målet BASF mot kommissionen, punkterna 280–282).

- 198 För att det ska anses att ett företag har haft en ledande roll i en konkurrensbegränsande samverkan krävs att det har varit en betydelsefull drivande kraft i samverkan eller att det hade ett särskilt och konkret ansvar för samverkans sätt att fungera. Detta förhållande ska bedömas ur ett helhetsperspektiv med hänsyn till sammanhanget i det enskilda fallet (domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkterna 299, 300, 373 och 374, och förstainstansrättens dom av den 18 juni 2008 i mål T-410/03, Hoechst mot kommissionen, REG 2008, s. II-881, punkt 423). Ett sådant förhållande kan bland annat anses föreligga om företaget, genom regelbundna initiativ, spontant ger en stark impuls till samverkan (domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkterna 348, 370–375 och 427, och domen i det ovannämnda målet Hoechst mot kommissionen, punkt 426). Man kan även sluta sig till att det rör sig om ett sådant förhållande med hänsyn till flera indicier som sammantagna avslöjar företagets engagemang i att säkerställa att samverkan blev stabil och framgångsrik (domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 351).
- 199 Det förhåller sig så när företaget har företrätt ett annat företag vid möten inom den konkurrensbegränsande samverkan och meddelat resultaten av mötena till detta företag, som inte själv närvarade vid dem (domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 439). Så är också fallet när det visas att företaget har haft en central roll i den konkurrensbegränsande samverkans konkreta funktion, exempelvis genom att organisera flera möten, samla in och sprida information inom samverkan, eller genom att vara den som oftast formulerar förslag som avser dess funktion (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 8 november 1983 i de förenade målen 96/82-102/82, 104/82, 105/82, 108/82 och 110/82, IAZ International Belgium m.fl. mot kommissionen, REG 1983, s. 3369, punkterna 57 och 58, och domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkterna 404, 439 och 461).
- 200 Att ha agerat aktivt för att den konkurrensbegränsande samverkans avtal skulle iakttas utgör även det ett indicium som är avgörande för bedömningen av huruvida ett företag har haft en ledande roll (domen i det ovan i punkt 142 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 577).
- 201 Det faktum att ett företag utövar påtryckningar eller till och med dikterar hur de övriga medlemmarna i den konkurrensbegränsande samverkan ska bete sig är däremot inte en nödvändig förutsättning för att företaget ska kunna betecknas som ledare för denna samverkan (domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 374). Ett företags ställning på marknaden eller de resurser som det förfogar över kan inte heller utgöra indicier på en ledande roll i överträdelsen, även om de ingår i det sammanhang med hänsyn till vilket sådana indicier ska bedömas (se, för ett liknande resonemang, 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 241, och domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 299).
- 202 Det ska slutligen erinras om att tribunalen redan har funnit att kommissionen kan göra bedömningen att flera företag har haft en ledande roll i en konkurrensbegränsande samverkan (domen i det ovan i punkt 201 nämnda målet Archer Daniels Midland och Archer Daniels Midland Ingredients mot kommissionen, punkt 239).
- 203 Tribunalen ska således, med beaktande av de principer som angetts ovan, pröva huruvida kommissionen har företett tillräcklig bevisning för att styrka att SNV hade en ledande roll inom den konkurrensbegränsande samverkan.
- 204 Tribunalen erinrar om att kommissionen grundade sig på fem beteenden från SNV:s sida, för att komma fram till att detta bolag var en av ledarna för den konkurrensbegränsande samverkan, nämligen följande:
- För det första, den roll som SNV hade i förhandlingarna med KWS för leverantörernas räkning, under åren 1994 och 1995.

- För det andra, att SNV, sedan år 1996, i förväg bestämde tillsammans med KWS när det var lämpligt att anordna möten mellan leverantörerna och W5.
 - För det tredje, SNV:s dominerande roll vid de förberedande mötena mellan leverantörerna.
 - För det fjärde, SNV:s viktiga roll som språkrör för leverantörerna vid samrådsmötena med W5.
 - För det femte, SNV:s uppdrag att kontrollera att den konkurrensbegränsande samverkan genomfördes.
- 205 För att styrka att dessa fem beteenden verkligen förelåg grundade kommissionen sig på handlingarna från tiden för omständigheterna i målet, vilka beslagtagits i samband med kontroller, samt redogörelser från sökandena och de andra medlemmarna i den konkurrensbegränsande samverkan (skälen 343–349 i det angripna beslutet).
- SNV:s roll i förhandlingarna med KWS för leverantörernas räkning, under åren 1994 och 1995
- 206 Kommissionen grundade sig på de två interna anteckningarna från HBG av den 28 mars och den 8 juli 1994 för att styrka att avtalen, under de två första åren av den konkurrensbegränsande samverkan, hade ingåtts via bilaterala kontakter mellan SNV och KWS. Dessa två anteckningar behandlade de avtal som ingicks i mars 1994 mellan KWS, för W5:s räkning, och SNV, för oljebolagens räkning, om bitumenpriset, vilket skulle hållas oförändrat fram till den 1 januari 1995. Det är, i motsats till vad sökandena har påstått, omöjligt att tolka dessa handlingar som att de enbart avser rent bilaterala kontakter mellan SNV och KWS. Den första anteckningen innehåller nämligen en hänvisning till ”de avtal som oljebolagen ingått med [W5]” och även i den andra anteckningen finns hänvisningar till ett avtal som hade ingåtts i mars ”med [W5] (H./KWS) och oljebolagen (E./SNV)”. Det anges heller inte i den andra anteckningen att leverantörerna föreslog några specifika priser till HBG. Det visas enbart att oljebolagen i juli 1994 tog risken att frångå de avtal som ingåtts med W5 i mars 1994, genom att höja sina priser. Tribunalen finner slutligen att de handlingar som sökandena har bifogat till sin replik – i syfte att visa att KWS, åren 1987 och 1988, hade blett bolaget Smid & Hollander att ansluta sig till de priser och rabatter som fastställts mellan KWS och SNV – inte har något bevisvärde, eftersom de avser en tidsperiod långt innan överträdelseperioden.
- 207 Sökandena har dessutom ifrågasatt de två anteckningarnas bevisvärde. De har angett att anteckningarna upprättades av HBG:s chef för anbudsinfördran, som enbart indirekt hade bevittnat de relaterade händelserna, eftersom vederbörande aldrig hade deltagit i en förhandling om bitumen. Unionsdomstolen har emellertid funnit att det saknar betydelse för bevisvärdet att dessa upplysningar meddelades i andra hand (domen i det ovan i punkt 187 nämnda målet Shell mot kommissionen, punkt 86) och att det, enligt allmänna bevisregler, ska fästas stor vikt vid det förhållandet att handlingar har upprättats i direkt samband med de berörda mötena och det är uppenbart att man inte kunde ha väntat sig att dessa handlingar skulle komma till en oinvidg tredje mans kännedom (förslaget till avgörande som domare Vesterdorf, tillförordnad generaladvokat, avgav i det ovan i punkt 161 nämnda målet Rhône-Poulenc mot kommissionen). I förevarande fall var den anställde ansvarig för HBG:s inköp av bitumen och arbetade i nära samarbete med den anställde som direkt deltog i samråden med W5, och sedan i mötena för den konkurrensbegränsande samverkan. Tribunalen finner således att de anteckningar som HBG:s chef för anbudsinfördran upprättade vid tidpunkten för de faktiska omständigheterna har ett betydande bevisvärde. Därav framgår att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den grundade sig på dessa anteckningar. Kommissionen behövde inte förete ytterligare bevisning till stöd för innehållet i dessa anteckningar, vilkas bevisvärde inte påverkas av det enda uttalandet från SNV:s försäljningschef för bitumen av den 22 november 2006. Det ska nämligen erinras om att detta uttalande gjordes efter det att det angripna beslutet hade antagits och att dess upphovsman, vid den tidpunkt då uttalandet gjordes, var anställd hos sökandena.

