

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT

JULIANE Kokott

föredraget den 8 december 2005¹

I — Inledning

förenade målen T-5/00 och T-6/00³ (nedan kallad den överklagade domen).

1. Ursprunget till förevarande mål är ett administrativt förfarande avseende karteller inom sektorn för grossisthandeln med elektrotekniskt materiel i Nederländerna. I förfarandet, som pågick under mer än åtta år från det att kommissionen inledde undersökningar till dess att den meddelade sitt beslut, påförde kommissionen Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied (Nederländska federationen för grossisthandel med elektroteknisk materiel) (nedan kallad FEG) och ett av dess medlemsföretag, Technische Unie BV (nedan kallat TU), böter för överträdelse av artikel 81.1 EG.

3. TU har överklagat förstainstansrättens dom till domstolen⁴ och domstolen skall nu avgöra överklagandet. I överklagandet har TU med åberopande av flera grunder huvudsakligen gjort gällande att förstainstansrättens dom är bristfälligt motiverad och att rätten har åsidosatt artikel 81 EG. Dessutom har TU särskilt klandrat förstainstansrätten för att inte ha dragit de nödvändiga konsekvenserna av att det administrativa förfarandet pågick under en orimligt lång tid.

2. Kommissionens beslut av den 26 oktober 1999² (nedan kallat det ifrågasatta beslutet) fastställdes i alla delar av förstainstansrätten genom dom av den 16 december 2003 i de

II — Tillämpliga bestämmelser

4. Enligt artikel 81.1 EG är följande oförenligt med den gemensamma marknaden och

1 — Originalspråk: tyska.

2 — Kommissionens beslut 2000/117/EG av den 26 oktober 1999 i ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget (Ärende IV/33.884 — Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied och Technische Unie, delgivet med nr K(1999)3439, EGT L 39 2000, s. 1).

3 — Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied m.fl. mot kommissionen (REG 2003, s. II-5761).

4 — Domen har överklagats till domstolen även av FEG (mål C-105/04 P). Se i detta hänseende mitt förslag till avgörande av denna dag (dom av den 21 september 2006, REG 2006, s. I-8725, s. I-8730).

förbjudet: ”alla avtal mellan företag, beslut av företagssammanslutningar och samordnade förfaranden som kan påverka handeln mellan medlemsstater och som har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrider konkurrensen inom den gemensamma marknaden ...”

....

När bötesbeloppet fastställs skall hänsyn tas både till hur allvarlig överträdelsen är och hur länge den pågått ...”

5. Kommissionen kan i sådana fall påföra de berörda företagen böter. I detta hänseende föreskrivs följande i artikel 15.2 i rådets förordning nr 17⁵ (nedan kallad förordning nr 17):

III — Bakgrund och förfarande

A — Bakgrund och förfarandet vid kommissionen

”Kommissionen får ålägga företag och företagssammanslutningar böter om lägst ettusen och högst en miljon beräkningsenheter, eller ett högre belopp som dock inte får överstiga tio procent av föregående räkenskapsårs omsättning för varje företag som har deltagit i överträdelsen genom att uppsätligt eller av oaktsamhet

a) åsidosätta [artikel 81.1 EG] ...,

6. Den situation som ligger till grund för tvisten rör konkurrensen inom den nederländska sektorn för grossisthandel med elektrotekniskt materiel, alltså exempelvis tråd och kabel samt rör av polyvinylklorid (PVC). Kommissionen har fastställt att det inom denna sektor förelåg ett kollektivt exklusivt handelsavtal, som företagssammanslutningen FEG hade kommit överens om med bland annat företagssammanslutningen NAVEG⁶ genom en så kallad *gentlemen's agreement* och som syftade till att hindra leveranser till företag som inte var medlemmar av FEG. Kommissionen har också fastställt att FEG har begränsat sina medlemmars frihet att självständigt fastställa sina försäljningspriser.

5 — Rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar [81] och [82] (EGT 13, 1962, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8). Förordningen har sedan dess visserligen ersatts av rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 december 2002 om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget (EGT L 1, 2003, s. 1). Sistnämnda förordning trädde emellertid inte i kraft förrän den 1 maj 2004, varför i förevarande fall enbart förordning nr 17 fortfarande är tillämplig.

6 — Nederlandse Vereniging van Alleenverteenwoordigers op Elektrotechnisch Gebied.

7. Under punkterna 3–5 i den överklagade domen har förstainstansrätten sammanfattat bakgrunden till detta mål på följande sätt:

”3 CEF Holdings Ltd (nedan kallat CEF UK), som är en grossist i elektroteknisk materiel med sitt huvudkontor i Förenade kungariket, beslutade att etablera sig på den nederländska marknaden genom att i maj 1989 för detta ändamål bilda dotterbolaget CEF City Electrical Factors BV (nedan kallat CEF BV). Eftersom CEF BV och CEF UK (tillsammans nedan kallade CEF) ansåg att de mötte svårigheter att göra inköp i Nederländerna ingav de den 18 mars 1991 ett klagomål till kommissionen, vilket registrerades av kommissionen dagen därpå.

4 Detta klagomål riktade sig mot tre företagssammanslutningar som är verk samma på den nederländska marknaden och deras medlemmar. Dessa sammanslutningar var förutom FEG, Nederlandse Vereniging van Alleenvertegenwoordigers op Elektrotechnisch Gebied (Den nederländska föreningen för exklusiva återförsäljare inom det elektrotekniska området, nedan kallad NAVEG) och Unie van Elektrotechnische Ondernemers (Union av elektrotekniska företag, nedan kallad UNETO).

5 CEF ansåg att dessa sammanslutningar och deras medlemmar hade träffat kollektiva avtal om ömsesidig ensamrätt på alla nivåer inom distributionsnätet för elektroteknisk materiel i Nederländerna. Enligt CEF var det nästan omöjligt för

en grossist i elektroteknisk materiel att etablera sig på den nederländska marknaden utan att vara medlem i FEG. Tillverkarna och deras handelsagenter eller importörer levererade således endast till FEG:s medlemmar och installörerna gjorde sina inköp enbart från dessa företag. I en skrivelse av den 22 oktober 1991 utvidgade CEF sitt klagomål till att även omfatta överenskomelser som träffats mellan FEG och dess medlemmar angående priser och prisnedsättningar samt överenskomelser som syftade till att hindra CEF från att delta i vissa projekt. CEF:s klagomål omfattade även de vertikala prisöverenskomelser som träffats mellan vissa tillverkare av elektroteknisk materiel och grossister som är medlemmar i FEG efter januari 1992.”

8. Under punkterna 6–14 i den överklagade domen har förstainstansrätten antecknat följande beträffande förloppet av utredningarna och det administrativa förfarandet:

”6 [Under perioden juni–augusti 1991 hade kommissionen vid olika tillfällen begärt upplysningar av FEG och TU på grundval av artikel 11 i rådets förordning nr 17 ...]

