

DOMSTOLENS DOM (femte avdelningen)  
den 16 mars 2000 \*

I de förenade målen C-395/96 P och C-396/96 P,

**Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96 P), Antwerpen (Belgien),**

**Compagnie maritime belge SA (C-395/96 P), Antwerpen,**

och

**Dafra-Lines A/S (C-396/96 P), Köpenhamn (Danmark),**

företrädna av advokaterna M. och D. Waelbroeck, Bryssel, delgivningsadress:  
advokatbyrån E. Arendt, 34, rue Philippe II, Luxemburg,

klagande,

angående överklagande av dom meddelad den 8 oktober 1996 av Europeiska gemenskapernas förstainstansrätt (tredje avdelningen i utökad sammansättning) i

\* Rättegångsspråk: engelska.

de förenade målen T-24/93—T-26/93 och T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, i vilket det förs talan om att denna dom skall upphävas,

i vilka de andra parterna är:

**Europeiska gemenskapernas kommission**, företrädd av R. Lyal, rättstjänsten, i egenskap av ombud, biträdd av J. Flynn, barrister, delgivningsadress: C. Gómez de la Cruz, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg, Luxemburg,

svarende i första instans,

**Grimaldi**, Palermo (Italien),

och

**Cobelfret**, Antwerpen,

företrädda av M. Clough, solicitor, delgivningsadress: advokatbyrån A. May, 31, Grand-Rue, Luxemburg,

intervenienter i första instans,

**Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co.**, Hamburg (Tyskland),

Nedlloyd Lijnen BV, Rotterdam (Nederländerna),

sökande i första instans,

meddelar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

sammansatt av avdelningsordföranden D.A.O. Edward (referent) samt domarna J.C. Moitinho de Almeida, L. Sevón, C. Gulmann och P. Jann,

generaladvokat: N. Fennelly,  
justitiesekreterare: biträdande justitiesekreteraren H. von Holstein,

med hänsyn till förhandlingsrapporten,

efter att parterna har avgivit muntliga yttranden vid sammanträdet den 14 maj 1998,

och efter att den 29 oktober 1998 ha hört generaladvokatens förslag till avgörande,

I - 1444

följande

### Dom

- 1 Compagnie maritime belge SA (nedan kallat CMB) och Compagnie maritime belge transports SA (nedan kallat CMBT), i mål C-395/96 P, samt Dafra-Lines A/S (nedan kallat Dafra), i mål C-396/96 P, har genom ansökningar, som inkom till domstolens kansli den 10 december 1996, med stöd av artikel 49 i EG-stadgan för domstolen överklagat förstainstansrättens dom av den 8 oktober 1996 i de förenade målen T-24/93—T-26/93 och T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen (REG 1996, s. II-1201, nedan kallad den överklagade domen). I denna dom ogillade förstainstansrätten bolagens talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 93/82/EEG av den 23 december 1992 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/32.448 och IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) och av artikel 86 i EEG-fördraget (IV/32.448 och IV/32.450: Cewal) (EGT L 34, 1993, s. 20, nedan kallat det omtvistade beslutet).
- 2 CMB är ett holdingbolag som ingår i CMB-koncernen. Denna koncern bedriver verksamhet inom bland annat rederi- och sjöfartssektorn. Den 7 maj 1991 sammanfördes linjetrafiken och verksamheten med kombinerade transporter till en särskild juridisk enhet, CMBT, med verkan från och med den 1 januari 1991.
- 3 CMB är medlem av Associated Central West Africa Lines (nedan kallad Cewal), som är en linjekonferens med sekretariat i Antwerpen. I denna linjekonferens ingår rederier som har regelbunden linjetrafik mellan hamnar i Zaire (numera Demokratiska republiken Kongo) och Angola och hamnar vid Nordsjön, med undantag av Förenade kungariket.

- 4 Dafra är medlem av Cewal och ingår sedan den 1 januari 1988 i CMB-koncernen.
- 5 Av det omtvistade beslutet framgår följande:

*”Artikel 1*

Linjekonferenserna Cewal, Cowac och Ukwal samt deras medlemsföretag, som nämns i förteckningen i bilaga I, har överträtt bestämmelserna i artikel 85.1 i EEG-fördraget genom att enas om konkurrensbegränsande åtaganden av innebörden att de, såsom oberoende redare (*outsiders*), skall avhålla sig från att bedriva verksamhet inom de andra två linjekonferensernas verksamhetsområden, i syfte att geografiskt dela upp marknaden för linjetrafik mellan Nordeuropa och Västafrika mellan sig.

*Artikel 2*

Medlemsföretagen i Cewal har missbrukat sin gemensamma dominerande ställning på följande sätt för att undanröja den främste oberoende konkurrenten på denna trafik:

- Genom att delta i samarbetsavtalet med Ogefrem och genom att på olika sätt vid upprepade tillfällen kräva att det strikt skulle följas.

- Genom att med avvikelse från de gällande tarifferna ändra sina fraktsatser i syfte att erbjuda samma eller lägre fraktsatser som den främste oberoende konkurrenten för fartyg som avgår samma dag eller i nära anslutning till den dagen (förfarande som brukar kallas 'fighting ships').
  
- Genom att införa hundra procentiga lojalitetsavtal (inklusive varor sålda fritt ombord), vilka gick utöver vad som föreskrivs i artikel 5.2 i förordning (EEG) nr 4056/86, med särskild användning av den 'svartlistning' av illojala avlastare som beskrivs i detta beslut.

### *Artikel 3*

De företag som detta beslut är riktat till skall upphöra med den överträdelse som har fastställts i artikel 1.

De företag som är medlemmar av linjekonferensen Cewal skall även upphöra med de överträdelser som har fastställts i artikel 2.

#### *Artikel 4*

De företag som detta beslut är riktat till skall i framtiden avhålla sig från varje form av avtal eller samordnade förfaranden som kan ha samma eller liknande syfte eller verkan som de avtal och förfaranden som avses i artikel 1.

#### *Artikel 5*

De företag som är medlemmar av linjekonferensen Cewal bör åtgärda sina lojalitetsavtal så att de överensstämmer med artikel 5.2 i förordning (EEG) nr 4056/86.

#### *Artikel 6*

De företag som är medlemmar av linjekonferensen Cewal, med undantag av rederierna Compagnie maritime zaïroise (CMZ), Angonave, Portline och Scandinavian West Africa Lines (Swal), skall på grund av de överträdelser som har fastställts i artikel 2 åläggas böter.

Dessa böter fastställs till följande belopp:

— Compagnie maritime: 9,6 miljoner (niomiljonersekhundratusen) ECU,

- Dafra Line: 200 000 (tvåhundrausen) ECU,
- Nedlloyd Lijnen BV: 100 000 (etthundrausen) ECU,
- Deutsche Afrika Linien-Woermann Linie: 200 000 (tvåhundrausen) ECU.

#### *Artikel 7*

De böter som åläggs genom artikel 6 skall inom tre månader från delgivningen av detta beslut inbetalas i ecu på Europeiska gemenskapernas kommissions bankkonto nr 310-0933000-43 i Banque Bruxelles-Lambert, agence européenne, rond-point Robert Schuman 5, B-1040 Bryssel.

På bötesbeloppet utgår ränta från utgången av ovannämnda tidsfrist enligt den räntesats som Europeiska fonden för monetärt samarbete tillämpade för sina transaktioner i ecu den första vardagen i den månad under vilken förevarande beslut fattades, med ett tillägg av 3,5 procentenheter, det vill säga 13,25 procent.



*Artikel 8*

Detta beslut är riktat till linjekonferenserna Cewal, Cowac och Ukwal samt deras medlemsföretag, som nämns i förteckningen i bilaga I.”

- 6 CMB och CMBT väckte, genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 19 mars 1993, talan, registrerad under nummer T-24/93, om i första hand ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.
  
- 7 Dafra, Deutsche Afrika-Linien GmbH & Co. och Nedlloyd Lijnen BV väckte var för sig talan genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli den 19 och den 22 mars 1993. Deras talan, som registrerades under nummer T-25/93, T-26/93 och T-28/93, avsåg i första hand att det omtvistade beslutet skulle ogiltigförklaras.
  
- 8 Sökandena åberopade fyra grunder till stöd för sina yrkanden om ogiltigförklaring.

— I mål T-26/93 framförde sökandena en grund om fel i förfarandet.