- 208 Sökandena har även gjort gällande att kommissionen inte lade fram teorin om att det skulle ha pågått förhandlingar mellan KWS och SNV, för deras respektive grupps räkning, i meddelandet om invändningar. Detta argument stöds dock inte av de faktiska omständigheterna. Det framgår nämligen av skälen 111, 139 och 201 i meddelandet om invändningar att kommissionen redan delgett företagen denna analys.
- 209 Kommissionen kunde följaktligen med rätta göra bedömningen att avtalen, under åren 1994 och 1995, ingicks via bilaterala kontakter mellan SNV och KWS.
- 210 SNV må ha haft en särskild roll för den konkurrensbegränsande samverkans funktionssätt under dessa två första år. För att fastställa SNV:s ledande roll ska tribunalen emellertid pröva de andra uppgifter som kommissionen stödde sig på och som avser hela överträdelseperioden.
- Huruvida SNV, från år 1996, i förväg bestämde tillsammans med KWS när det var lämpligt att anordna möten mellan leverantörerna och W5
- 211 Kommissionen grundade sig på fyra handlingar för att styrka att SNV var det bolag som – från år 1996, när de multilaterala samrådsmötena om bitumen började – bilateralt informerade KWS om de tilltänkta prishöjningarna och att de därefter tillsammans bedömde när det var lämpligt att anordna möten mellan leverantörerna och de stora vägbyggnadsföretagen (skälen 344 och 345 i det angripna beslutet).
- 212 Den första handlingen är sökandenas svar på meddelandet om invändningar av den 20 maj 2005, i vilken sökandena medgav att SNV ofta hade varit först med att kontakta KWS för att få till stånd en prishöjning, på grund av dess ställning som största leverantör av bitumen på den nederländska marknaden. Tribunalen finner dock att det enda som framgår av denna handling är att SNV tog kontakt med KWS för att få till stånd en prishöjning. Den innehåller dock inte några uppgifter om SNV:s roll avseende beslut att sammankalla möten för den konkurrensbegränsande samverkan.
- 213 Den andra handlingen är uttalandet från SNV:s anställda av den 24 september 2003, som bifogades sökandenas ansökan av den 10 oktober 2003 om tillämpning av meddelandet om samarbete. I denna handling anges att ”vägbyggnadsföretagen hade bett [SNV:s] försäljningschef för bitumen att underrätta KWS om ändringar av råvarupriset, vilket vid ett antal tillfällen hade fått KWS att bjuda in de berörda bolagen till ett möte”. Det är emellertid inte möjligt att utifrån denna handling fastställa att SNV och KWS tillsammans bedömde när ett möte för den konkurrensbegränsande samverkan skulle anordnas.
- 214 Den tredje handlingen är Kuwait Petroleums uttalande av den 1 oktober 2003 att ”[en anställd hos SNV] och [en anställd hos KWS] brukade träffas under ett förberedande möte för att avgöra om ett möte om bitumen var påkallat”. Det ska påpekas att detta uttalande enbart kan beaktas till stöd för att SNV hade en ledande roll om uttalandet styrks av andra handlingar, eftersom Kuwait Petroleum kan ha haft intresse av att förringa sin egen roll i den konkurrensbegränsande samverkan.
- 215 Den fjärde handlingen är den anteckning av den 1 oktober 2002 som beslagtogs i samband med kontroller hos KWS och som avser vad ledningens sekretariat gjorde. Enligt denna handling ”hade ett möte med bitumenleverantörerna ibland förekommit i denna sammansättning” och ”[SNV] hade tagit initiativet till mötet”. Inte heller denna handling gör det möjligt att fastställa att SNV och KWS tillsammans bedömde när det var lämpligt att anordna möten för den konkurrensbegränsande samverkan.
- 216 Sökandena har gjort gällande att det var de stora vägbyggnadsföretagen som omvandlade dessa bilaterala möten till kollektiva förhandlingar och att KWS hade en dominerande roll i beslutet att anordna dem. Sökandena anser således att kontakterna mellan SNV:s anställda och KWS:s sekretariat

enbart förekom när KWS hade beslutat att sammankalla till ett sådant samråd. Tribunalen finner att de handlingar som kommissionen har stött sig på, med undantag från det uttalande av Kuwait Petroleum som nämns i punkt 214 ovan, enbart gör det möjligt att konstatera att SNV var först med att kontakta KWS för att få till stånd prishöjningar, men att det inte framgår av dem huruvida KWS själv beslutade om att anordna möten för den konkurrensbegränsande samverkan eller om KWS tog dessa beslut tillsammans med SNV. Trots den konkurrensbegränsande samverkans bilaterala karaktär (se punkt 164 ovan) och den omständigheten att även leverantörerna hade intresse av en höjning av bitumenpriset, finner tribunalen följaktligen att den bevisning som kommissionen har stött sig på inte i sig är tillräcklig för att styrka att SNV låg bakom de möten som hölls för den konkurrensbegränsande samverkan.

217 För att fastställa SNV:s ledande roll i den konkurrensbegränsande samverkan ska tribunalen således pröva den övriga bevisning som kommissionen har stött sig på.