7 I skrivelse av den 16 september 1991 riktade kommissionen en varning till FEG bland annat angående den påtryckning som utövats på vissa leverantörer av elektroteknisk materiel för att dessa inte skulle leverera till CEF, de överläggningar som skett mellan medlemmarna i FEG avseende priser och

- rabatter samt angående den lägsta omsättning som uppställts som krav för att få ansluta sig till FEG.
- 8 Den 27 april 1993 inhämtade kommissionen upplysningar från vissa leverantörer av elektrotekniskt materiel i enlighet med artikel 11 i förordning nr 17.
- 9 Den 10 juni 1994 begärde kommissionen upplysningar av FEG i enlighet med artikel 11 i förordning nr 17.
- 10 Den 8 och 9 december 1994 utförde kommissionen undersökningar med stöd av artikel 14.3 i förordning nr 17 hos FEG och vissa av dess medlemmar, bland annat TU.
- 11 Den 3 juli 1996 skickade kommissionen sina anmärkningar till FEG och sju av dess medlemmar [bland annat TU] (nedan kallat meddelandet om anmärkningar). FEG och TU yttrade sig angående detta meddelande den 13 december 1996 respektive den 13 januari 1997.
- 12 FEG och TU tillställde vid flera tillfällen kommissionen en begäran om att få tillgång till handlingarna i ärendet. Sedan de den 16 september 1997 erhållit vissa kompletterande handlingar som ingick i ärendet, ingav FEG och TU den 10 oktober samma år var och en kompletterande inlägga till kommissionen som svar på meddelandet om anmärkningar.
- 13 Ett sammanträde ägde rum den 19 november 1997 där samtliga företag som meddelandet om anmärkningar riktade sig till samt CEF deltog.
- 14 Mot denna bakgrund antog kommissionen den 26 oktober 1999 det ifrågasatta beslutet ...”

B — Det ifrågasatta beslutet

9. I det ifrågasatta beslutet har kommissionen i huvudsak fastslagit att FEG i två fall har åsidosatt artikel 81.1 EG och påfört sammanlutningen böter för dessa överträdelser. Kommissionen har också fastställt att TU

har tagit aktiv del i FEG:s överträdelser. Artikel 3
Beslutsdelen har i utdrag följande lydelse:

”Artikel 1

TU har överträtt artikel 81.1 i fördraget genom att ta aktiv del i de överträdelser som anges i artiklarna 1 och 2.

FEG har överträtt artikel 81.1 [EG] genom att på grundval av en överenskommelse med NAVEG och genom ett samordnat förfarande med leverantörer som inte representeras i NAVEG ingå ett kollektivt exklusivt handelsavtal som avser att hindra leveranser till icke-FEG-medlemmar.

Artikel 4

...

Artikel 2

2. TU skall omedelbart upphöra med de överträdelser som anges i artikel 3, om så inte redan har skett.

FEG har överträtt artikel 81.1 [EG] genom att direkt och indirekt begränsa sina medlemmars frihet att självständigt fastställa sina försäljningspriser. Så har gjorts på grundval av det bindande beslutet om fasta priser, det bindande beslutet om publikationer, spridning av prisrekommendationer till medlemmarna om brutto- och nettopriser och genom att FEG var ett forum för medlemmarnas diskussioner om priser och rabatter.

Artikel 5

1. För de överträdelser som avses i artiklarna 1 och 2 åläggs FEG böter om 4,4 miljoner euro.

2. För de överträdelse som avses i artikel 3 åläggs TU böter om 2,15 miljoner euro.

— i andra hand ogiltigförklara besluten om påförande av böter,

— i tredje hand sätta ned respektive bötesbelopp, och

...”

— förplikta kommissionen och intervenienterna att ersätta rättegångskostnaderna.

10. När kommissionen fastställde böterna minskade den, med hänsyn till de oegentligheter i förfarandet som den konstaterat och särskilt den långa tid som förfarandet pågått, bötesbeloppet med 100 000 euro⁷.

12. En begäran av FEG om ett interimistiskt beslut avslogs¹¹.

13. Ordföranden på förstainstansrättens första avdelning gav CEF BV och CEF UK (nedan gemensamt kallade CEF) tillstånd att intervjua i målet till stöd för kommissionen¹².

C — Förfarandet vid förstainstansrätten

11. Både FEG⁸ och TU⁹ väckte vid förstainstansrätten talan mot beslutet. De yrkade var för sig att förstainstansrätten skulle

14. Sedan målen T-5/00 och T-6/00 förenats vad gällde det muntliga förfarandet och dom meddelade förstainstansrätten den 16 december 2003 den överklagade domen, i vilken rätten

— ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet¹⁰,

— ogillade talan, och

7 — Se punkterna 151–153 i det ifrågasatta beslutet.

8 — Mål T-5/00.

9 — Mål T-6/00.

10 — I mål T-6/00 yrkade TU i andra hand dessutom att beslutet skulle upphävas till den del det avsåg överträdelse av artikel 81.3 EG.

11 — Beslut av förstainstansrättens ordförande den 14 december 2000 i mål T-5/00 R, FEG mot kommissionen (REG 2000, s. II-4121), och av domstolens ordförande den 23 mars 2001 i mål C-7/01 P (R), FEG mot kommissionen (REG 2001, s. I-2559).

12 — Beslut av den 16 oktober 2000 i de förenade målen T-5/00 och T-6/00.

- förpliktade sökandena i respektive mål att ersätta rättegångskostnaderna.
- förplikta TU att ersätta rättegångskostnaderna.

15. Genom en skrift, som inkom till domstolens kansli den 3 mars 2004, har TU överklagat förstainstansrättens dom och yrkat att domstolen skall

17. Intervenienterna CEF har yrkat att domstolen skall

- upphäva den överklagade domen i de förenade målen T-5/00 och T-6/00, alternativt endast såvitt avser mål T-6/00, och själv avgöra målet med beaktande av vad som anges i den andra strecksatsen, i andra hand upphäva domen och återförvisa målet till förstainstansrätten för avgörande,
- avvisa, i andra hand ogilla, överklagandet, och
- förplikta TU att ersätta rättegångskostnaderna.
- helt, eller åtminstone delvis, ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet, eller i vart fall besluta om en väsentlig sänkning av de böter som påförts TU, och
- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna i båda instanserna.

18. Vid domstolen behandlades överklagandet först skriftligen och därefter — gemensamt med mål C-105/04 P — vid muntlig förhandling den 22 september 2005.

16. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

IV — Den andra till och med den fjärde grunden samt den första och den tredje delgrunden i den femte grunden

- avvisa, i andra hand ogilla, överklagandet, och
- 19. Genom den andra till och med den fjärde grunden samt den första och den tredje delgrunden i den femte grunden har

TU invänt mot olika punkter i den överklagade domen, under vilka förstainstansrätten har behandlat kommissionens fastställande av överträdelserna mot kartellförbudet och den tid under vilken dessa pågick.

20. Innan varje grund provas för sig anser jag det lämpligt att erinra om det prövningskriterium som följer av artikel 225.1 EG och artikel 58.1 i domstolens stadga och som domstolen har tillämpat i fast rättspraxis¹³, nämligen att ett överklagande är begränsat till rättsfrågor. Förstainstansrätten är därför ensam, behörig att fastställa och bedöma vilka faktiska omständigheter som är relevanta, och att värdera bevisningen. Bedömningen av de faktiska omständigheterna och bevisningen är därför inte — utom i det fall då uppgifter som underställts förstainstansrätten har missuppfattats — en rättsfråga som i sig är underställd domstolens kontroll i ett överklagande.

21. Ett överklagande som inskränker sig till att upprepa de grunder och skäl som har anförts redan vid förstainstansrätten och som inte ens innehåller något argument för att visa att det har skett en felaktig rättstillämpning i den överklagade domen uppfyller inte heller lagstiftningens krav. Ett sådant överklagande innehåller nämligen i praktiken inte ett yrkande, utan utgör endast en begäran om omprövning av den ansökan

som ingetts till förstainstansrätten, vilket inte omfattas av domstolens behörighet.¹⁴

22. Mot denna bakgrund skall nu den andra till och med den fjärde grunden samt den första och den tredje delgrunden i den femte grunden provas.