— I målen T-24/93, T-25/93 och T-28/93 gjorde sökandena gällande att de omtvistade förfarandena inte påverkade handeln inom gemenskapen, och i

målen T-24/93 och T-25/93 hävdade de att de berörda marknaderna inte ingick i den gemensamma marknaden.

- I målen T-24/93—T-26/93 bestred sökandena att de omtvistade förfarandena hade haft till syfte eller verkan att snedvrída konkurrensen i den mening som avses i artikel 85.1 i EEG-fördraget (nu artikel 81.1 EG).
  
  - I samtliga mål gjorde sökandena gällande att de omtvistade förfarandena inte utgjorde missbruk av dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i EEG-fördraget (nu artikel 82 EG).
- 9 Förstainstansrätten nedsatte bötesbeloppen men ogillade talan om ogiltigförklaring av det omtvistade beslutet.
  
  - 10 Endast Dafra, CMB och CMBT har överklagat förstainstansrättens dom.
  
  - 11 Dafra, CMB och CMBT har framfört tre grunder till stöd för sitt överklagande.
    - De har bestritt att medlemmarna av Cewal skulle ha en kollektiv dominerande ställning.
  
    - De har bestritt var och en av förstainstansrättens tre slutsatser om missbruket av dominerande ställning genom avtalet med zairiska Office de gestion de

fret maritime (byrån för sjöfrakt, nedan kallad Ogefrem), ”fighting ships” och lojalitetsavtalen.

— De har invänt mot de ådömda böterna.

### Förekomsten av en kollektiv dominerande ställning

#### *Klagandenas argument*

- 12 Genom den första grunden har klagandena invänt mot att förstainstansrätten, efter att i punkterna 59—68 i den överklagade domen ha undersökt om det fanns en kollektiv dominerande ställning, har bedömt att kommissionen i sitt beslut hade bevisat att det fanns anledning att göra en kollektiv bedömning av den ställning som medlemmarna av Cewal hade på den relevanta marknaden. Klagandena har härvid framfört tre argument.
- 13 Det första argumentet går ut på att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att basera sin bedömning på skäl som inte fanns med i det omtvistade beslutet.
- 14 Enligt klagandena ansåg kommissionen i punkt 61 i det omtvistade beslutet att Cewal-konferensen hade en dominerande ställning och att ”[d]enna dominerande ställning inneha[des] gemensamt av medlemmarna i Cewal, eftersom de [var] förenade genom konferensavtalet vilket skapa[de] mycket nära ekonomiska band mellan dem” (se även punkt 49 i det omtvistade beslutet). Det framgår av punkt 67 i den överklagade domen att förstainstansrätten fann att det, förutom avtalen mellan rederierna om att bilda Cewal, fanns sådana band mellan

rederierna att det innebar att de hade antagit en enhetlig handlingslinje på marknaden. Klagandena har understrukit att förstainstansrätten inte har angivit vilka slags band det rörde sig om.

- 15 Klagandena menar att det inte framgick av det omtvistade beslutet att kommissionen hade ansett att det, förutom konferensavtalet, fanns sådana ekonomiska band mellan medlemmarna av Cewal att Cewals ställning på marknaden skulle bedömas kollektivt. Dessa band borde klart ha nämnts i det omtvistade beslutet, och förstainstansrätten får inte komplettera kommissionens bedömning genom att från det omtvistade beslutet plocka enskilda uppgifter som stödjer en kollektiv bedömning. Följaktligen finns det inget stöd i det omtvistade beslutet för förstainstansrättens motivering på denna punkt.
  
- 16 Klagandenas andra argument går ut på att förstainstansrätten, för att fastställa de ekonomiska band som är nödvändiga för att motivera tillämpningen av begreppet kollektiv dominerande ställning, i själva verket har "återanvänt" samordnade förfaranden mellan medlemmarna av Cewal i den mening som avses i artikel 85 i fördraget. Enligt klagandena strider detta tillvägagångssätt mot domstolens rättspraxis, enligt vilken det är ett villkor för att det skall kunna fastställas att en kollektiv dominerande ställning föreligger att företagen i fråga är förenade på annat sätt än genom enbart samordnade förfaranden eller avtal i den mening som avses i artikel 85 i fördraget.
  
- 17 Klagandena har härvid åberopat punkt 65 i generaladvokatens förslag till avgörande i de förenade målen C-140/94—C-142/94, DIP m.fl. (dom av den 17 oktober 1995, REG 1995, s. I-3257), där det konstateras att det inte är tillräckligt, för att fastställa att det finns sådana nära ekonomiska band, att åberopa den omständigheten att de berörda företagen deltar i vad som i grund och botten är ett samordnat förfarande enligt artikel 85 i fördraget.

- 18 Enligt klagandena har förstainstansrätten i punkt 65 i den överklagade domen just grundat sin slutsats, att Cewalmedlemmarnas ställning på marknaden skulle bedömas kollektivt, på att Cewals medlemmar tillhörde diverse kommittéer och på att medlemmarna inom dessa kommittéer hade avtalat om vissa förfaranden som enligt kommissionen var rättsstridiga.
- 19 Förstainstansrätten har emellertid inte framfört några omständigheter som förklarar varför upprättandet av dessa kommittéer skulle anses innebära sådana ekonomiska band som dem som avsågs i förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i de förenade målen T-68/89, T-77/89 och T-78/89, SIV m.fl. mot kommissionen (REG 1992, s. II-1403, punkt 358; svensk specialutgåva, volym 12), av vilken det framgår att de berörda företagen skall vara förenade med tillräckliga ekonomiska band.
- 20 Genom sitt tredje argument har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den har bedömt att de samordnade förfarandena mellan de redare som är medlemmar av Cewal kunde klandras såsom missbruk av en kollektiv dominerande ställning.
- 21 Klagandena menar att samordnade förfaranden mellan företag som eventuellt skulle kunna anses vara kollektivt dominerande inte skall "återanvändas" som missbruk av en kollektiv dominerande ställning, utan i stället skall behandlas i enlighet med de regler som gäller för samordnade förfaranden. De har härvid gjort gällande att artikel 86 i fördraget enbart avser ett ensidigt agerande av företag som har en dominerande ställning medan artikel 85 i fördraget avser samordnade förfaranden. De har hänvisat till domar av den 14 juli 1981 i mål 172/80, Züchner (REG 1981, s. 2021, punkt 10; svensk specialutgåva, volym 6, s. 181), och av den 5 oktober 1988 i mål 247/86, Alsatel (REG 1988, s. 5987, punkt 20).
- 22 Dessutom menar klagandena att det framgår av domen av den 13 februari 1979 i mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen (REG 1979, s. 461, punkt 39; svensk specialutgåva, volym 4, s. 315), att artikel 86 i fördraget

enbart är tillämplig på ensidigt beslutade ageranden av företag och inte på ett samordnat agerande mellan oberoende företag. Vidare har domstolen i dom av den 11 april 1989 i mål 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro (REG 1989, s. 803, punkt 36 och följande punkter; svensk specialutgåva, volym 10, s. 9), fastslagit att artikel 86 i fördraget endast undantagsvis är tillämplig på ett avtal mellan två företag.

- 23 Förstainstansrätten har således gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den har beslutat att dessa avtal eller samordnade förfaranden kunde anses strida mot artikel 86 i fördraget trots att de inte var resultatet av något ensidigt agerande av Cewals medlemmar.
- 24 Vidare har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten inte har prövat den grund som de anfört i det avseendet eller att den överklagade domen i vart fall innehåller motstridiga uppgifter.
- 25 De menar att det är osäkert hur de påstått rättsstridiga förfarandena skall kvalificeras. I punkt 64 i den överklagade domen har förstainstansrätten understrukt att "linjerederierna, genom de täta kontakter de har med varandra inom ramen för en linjekonferens, gemensamt [kan] vidta förfaranden på en relevant marknad av sådant slag att dessa förfaranden utgör ett ensidigt agerande. Ett sådant agerande kan vara oförenligt med artikel 86 [i fördraget]". I punkt 65 i den överklagade domen har förstainstansrätten konstaterat att Cewals medlemmar hade "en vilja att gemensamt föra samma handlingslinje på marknaden för att kunna reagera ensidigt inför en utveckling av konkurrenssituationen på den marknad där de är verksamma som har bedömts som hotfull".
- 26 Enligt klagandena kan en handlingslinje vara antingen samordnad eller ensidig, men inte både och.

- 27 Klagandena menar därför att den överklagade domen skall upphävas på grund av bristfällig motivering.