– SNV:s dominerande roll vid de förberedande mötena mellan leverantörerna

218 Kommissionen gjorde, i det angripna beslutet, gällande att SNV startade och ledde diskussionerna under de förberedande mötena mellan leverantörerna. Den angav två bevis till stöd för detta. Såsom kommissionen har understrukit påstod den emellertid aldrig att SNV hade någon speciell roll vid sammankallandet till dessa möten eller i hur de anordnades. Kommissionen hävdade heller aldrig att SNV tvingade på andra sina slutsatser under dessa möten.

219 Det angripna beslutet grundar sig således på dels BP:s uttalanden av den 12 juli 2002, enligt vilka SNV inledde mötena och ledde diskussionerna, dels den interna handlingen från HBG av den 23 april 2001, vilken innehåller hänvisningar till SNV som "ledaren". Sökandena betecknade BP:s uttalande som ett rent antagande, vilket inte hade stöd av några andra uppgifter och som inte kan utgöra tillräcklig bevisning för en ledande roll. Sökandena anser dessutom att handlingen från HBG inte kan anses utgöra giltig bevisning utan att sökandenas rätt till försvar åsidosätts, eftersom kommissionen inte nämnde denna handling i meddelandet om invändningar, utan enbart bifogade den som en bilaga.

220 Vad avser handlingen från HBG av den 23 april 2001, ska det erinras om att tribunalen, inom ramen för utövandet av den obegränsade behörighet som den har enligt artikel 261 FEUF och artikel 31 i förordning nr 1/2003, får bedöma bötesbeloppens rimlighet mot bakgrund av bland annat kompletterande upplysningar som inte nämndes i meddelandet om invändningar eller i kommissionens beslut (domen i det ovan i punkt 176 nämnda målet SCA Holding mot kommissionen, punkt 55, den ovan i punkt 153 nämnda Tokai I-domen, punkt 165, och, för en tillämpning avseende den ledande rollen, domen i det ovan i punkt 140 nämnda målet BASF mot kommissionen, punkt 354).

221 Denna handling innehåller ett internt utbyte av e-post från HBG, i vilket någon som regelbundet deltog i samrådsmötena om bitumen svarade en kollega, som hade påpekat ett problem med att fastställa rabatterna för bitumen i landets norra del, med att föreslå att kollegan skulle ta upp problemet under nästa samverkansmöte och med att ange att kollegan därvidlag borde boka ett möte med E, anställd hos SNV, som betecknades som "ledare".

222 För det första framgår det emellertid av handlingarna i målet att HBG, ett av de stora vägbyggnadsföretagen och källa till den aktuella handlingen, själv – i sitt svar av den 23 september 2003 på en begäran om upplysningar från kommissionen – ansåg att beteckningen av SNV:s anställda som "ledare" enbart avsåg SNV förstaplats på marknaden. För det andra kan denna handling visserligen utgöra bevisning avseende SNV:s roll i kontrollen av att den konkurrensbegränsande samverkan genomfördes, men det förefaller inte som om den är relevant för att bedöma SNV:s roll vid de förberedande mötena mellan leverantörerna.

- 223 Tribunalen ska vidare pröva det andra bevis som kommissionen angav till stöd för SNV:s roll vid de förberedande mötena mellan leverantörerna.
- 224 Det framgår av BP:s uttalande av den 12 juli 2002 att den anställde hos BP som hade deltagit i de förberedande mötena mellan leverantörerna – som svar på frågan vem det var som kom med prisförslag och ledde de förberedande mötena – vid flera tillfällen pekade ut E, anställd hos SNV. Vad gäller ett uttalande från en annan leverantör, som kan ha haft intresse av att förringa sin egen roll i hur den konkurrensbegränsande samverkan fungerade, konstaterar tribunalen att denna uppgift enbart kan beaktas till stöd för att SNV hade en ledande roll om uppgiften styrks av andra handlingar. Även om det framgår av det angripna beslutet att kommissionen grundade sig på annan bevisning för att tillskriva SNV en ledande roll för den konkurrensbegränsande samverkan (punkt 204 ovan), följer dock av det ovan anförda att kommissionen inte har tillhandahållit några andra bevis som kan styrka SNV:s särskilda roll vid de förberedande mötena inom den konkurrensbegränsande samverkan.
- 225 För att bedöma huruvida SNV hade en ledande roll i den konkurrensbegränsande samverkan ska tribunalen således pröva den övriga bevisning som kommissionen har grundat sig på.
- SNV:s roll som språkrör för leverantörerna vid samrådsmötena om bitumen
- 226 Inledningsvis påpekar tribunalen att kommissionen i svaromålet har bekräftat att den inte ansåg att SNV:s vana att – i likhet med andra företag – informera de leverantörer som inte närvarade vid mötena tydde på att SNV hade en ledande roll.
- 227 Kommissionen har däremot, genom att grunda sig på Kuwait Petroleums uttalanden av den 1 och den 9 oktober 2003, gjort gällande att SNV ”inledde för leverantörerna och hade rollen som [KWS:s] motpart” och ”således [tog] rollen som ledare inom leverantörgruppen” (skäl 347 i det angripna beslutet).
- 228 Tribunalen erinrar emellertid om att uttalanden från en annan leverantör, som kan ha haft intresse av att förringa sin egen roll i den konkurrensbegränsande samverkan, enbart kan beaktas till stöd för att SNV hade en ledande roll om uttalandena styrks av andra handlingar. Det framgår av det angripna beslutet att kommissionen grundade sig på annan bevisning för att tillskriva SNV en ledande roll för den konkurrensbegränsande samverkan (punkt 204 ovan). Det följer dock av det ovan anförda att kommissionen inte har tillhandahållit några andra bevis som kan styrka SNV:s särskilda roll vid samrådsmötena för bitumen.
- 229 För att bedöma SNV:s ledande roll i den konkurrensbegränsande samverkan ska tribunalen således pröva den övriga bevisning som kommissionen har grundat sig på.
- Kontrollen av att den konkurrensbegränsande samverkan genomfördes
- 230 Kommissionen har erinrat om att den, i det angripna beslutet (skälen 347 och 352), nämnde att SNV även agerade som ledare för arbetet med att kontrollera att den konkurrensbegränsande samverkan genomfördes, eftersom unionsdomstolen har fastställt att ett aktivt agerande för att de avtal som slutits inom den konkurrensbegränsande samverkan skulle iakttagas utgör ett indicium som är avgörande för bedömningen av huruvida ett företag hade en ledande roll (domen i det ovan i punkt 142 nämnda målet HFB m.fl. mot kommissionen, punkt 577).
- 231 Kommissionens grunder för detta är dels den interna handling från HBG av den 23 april 2001 (punkterna 221 och 222 ovan) om ett problem att fastställa rabatterna för vissa leverantörer, av vilken det framgår att det skulle ha varit lämpligt att vända sig till SNV för att lösa problemet, dels en intern

anteckning från KWS (skäl 352 i det angripna beslutet), i vilken det anges att vissa leverantörer inte hade iakttagit de föreskrivna rabatterna och att SNV hade reagerat, genom att tala om ”berättigat straff för de leverantörer som går utanför ramarna”.