A — Den andra grunden: underlåtenhet att beakta friande bevis när det gäller det kollektiva exklusiva handelsavtalet

23. Genom den andra grunden har TU gjort gällande att förstainstansrätten har motiverat den överklagade domen bristfälligt och motsägelsefullt genom att inte ha godtagit vissa handlingar, vilka visserligen hade upprättats efter det att kommissionen hade inlett sina undersökningar och skickat varningen men likväl före meddelandet om anmärkningar, som friande bevis.

24. Denna grund, som har nära samband med den första grunden, hänför sig särskilt till punkterna 196 och 208 i den överklagade

13 — Se endast dom av den 15 september 2005 i mål C-37/03 P, BioID mot harmoniseringsbyrån (REG 2005, s. I-7975), punkterna 43 och 53, och 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, kallad Cementdomen (REG 2004, s. I-123), punkterna 47–49.

14 — Dom av den 4 juli 2000 i mål C-352/98 P, Bergaderm och Goupil mot kommissionen (REG 2000, s. I-5291), punkt 35, av den 23 mars 2004 i mål C-234/02 P, Europäischer Bürgerbeauftragter mot Lamberts (REG 2004, s. I-2803), punkt 77, och av den 30 juni 2005 i mål C-286/04 P, Eurocermex mot harmoniseringsbyrån (REG 2005, s. I-5797), punkt 50.

domen. Under dessa punkter har förstainstansrätten behandlat bevisvärdet av olika skrivelser från tredje man som enligt TU talade mot de anmärkningar som gällde det kollektiva exklusiva handelsavtalet. Förstainstansrätten har därvid funnit att ifrågasvarande skrivelser inte kunde vederlägga kommissionens fastställande av att den *gentlemen's agreement* som förelåg mellan FEG och NAVEG faktiskt hade tillämpats¹⁵.

25. Mot detta har FEG invänt att den överklagade domen *i sig är motsägelsefull*. Å ena sidan har förstainstansrätten som friande bevis inte godtagit handlingar som hade upprättats efter kommissionens varning men före meddelandet om anmärkningar. Vid bedömningen av bevisningen har TU alltså från och med varningen behandlats som en anklagad. Å andra sidan har förstainstansrätten inte behandlat TU som en anklagad när det gällde att bestämma den tidpunkt från vilken principen om en rimlig tidsfrist skulle tillämpas. I detta hänseende har förstainstansrätten ansett att först meddelandet om anmärkningar är avgörande. De slutsatser med anknytning till varningen som förstainstansrätten har dragit är sålunda inte övertygande. Förstainstansrätten har mätt med olika mått.

26. Frågan huruvida en dom av förstainstansrätten är motsägelsefull är en

rättsfråga vilken som sådan kan prövas i ett mål om överklagande¹⁶. I detta hänseende kan TU:s överklagande alltså tas upp till prövning.

27. Till skillnad från vad TU tycks anta har emellertid värderingen av handlingars bevisvärde och bedömningen av om tidsåtgången för förfarandet varit rimlig inte något med varandra att göra. Det finns sålunda inte något logiskt samband mellan de två avsnitt i den överklagade domen i vilka förstainstansrätten behandlar tidsåtgången för förfarandet respektive bevisvärdet av de omtvistade handlingarna. Avsnitten kan följaktligen inte heller, som TU har gjort gällande, innehållsmässigt strida mot varandra.

28. Framför allt innebär inte enbart den omständigheten att en handling har upprättats *före* meddelandet om anmärkningar nödvändigtvis att handlingen är ett friande bevis. Lika litet är en handling som har upprättats *efter* meddelandet om anmärkningar med nödvändighet ett fällande bevis. Bevisvärdet av en handling skall tvärtom alltid prövas med beaktande av samtliga omständigheter i det enskilda fallet. Ett förment friande bevis kan sålunda till exempel bli värdelöst på grund av att det har tillkommit på initiativ av den anklagade och vid en tidpunkt –när granskningar inletts och formell underrättelse sänts – vid vilken det redan stod klart att kommissionen hade fått en första misstanke om att kartellförbu-

15 — Se även punkt 209 i den överklagade domen.

16 — Dom av den 7 maj 1998 i mål C-401/96 P, Somaco mot kommissionen (REG 1998, s. I-2587), punkt 53, och av den 17 december 1998 i mål C-185/95 P, Baustahlgewebe mot kommissionen (REG 1998, s. I-8417), punkt 25. Se även dom av den 7 juli 2005 i mål C-208/03 P, Le Pen mot parlamentet (REG 2005, s. I-6051), punkt 45.

det har åsidosatts och de berörda företagen alltså var förvarnade (*in tempore suspecto*). När förstainstansrätten i den överklagade domen har gjort just denna prövning av vissa handlingar har den sålunda inte gjort en felaktig rättstillämpning.

sin bedömning att TU tagit aktiv del i såväl det kollektiva exklusiva handelsavtalet (*gentlemen's agreement*) mellan FEG och NAVEG som det samordnade förfarandet för att utsträcka detta till leverantörer som inte tillhörde NAVEG samt i prissättningssystemet¹⁷.

29. Den andra grunden kan följaktligen tas upp till prövning men den kan inte leda till bifall av överklagandet.

32. TU har i detta hänseende gjort i huvudsak tre invändningar som samtidigt utgör tre delgrunder i den tredje grunden.

B — Den tredje grunden: bevisningen avseende TU:s ansvar för de fastställda överträdelserna

1. TU:s deltagande i det kollektiva exklusiva handelsavtalet (den tredje grundens första delgrund)

30. Med den tredje grunden har TU hävdatt att förstainstansrätten gjorde en felaktig rättstillämpning eller i vart fall en obegriplig motivering av den överklagade domen när den fastställde att kommissionen med rätta gjorde TU ansvarigt för de överträdelser som faststälts i artiklarna 1 och 2.

33. Genom den tredje grundens första delgrund har TU i huvudsak gjort gällande att förstainstansrätten har bortsett från flera synpunkter när den prövade om kommissionen hade fog för sin bedömning att TU tagit aktiv del i det kollektiva exklusiva handelsavtalet.

31. Denna grund hänför sig till avsnitt III under rubriken ”Yrkandena om ogiltigförklaring” i den överklagade domen. I detta avsnitt har förstainstansrätten behandlat frågan huruvida TU kan göras ansvarigt för de överträdelser av artikel 81.1 EG som kommissionen har fastställt i artiklarna 1 och 2 i det ifrågasatta beslutet. Förstainstansrätten har funnit att kommissionen haft fog för

34. För det första har förstainstansrätten enligt TU bortsett från att de uppgivna företrädare för TU som var medlemmar i FEG:s styrelse i själva verket inte var bundna

¹⁷ — Se särskilt punkterna. 360, 367 och 379 i den överklagade domen.

av några direktiv och endast var skyldiga att tillvarata FEG:s men däremot inte TU:s intressen. Förstainstansrätten har i detta hänseende tolkat både FEG:s stadgar och den nederländska associationsrättsliga lagstiftningen felaktigt. För det andra har förstainstansrätten felaktigt utgått från att FEG och en av dess viktigaste medlemmar, TU, redan från början hade i stort sett parallella intressen¹⁸. För det tredje utgör det förhållandet att TU under flera år hade en medlem i FEG:s styrelse och därigenom deltog i flertalet relevanta möten, om än inte i alla, inte tillräcklig grund för att anta att TU har tagit personlig och aktiv del i det kollektiva exklusiva handelsavtalet. Det är en tydlig skillnad mellan ett ofta förekommande deltagande i FEG:s ledande organ och ett direkt deltagande i utarbetandet av FEG:s policy. TU har vidare kritiserat förstainstansrätten för en bristfällig motivering och ett uppenbart fel i den mån som rätten under punkt 351 i den överklagade domen har konstaterat att TU enligt kommissionen spelar "en viktig individuell roll i det kollektiva exklusiva handelsavtalet". Kommissionen har inte använt denna definition i det ifrågasatta beslutet.