### *Domstolens bedömning*

Argumentet att förstainstansrätten skulle ha baserat sin bedömning på skäl som inte fanns med i det omtvistade beslutet

- 28 Det första argumentet bottenar i en felaktig tolkning av punkterna 64—67 i den överklagade domen.
- 29 I punkt 64 har förstainstansrätten fastslagit att artikel 86 i fördraget skulle kunna vara tillämplig på ensidigt agerande av en linjekonferens. I punkt 65 har den konstaterat att, mot bakgrund av de omständigheter som framgår av det ifrågasatta beslutet, de förfaranden som medlemmarna av Cewal klandras för skall förstås som en vilja att gemensamt föra samma handlingslinje på marknaden, för att kunna reagera ensidigt inför en sådan utveckling av konkurrenssituationen på den marknad där de är verksamma som bedöms som hotfull. Förstainstansrätten har därför i punkt 66 fastslagit att kommissionen tillräckligt klart hade visat att det fanns anledning att göra en kollektiv bedömning av den ställning som medlemmarna av Cewal hade på den relevanta marknaden.
- 30 I punkt 67 har förstainstansrätten bedömt argumentet att kommissionen skulle ha "återanvänt" de omständigheter som utgjorde en överträdelse av artikel 85 i fördraget. Därmed avsågs dock inga andra band än dem som redan hade fastställts i punkt 65.

31 Följaktligen skall det första argumentet underkännas.

Argumenten avseende den påstådda "återanvändningen" av samordnade förfaranden, möjligheten att samordnade förfaranden utgör missbruk av dominerande ställning och motiveringen av den överklagade domen i detta hänseende

32 Det andra och det tredje argumentet skall prövas tillsammans. De rör huvudsakligen huruvida kommissionen, för att konstatera att det förekommer missbruk av dominerande ställning, enbart kan grunda sig på faktiska omständigheter som utgör ett avtal, ett beslut eller ett samordnat förfarande som faller under artikel 85.1 i fördraget, och som därmed är ogiltigt, såvida det inte omfattas av undantagen i artikel 85.3.

33 Det framgår av själva lydelseerna av artiklarna 85.1 a, b, d och e och 86 a—d i fördraget att samma förfarande kan leda till överträdelser av bägge bestämmelserna. Det kan således inte uteslutas *a priori* att artiklarna 85 och 86 i fördraget är tillämpliga samtidigt. Man måste dock skilja på de respektive syften som dessa två bestämmelser har.

34 Artikel 85 i fördraget är tillämplig på avtal, beslut och samordnade förfaranden som märkbart kan påverka handeln mellan medlemsstaterna, utan hänsyn till de berörda företagens ställning på marknaden. Artikel 86 i fördraget avser däremot en eller flera ekonomiska aktörers missbruk av en ekonomisk maktställning som ger den berörde aktören möjlighet att förhindra en effektiv konkurrens på den relevanta marknaden, genom att denne i betydande omfattning kan agera oberoende i förhållande till konkurrenter, kunder och, i sista hand, konsumenter (se dom av den 9 november 1983 i mål 322/81, Michelin mot kommissionen, REG 1983, s. 3461, punkt 30; svensk specialutgåva, volym 7, s. 351).



- 35 Enligt artikel 86 i fördraget kan en dominerande ställning innehas av flera "företag". Domstolen har vid upprepade tillfällen fastslagit att begreppet "företag" i kapitlet om konkurrensreglerna i fördraget förutsätter att den berörda enheten är ekonomiskt självständig (se bland annat dom av den 25 november 1971 i mål 22/71, Béguelin, REG 1971, s. 949).
- 36 Följaktligen innebär uttrycket "flera företag" i artikel 86 i fördraget att en dominerande ställning kan innehas av två eller flera ekonomiska enheter som i juridiskt hänseende är oberoende av varandra, förutsatt att de uppträder eller agerar tillsammans ekonomiskt på en särskild marknad, som en kollektiv enhet. Det är på detta sätt som uttrycket "kollektiv dominerande ställning", som härfter kommer att användas, skall förstås.
- 37 Konstaterandet av förekomsten av en dominerande ställning innebär inte i sig någon anmärkning mot det berörda företaget utan endast att företaget, oberoende av hur det uppnått denna ställning, har ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den gemensamma marknaden (se domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 57).
- 38 Samma bedömning gäller för företag som har en kollektiv dominerande ställning. Konstaterandet av att två eller flera företag har en kollektiv dominerande ställning skall i princip föregås av en ekonomisk bedömning av de berörda företagens ställning på den relevanta marknaden, innan det undersöks huruvida dessa företag har missbrukat sin ställning på marknaden.
- 39 För att göra en bedömning enligt artikel 86 i fördraget är det därför nödvändigt att undersöka om de berörda företagen tillsammans utgör en kollektiv enhet i förhållande till sina konkurrenter, sina handelspartner och konsumenterna på en

viss marknad. Det är först om så är fallet som det skall undersökas om denna kollektiva enhet faktiskt har en dominerande ställning och om denna missbrukas.

- 40 I den överklagade domen har förstainstansrätten bemödat sig om att undersöka dessa tre omständigheter var och en för sig, det vill säga den kollektiva ställningen, den dominerande ställningen och missbruket av denna ställning.
- 41 För att det skall kunna konstateras att det föreligger en kollektiv enhet i den mening som har beskrivits ovan är det nödvändigt att undersöka de ekonomiska banden eller förhållandena mellan de berörda företagen (se bland annat dom av den 27 april 1994 i mål C-393/92, Almelo, REG 1994, s. I-1477, punkt 43, svensk specialutgåva, volym 15, och dom av den 31 mars 1998 i de förenade målen C-68/94 och C-30/95, Frankrike m.fl. mot kommissionen, REG 1998, s. I-1375, punkt 221).
- 42 Det skall bland annat undersökas om de berörda företagen har ekonomiska band som ger dem möjlighet att tillsammans agera oberoende av konkurrenter, kunder och konsumenter (se i detta hänseende domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen).
- 43 Enbart den omständigheten att två eller flera företag är förenade genom ett avtal, ett beslut av en företagssammanslutning eller ett samordnat förfarande, i den mening som avses i artikel 85.1 i fördraget, är inte i sig tillräckligt underlag för ett sådant konstaterande.
- 44 Däremot kan obestriddligen ett avtal, ett beslut eller ett samordnat förfarande (oavsett om det faller under något av undantagen i artikel 85.3 i fördraget), när det genomförs, medföra att de berörda företagen förenas på ett sådant sätt vad gäller deras agerande på en viss marknad att de uppträder som en kollektiv enhet

på denna marknad i förhållande till sina konkurrenter, sina handelspartner och konsumenterna.

- 45 En kollektiv dominerande ställning kan således vara resultatet av ett avtals beskaffenhet och villkor, sättet för dess genomförande samt de band eller förhållanden mellan företagen som följer av detta. Det är emellertid inte nödvändigt med ett avtal eller andra juridiska band för att en kollektiv dominerande ställning skall kunna konstateras. Ett sådant konstaterande kan vara resultatet av andra förhållanden och bero på en ekonomisk bedömning och, i synnerhet, en bedömning av marknadsstrukturen.
- 46 Enligt artikel 1.3 b i rådets förordning (EEG) nr 4056/86 av den 22 december 1986 om regler för tillämpning av artiklarna 85 och 86 i fördraget på sjöfart (EGT L 378, s. 4) är en linjekonferens ”en grupp av två eller flera rederier, som tillhandahåller internationell linjetrafik för transport av last på viss rutt eller vissa rutter inom bestämda geografiska gränser och som har ett avtal eller ett arrangemang, av vad natur det vara månde, inom ramen för vilket den utför transporter med enhetlig eller gemensam fraktsättning och eventuella andra överenskomna villkor avseende tillhandahållandet av linjetrafik”.
- 47 Av åttonde övervägandet i denna förordning framgår att sådana konferenser ”har en stabiliserande roll, som garanterar avlastarna pålitliga tjänster. De bidrar även till att säkerställa ett tillräckligt stort utbud av regelbundna och effektiva sjötransporttjänster, med rimlig hänsyn till användarnas intressen. Dessa resultat kan inte uppnås utan det samarbete som rederierna har inom nämnda linjekonferenser beträffande tariffer och eventuellt utbud av ledig kapacitet eller fördelning av det tonnage som skall transporteras, eller till och med av intäkterna. I de flesta fall är konferenserna utsatta för effektiv konkurrens både från linjerederier som inte deltar i konferenserna och i vissa fall från trampfart samt andra transportformer. Dessutom utövar flottornas rörlighet, som är

betecknande för utbudsstrukturen inom sjötransportområdet, ett fast konkurrenstryck på konferenserna, vilka normalt inte har möjlighet att undanröja konkurrensen för en väsentlig del av de ifrågavarande sjötransporttjänsterna”.