- 232 Det ska erinras om att tribunalen, vid utövandet av sin obegränsade behörighet, kan beakta denna interna handling från HBG (se punkt 220 ovan).
- 233 Tribunalen finner emellertid att dessa två handlingar, även om de gör det möjligt att konstatera att SNV var en aktiv medlem i den konkurrensbegränsande samverkan, inte är tillräckliga för att styrka att SNV faktiskt tillsåg att de avtal som ingåtts inom den konkurrensbegränsande samverkan följdes, eller att bolaget skulle ha gjort detta på ett särskilt aktivt sätt.

– Slutsats om SNV:s ledande roll

- 234 Av det anförda följer att SNV må ha haft en särskild roll under de två första åren av den konkurrensbegränsande samverkan, men att den bevisning som kommissionen har tillhandahållit inte gör det möjligt att säkert fastställa att SNV hade en ledande roll från och med det att den konkurrensbegränsande samverkan började fungera multilateralt.
- 235 Under de speciella omständigheterna i förevarande fall finner tribunalen således att kommissionens bedömning i det angripna beslutet, enligt vilken SNV hade en ledande roll i den aktuella överträdelsen, inte i tillräcklig mån har kunnat styrkas.
- 236 Kommissionen har inte ingett någon ytterligare bevisning vid tribunalen för att styrka SNV:s ledande roll i den aktuella överträdelsen, med avseende på de omständigheter som anges i skälen 343–348 i det angripna beslutet. Tribunalen finner följaktligen att handlingarna i målet inte gör det möjligt att beteckna SNV som ledare.
- 237 Höjningen av grundbeloppet för de böter som sökandena ålagts ska således upphävas såvitt gäller såväl SNV:s uppmuntrande (se punkt 182 ovan) som ledande roll (se punkterna 233 och 234 ovan). De konsekvenser som detta medför för fastställandet av bötesbeloppet undersöks i punkt 277 och följande punkter nedan.

Upprepade överträdelser

Parternas argument

- 238 Sökandena har gjort gällande att kommissionen gjorde en felaktig rättstillämpning. Dessutom motiverade kommissionen inte tillräckligt sitt beslut att höja bötesbeloppet med 50 procent för upprepade överträdelser på grund av att företaget Shell, genom sitt dotterbolag Shell International Chemicals Co. Ltd (nedan kallat SICC), hade varit föremål för Polypropen-beslutet och PVC II-beslutet (skälen 336–338 i det angripna beslutet).
- 239 Sökandena har erinrat om att unionsdomstolen har fastställt ett kriterium för upprepade överträdelser, enligt vilket de bolag som varit inblandade i olika överträdelser måste tillhöra samma moderbolag och detta moderbolag faktiskt ska ha utövat ett avgörande inflytande över dotterbolagens beteenden som utgör överträdelser (domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 290). En höjning av bötesbeloppet för upprepade överträdelser kan således enbart genomföras om ett och samma moderbolag skulle kunna hållas ansvarigt för de olika överträdelserna. I förevarande fall är det dock SICC som hållits ansvarigt för de två tidigare överträdelserna. SICC innehas till 100 procent av SPCo, som är ett annat holdingbolag än SPNV, som innehar SNV.

Sökandena har däremot gjort gällande att kommissionen inte höll moderbolagen STT plc (sedermera STT) och KNPM ansvariga för överträdelserna. Det kriterium som ställts upp i domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Michelin mot kommissionen är följaktligen inte uppfyllt i förevarande fall.

- 240 Dessutom innehåller det angripna beslutet varken någon förklaring till hur STT (tidigare STT plc) kunde hållas ansvarigt för de överträdelser som var föremål för Polypropen-beslutet och PVC II-beslutet, eller till hur detta bolag faktiskt hade utövat ett avgörande inflytande över SICC:s rättsstridiga beteenden. SICC var det dotterbolag som hade begått den överträdelse som var föremål för nämnda beslut.
- 241 Sökandena har i andra hand gjort gällande att höjningen med 50 procent för upprepade överträdelser är oproportionerlig, med beaktande av att inte någon högt uppsatt chef var inblandad i den konkurrensbegränsande samverkan, att den anställde hos SNV som deltog i denna samverkan inte hade medverkat i de två tidigare konkurrensbegränsande samverkan och att det höjda bötesbelopp som ålagts är mycket högre än SNV:s årliga försäljningsvinster för bitumen i Nederländerna.
- 242 Vid förhandlingen den 26 januari 2012 angav sökandena även att kommissionen hade åsidosatt deras rätt till försvar, genom att inte ha gett dem möjlighet att bryta presumptionen att STT plc (sedermera STT) och KNPM faktiskt utövade ett avgörande inflytande över sina dotterbolag, vilka ålagts sanktion för de tidigare överträdelserna.
- 243 Kommissionen har bestritt sökandenas argument. Den påpekade dessutom vid förhandlingen den 26 januari 2012 att tribunalen den 13 juli 2011 hade fastställt kommissionens beslut av den 29 november 2006 med en höjning för upprepade överträdelser av böter som ålagts SPNV och två andra bolag i Shellkoncernen, på grund av att företaget Shell hade varit föremål för Polypropen-beslutet och PVC II-beslutet (tribunalens dom av den 13 juli 2011 i mål T-38/07, Shell Petroleum m.fl. mot kommissionen, REU 2011, s. II-4383).