35. Kommissionen har understödd av CEF invänt att TU:s argument inte kan tas upp till prövning, eftersom de endast innebär en begäran om förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna.

18 — I skäl 69 i det ifrågasatta beslutet och i skäl 353 i den överklagade domen sägs att "FEG:s och TU:s intressen i stort är parallella".

36. I själva verket rör TU:s argument i huvudsak förstainstansrättens bedömning av de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet. Huruvida TU var en av de viktigaste medlemmarna i FEG och spelade en nyckelroll inom denna yrkessammanslutning, huruvida TU, oberoende av gällande stadgar och föreningsrättsliga bestämmelser, under flera år utövade inflytande på FEG:s ledande personal och huruvida det var befogat att utgå från att TU och FEG hade parallella intressen är alltsammans frågor som rör bedömningen av de faktiska omständigheterna och bevisningen och som domstolen inte kan pröva inom ramen för ett överklagande¹⁹. Sätillvida kan TU:s argument alltså inte tas upp till prövning²⁰.

37. Vid närmare betraktande inskränker sig TU:s argumentering emellertid inte till enbart en kritik av förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna eller till en upprepning av de anmärkningar som framförts i den första instansen²¹. TU har tvärtom vid domstolen också gjort gällande att förstainstansrätten i den överklagade domen har tolkat lagstiftningens krav på bevis för en överträdelse av artikel 81.1 EG felaktigt och att rätten i detta hänseende inte har motiverat domen enligt

19 — Se punkt 20 i förevarande förslag till avgörande.

20 — Även om man för övrigt skulle kunna beteckna TU:s argument beträffande begreppet "nyckelroll" som ett påstående om att de faktiska omständigheterna har missuppfattats och därför ta upp det till prövning kan det i vart fall inte godtagas. Det av förstainstansrätten använda begreppet nyckelroll är nämligen i huvudsak likvärdigt med det av kommissionen i det ifrågasatta beslutet använda begreppet "en viktig individuell roll" (se i detta hänseende skäl 69 i det ifrågasatta beslutet).

21 — Se i detta hänseende punkt 351 i den överklagade domen, under vilken förstainstansrätten vid behandlingen av frågan om TU:s deltagande i det kollektiva exklusiva handelsavtalet har utgått från liknande anmärkningar från TU i första instans.

reglerna. Frågan vilka beviskrav kommissionen måste uppfylla i ett kartellbeslut, särskilt frågan *vilka bevismedel* den kan lägga till grund för att fastställa att konkurrensreglerna i fördraget har åsidosatts, är en rättsfråga som domstolen kan pröva i överklagandet.

38. Uppfattad på detta sätt kan alltså den tredje grundens första delgrund tas upp till prövning. I sak kan den emellertid inte godtas.

39. Förstainstansrätten har nämligen med rätta utgått från att medlemmar i en yrkessammanslutning inte automatiskt kan göras ansvariga för eventuella rättsstridiga beteenden av sammanslutningen²². Det åligger tvärtom kommissionen att visa att ett medlemsföretag i en yrkessammanslutning aktivt har deltagit i sammanslutningens rättsstridiga beteende och därmed själv har åsidosatt artikel 81.1 EG.

40. Bevisning om ett sådant deltagande kan emellertid även föras genom indicier. Domstolen har sålunda uttryckligen konstaterat att konkurrensbegränsande förfaranden och överenskommelser till sin natur inte sällan

bedrivs i hemlighet och att därtill hörande dokumentation begränsas till ett minimum. Handlingar, exempelvis protokoll från ett möte, kan normalt endast återfinnas i enstaka exemplar och är dessutom med nödvändighet fragmentariska, varför det ofta visar sig vara nödvändigt att rekonstruera vissa detaljer med hjälp av slutledning. Följaktligen måste förekomsten av ett konkurrensbegränsande förfarande eller avtal i de flesta fall härledas ur ett antal sammanträffanden och indicier som när de beaktas tillsammans kan utgöra bevis för att en överträdelse av konkurrensreglerna har skett, och när annan hållbar förklaring saknas²³.

41. Framför allt är det enligt fast rättspraxis tillräckligt bevis för att ett företag har deltagit i en kartell när kommissionen kan visa att företaget har deltagit i möten under vilka konkurrensbegränsande avtal har slutits utan att öppet motsätta sig detta. När deltagandet i sådana möten har visats, åligger det nämligen företaget att anföra omständigheter som visar att företaget deltog i nämnda möten utan att ha någon som helst konkurrensbegränsande inställning och har klargjort för sina konkurrenter att det deltog i mötena med en annan målsättning än dessa²⁴.

22 — Punkt 355 i den överklagade domen.

23 — Cementdomen (ovan fotnot 13), punkterna 55–57.

24 — Dom av den 28 juni 2005 i de förenade målen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P–C-208/02 P och C-213/02 P, Dansk Rørindustri m.fl. (REG 2005, s. I-5425), punkt 142 och punkterna 143 och 144, och Cementdomen (ovan fotnot 13), särskilt punkt 82 och punkterna 82–85. Se även dom av den 8 juli 1999 i mål C-49/92 P, kommissionen mot Anic Participazioni (REG 1999, s. I-4125), punkterna 87 och 96, och C-199/92 P, Hüls mot kommissionen (REG 1999, s. I-4287), punkt 155.

42. Vid sammanträden med styrelsen för en sammanslutning, till exempel en yrkessammanslutning, kan ett företag i förekommande fall även vara indirekt företrätt av "sin styrelsemedlem". Detta kan antas vara fallet bland annat om en medlem i yrkessammanslutningens styrelse har en särskilt nära relation till det berörda företaget, exempelvis därför att han har sin egentliga sysselsättning i detta, har företaget att tacka för sitt mandat i styrelsen och i denna, faktiskt om än inte juridiskt, tillvaratar företagets intressen. Huruvida så är fallet kan däremot inte vara avhängigt av om han officiellt är företrädare för företaget, om det föreligger en anvisningsbefogenhet eller om det faktiskt finns bevis om konkreta direktiv till honom från företaget till styrelseledamoten.

43. Förstainstansrätten har följaktligen inte gjort en felaktig rättstillämpning när den har godtagit kommissionens på indicier grundade bevisning för att TU har tagit aktiv del i FEG:s kartellöverträdelser. Till skillnad från vad TU har påstått har förstainstansrätten inte heller förfarit felaktigt när den har funnit att TU-företrädarens närvaro vid sammanträdena med FEG:s styrelse och det inflytande på utformningen av FEG:s policy som därigenom utövades utgjorde ett aktivt och inte endast ett passivt deltagande i FEG:s konkurrensöverträdelser. Allt annat är en fråga om bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen som faller utanför domstolens behörighet.

44. Den tredje grundens första delgrund skall följaktligen till viss del avvisas och kan i övrigt inte leda till bifall av överklagandet.