- 48 Av dessa bestämmelser följer att en linjekonferens, som enligt rådets definition omfattas av det gruppundantag som föreskrivs i förordning nr 4056/86, på grund av sin beskaffenhet och med hänsyn till sina syften kan kvalificeras som en kollektiv enhet som uppträder som en sådan på marknaden i förhållande till såväl användare som konkurrenter. Med detta synsätt är det logiskt att rådet genom förordning nr 4056/86 har antagit de bestämmelser som är nödvändiga för att undvika att en linjekonferens får verkningar som inte är förenliga med artikel 86 i fördraget (se särskilt artikel 8 i förordningen).
- 49 Detta har ingen betydelse för huruvida en linjekonferens i en given situation har en dominerande ställning på en viss marknad eller *a fortiori* har missbrukat denna ställning. Såsom framgår av lydelsen av artikel 8.2 i förordning nr 4056/86 är det nämligen till följd av sitt agerande som en konferens med en dominerande ställning kan få verkningar som strider mot artikel 86 i fördraget.
- 50 Det är mot bakgrund av dessa överväganden som det andra och det tredje argumentet skall prövas.
- 51 Det kan konstateras att klagandena i sitt överklagande varken har bestritt definitionen av den relevanta marknaden eller de omständigheter som har anförts för att styrka att Cewal-konferensen hade en dominerande ställning på denna marknad (förutsatt att förekomsten av en kollektiv ställning har fastställts).

- 52 Visserligen har kommissionen i avsnitt II A, ”Tillämpningen av artikel 86 på linjekonferenser”, i det omtvistade beslutet nöjt sig med att i punkt 49 konstatera att linjekonferenser enligt artikel 8 i förordning nr 4056/86 kan missbruka en dominerande ställning, att förstainstansrätten hade nämnt linjekonferenser som exempel på avtal mellan ekonomiskt oberoende enheter som möjliggör sådana ekonomiska band att enheterna tillsammans kan ha en dominerande ställning i förhållande till andra aktörer på samma marknad och att avtalet mellan Cewals medlemmar är ett sådant avtal. Enligt punkt 50 i beslutet hindrar inte den omständigheten att viss av Cewal-konferensens verksamhet är tillåten enligt ett gruppundantag att artikel 86 i fördraget kan tillämpas på konferensens verksamhet.
- 53 Det är riktigt att förstainstansrätten i punkt 65 i den överklagade domen har nämnt flera omständigheter som i och för sig nämns i det omtvistade beslutet men som inte uttryckligen har angivits i punkterna 49 och 50 i detta.
- 54 Detta betyder emellertid inte att förstainstansrätten skall förmodas ha ansett att kommissionen, utan de särskilda omständigheter som förstainstansrätten har nämnt i punkt 65 i den överklagade domen, inte hade kunnat fastslå att Cewal-konferensen var en kollektiv enhet som kunde ha en dominerande ställning på den relevanta marknaden. Tvärtom är motiveringen i punkt 65 i domen avsedd att bemöta klagandenas argument och visa att genomförandet av Cewal-avtalet medförde att konferensens medlemmar uppträdde som en kollektiv enhet på marknaden.
- 55 Vidare har klagandena varken bestritt att de omständigheter som förstainstansrätten har nämnt i punkt 65 i den överklagade domen, och som även återfanns i det omtvistade beslutet, är riktiga eller påstått att de inte hade haft möjlighet att framföra sina synpunkter på dessa omständigheter under det administrativa förfarandet.

- 56 Kommissionens rättsliga bedömning, som den som förekommer i punkterna 49 och 50 i det omtvistade beslutet, skall inte enbart prövas mot bakgrund av de omständigheter som uttryckligen nämns i den del av beslutet där bedömningen görs utan även mot bakgrund av alla andra obestridda omständigheter som nämns i samma beslut.
- 57 Av det ovan anförda följer att förstainstansrätten inte har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den har konstaterat att kommissionen i detta fall i tillräcklig grad hade bevisat att Cewal-avtalet, såsom det hade genomförts, gjorde det möjligt att göra en kollektiv bedömning av konferensmedlemmarnas agerande.
- 58 Anledning saknas därför att ta ställning till huruvida linjekonferensmedlemmarnas agerande alltid skall bedömas kollektivt vid tillämpningen av artikel 86 i fördraget.
- 59 Det andra och det tredje argumentet skall därför underkännas, vilket innebär att överklagandet inte kan vinna bifall på den första grunden.

### **Cewals påstådda missbruk av sin dominerande ställning**

- 60 Genom den andra grunden har klagandena gjort gällande att inga av de tre överträdelser som kommissionen och förstainstansrätten har funnit att de har gjort sig skyldiga till kan anses som sådana.

*Missbruk genom samarbetsavtalet (nedan kallat Ogefrem-avtalet)*

Klagandenas argument

- 61 Klagandena har till att börja med gjort gällande att förstainstansrätten har åsidosatt deras rätt till försvar och till en rättvis rättegång, att skälen till den överklagade domen är motsägelsefulla samt att förstainstansrätten inte har tagit ställning till vissa av deras argument.
- 62 Vad beträffar åsidosättandet av klagandenas rätt till försvar och till en rättvis rättegång har de gjort gällande att förstainstansrätten har kränkt deras rättigheter genom att ersätta den anmärkning avseende Ogefrem som framförts i det omtvistade beslutet med en ny anmärkning.
- 63 Enligt klagandena har kommissionen i punkterna 63—72 och 115 i det omtvistade beslutet anmärkt dels på att de inte hade sagt upp artiklarna 1—6 i Ogefrem-avtalet, dels på att de hade påpekat för Ogefrem att deras ensamrätt skulle respekteras. De menar att förstainstansrätten har ersatt denna dubbla anmärkning med en ny anmärkning som gick ut på att de inte hade utnyttjat sin vetorätt på vederbörligt sätt.
- 64 Enligt klagandena finns det en grundläggande skillnad mellan att be en offentlig myndighet att agera och att formellt använda sitt veto mot en åtgärd från denna myndighet, eftersom en vetorätt är avsedd för situationer i vilka innehavaren av denna rätt har befogenhet att förhindra beslut. Klagandena har hävdats att de aldrig fick tillfälle att yttra sig över denna nya anmärkning. Vidare finns det inga faktiska omständigheter som stödjer den.

- 65 Klagandena anser att denna nya anmärkning har gjort det möjligt för förstainstansrätten att bortse från den dubbla anmärkning som kommissionen hade framfört mot Cewals medlemmar.
- 66 Vad beträffar den första anmärkningen, att Cewal inte hade sagt upp artiklarna 1—6 i Ogefrem-avtalet, har klagandena anfört att förstainstansrätten har ansett att överträdelsen upphörde i september 1989. De har framhållit att eftersom avtalet aldrig har sagts upp kan man härav dra slutsatsen att förstainstansrätten, i motsats till kommissionen, har ansett att avtalet som sådant inte utgjorde missbruk eller i vart fall inte har prövat om denna del av anmärkningen utgjorde missbruk. I alla händelser menar klagandena att förstainstansrätten borde ha upphävt böterna för detta missbruk.
- 67 Om förstainstansrätten däremot hade ansett att bestämmelserna om ensamrätten utgjorde missbruk, borde den enligt klagandena ha tagit ställning till de grunder som de hade framfört om att de hade fått ensamrätten av Republiken Zaire och att det därför rörde sig om en statlig åtgärd.
- 68 Vad beträffar den andra anmärkningen, om det strikta iakttagande av Ogefrem-avtalet som Cewalmedlemmarna hade krävt, har klagandena gjort gällande att skillnaden mellan att be en myndighet att agera och att formellt använda sitt veto mot en åtgärd från denna myndighet gjorde det möjligt för förstainstansrätten att bortse från klagandenas argument avseende denna anmärkning.
- 69 Alternativt anser klagandena att även om förstainstansrätten inte skulle ha ändrat kommissionens anmärkning, borde den ha tagit ställning till de grunder som klagandena hade framfört och som gick ut på att det inte kunde anses vara missbruk att enbart uppmuntra en regeringsåtgärd.