Tribunalens bedömning

- 244 Kommissionen angav, i skälen 336–338 i det angripna beslutet, att Shells ålagda bötesbelopp skulle höjas med 50 procent för upprepade överträdelser, eftersom Shell redan hade varit föremål för Polypropen-beslutet och PVC II-beslutet.
- 245 Tribunalen erinrar om att en eventuell upprepning av överträdelserna ska beaktas vid analysen av en överträdelsernas svårighetsgrad (domen i de ovan i punkt 36 nämnda förenade målen Aalborg Portland m.fl. mot kommissionen, punkt 91). Att överträdelserna upprepas utgör nämligen en omständighet som motiverar en betydande höjning av grundbeloppet i avskräckande syfte, eftersom den upprepade överträdelserna bevisar att den tidigare vidtagna sanktionsåtgärden inte var tillräckligt avskräckande (domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 293).
- 246 Det har i överensstämmelse med dessa principer upprättats, i punkt 2 i riktlinjerna för beräkning av böter, under rubriken försvärande omständigheter, en icke uttömmande förteckning över omständigheter som kan leda till en höjning av grundbeloppet för böterna. Bland dessa omständigheter återfinns att ”ett eller flera företag upprepar överträdelser av samma typ”.
- 247 Begreppet upprepad överträdelse ska anses avse de fall då ett och samma företag begår en ny överträdelse efter att ha blivit ålagd en sanktion för en liknande överträdelse (domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 284).
- 248 Eftersom det inom unionens konkurrensrätt godtas att olika bolag som tillhör samma koncern utgör en ekonomisk enhet, och således ett företag i den mening som avses i artiklarna 81 EG och 82 EG, om de berörda bolagen inte självständigt bestämmer sitt agerande på marknaden, vilket innebär att

- kommissionen kan bötfälla moderbolaget för ageranden av andra bolag i koncernen, är det enligt rättspraxis korrekt av kommissionen att anse att det rör sig om upprepade överträdelse när ett av moderbolagets dotterbolag begår en överträdelse av samma typ som den överträdelse för vilken ett annat dotterbolag redan har ålagts sanktion (domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 290).
- 249 Sökandena har gjort gällande att de villkor som ställts upp i den rättspraxis som följer av domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Michelin mot kommissionen, inte är uppfyllda i förevarande fall. Moderbolaget, som hölls ansvarigt för de överträdelse som var föremål för Polypropen-beslutet och PVC II-beslutet, är nämligen inte detsamma som det moderbolag som är inblandat i den överträdelse som begåtts av SNV. Sökandena har således påpekat att SICC – som innehades i sin helhet av STT plc och KNPM – hölls ansvarigt för överträdelsen i de två tidigare ärendena. Däremot kan varken STT (tidigare STT plc) eller KNPM, som inte längre finns, hållas ansvarigt för den aktuella överträdelsen.
- 250 Tribunalen konstaterar att SICC, som var föremål för Polypropen-beslutet och PVC II-beslutet, och SNV, som är föremål för det angripna beslutet, båda är dotterbolag som indirekt innehades till 100 procent av samma moderbolag, nämligen STT (tidigare STT plc) och KNPM.
- 251 Såsom tribunalen erinrade om i punkterna 36 och 37 ovan avser unionens konkurrensrätt verksamheten i företag, varvid begreppet företag i den mening som avses i artikel 81 EG och riktlinjerna för beräkning av böter ska förstås som en ekonomisk enhet, även om enheten i juridisk mening består av flera fysiska eller juridiska personer (domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 55). Ett företag kan hållas ansvarigt för ett annat företags konkurrensbegränsande beteende, om det sistnämnda företaget inte självständigt har bestämt sitt agerande på marknaden, utan i huvudsak har tillämpat instruktioner som det har fått av det förstnämnda företaget, särskilt med hänsyn till de ekonomiska och juridiska band som binder samman företagen (domen i det ovan i punkt 37 nämnda målet Akzo Nobel m.fl. mot kommissionen, punkt 58).
- 252 Unionsdomstolen har dessutom funnit att, eftersom kommissionen har en möjlighet, men inte en skyldighet, att tillskriva ett moderbolag ansvaret för en överträdelse (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 24 september 2009 i de förenade målen C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P och C-137/07 P, Erste Group Bank m.fl. mot kommissionen, REG 2009, s. I-8681, punkt 82, 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 331), innebär enbart den omständigheten att kommissionen inte har tillskrivit ett sådant ansvar i det tidigare beslutet inte att den är skyldig att göra samma bedömning i ett senare beslut (förstainstansrättens ovan i punkt 52 nämnda PVC II-dom, punkt 990, tribunalens domar av den 17 maj 2011 i mål T-299/08, Elf Aquitaine mot kommissionen, REU 2011, s. II-2149, punkt 60, och i mål T-343/08, Arkema France mot kommissionen, REU 2011, s. II-2287, punkt 100).
- 253 I ovannämnda ärenden valde kommissionen att hålla SICC – ett helägt dotterbolag till SPCo, som i sin tur innehades i sin helhet av STT plc (sedermera STT) och KNPM – ansvarigt för överträdelsen, i stället för de nämnda moderbolagen. I förevarande fall har detta följaktligen ingen betydelse för tillämpningen av rättspraxis om upprepade överträdelse.
- 254 Det ska dessutom erinras om att det framgår av punkterna 35–52 ovan att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den höll STT (tidigare STT plc) ansvarigt för den aktuella överträdelsen.
- 255 Vad gäller argumentet att KNPM inte längre existerar erinrar tribunalen om att det bör förhindras att företag undgår sanktionsåtgärder endast genom att deras identitet har ändrats till följd av omstruktureringar, överlåtelser eller andra ändringar i juridiskt eller organisatoriskt avseende, detta för att inte äventyra målsättningen att genom avskräckande sanktionsåtgärder sätta stopp för ageranden som strider mot konkurrensreglerna och förhindra att de upprepas (domstolens dom av den

15 juli 1970 i mål 41/69, ACF Chemiefarma mot kommissionen, REG 1970, s. 661, punkt 173, av den 29 juni 2006 i mål C-289/04 P, Showa Denko mot kommissionen, REG 2006, s. I-5859, punkt 61, av den 7 juni 2007 i mål C-76/06 P, Britannia Alloys & Chemicals mot kommissionen, REG 2007, s. I-4405, punkt 22, och i det ovan i punkt 44 nämnda målet ETI m.fl, punkt 41). Att KNPM inte längre existerar får således inte några följder för möjligheten att åberopa upprepade överträdelser mot det företag som fortsatt finns kvar.