2. Deltagande i utsträckningen av det kollektiva exklusiva handelsavtalet till leverantörer utanför NAVEG (den tredje grundens andra delgrund)

45. TU har med den tredje grundens andra delgrund åberopat i stort sett samma argument som med den första delgrund. Även när det gäller utsträckningen av tillämpningen av det kollektiva exklusiva handelsavtalet till leverantörer utanför NAVEG har förstainstansrätten enligt TU gjort en felaktig rättstillämpning eller åtminstone åsidosatt motiveringsskyldigheten genom att anse det bevisat att TU aktivt deltog i utsträckningen. TU har framför allt kritiserat att förstainstansrätten har ansett följande omständigheter vara avgörande indicier på företagets deltagande: TU var ett av de viktigaste medlemsföretagen i FEG, var under lång tid kontinuerligt företrätt i FEG:s styrelse och deltog i utarbetandet av FEG:s policy utan att öppet motsätta sig denna. Enbart den omständigheten att företrädare för TU var medlemmar i FEG:s styrelse kan i varje fall inte utgöra bevis för att TU har tagit aktiv del i FEG:s överträdelser efter år 1991.

46. I likhet med den tredje grundens första delgrund syftar även den andra delgrunden huvudsakligen till en omprövning av förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna och bevisningen. Denna TU:s delgrund kan därför inte tas upp till prövning²⁵.

3. TU:s medverkan i prissättningssystemet (den tredje grundens tredje delgrund)

49. Genom den tredje grundens tredje del har TU kritiserat förstainstansrätten för att felaktigt ha godtagit kommissionens bevisning avseende TU:s aktiva medverkan i prissättningssystemet.

47. Till den del TU dessutom har velat göra gällande att förstainstansrätten i den överklagade domen har tolkat lagstiftningens krav på bevisning för TU:s deltagande i de fastställda överträdelserna felaktigt kan påståendet visserligen tas upp till prövning, men det kan inte godtas i sak. Som jag redan har anfört föreligger det nämligen inga rättsliga hinder mot indiciebevisning²⁶. Till sådana indicier hör i förevarande fall särskilt att TU genom företaget närstående medlemmar i FEG:s styrelse har deltagit i sammanträden och inom denna ram även har deltagit i utarbetandet av FEG:s policy samt att detta ostridigt har skett även efter år 1991²⁷.

50. TU har särskilt kritiserat att företaget har gjorts ansvarigt för sammanslutningens bindande beslut om fastställande av priser och publicering enbart på grund av sitt medlemskap i FEG. TU anser att kommissionen varit skyldig att konkret bevisa företagets aktiva medverkan både i sådana beslut och i FEG:s rättsstridiga handlande i samband med fastställandet av priser.

48. Den tredje grundens andra delgrund skall följaktligen till viss del avvisas och kan i övrigt inte leda till bifall av överklagandet.

51. Detta argument grundar sig på en missuppfattning av den överklagade domen. Förstainstansrätten har nämligen ingalunda utgått från att TU i egenskap av medlemsföretag automatiskt är ansvarigt för yrkesammanslutningen FEG:s rättsstridiga handlanden. Rätten har tvärtom uttryckligen i sak behandlat frågan om TU har tagit aktiv del i

25 — Se punkterna 20 och 36 i förevarande förslag till avgörande.

26 — Se punkterna 40–43 i förevarande förslag till avgörande.

27 — Se i detta hänseende bland annat punkt 365 i den överklagade domen.

FEG:s överträdelser och därefter fastställt att så varit fallet. Den har inte bara hänvisat till TU:s medverkan genom de representanter för företaget som företrädde detta i FEG:s styrelse²⁸, utan också som en konkret faktisk medverkan angett de prisinformationer som TU översänt till FEG²⁹.

52. Överklagandet kan därför inte heller bifallas på den tredje grundens tredje och sista delgrund.

C — Den fjärde grunden: bedömning av varaktigheten av konkurrensöverträdelserna

53. Genom den fjärde grunden har TU gjort gällande att förstainstansrätten har gjort en felaktig rättstillämpning eller i vart fall en bristfällig motivering avseende frågan om varaktigheten av de fastställda överträdelserna och deras fortlöpande karaktär.

54. Denna grund hänför sig framför allt till punkterna 406–413 i den överklagade domen under vilka förstainstansrätten har behandlat den tid under vilken de omtvistade kartellöverträdelserna pågick. Förstainstansrätten har funnit att kommissionen hade fog för sin bedömning och fastställt att det var fråga om enhetliga överträdelser av fortlöpande karaktär³⁰.

55. TU har mot detta gjort tre invändningar som också utgör den fjärde grundens tre delgrunder³¹. I den mån som TU på andra ställen i överklagandet, särskilt i den tredje grundens andra delgrund³² och i den femte grundens första delgrund, har åberopat liknande argument kommer dessa i det följande att behandlas samtidigt.

56. I huvudsak har TU gjort gällande att det synsatt på överträdelsernas varaktighet och fortlöpande karaktär som förstainstansrätten har lagt till grund för den överklagade domen är oriktigt och att rätten därmed har bortsett från den heterogena karaktären av särskilt de enskilda komponenterna i prissättningsystemet. TU har även hävdat att dess medverkan i prissättningsystemet har varit synnerligen obetydlig.

57. Det är uppenbart TU på detta sätt huvudsakligen försöker få till stånd en omprövning av förstainstansrättens bedömning av de faktiska omständigheterna. Eftersom den sjätte grunden sålunda inte avser en rättsfråga kan den inte tas upp till prövning³³.

28 — Punkt 377 i den överklagade domen. Se även punkt 42 i förevarande förslag till avgörande.

29 — Punkt 378 i den överklagade domen.

30 — Se särskilt punkterna 406 och 413 i den överklagade domen.

31 — Den fjärde grundens första delgrund avser varaktigheten av det kollektiva exklusiva handelsavtalet (artikel 1 i det ifrågasatta beslutet), dess andra delgrund varaktigheten av systemet med fastställandet av priser (artikel 2 i det ifrågasatta beslutet) och dess tredje delgrund varaktigheten av TU:s delaktighet i de båda konkurrensöverträdelserna (artikel 3 i det ifrågasatta beslutet).

32 — Punkt 61 i överklagandet.

33 — Se punkt 20 i förevarande förslag till avgörande.

58. TU:s kritik inskränker sig emellertid inte till nämnda påståenden. TU har vid domstolen tvärtom åberopat ytterligare två argument som avser de rättsliga kriterier för bedömningen av varaktigheten av överträdelser som förstainstansrätten är skyldig att beakta. I detta hänseendet avser påståendena rättsfrågor och kan därför tas upp till prövning.

59. TU har för det första gjort gällande att förstainstansrätten inte har visat att överträdelserna ingår i den ”samlade plan” med ”identiska syften” som krävs för att olika handlanden skall bli en enda fortlöpande handling.

60. För att olika handlanden skall kunna anses som en enda överträdelse krävs i praktiken att de ”ingår i en samlad plan på grund av deras identiska syfte som snedvrider konkurrensen inom den gemensamma marknaden”³⁴.

61. Detta kriterium har förstainstansrätten ingalunda bortsett från. Den har tvärtom ägnat frågan om överträdelsernas samband ett eget avsnitt under punkterna 340–343 i den överklagade domen. Under dessa punkter har förstainstansrätten särskilt framhållit att de två överträdelser som läggs TU till last, det vill säga det exklusiva kollektiva handelsavtalet och de samordnade förfarandena avseende fastställande av priser, ”har samma

konkurrensbegränsande syfte, vilket består i att hålla priserna på en icke-konkurrensutsatt nivå”³⁵. Av detta förstainstansrättens konstaterande följer samtidigt indirekt att var och en av de två överträdelserna för sig, det vill säga det exklusiva kollektiva handelsavtalet och de samordnade förfarandena avseende fastställande av priser, har haft detta identiska syfte. Förstainstansrätten har anknutit till detta bland annat genom att under punkt 406 i den överklagade domen understryka att ifrågavarande överträdelse utgjorde en enda överträdelse.