- 70 Klagandenas andra argument går ut på att eftersom förstainstansrätten ansåg att Cewals medlemmar varken var anklagade för att inte ha sagt upp Ogefrem-avtalet eller för att ha uppmanat en regering att agera, kunde den inte utan att motsäga sig själv fastslå att kommissionen på goda grunder hade kunnat anse att Cewals medlemmar, genom att aktivt delta i genomförandet av avtalet och genom att vid upprepade tillfällen kräva strikt iakttagande av detta avtal, hade åsidosatt artikel 86 i fördraget.
- 71 Klagandenas tredje argument går ut på att den omständigheten att de inte hade avstått från sin ensamrätt inte kan utgöra missbruk enligt artikel 86 i fördraget.

#### Domstolens bedömning

- 72 Domstolen skall till att börja med undersöka om förstainstansrätten har ersatt den anmärkning avseende Ogefrem som nämndes i det omtvistade beslutet med en ny anmärkning om att klagandena inte skulle ha utnyttjat sin vetorätt på vederbörligt sätt.
- 73 Det framgår av artikel 2 i det omtvistade beslutet att kommissionen ansåg att de företag som var medlemmar av linjekonferensen Cewal hade missbrukat sin gemensamma dominerande ställning genom att delta i genomförandet av Ogefrem-avtalet och genom att vid upprepade tillfällen och på olika sätt kräva att det strikt skulle iakttas.
- 74 I punkt 109 i den överklagade domen har förstainstansrätten ansett att kommissionen gjorde en riktig bedömning när den ansåg att medlemmarna av Cewal åsidosatte artikel 86 i fördraget genom att aktivt delta i genomförandet av

Ogefrem-avtalet och genom att vid upprepade tillfällen kräva att detta avtal strikt skulle iakttas i syfte att konkurrera ut det enda oberoende rederiet, vars tillträde till marknaden hade godkänts av Ogefrem.

- 75 Förstainstansrätten har i och för sig i punkt 108 i den överklagade domen nämnt vetorätten, men denna hänvisning kan endast avse den möjlighet som Ogefrem-avtalet ger Cewal att inte godkänna undantag från linjekonferensens ensamrätt. Såsom generaladvokaten har noterat i punkt 58 i sitt förslag till avgörande saknar denna hänvisning betydelse för kvalificeringen av missbruket, vilket enligt både förstainstansrätten och kommissionen består i den enträgenhet med vilken Cewal krävde att dess ensamrätt strikt skulle iakttas.
- 76 Hänvisningen till vetorätten är nämligen inte avsedd som en beskrivning av missbruk, utan snarare som ett bemötande av klagandenas argumentation om att deras agerande skulle ha påtvingats dem av de zairiska myndigheterna.
- 77 Vad beträffar de andra argument som har framförts i detta hänseende kunde förstainstansrätten, med hänsyn till att varken kommissionen eller förstainstansrätten ansåg att Ogefrem-avtalet utgjorde en överträdelse av artikel 86 i fördraget, dra slutsatsen att överträdelsen hade upphört i september 1989, även om avtalet fortfarande gällde.
- 78 Förstainstansrätten ansåg inte heller att ensamrätten enligt Ogefrem-avtalet i sig utgjorde missbruk. Den var därför inte skyldig att pröva klagandenas argument om att beviljandet av denna ensamrätt var en statlig åtgärd.

- 79 Det skall därför undersökas om förstainstansrätten borde ha prövat klagandenas argument, att det inte kunde anses vara missbruk att enbart uppmuntra till vidtagandet av en regeringsåtgärd.
- 80 Det framgår av punkterna 104 och 105 i den överklagade domen att artikel 1 första stycket i Ogefrem-avtalet gav Cewals medlemmar ensamrätt beträffande all frakt inom konferensens verksamhetsområde. I artikel 1 andra stycket föreskrevs uttryckligen en möjlighet till undantag med bäge parters samtycke. Ogefrem gav ensidigt sitt godkännande till att ett oberoende rederi fick i princip två procent av all trafik på Zaire, men denna andel ökade efter hand. Medlemmarna av Cewal gjorde då vissa framstötningar hos Ogefrem för att Grimaldi och Cobelfret (nedan kallade G & C) skulle utmanövreras från marknaden. De erinrade bland annat Ogefrem om dess skyldigheter och krävde att dessa strikt skulle iakttas.
- 81 Det skall härvid undersökas om den omständigheten, att klagandena inom ramen för ett avtal med de zairiska myndigheterna har framhärdat i att villkoren i detta avtal skall iakttas, kan jämföras med att enbart uppmuntra till vidtagandet av en regeringsåtgärd. Om så är fallet skall det undersökas om sådan uppmuntran i sig kan utgöra missbruk.
- 82 Det finns obestriddligen en skillnad mellan att kräva att en offentlig myndighet skall iaktta en särskild avtalsförpliktelse och att enbart söka förmå eller "uppmuntra" myndigheten att agera. I det sistnämnda fallet rör det sig endast om ett försök att påverka den berörda myndigheten i dess myndighetsutövning. Ett krav på att en särskild avtalsförpliktelse skall iakttas syftar däremot till att göra gällande rättigheter som den berörda myndigheten i princip är skyldig att respektera.

- 83 Följaktligen kan den omständigheten att klagandena framhårdade i att villkoren i Ogefrem-avtalet skulle iakttagas inte jämföras med att enbart uppmanas de zairiska myndigheterna till att vidta en regeringsåtgärd. Det finns därför inte anledning att undersöka om, och under vilka omständigheter, det kan utgöra missbruk i den mening som avses i artikel 86 i fördraget att enbart uppmanas en regering att agera.
- 84 Såsom har angivits har både förstainstansrätten och kommissionen ansett att missbruket bestod i att Cewal enträget krävde att de zairiska myndigheterna skulle respektera dess ensamrätt.
- 85 Det skall påpekas att förekomsten av en dominerande ställning betyder att det dominerande företaget eller de dominerande företagen, oberoende av hur denna ställning uppnåtts, har ett särskilt ansvar för att inte genom sitt beteende skada en effektiv och icke snedvriden konkurrens inom den gemensamma marknaden (se domen i det ovannämnda målet Michelin mot kommissionen, punkt 57).
- 86 Det är i detta fall klarlagt att Cewal försökte utnyttja sin ensamrätt enligt Ogefrem-avtalet för att utmanövrera den enda konkurrenten på marknaden. Ett sådant agerande krävdes emellertid inte enligt avtalet, eftersom det i artikel 1 andra stycket uttryckligen föreskrevs en möjlighet att bevilja undantag, så att kraven i artikel 86 i fördraget kunde iakttagas.
- 87 Följaktligen skall det andra argumentet underkännas. Det tredje argumentet, som går ut på att klagandena skulle ha kritiserats för att de inte hade avstått från sin ensamrätt, saknar relevans.

- 88 Av det ovan anförda följer att det första, det andra och det tredje argumentet som klagandena har anfört till stöd för sin grund avseende Ogefrem-avtalet skall underkännas.

*Missbruk genom det förfarande som brukar kallas "fighting ships"*

Klagandenas argument

- 89 Klagandena har för det första gjort gällande att förstainstansrätten inte har tagit ställning till den grund som de framförde om att kommissionens definition av det missbruk som de hade ställts till svars för hade ändrats jämfört med meddelandet om anmärkningar, och att det omtvistade beslutet därför borde ogiltigförklaras på grund av att deras rätt till försvar hade åsidosatts.
- 90 Klagandena menar att de på grundval av meddelandet om anmärkningar och det omtvistade beslutet utgick från att det missbruk som de klandrades för bestod i förtöjning av ett fartyg bredvid ett "outsider"-fartyg, samtidigt erbjudande av lägre fraktsatser än "outsidern" och en fördelning av "fighting ships" förluster mellan konferensens medlemmar. Vidare utgick klagandena från att förlusterna var ett tecken på att de tillämpade underpriser i stället för att följa det normala förfarandet som bestod i att anpassa sig efter en konkurrents tariffer för att på ett lojalt sätt konkurrera med denne.
- 91 I sitt svaromål vid förstainstansrätten uppgav kommissionen att det inte var något väsentligt villkor att en avgång avsiktligt var planerad så att den sammanföll med avgången för en konkurrents fartyg. Den uppgav även att det villkoret att de tillämpade tarifferna var lägre än konkurrentens inte heller var något väsentligt kännetecken på förfarandet med "fighting ships". Dessutom gjorde kommissio-

nen gällande att det i fråga om en konferens med en dominerande ställning inte var nödvändigt att den tillämpade fraktsatsen medförde driftsförluster för de bolag som var medlemmar av konferensen.