- 256 Tribunalen finner således att sökandena inte med framgång kan göra gällande att de villkor som ställts upp i den rättspraxis som följer av domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Michelin mot kommissionen, inte var uppfyllda. Kommissionen gjorde följaktligen inte en felaktig rättstillämpning när den ansåg att sökandena var ett företag som begått upprepade överträdelser.
- 257 Sökandena har i andra hand gjort gällande att det enligt kommissionens motiveringskyldighet åligger denna att i det angripna beslutet tillhandahålla de uppgifter som gör det möjligt att fastställa dels att STT (tidigare STT plc) kunde hållas ansvarigt för de överträdelser som var föremål för Polypropen-beslutet och PVC II-beslutet, dels att detta bolag faktiskt utövade ett avgörande inflytande över SICC:s beteenden som utgjorde överträdelser, då SICC var det dotterbolag som hade begått de överträdelser som var föremål för nämnda beslut.
- 258 Det framgår av fast rättspraxis att av den motivering som krävs i artikel 253 EG ska klart och tydligt framgå hur den institution som har antagit rättsakten har resonerat, så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen till den vidtagna åtgärden och så att den behöriga domstolen ges möjlighet att utföra sin prövning. Kravet på motivering ska bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, särskilt rättsaktens innehåll, de anförda skälens karaktär och det intresse som de vilka rättsakten är riktad till, eller andra personer som direkt eller personligen berörs av den, kan ha av att få förklaringar. Det krävs dock inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av ett beslut uppfyller kraven i artikel 253 EG inte ska ske endast utifrån rättsaktens ordalydelse utan även utifrån sammanhanget och samtliga rättsregler på det ifrågavarande området (se den rättspraxis som anförts i punkterna 108–111 ovan).
- 259 Tribunalen erinrar även om att skyldigheten att motivera beräkningen av det bötesbelopp som påförs på grund av åsidosättande av konkurrensreglerna är särskilt viktig (domen i det ovan i punkt 109 nämnda målet Chalkor mot kommissionen, punkt 61). När kommissionen avser att åberopa begreppet företag i den mening som avses i artikel 81 EG, vid bedömningen av den försvårande omständigheten att det förekommit upprepade överträdelser, ska den således lägga fram detaljerade och bestämda uppgifter som stödjer dess påstående.
- 260 I det förevarande fallet angav kommissionen, i meddelandet om invändningar, att den beaktade den omständigheten att liknande överträdelser tidigare hade konstaterats avseende samma företag som en försvårande omständighet (skäl 336 i det angripna beslutet). Sökandena gjorde, i sitt svar på meddelandet om invändningar, enbart gällande att de juridiska enheter som kommissionens tidigare beslut riktade sig till inte hade någon anknytning till verksamheten med vägbitumen i Nederländerna.
- 261 Kommissionen fann, i det angripna beslutet, att företaget Shell, genom sitt dotterbolag SICC, redan hade varit föremål för de tidigare förbudsbesluten om Polypropen och PVC II (skälen 336–338 i det angripna beslutet). Kommissionen angav dessutom uttryckligen att det handlade om att bedöma huruvida ett och samma företag hade begått de olika överträdelserna, att de juridiska enheterna, varorna och personalen inte nödvändigtvis behövde vara desamma för alla dessa beslut, och att den i det aktuella ärendet – i kapitlet om ansvar – hade funnit att de juridiska enheter inom Shell som hade deltagit i den aktuella överträdelserna ingick i samma företag som det som hade deltagit i de tidigare överträdelserna (skäl 337 i det angripna beslutet).

- 262 Kommissionen underströk särskilt, i skäl 213 i det angripna beslutet, att det klart styrkts i PVC II-beslutet och i den ovan i punkt 52 nämnda PVC II-domen (punkt 312), som avsåg detta beslut, att SICC ingick i det såsom ett enda företag betraktade Shell, vilket hade begått överträdelsen, även om kommissionen då hade valt att inte rikta beslutet till koncernens moderbolag. Kommissionen har dessutom påpekat att den sanktionsåtgärd som SICC ålades, i Polypropen-ärendet, var tillämplig på hela Shellkoncernen (skäl 196 i det angripna beslutet). Kommissionen angav även att den, i förevarande fall, i motsats till i de två tidigare ärendena, inte hade kunnat fastställa en enda juridisk enhet som, under hela överträdelseperioden, hade haft rollen att – på en lägre nivå än de två moderbolagen – sköta samordning och strategisk planering inom koncernen. Det ska även framhåvas att kommissionen, i PVC II-beslutet (skälen 44 och 46), påpekade att ”det, vad gäller stora industrikoncerner, [var] normalt att rikta beslutet till holdingbolaget eller ’sätet’, även om företaget i sig [utgjordes] av den enhet som bildas av ett moderbolag och alla dess dotterbolag”, men att kommissionen, med beaktande av Shells särskilda dubbla struktur och att det inte fanns ett enda säte dit beslutet kunde skickas, hade valt att rikta sitt beslut till SICC.
- 263 Vad gäller den invändning som sökandena har framfört avseende att kommissionen inte hade tillhandahållit uppgifter som kunde styrka att STT (tidigare STT plc) faktiskt hade utövat ett avgörande inflytande över SICC:s rättsstridiga beteenden, då SICC var det dotterbolag som hade begått de överträdelser som var föremål för Polypropen-beslutet och PVC II-beslutet, erinrar tribunalen om att det – i enlighet med de principer som angetts i punkterna 36–52 ovan – inte ankommer på kommissionen att ange sådana uppgifter. Vid tidpunkten då överträdelserna begicks innehades SICC nämligen gemensamt av STT plc (sedermera STT) och KNPM till 100 procent. Sökandena har aldrig bestritt denna omständighet.
- 264 Kommissionens motivering är följaktligen tillräckligt detaljerad och bestämd med hänsyn till kraven i rättspraxis, eftersom sökandena har kunnat få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden och tribunalen ges möjlighet att utföra sin prövning. Sökandena kunde således klart och tydligt förstå hur kommissionen hade resonerat för att komma fram till att ett och samma företag hade begått de tre överträdelser som var i fråga.
- 265 Sökandena har vidare gjort gällande att höjningen av böternas grundbelopp med 50 procent för upprepade överträdelser är oproportionerlig, med beaktande av att inte någon högt uppsatt chef hos Shell var inblandad i denna överträdelse, att den anställde hos SNV som var inblandad i överträdelserna dock inte hade medverkat i de två tidigare överträdelserna och att SNV:s årliga försäljningsvinster var obetydliga i förhållande till bötesbeloppet.
- 266 Det ska inledningsvis anges att det inte framgår klart av sökandenas argument huruvida de med denna invändning hävdar att kommissionen har åsidosatt proportionalitetsprincipen eller om de yrkar att tribunalen, inom ramen för sin obegränsade behörighet, ska pröva huruvida kommissionens höjning av böternas grundbelopp med 50 procent för upprepade överträdelser, i det angripna beslutet, är proportionerlig.
- 267 Unionsdomstolen har i vart fall redan erinrat om att kommissionen, vid fastställelse av bötesbeloppet, är skyldig att säkerställa att dess åtgärd har en avskräckande verkan (förstainstansrättens dom av den 7 oktober 1999 i mål T-228/97, Irish Sugar mot kommissionen, REG 1999, s. II-2969, punkt 245) och att upprepade överträdelser utgör en omständighet som i avskräckande syfte motiverar en betydande höjning av grundbeloppet, eftersom den upprepade överträdelserna bevisar att den tidigare vidtagna sanktionsåtgärden inte var tillräckligt avskräckande (domen i det ovan i punkt 38 nämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 293). På samma sätt är den omständigheten att ett företag åläggs böter som inte är proportionerliga i förhållande till dess betydelse på ifrågavarande marknad inte ett resultat av en uppenbart överdriven uppfattning om den upprepade överträdelsens sammanhang, utan av alla de överväganden som kommissionen med rätta kan beakta vid fastställandet av bötesbeloppet. Bedömningen av hur allvarliga överträdelserna är ska nämligen göras med hänsyn till ett stort antal omständigheter, såsom i synnerhet de särskilda omständigheterna i ärendet, dess kontext och böternas

avskräckande verkan, utan att det har fastställts någon tvingande eller uttömmande förteckning över de kriterier som absolut ska tas i beaktande (förstainstansrättens dom av den 25 oktober 2005 i mål T-38/02, Groupe Danone mot kommissionen, REG 2005, s. II-4407, punkterna 368 och 369).