62. TU:s invändning om avsaknad av en samlad plan och identiska syften kan därför inte godtas.

63. För det andra har TU kritiserat förstainstansrätten för att, när det gäller varaktigheten av överträdelserna, felaktigt ha godtagit kommissionens bevisning som enligt TU består enbart av ofullständiga och indirekta bevis.

64. Som jag redan har anfört i fråga om den tredje grunden är en bevisning som grundas på indicier och sammanträffanden tillåten i kartellmål³⁶. Det säger sig självt att sådana indicier och sammanträffanden — framför allt den omständigheten att företrädare för TU kontinuerligt, även efter år 1991, har deltagit i sammanträden med styrelsen för

34 — Cementdomen (ovan fotnot 13), punkterna 258 och 260.

35 — Punkt 342 i den överklagade domen.

36 — Se punkterna 40 och 41 i förevarande förslag till avgörande.

FEG — kan ge upplysning inte bara om blotta förekomsten av konkurrensbegränsande förfaranden eller konkurrensbegränsande överenskommelser, utan också om varaktigheten av fortsatta konkurrensbegränsande förfaranden eller om den tid under vilken konkurrensbegränsande överenskommelser har tillämpats.

bötesbeloppets storlek, kommer däremot senare att behandlas särskilt i samband med den första grunden ³⁷.

1. Omfattningen av prövningen

65. TU:s påståenden kan alltså inte heller i detta hänseende godtas.

66. Den av TU åberopade fjärde grunden skall följaktligen till viss del avvisas och kan i övrigt inte leda till bifall av överklagandet.

D — Den femte grundens första och tredje delgrund: överväganden beträffande bötesbeloppets storlek

67. Som femte grund har TU påtalat vad förstainstansrätten har anfört beträffande bötesbeloppets storlek. Denna grund består av tre delgrunder. De närmast följande övervägandena behandlar endast den första och den tredje delgrunden. Den andra delgrunden, som avser frågan huruvida den alltför stora tidsåtgången för det administrativa förfarandet eventuellt skall inverka på

68. När domstolen inom ramen för ett överklagande skall pröva ett bötesbeloppets storlek i ett mål i vilket förstainstansrätten har obegränsad behörighet att göra en skönmässig bedömning (artikel 229 EG jämförd med artikel 17 i förordning nr 17) skall det beträffande omfattningen av prövningen erinras om följande.

69. Enligt fast rättspraxis ankommer det visserligen inte på domstolen att i ett överklagande göra en egen skälighetsbedömning av ett bötesbeloppets storlek som ändrar den bedömning som förstainstansrätten med stöd av sin fulla prövningsrätt har gjort ³⁸. Domstolen kan emellertid pröva om förstainstansrätten har gjort ett uppenbart fel eller har åsidosatt proportionalitetsprincipen och likhetsprincipen ³⁹.

37 — Se i detta hänseende punkterna 128–141 i förevarande förslag till avgörande.

38 — Domen i målet Dansk Rørintustri (ovan fotnot 24), punkt 245. Se även 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 34, av den 16 november 2000 i mål C-291/98 P, Sarrió mot kommissionen (REG. 2000, s. I-9991), punkt 73, och domen i målet Baustahlgewebe (ovan fotnot 16), punkt 129.

39 — Cementdomen (ovan fotnot 13), punkt 365.

2. Huruvida varaktigheten av överträdelserna skall påverka bötesbeloppets storlek (den femte grundens första delgrund)

fortlöpande karaktär. I detta sammanhang finns det inget som tyder på att förstainstansrätten har gjort något uppenbart fel.

70. I den femte grundens första delgrund, som hänför sig särskilt till punkt 413 i den överklagade domen, har TU hävdad att tidsåtgången för överträdelserna inte har beaktats tillräckligt när bötesbeloppet fastställdes. Därmed har kommissionen och förstainstansrätten enligt TU åsidosatt artikel 15 i förordning nr 17 och de relevanta riktlinjerna⁴⁰. TU har i detta sammanhang anlagat förstainstansrätten för att ha gjort en felaktig rättstillämpning eller i vart fall en bristfällig motivering.

72. Till skillnad från vad TU har hävdad behövde förstainstansrätten vid sina överväganden avseende bötesbeloppets storlek för övrigt ingalunda utgå från att TU:s medverkan i prissättningssystemet endast var av underordnad betydelse. Förstainstansrätten har nämligen uttryckligen fastställt att TU har tagit aktiv del i denna överträdelse och sålunda uteslutit att TU spelat enbart en sidoroll⁴². Följaktligen finns det inte heller i detta hänseende något som tyder på att förstainstansrätten har gjort ett uppenbart fel.

71. Vid närmare betraktande har TU emellertid även i detta fall i huvudsak kritiserat förstainstansrättens enligt TU:s mening felaktiga *bedömning av varaktigheten* av överträdelserna och den *fortlöpande karaktären* av dessa. De argument som TU har åberopat överensstämmer följaktligen innehållsmässigt i stor utsträckning med dem som TU har åberopat genom den fjärde grunden. Som jag redan har anfört i samband med behandlingen av denna⁴¹ innehåller TU:s argument i denna del inte någon konkret uppgift om vilken felaktig rättstillämpning förstainstansrätten enligt företagets mening har gjort. Förstainstansrätten hade därför fog för att grunda fastställandet av *bötesbeloppets storlek* på överträdelsernas varaktighet och

73. För övrigt har TU inte åberopat något som ger stöd för att det föreligger vare sig ett uppenbart fel eller ett åsidosättande av proportionalitetsprincipen eller likabehandlingsprincipen.

74. Överklagandet kan därför inte bifallas på den femte grundens första delgrund.

40 — Kommissionens meddelande — Riktlinjer för beräkning av böter enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget (EGT C 9, 1998, s. 3).

41 — Punkterna 53–66 i förevarande förslag till avgörande.

42 — Punkt 415 jämförd med punkterna 377–379 i den överklagade domen. Se även punkt 51 i förevarande förslag till avgörande.

3. Förhållandet mellan de olika bötesbelopp som har påförts FEG och TU (den femte grundens tredje delgrund)

domen under vilka förstainstansrätten har funnit att likabehandlingsprincipen inte har åsidosatts.

75. Genom den femte grundens tredje delgrund har TU påtalat att det bötesbelopp som företaget påförts inte står i rimlig proportion till de böter som har påförts FEG.

79. Därvid har TU emellertid inte brytt sig om att ange några *faktiska omständigheter* för att visa exakt i vilket avseende det skulle föreligga en diskriminering av TU i förhållande till FEG och i vilken utsträckning förstainstansrätten skulle ha underlåtit att beakta TU:s argument i första instans.

76. För det första har TU, i likhet med vad företaget anfört redan i samband med den femte grundens första delgrund, än en gång gjort gällande att dess aktiva deltagande i det kollektiva exklusiva handelsavtalet var begränsat till tiden fram till den 2 juli 1991 och för övrigt var av underordnad betydelse.