- 92 Slutligen bestred kommissionen att begreppet underpriser var relevant.
- 93 Klagandena har gjort gällande att det var först i detta skede av förfarandet som de insåg att kommissionen hade ändrat sin definition av det missbruk som de klandrades för. Det var därför som de i sin replik underströk att om det omtvistade beslutet skulle tolkas som om det var baserat på denna nya definition, ställdes Cewals medlemmar i beslutet till svars för ett förfarande som de inte hade klandrats för i meddelandet om anmärkningar. Följaktligen borde beslutet ogiltigförklaras på grund av att deras rätt till försvar och artikel 190 i EG-fördraget (nu artikel 253 EG) hade åsidosatts.
- 94 Enligt klagandena har förstainstansrätten, efter att ha granskat vissa utdrag ur det omtvistade beslutet, bedömt att det var baserat på samma definition som den som kommissionen hade framfört i sitt svaromål. Förstainstansrätten prövade emellertid inte den grund som avsåg att beslutet i så fall borde ha ogiltigförklarats på grund av att klagandenas rätt till försvar hade åsidosatts. Klagandena hävdar därför att den överklagade domen skall upphävas.
- 95 För det andra har klagandena gjort gällande att den överklagade domen skall upphävas på grund av att det omtvistade beslutet har feltolkats. Enligt klagandena har förstainstansrätten felaktigt bedömt att beslutet var baserat på en ny definition av det påstådda missbruket. Härvid har klagandena uppgivit att kommissionen, i *Tjugoandra rapporten om konkurrenspolitiken* från år 1992, själv tolkade det omtvistade beslutet på ett annat sätt, genom att framhålla att det förfarande som är känt som "fighting ships", och som Cewals medlemmar har ställts till svars för, innefattade de tre omständigheter som krävdes i meddelandet om anmärkningar. Klagandena har gjort gällande att förstainstansrätten, genom

sin felaktiga tolkning av beslutet, själv har ändrat anmärkningen mot dem, i strid med rätten till försvar och till en rättvis rättegång.

- 96 För det tredje har klagandena gjort gällande att det på detta nya sätt definierade missbruket inte kan kvalificeras som missbruk. De menar att det är ostridigt att företag som har en dominerande ställning har rätt att reagera på konkurrens från konkurrerande företag. De anser att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den inte har erkänt att ett dominerande företag kan reagera på priskonkurrensen från ett nytt företag som vill tränga in på marknaden genom att utarbeta en plan som syftar till att undanröja detta företag med hjälp av selektiva prissänkningar, såvida de erbjudna priserna inte utgör missbruk, enligt domstolens definition i dom av den 3 juli 1991 i mål C-62/86, AKZO mot kommissionen (REG 1991, s. I-3359; svensk specialutgåva, volym 11).
- 97 Vidare anser klagandena att varken kommissionen eller förstainstansrätten har visat att de villkor som krävs för att det skall röra sig om tillämpning av underpriser var uppfyllda i detta fall. Enligt dem har domstolen i domen i det ovannämnda målet AKZO mot kommissionen fastställt strikta kriterier för när så kallade underpriser kan anses vara missbruk av en dominerande ställning enligt artikel 86 i fördraget. Enligt dessa kriterier krävs det att de fastställda priserna understiger självkostnadspris. I förevarande fall tillämpade Cewals medlemmar inte priser som understeg självkostnadspris och de kan därför inte anklagas för underprissättning. Enbart den omständigheten att priskonkurrensen skedde i syfte att utmanövrera en konkurrent från marknaden kan inte medföra att en befogad konkurrens blir olaglig.
- 98 Om dessa argument skulle underkännas, anser klagandena i vart fall att det rör sig om en ny definition av missbruket och att några böter därför inte kan åläggas dem.

## Domstolens bedömning

- 99 Vad beträffar det första argumentet, om att förstainstansrätten inte har tagit ställning till den grund som klagandena framförde i sin replik, framgår det av artikel 48.2 i förstainstansrättens rättegångsregler att nya grunder inte får åberopas under rättegången, såvida de inte föranleds av rättsliga eller faktiska omständigheter som framkommit först under förfarandet.
- 100 Förstainstansrätten kunde endast pröva klagandenas grund, om den påstådda skillnaden mellan meddelandet om anmärkningar och det omtvistade beslutet framkom under förfarandet vid densamma.
- 101 Det framgår av punkt 23 i meddelandet om anmärkningar att klagandena klandrades för att ha fastställt gemensamma priser som avvek från Cewals ordinarie tariff och som inte hade fastställts med utgångspunkt i ”ekonomiska kriterier (det vill säga i förhållande till kostnaderna) utan enbart så att de understeg de priser som G & C hade tillkännagivit, varvid de förluster som denna prissättning gav upphov till fördelades mellan Cewals medlemmar”. På sidan 20 i detta meddelande har kommissionen tillagt att ”[e]tt sådant agerande (fastställande av underpriser) i syfte att undanröja en konkurrent på marknaden” utgör missbruk av en dominerande ställning i den mening som avses i artikel 86 i fördraget.
- 102 I artikel 2 i det omtvistade beslutet konstateras att klagandena har missbrukat sin dominerande ställning genom att ändra sina fraktsatser så att de avvek från gällande tariffer i syfte att erbjuda samma eller lägre priser som deras främste oberoende konkurrent för fartyg som avgick samma dag eller i nära anslutning till den dagen. I punkt 73 i det omtvistade beslutet förklarar kommissionen att medlemmarna av Cewal-konferensen hade tagit på sig att svara för de minskade intäkter som denna prissättning gav upphov till jämfört med konferenstariffen. I punkt 74 förklarar kommissionen dessutom att Cewal-konferensen hade möjlig-



het att utse "fighting ships" utan att ändra sina tidtabeller, eftersom medlemmarnas fartyg avgick så tätt.

- 103 Domstolen konstaterar att det finns en skillnad mellan definitionen av missbruk i meddelandet om anmärkningar och definitionen i det omtvistade beslutet. I meddelandet om anmärkningar är definitionen priser som understiger de priser som G & C hade tillkännagivit samt förluster, medan definitionen i det omtvistade beslutet är priser som understiger eller motsvarar de priser som G & C hade tillkännagivit samt minskade intäkter.
- 104 Denna skillnad framgår emellertid redan av en jämförelse av samma formuleringar i de två dokumenten och måste ha varit uppenbar vid meddelandet av det omtvistade beslutet. Det kan inte göras gällande att det rör sig om en rättslig eller faktisk omständighet som framkommit först under förfarandet vid förstainstansrätten.
- 105 Det skall därför undersökas om förstainstansrätten var skyldig att ta ställning till denna grund, som framfördes först i repliken.
- 106 Det är riktigt att förstainstansrätten i princip måste ta ställning till de argument som förs fram under ett förfarande och motivera sitt beslut att avvisa ett yrkande, så att domstolen kan göra en rättslig prövning vid ett överklagande (se i detta hänseende dom av den 14 maj 1998 i mål C-259/96 P, rådet mot De Nil och Impens, REG 1998, s. I-2915, punkt 32).
- 107 Det kan dock inte krävas av förstainstansrätten att den varje gång som en part under förfarandet åberopar en ny grund, som uppenbart inte uppfyller kraven i artikel 48.2 i rättegångsreglerna, i domen antingen förklarar varför den skall avvisas eller prövar den i sak.

- 108 I vart fall har den omständigheten att förstainstansrätten inte uttryckligen har tagit ställning till huruvida denna grund kunde upptas till sakprövning inte påverkat klagandenas situation, eftersom det var uppenbart att grunden skulle avvisas.
- 109 Vad beträffar klagandenas andra argument om förstainstansrättens tolkning av det omtvistade beslutet, noterar domstolen att kommissionen i sitt försvar har uppgivit att det inte var nödvändigt att ett "fighting ship" var ett särskilt befraktat fartyg, att priserna var lägre än konkurrentens eller att transaktionen gav upphov till faktiska förluster.
- 110 Såsom förstainstansrätten har konstaterat finns det inga skillnader i detta hänseende mellan det omtvistade beslutet och svaromålet. Svaromålet innehåller inte alls någon ny definition av missbruket i fråga om "fighting ships" i förhållande till beslutet, utan överensstämmer med detta, och argumentet skall därför underkännas.
- 111 Klagandenas tredje argument avser huruvida det agerande som påstås utgöra missbruk, såsom det beskrivs i det omtvistade beslutet och i svaromålet, kan kvalificeras som missbruk.
- 112 Det följer av fast rättspraxis att uppräkningsen av missbruk i artikel 86 i fördraget inte är en uttömmande uppräkningsen av de sätt att missbruka en dominerande ställning som är förbjudna enligt fördraget (dom av den 21 februari 1973 i mål 6/72, Europemballage och Continental Can mot kommissionen, REG 1973, s. 215, punkt 26; svensk specialutgåva, volym 2, s. 89).
- 113 Det är dessutom ostridigt att det, under vissa omständigheter, kan vara fråga om missbruk när ett företag i dominerande ställning stärker sin ställning så att graden

av dominans väsentligen hämmar konkurrensen (domen i det ovannämnda målet Europemballage och Continental Can mot kommissionen, punkt 26).