- 268 Kommissionen får vidare, vid fastställande av en höjning på grund av upprepade överträdelser, beakta uppgifter som är ägnade att bekräfta de berörda företagens benägenhet att undandra sig tillämpningen av konkurrensreglerna, inklusive den tid som har förflutit mellan överträdelserna i fråga (förstainstansrättens dom av den 6 maj 2009 i mål T-122/04, Outokumpu och Luvata mot kommissionen, REG 2009, s. II-1135, punkt 62). Det ska först och främst framhållas att den ifrågavarande överträdelserna, när det angräpnas beslutet antogs, var den tredje av samma slag där företaget Shell blivit föremål för ett beslut från kommissionen. De överträdelser som ledde fram till Polypropen-beslutet och PVC II-beslutet syftade, i likhet med den överträdelse som är aktuell i förevarande mål, till att fastställa priser eller dela upp marknader. Tribunalen har dessutom redan funnit att en höjning med 50 procent var motiverad när det hade förflutit mindre än tio år mellan de olika överträdelserna – såsom i förevarande fall, eftersom den konkurrensbegränsande samverkan inleddes år 1994 (domen i det ovan i punkt 267 nämnda målet Groupe Danone mot kommissionen, punkterna 354 och 355). Tribunalen framhäver slutligen att kommissionen, i ett beslut av den 29 november 2006, fann att företaget Shell hade överträtt artikel 81 EG, genom att tillsammans med andra företag mellan den 20 maj 1996 och den 31 maj 1999 ha deltagit i en överenskommelse inom ramen för vilken företagen fastställde målpriser, delade upp kundbasen genom avtal om icke-aggression och utbytte känsliga affärsuppgifter om priser, konkurrenter och kunder på området för gummi och emulsionspolymeriserat styren-butadiengummi (kommissionens beslut K(2006) 5700 slutlig av den 29 november 2006, om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] och artikel 53 i EES-avtalet (ärende COMP/F/38.638 – Butadiengummi och emulsionspolymeriserat styren-butadiengummi)).
- 269 Inget av det som åberopats av sökandena visar, under dessa omständigheter, att höjningen av böternas grundbelopp med 50 procent för att förmå sökandena att iaktta konkurrensreglerna är oproportionerlig. Sökandena kan följaktligen inte vinna framgång med denna invändning, då kommissionen inte åsidosatte proportionalitetsprincipen genom höjningen och då sökandenas argument inte föranleder tribunalen att göra en annan bedömning än kommissionen.
- 270 Sökandena gjorde vid förhandlingen den 26 januari 2012 för första gången gällande att kommissionen hade åsidosatt deras rätt till försvar, genom att inte ha gett dem möjlighet att bryta presumtionen att STT plc (sedermera STT) och KNPM faktiskt utövade ett avgörande inflytande över sina dotterbolag som ålagts sanktioner för de två tidigare överträdelserna.
- 271 Tribunalen erinrar om att det framgår av bestämmelserna i artikel 44.1 c jämförd med artikel 48.2 i rättegångsreglerna att ansökan bland annat ska innehålla uppgift om föremålet för talan samt en kortfattad framställning av grunderna för denna och att nya grunder inte får åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet. En grund som utgör en utvidgning av en grund som tidigare – direkt eller underförstått – har åberopats i ansökan och som har ett nära samband med denna kan emellertid prövas i sak (domstolens beslut av den 13 november 2001 i mål C-430/00 P, Dürbeck mot kommissionen, REG 2001, s. I-8547, punkt 17).
- 272 Dessutom kan unionsdomstolen, när den utövar sin obegränsade behörighet, enbart pröva nya grunder och argument om två villkor är uppfyllda: dels ska de ha verkan inom ramen för den prövning som görs med stöd av denna behörighet, dels får de inte avse en annan form av rättsstridighet än de som avses i ansökan (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 14 oktober 1999 i mål C-104/97 P, Atlanta mot Europeiska gemenskapen, REG 1999, s. I-6983, punkterna 27–29).
- 273 Det är i förevarande fall ostridigt att sökandena, under det skriftliga förfarandet, inte gjorde gällande någon grund avseende att deras rätt till försvar åsidosatts, genom att de inte hade getts möjlighet att bryta presumtionen att STT plc (sedermera STT) och KNPM faktiskt utövade ett avgörande

inflytande över sina dotterbolag som ålagts sanktioner för de två tidigare överträdelserna. Sökandena har heller inte antytt att denna grund föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet. I motsats till vad sökandena gjorde gällande vid förhandlingen den 26 januari 2012 finner tribunalen att denna grund inte kan anses utgöra en utvidgning av grunden avseende åsidosättande av motiveringsskyldigheten, vilken angavs i ansökan.

274 Denna grund ska således avvisas.

275 Det framgår i vart fall av handlingarna i målet att sökandena, i förevarande fall, hade möjlighet att under det administrativa förfarandet inkomma med uppgifter för att styrka att det företag som ålagts sanktioner för de två tidigare överträdelserna inte var samma företag som det som är föremål för den aktuella överträdelserna. Kommissionen angav nämligen i meddelandet om invändningar (punkterna 93 och 283) att företaget Shell tidigare hade funnits ansvarigt för överträdelser av artikel 81 EG och nämnde Polypropen-beslutet och PVC II-beslutet samt domen i det ovan i punkt 187 nämnda målet Shell mot kommissionen.

276 Av det ovan anförda följer dels att kommissionen hade grund för att höja böternas grundbelopp med 50 procent för upprepade överträdelser, dels att tribunalen finner denna höjning vara lämplig.