80. Enbart den omständigheten att böterna procentuellt sett utgör en annan belastning på TU:s omsättning än på FEG:s omsättning utgör i varje fall inte i och för sig en överträdelse av likabehandlingsprincipen⁴⁴. Som nämligen även förstainstansrätten med rätta har påpekat⁴⁵ är kommissionen, när den påför flera i en överträdelse inblandade företag eller företagssammanslutningar böter, inte skyldig att beräkna bötesbeloppets storlek så att det exakt motsvarar förhållandet mellan respektive omsättning. I detta sammanhang har tvärtom ett flertal olika faktorer betydelse, och omsättningen får därvid inte tillmätas överdrivet stor vikt som bedömningskriterium.

77. Som jag emellertid redan har påpekat har förstainstansrätten, utan att göra sig skyldig till en felaktig rättstillämpning, fastslagit att TU:s aktiva medverkan pågick längre än till år 1991 och inte var begränsad till enbart en underordnad sidoroll⁴³. Rätten hade följaktligen fog för att utgå från detta vid sina överväganden avseende bötesbeloppets storlek. Det finns i detta sammanhang inte något som tyder på att förstainstansrätten har gjort något uppenbart fel.

81. Mot denna bakgrund kan överklagandet inte bifallas på den femte grundens tredje delgrund.

78. För det andra har TU särskilt kritiserat punkterna 431–434 i den överklagade

44 — Se, för ett liknande resonemang, även domen i målet Dansk Rørindustri (ovan fotnot 24), punkterna 243, 315 och 316.

45 — Punkt 432 i den överklagade domen.

43 — Se punkterna 51 och 72 i förevarande förslag till avgörande.

V — Den första grunden och den femte grundens andra delgrund: orimligt långt förfarande

82. Huvuddelen av TU:s överklagande upptas av den första grunden och den femte grundens andra delgrund. Dessa grunder avser frågan vilka konsekvenser som skall dras av den, av förstainstansrätten fastställda, orimligt långa tid under vilken vissa delar av det administrativa förfarandet pågick. De två grunderna skall därför prövas tillsammans.

83. TU har i huvudsak anklagat förstainstansrätten för att ha åsidosatt gemenskapsrätten och den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (nedan kallad Europakonventionen)⁴⁶ eller för att i vart fall ha motiverat den överklagade domen obegripligt genom att fastställa att överskridandet av en rimlig tidsfrist för förfarandet inte motiverar vare sig ett upphävande av kommissionens beslut eller en ytterligare nedsättning av bötesbeloppet.

85. Under dessa punkter har förstainstansrätten till en början fastslagit att kommissionen är skyldig att avgöra ett administrativt förfarande som bedrivs i ett konkurrensärende med tillämpning av förordning nr 17 och som kan leda till sådana sanktionsåtgärder som föreskrivs i denna förordning inom en rimlig tidsfrist. Förstainstansrätten har vidare erinrat om att överskridandet av en sådan frist, om det antas vara fastställt, inte nödvändigtvis utgör en grund för att ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet. En ogiltigförklaring kommer enligt förstainstansrätten endast i fråga då det fastställts att åsidosättandet av principen om en rimlig tidsfrist för förfarandet är till men för de berörda företagens rätt till försvar⁴⁷.

86. I förevarande fall har förstainstansrätten indelat det administrativa förfarandet i tre perioder som rätten har bedömt var och en för sig.

A — Den överklagade domen

84. Samtliga tre delgrunder i den första grunden hänför sig huvudsakligen till punkterna 73–94 i den överklagade domen.

— Perioden före meddelandet om anmärkningar den 3 juli 1996 har förstainstansrätten visserligen funnit alltför långvarig och rätten har därvid uttryckligen även beaktat att kommissionen underlåtit att

⁴⁶ — Den europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna, undertecknad den 4 november 1950 i Rom.

⁴⁷ — Punkterna 73 och 74 i den överklagade domen.

vidta åtgärder under tre års tid⁴⁸. Den orimligt stora tidsåtgången för denna period av det administrativa förfarandet medför emellertid enligt förstainstansrätten inte i sig ett åsidosättande av rätten till försvar, eftersom de berörda vid denna tidpunkt ännu inte hade fått del av meddelandet om anmärkningar. Först i och med ett sådant meddelande föreligger en formell anklagelse och enligt förstainstansrätten kan frågan huruvida rätten till försvar har påverkats först då överhuvudtaget bli aktuell⁴⁹.

- Tidsåtgången för den sexton månader långa period som förflöt från *det att meddelandet om anmärkningar skickades till dess att sammanträdet hölls* har förstainstansrätten inte ansett vara orimligt stor⁵⁰.

för denna sista del av förfarandet inte har inverkat på sökandenas rätt till försvar⁵².

87. Under punkt 438 i den överklagade domen, som den femte grunden hänför sig till, har förstainstansrätten därefter yttrat sig om sin möjlighet att själv nedsätta det av kommissionen utdömda bötesbeloppet. Förstainstansrätten har i detta hänseende anført att sökandena inte hade åberopat något argument som skulle kunna motivera en ytterligare nedsättning av bötesbeloppet, utöver den minskning av beloppet med 100 000 euro som kommissionen själv redan hade gjort. Följaktligen kunde TU:s yrkande om nedsättning av bötesbeloppet inte bifallas.

B — Parternas argument

- Den period om sammanlagt tjugotre månader som förflöt från *det muntliga sammanträdet till dess att det ifrågasatta beslutet fattades* har förstainstansrätten däremot visserligen ansett överskrida en rimlig tidsfrist⁵¹. Efter närmare prövning har förstainstansrätten emellertid funnit att tidsåtgången

88. TU anser att förstainstansrätten vid bedömningen av tidsåtgången för förfarandet inte skulle ha indelat förfarandet i en period före och en efter meddelandet om anmärkningar. TU har därvid åberopat den rättstillämpning som tillämpas av den europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna⁵³.

48 — Punkt 77 i den överklagade domen.

49 — Punkterna 78 och 79 i den överklagade domen.

50 — Punkt 84 i den överklagade domen.

51 — Punkterna 85 och 93 i den överklagade domen.

52 — Punkterna 86–93 i den överklagade domen.

53 — Nedan kallad Europadomstolen.

Mot bakgrund av denna rättspraxis⁵⁴ skall utgångspunkten för en rimlig tidsfrist i förevarande fall vara redan den dag då kommissionen år 1991 första gången begärde upplysningar av FEG och TU eller i vart fall den 16 september 1991 när kommissionen sände varningen till FEG.

89. Enligt TU hade förstainstansrätten varit skyldig att redan enbart på grund av den orimligt stora tidsåtgången för förfarandet ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet. För en ogiltigförklaring av det ifrågasatta beslutet kan det inte ställas som ytterligare villkor att rätten till försvar skall ha påverkats.

90. Förstainstansrätten har enligt TU för övrigt bortsett från de svårigheter som på grund av den stora tidsåtgången för undersökningarna (den första delen av förfarandet) har uppkommit för TU när det gällde förberedandet av företagets försvar. Sakligt relevanta handlingar har inte längre kunnat återfinnas och på grund av ombyte av personer i ledande ställning och andra medarbetare blev det ju längre tiden gick allt svårare att rekonstruera händelser i det förflutna och att korrekt inordna dessa i

deras sammanhang. TU har dessutom bestridit att de överträdelse som läggs företaget till last pågick även efter år 1991.

91. I varje fall hade förstainstansrätten enligt TU varit skyldig att ytterligare minska bötesbeloppet med hänsyn till det orimligt långa administrativa förfarandet. Förstainstansrätten har bortsett från att den endast ringa minskning av bötesbeloppet som kommissionen har gjort i det ifrågasatta beslutet grundade sig på antagandet att det förelåg ett delat ansvar mellan kommissionen och de berörda företagen⁵⁵. Förstainstansrättens egen slutsats att kommissionen ensam var ansvarig för förfarandets orimligt stora tidsåtgång borde ha föranlett rätten att sätta ned bötesbeloppet ytterligare.