- 114 Vidare skall det materiella tillämpningsområdet för det särskilda ansvar som åvilar ett företag som har en dominerande ställning på marknaden bedömas mot bakgrund av de särskilda omständigheter i varje enskilt fall som visar på en försvagad konkurrens (dom av den 14 november 1996 i mål C-333/94 P, Tetra Pak mot kommissionen, REG 1996, s. I-5951, punkt 24).
- 115 Marknaden för sjötransporter är en mycket specialiserad sektor. På grund av marknads särdrag har rådet genom förordning nr 4056/86 infört andra konkurrensregler än dem som gäller för andra ekonomiska sektorer. Linjekonferensernas tillstånd att under obegränsad tid samarbeta vid fastställandet av priser för sjötransporterna är nämligen ett undantag med beaktande av tillämpliga regler och konkurrenspolitiken.
- 116 Av åttonde övervägandet i förordning nr 4056/86 framgår att linjekonferenserna har fått tillstånd att fastställa priser på grund av att de har en stabiliserande funktion och bidrar till att säkerställa ett tillräckligt stort utbud av regelbundna och effektiva sjötransporttjänster. Resultatet av detta kan bli att om en enda linjekonferens har en dominerande ställning på en särskild marknad blir det inte särskilt fördelaktigt för den som använder dessa tjänster att anlita en oberoende konkurrent, om inte den sistnämnde kan erbjuda intressantare priser än linjekonferensen.
- 117 Härav följer att när en linjekonferens med dominerande ställning genomför en selektiv prissänkning för att anpassa priserna till en konkurrents priser, ger det dubbel utdelning. Konkurrentens främsta, kanske till och med enda, sätt att

konkurrera undanröjs samtidigt som linjekonferensen kan fortsätta att ta ut högre priser för tjänster som inte utsätts för konkurrensen.

- 118 Det är i detta fall varken nödvändigt att på ett generellt sätt ta ställning till under vilka omständigheter som en linjekonferens lagenligt i ett enskilt fall kan tillämpa priser som är lägre än dem som framgår av den tariff som den har tillkännagivit för att hålla stånd mot en konkurrent som erbjuder intressantare priser eller att undersöka exakt vad uttrycket "enhetliga eller gemensamma fraktsatser" i artikel 1.3 b i förordning nr 4056/86 betyder.
- 119 Det är tillräckligt att erinra om att det i förevarande fall rör sig om hur en linjekonferens med mer än 90 procent av marknadsandelarna och med en enda konkurrent agerar. Klagandena har aldrig på allvar bestritt, utan medgav till och med vid förhandlingen, att agerandet gick ut på att utmanövrera G & C från marknaden.
- 120 Följaktligen har förstainstansrätten inte gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den har fastslagit att kommissionens anmärkningar, om att förfarandet med "fighting ships", som tillämpades gentemot G & C, utgjorde missbruk av en dominerande ställning, var befogade. Det är i detta fall inte alls fråga om någon ny definition av missbruk.
- 121 Argumenten avseende "fighting ships" skall därför underkännas.

*Missbruk genom lojalitetsavtalen*

Klagandenas argument

- 122 Cewal har kritiserats för att ha upprättat hundra procentiga lojalitetsavtal (inklusive varor sålda fritt ombord) som gick utöver vad som föreskrivs i artikel 5.2 i förordning nr 4056/86 och som innebar "svartlistning" av illojala avlastare. Klagandena har i detta hänseende framfört fyra argument.
- 123 För det första menar de att artikel 5.2 i förordning nr 4056/86 medger lojalitetsrabatter om de inte "påtvingsas" av ett dominerande företag. De anser att förstainstansrätten inte har gjort en korrekt tolkning av denna bestämmelse. Förstainstansrätten bedömde nämligen att ett lojalitetsavtal kunde anses vara ensidigt "påtvingat" när en linjekonferens liksom i detta fall har en dominerande ställning.
- 124 För det andra anser klagandena att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 184 i den överklagade domen har bedömt att den omständigheten att lojalitetsavtalen inkluderade försäljning fob påtvungade säljaren en lojalitetsförpliktelse, trots att han inte ansvarade för att sända varorna. De har framhållit att förordning nr 4056/86 medger undantag för hundra procentiga lojalitetsavtal. Artikel 5.2 i förordningen skall därför tolkas som ett undantag även för lojalitetsavtal som innefattar försäljning fob.
- 125 För det tredje har klagandena gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning när den i punkt 185 i den överklagade domen har fastslagit att "svartlistningen" inte kunde anses vara undantagen med stöd av förordning nr 4056/86. De menar att ett rabattsystem för avlastare som enbart vänder sig till medlemmar av en konferens inte skulle fungera i praktiken utan en

lista över "otrogna avlastare" eller något liknande system där namnen på dem som har anlitat en konkurrents tjänster anges. Klagandena anser att sådan listning måste vara undantagen enligt förordning nr 4056/86.

- 126 För det fjärde har klagandena anfört att även om förstainstansrätten skulle ha gjort en riktig bedömning när den har fastställt att alla lojalitetsavtal skall anses vara "påtvungade" i den mening som avses i artikel 5.2 b vad beträffar företag med en dominerande ställning, har den ändå åsidosatt artiklarna 7 och 8.2 i förordning nr 4056/86. Den enda konsekvensen av att skyldigheterna enligt artikel 5 har åsidosatts är nämligen att Cewal inte har uppfyllt en skyldighet som följer med undantaget; däremot inte att det åsidosatt ett villkor för beviljandet av detta undantag.
- 127 Denna distinktion betyder att när ett villkor inte är uppfyllt är undantaget inte, eller inte längre, tillämpligt, medan åsidosättandet av en skyldighet enbart kan leda till att undantaget återkallas, utan retroaktiv verkan.
- 128 Enligt klagandena har deras undantag aldrig återkallats. Det faktum att det finns ett formellt förfarande för återkallelse av undantag innebär att böter inte kan åläggas för ett agerande som omfattas av ett gruppundantag innan detta återkallas. När kommissionen väl har återkallat undantaget, kan den i enlighet med artikel 10 i förordning nr 4056/86 vidta alla åtgärder som är lämpliga för att få överträdelserna av artikel 86 i fördraget att upphöra. Sådana åtgärder kan emellertid inte innefatta åläggande av böter, eftersom syftet med böter är att bestraffa ett tidigare agerande.

## Domstolens bedömning

- 129 Med dessa fyra anmärkningar har klagandena gjort gällande att ett påstående om en överträdelse av artikel 86 i fördraget inte kan baseras på ett förfarande som behandlas i en särskild bestämmelse (artikel 5.2) i förordning nr 4056/86 om undantag. I vart fall måste kommissionen, innan den kan fastställa att det föreligger en överträdelse av artikel 86 i fördraget, återkalla gruppundantaget för de berörda företagen.
- 130 Denna argumentation bygger på en missuppfattning av texterna och bristande kännedom om deras systematik. Såsom har angivits i punkt 33 i denna dom utesluter inte den omständigheten att artikel 85 i fördraget är tillämplig på ett avtal att artikel 86 i fördraget är tillämplig på avtalsparternas agerande, om villkoren för tillämpning av vardera bestämmelsen är uppfyllda. Närmare bestämt påverkar inte beviljandet av ett undantag enligt artikel 85.3 tillämpningen av artikel 86 i fördraget (se i detta hänseende dom av den 6 april 1995 i mål C-310/93 P, BPB Industries och British Gypsum mot kommissionen, REG 1995, s. I-865, punkt 11).
- 131 Den omständigheten att ett förfarande är tillåtet bland aktörer som är utsatta för en effektiv konkurrens innebär således inte att samma förfarande hos ett företag med en dominerande ställning aldrig kan utgöra missbruk av denna ställning.
- 132 Vid bedömningen av ett dominerande företags agerande måste man nämligen beakta att ett företag som har särskilt stora marknadsandelar under en längre tidsperiod befinner sig i en maktposition som gör det till en oundgänglig handelspartner (domen i det ovannämnda målet Hoffmann-La Roche mot kommissionen, punkt 41).