Slutsats om de försvärande omständigheterna

277 Det framgår av punkterna 140–237 ovan att kommissionen inte har visat att SNV hade en uppmuntrande och ledande roll i den aktuella överträdelserna. Tribunalen finner att det därför är motiverat att den utövar sin obegränsade behörighet vid prövningen av SNV:s roll i den aktuella överträdelserna. Det ska, i detta avseende, erinras om att kommissionen ålade sökandena en enda höjning med 50 procent av böternas grundbelopp för den försvärande omständigheten, vilken anges i punkt 2 tredje strecksatsen i riktlinjerna för beräkning av böter.

278 Tribunalen finner att nämnda höjning som ålagts sökandena ska upphävas.

279 Tribunalen finner, till följd av denna ändring, att det bötesbelopp som har påförts sökandena i artikel 2.1 i det angripna beslutet ska sättas ned till 81 miljoner euro.

Rättegångskostnader

280 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 besluta att kostnaderna ska delas eller att vardera parten ska bära sin kostnad om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter.

281 Sökandena i förevarande fall har tappat målet med avseende på en väsentlig del av sina yrkanden. Tribunalen finner således att det, med hänsyn till de aktuella omständigheterna, är skäligt att vardera parten ska bära sina egna rättegångskostnader.

282 Sökandenas krav, vilket framställdes inom ramen för yrkandena avseende rättegångskostnaderna, att kommissionen ska förpliktas att ersätta kostnader som sökanden haft för att betala bötesbeloppet eller för att ställa och upprätthålla bankgarantin ska avslås. Enligt fast rättspraxis utgör sådana kostnader nämligen inte rättegångskostnader (se, för ett liknande resonemang, domen i de ovan i punkt 77 nämnda förenade målen Cement, punkt 5133 och där angiven rättspraxis).

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (sjätte avdelningen)

följande:

- 1) **Artikel 2 led 1 i kommissionens beslut K(2006) 4090 slutlig av den 13 september 2006 om ett förfarande enligt artikel 81 [EG] (ärende COMP/F/38.456 – Bitumen – Nederländerna) ogiltigförklaras såvitt det där fastställs ett bötesbelopp för Shell Petroleum NV, The Shell Transport and Trading Company Ltd och Shell Nederland Verkoopmaatschappij BV på 108 miljoner euro.**
- 2) **Det bötesbelopp som åläggs Shell Petroleum, The Shell Transport and Trading Company och Shell Nederland Verkoopmaatschappij genom nämnda artikel 2 led 1 sätts ned till 81 miljoner euro.**
- 3) **Talan ska ogillas i övrigt.**
- 4) **Vardera parten ska bära sina egna rättegångskostnader.**

Jaeger

Wahl

Soldevila Fragoso

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 27 september 2012.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten	2
1. Sökandena	2
2. Det administrativa förfarandet	2
3. Det angripna beslutet	3
Förfarandet och parternas yrkanden	5
Rättslig bedömning	6
1. Den första grunden: Felaktig rättstillämpning och oriktig bedömning avseende moderbolagens ansvar för överträdelsen	6
Den felaktiga rättstillämpningen	6
Parternas argument	6
Tribunalens bedömning	7
– Presumtionen att ett moderbolag faktiskt utövar ett avgörande inflytande över sitt dotterbolag	7
– Tillämpningen av denna presumtion på två moderbolag som gemensamt innehar 100 procent av ett dotterbolag	8
– Huruvida presumtionen att moderbolaget faktiskt utövar ett avgörande inflytande över sitt helägda dotterbolag kan motbevisas	10
De uppgifter som åberopats för att bryta presumtionen att ett moderbolag faktiskt utövar ett avgörande inflytande över sitt dotterbolag	10
Parternas argument	10
Tribunalens bedömning	11
2. Den andra grunden: Åsidosättande av väsentliga formföreskrifter och rätten till försvar	14
Parternas argument	14
Tribunalens bedömning	14
Allmänna rättsprinciper om tillgång till handlingar från tiden efter delgivningen av invändningarna	15
Tillämpning i förevarande fall	17
3. Den tredje grunden: Sakfel och felaktig rättstillämpning vid beräkningen av böternas grundbelopp och vid bedömningen av överträdelsens varaktighet	18
Överträdelsens allvar	18
Parternas argument	18

Tribunalens bedömning	19
– Prövning av sökandenas argument inom ramen för en lagenlighetsgranskning	20
– Prövning av sökandenas argument inom ramen för den obegränsade behörigheten	23
Överträdelsens varaktighet	25
Parternas argument	25
Tribunalens bedömning	25
4. Den fjärde grunden: Sakfel och felaktig rättstillämpning avseende de försvarande omständigheterna...	26
SNV:s uppmuntrande roll	27
Parternas argument	27
– Förslaget till KWS om speciella rabatter till W5	27
– Försöken att övertala ExxonMobil att ansluta sig till den konkurrensbegränsande samverkan ..	28
Tribunalens bedömning	28
– Allmänna principer avseende den uppmuntrande rollen	29
– Huruvida den vittnesutsaga som sökandena har tillhandahållit kan tas upp till sakprövning....	30
– Den specifika rabatten till W5	31
– Försöken att övertala ExxonMobil att ansluta sig till den konkurrensbegränsande samverkan ..	34
– Slutsats om den uppmuntrande rollen	35
SNV:s ledande roll	35
Parternas argument	35
– SNV:s roll, åren 1994 och 1995, i förhandlingarna med KWS för leverantörernas räkning	35
– Den omständigheten att SNV, från och med år 1996, i förväg och tillsammans med KWS bestämde när ett möte mellan leverantörerna och W5 skulle anordnas	36
– SNV:s dominerande roll vid de förberedande mötena mellan leverantörerna	37
– SNV:s roll som språkrör för leverantörerna vid samrådsmötena om bitumen	37
– Kontrollen av att den konkurrensbegränsande samverkan genomfördes.....	38
Tribunalens bedömning	38
– Generella principer för den ledande rollen	38
– SNV:s roll i förhandlingarna med KWS för leverantörernas räkning, under åren 1994 och 1995	40
– Huruvida SNV, från år 1996, i förväg bestämde tillsammans med KWS när det var lämpligt att anordna möten mellan leverantörerna och W5	41

– SNV:s dominerande roll vid de förberedande mötena mellan leverantörerna	42
– SNV:s roll som språkrör för leverantörerna vid samrådsmötena om bitumen	43
– Kontrollen av att den konkurrensbegränsande samverkan genomfördes	43
– Slutsats om SNV:s ledande roll	44
Upprepade överträdelser	44
Parternas argument	44
Tribunalens bedömning	45
Slutsats om de försvårande omständigheterna	50
Rättegångskostnader	50