- 133 Vad närmare bestämt beträffar "påtvingandet" av lojalitetsavtalen — vilket är det uttryck som används i artikel 5.2 b i, i förordning nr 4056/86 — kan ett dominerande företag i praktiken "påtvinga" dem som utnyttjar dess tjänster ett lojalitetsavtal utan att det uttryckligen behöver insistera på att upprättandet av ett sådant avtal är ett villkor för att få tillgång till tjänsterna.
- 134 Följaktligen saknades det anledning vid bedömningen av Cewals agerande enligt artikel 86 i fördraget att avgöra vilka villkor som måste vara uppfyllda för att lojalitetsavtal skall kunna anses vara "påtvingade" i den mening som avses i artikel 5.2 b i, i förordning nr 4056/86, i fråga om en linjekonferens som är utsatt för normal konkurrens.
- 135 Vad beträffar det fjärde argumentet konstaterar domstolen att det i artikel 8.1 i förordning nr 4056/86 uttryckligen anges att missbruk av en dominerande ställning är förbjudet utan att det krävs något föregående beslut om detta. Såsom generaladvokaten har konstaterat i punkt 164 i sitt förslag till avgörande överensstämmer denna klara formulering fullständigt med principerna om den ändamålsenliga verkan av artikel 86 i fördraget och om att undantag är omöjliga. Det följer nämligen av fast rättspraxis att det inte är möjligt att bevilja något som helst undantag för missbruk av en dominerande ställning (se domen i det ovannämnda målet Ahmed Saeed Flugreisen och Silver Line Reisebüro, punkt 32).
- 136 Detta betyder att artikel 8.2 i förordning nr 4056/86 — enligt vilken kommissionen kan återkalla ett gruppundantag om den i ett enskilt fall finner att de linjekonferenser som omfattas av undantaget i artikel 3 i förordningen agerar på ett sätt som får verkningar som strider mot artikel 86 i fördraget — varken medför eller skulle kunna medföra någon begränsning av kommissionens befogenheter att ålägga böter när artikel 86 i fördraget åsidosätts.
- 137 Av det ovan anförda följer att överklagandet inte kan vinna bifall på den andra grunden.



## Böterna

### *Klagandenas argument*

- 138 Klagandena har till att börja med gjort gällande att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att godta alla faktorer som kommissionen beaktade när den fastställde bötesbeloppet.
- 139 Vidare menar de att förstainstansrätten har gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att fastställa att kommissionen hade rätt att ålägga dem individuella böter trots att det var Cewal, och inte dess medlemmar, som den hotade att ålägga böter i meddelandet om anmärkningar.
- 140 Dessutom utgör det en kränkning av deras grundläggande processuella rättigheter att böterna inte har ålagts Cewal utan vissa av dess medlemmar. Bötesbeloppet skall nämligen beräknas utifrån Cewals omsättning och inte utifrån dess medlemmars omsättning. Vidare ankom det på medlemmarna av Cewal att besluta om en metod för att fördela böterna, vilket skulle ha kunnat ske med utgångspunkt i deras andelar i konferensen. Nu har i stället CMB ålagts 95 procent av böterna.

### *Domstolens bedömning*

- 141 Domstolen börjar med att pröva det andra argumentet.
- 142 Enligt fast rättspraxis skall meddelandet om anmärkningar klart ange alla väsentliga omständigheter som kommissionen stöder sig på i detta skede av förfarandet. Den väsentliga processuella garanti som meddelandet om anmärk-

ningar utgör är ett uttryck för den grundläggande gemenskapsrättsliga principen att rätten till försvar skall iakttas i alla förfaranden (dom av den 7 juni 1983 i de förenade målen 100/80—103/80, *Musique Diffussion française m.fl. mot kommissionen*, REG 1983, s. 1825, punkterna 10 och 14; svensk specialutgåva, volym 7, s. 133).

- 143 Följaktligen skall kommissionen i meddelandet om anmärkningar klart ange vilka personer som kan komma att åläggas böter.
- 144 Det måste konstateras att ett meddelande om anmärkningar som endast utpekar ett kollektiv som gärningsman, såsom Cewal, inte ger de bolag som bildar detta kollektiv tillräcklig information om att de kommer att åläggas individuella böter om en överträdelse konstateras. I motsats till vad förstainstansrätten har kommit fram till är den omständigheten att Cewal inte är någon juridisk person irrelevant i detta hänseende.
- 145 Ett sålunda avfattat meddelande om anmärkningar räcker inte för att förvarna de berörda bolagen om att bötesbeloppet kommer att fastställas med utgångspunkt i en bedömning av varje bolags deltagande i det agerande som utgör den ifrågavarande överträdelsen.
- 146 Följaktligen har förstainstansrätten gjort sig skyldig till felaktig rättstillämpning genom att fastställa att kommissionen hade rätt att ålägga medlemmarna av Cewal individuella böter, fastställda med utgångspunkt i en bedömning av deras deltagande i det omtvistade agerandet, trots att meddelandet om anmärkningar endast var riktat till Cewal.

- 147 Mot bakgrund av det ovan anförda skall överklagandet bifallas på den sistnämnda grunden, och följaktligen skall den överklagade domen, som fastställer det omtvistade beslutet, upphävas vad avser de böter som klagandena har ålagts.
- 148 Enligt artikel 54 första stycket i EG-stadgan för domstolen skall domstolen upphäva förstainstansrättens avgörande om överklagandet är välgrundat. Den kan då slutligt själv avgöra målet, om det är färdigt för avgörande, eller återförvisa det till förstainstansrätten för avgörande. Eftersom handlingarna i målet är tillräckligt fullständiga för att domstolen själv skall kunna avgöra målet slutligt, saknas skäl att återförvisa det till förstainstansrätten.
- 149 Följaktligen skall artiklarna 6 och 7 i det omtvistade beslutet ogiltigförklaras vad avser de böter som klagandena har ålagts.
- 150 Anledning saknas att pröva de andra argument som klagandena har åberopat till stöd för denna grund.

### Rättegångskostnader

- 151 Enligt artikel 122.1 i rättegångsreglerna skall domstolen besluta om rättegångskostnaderna när överklagandet bifalls och slutlig dom avkunnas. Enligt artikel 69.3 i rättegångsreglerna, som enligt artikel 118 är tillämplig på överklaganden, kan domstolen besluta att kostnaderna skall delas eller att vardera parten skall bära sin kostnad, om parterna ömsom tappar målet på en eller flera punkter eller om särskilda omständigheter motiverar det.

- 152 Eftersom överklagandet endast bifalls på den grund som avser böterna, skall CMB, CMBT och Dafra bära sina rättegångskostnader, tre fjärdedelar av kommissionens rättegångskostnad samt alla G & C:s rättegångskostnader.

På dessa grunder beslutar

DOMSTOLEN (femte avdelningen)

följande dom:

- 1) Förstainstansrättens dom av den 8 oktober 1996 i de förenade målen T-24/93—T-26/93 och T-28/93, Compagnie maritime belge transports m.fl. mot kommissionen, upphävs i den mån som däri fastställs de böter som Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA och Dafra-Lines A/S har ålagts.
- 2) Artiklarna 6 och 7 i kommissionens beslut 93/82/EEG av den 23 december 1992 om ett förfarande för tillämpning av artikel 85 i EEG-fördraget (IV/32.448 och IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) och av artikel 86 i EEG-fördraget (IV/32.448 och IV/32.450: Cewal) ogiltigförklaras vad avser Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA och Dafra-Lines A/S.

- 3) Överklagandet ogillas i övrigt.
- 4) Compagnie maritime belge transports SA, Compagnie maritime belge SA och Dafra-Lines A/S skall bära sina rättegångskostnader, tre fjärdedelar av kommissionens rättegångskostnad samt alla Grimaldis och Cobelfrets rättegångskostnader.

Edward Moitinho de Almeida Sevón  
Gulmann Jann

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 16 mars 2000.

R. Grass

Justitiesekreterare

D.A.O. Edward

Ordförande på femte avdelningen