92. Kommissionen anser att förstainstansrätten i den överklagade domen har tagit hänsyn till fast rättspraxis och korrekt tillämpat denna på förevarande fall. Rätten har enligt kommissionen framför allt undersökt handläggningstiden såväl före som efter meddelandet om anmärkningarna.

93. Europakonventionens kriterier och Europadomstolens praxis kan enligt kom-

54 — Både skriftligen och muntligen har TU framför allt åberopat Europadomstolens dom av den 5 februari 1980, i målet Deweer (serie A, nr 35, s. 24, § 46), av den 15 juli 1982, i målet Eckle (serie A, nr 51, s. 33, § 73), och av den 10 december 1982 i målet Corrighiano (serie A, nr 57, § 34).

55 — Skäl 152 i det ifrågasatta beslutet.

missionen inte utan vidare tillämpas inom konkurrensrätten. Före meddelandet om anmärkningar existerar det inte någon formell anklagelse. En varning sådan som den som kommissionens avdelningar i detta fall har sänt skiljer sig principiellt från ett formellt meddelande om anmärkningar och saknar därför betydelse för den fråga som här är av intresse, nämligen från vilken tidpunkt en orimligt lång handläggningstid kan påverka de berördas rätt till försvar.

94. Kommissionen har understrukit att enbart den tid under vilken det administrativa förfarandet pågick enligt rättspraxis inte medför att detta är rättsstridigt och att det ifrågasatta beslutet därmed skall ogiltigförklaras. Det måste tvärtom vara konkret bevisat att de berördas rätt till försvar har påverkats. Klaganden, som har bevisbördan för att så är fallet, har inte övertygande visat en sådan påverkan. Förstainstansrätten har å sin sida enligt kommissionens uppfattning utförligt diskuterat den långa handläggningstidens påverkan på TU:s rätt till försvar, särskilt med beaktande av längden av de olika delarna av förfarandet.

95. När det gäller en eventuell nedsättning av bötesbeloppet anser kommissionen att förstainstansrätten har motiverat den överklagade domen tillräckligt och att den inom ramen för sin obegränsade behörighet att göra en skönsmässig bedömning har funnit att det påförda bötesbeloppet var skäligt.

96. CEF har anfört ungefär samma argument som kommissionen. CEF har tillagt att TU bär huvudansvaret för förfarandet som sådant och att förfarandet hade kunnat undvikas om TU i rätt tid hade upphört med de överträdelser för vilka företaget har anklagats.

C — Bedömning

97. Enligt numera fast rättspraxis föreligger det inom konkurrensområdet en skyldighet att iaktta principen om en rimlig tidsfrist i de administrativa förfaranden som inleds med stöd av förordning nr 17 och som kan leda till de sanktionsåtgärder som föreskrivs i denna förordning⁵⁶.

98. Principen om en rimlig tidsfrist är en allmän princip i gemenskapsrätten. Den grundar sig på artikel 6.1 i Europakonventionen⁵⁷ och har numera även intagits i

56 — Dom av den 15 oktober 2002 i de förenade målen C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P, C-252/99 P och C-254/99 P, Limburgse Vinyl Maatschappij m.fl. mot kommissionen, kallad domen i målet PVC II (REG 2002, s. I-8375), punkt 179.

57 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen Baustahl-gewebe (ovan fotnot 16), punkt 21, och PVC II (ovan fotnot 56), punkterna 170 och 171. Domstolen har emellertid också konstaterat "att iakttagandet av den kontradiktoriska principen liksom principen för övriga garantier som uppställs i artikel 6.1 i Europakonventionen endast avser domstolsförfarandet vid en domstol" (Cementdomen (ovan fotnot 13), punkt 70). Därav kan man dra slutsatsen att i varje fall en direkt tillämpning av artikel 6.1 i Europakonventionen inte kommer i fråga under det administrativa förfarandet.

artikel 41.1 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna⁵⁸ (Rätt till god förvaltning)⁵⁹.

1. Indelningen av förfarandet i två perioder (den första grundens första delgrund)

99. Genom den första grundens första delgrund har TU gjort gällande att förstainstansrätten vid bedömningen av tidsåtgången för förfarandet felaktigt har indelat

58 — EGT C 364, 2000, s. 1. Stadgan om de grundläggande rättigheterna medför som sådan visserligen ännu inte några bindande rättsverkningar som är jämförbara med primärrättens. Som rättskälla ger den likväl upplysning om de gemenskapsrättsligt garanterade grundläggande rättigheterna. Se i detta hänseende redan mitt förslag till avgörande av den 8 september 2005 inför domen i mål C-540/03, parlamentet mot rådet (dom av den 27 juni 2006, REG 2006, s. I-5769, s. I-5776), punkt 108, och av den 14 oktober 2004 inför domen i de förenade målen C-387/02, C-391/02 och C-403/02, Berlusconi m.fl. (REG 2004, s. I-3565, s. I-3568), fotnot 83. Se, för ett liknande resonemang, även förslagen till avgörande av generaladvokaten Poiras Maduro av den 29 juni 2004 inför domen i mål C-181/03 P, Nardone (dom av den 13 januari 2005, REG 2005, s. I-199, s. I-201), punkt 51, av generaladvokaten Mischo av den 20 september 2001 inför domen i de förenade målen C-20/00 och C-64/00, Booker Aquaculture och Hydro Seafood (REG 2003, s. I-7411, s. I-7415), punkt 126, av generaladvokaten Tizzano av den 8 februari 2001 inför domen i mål C-173/99, BECTU (REG 2001, s. I-4881, s. I-4883), punkt 28, och av generaladvokaten Léger av den 10 juli 2001 inför domen i mål C-353/99 P, Hautala (REG 2001, s. I-9565, s. I-9567), punkterna 82 och 83. Mera tveksam i detta hänseende är generaladvokaten Alber i förslag till avgörande av den 24 oktober 2002 inför domen i mål C-63/01, Evans (REG 2003, s. I-14447, s. I-14451), punkt 80.

59 — I förevarande fall kan stadgan av tidsmässiga skäl ännu inte tillämpas, eftersom den tillkännagavs först efter det att det ifrågasatta beslutet hade antagits. För framtiden skall det i kartellrättsliga förfaranden dock beaktas att kommissionen har bundit sig själv genom att högtidligt förplikta sig att iakttä stadgan om de grundläggande rättigheterna (förklaring av ordföranden för Europeiska gemenskapernas kommission Romano Prodi med anledning av Europeiska rådets möte i Nice den 7 december 2000). Se även skäl 37 i förordning nr 1/2003.

detta i två perioder och tillämpat principen om en rimlig tidsfrist först efter meddelandet om anmärkningar, alltså för den andra perioden av förfarandet.

100. Även om kartellrättsliga förfaranden enligt förordning nr 17 inte är av straffrättslig karaktär⁶⁰ och inte avser enskilda personer utan företag har domstolen vid tillämpning på dem av principen om en rimlig tidsfrist för förfarandet fokuserat på Europadomstolens praxis avseende artikel 6.1 i Europakonventionen⁶¹. Enligt denna rättspraxis kan principen om en rimlig tidsåtgång för förfarandet bli tillämplig redan långt innan det föreligger en formell anklagelse. Det är nämligen redan tillräckligt att en person *officiellt tanklagas* för en gärning eller att de åtgärder som på grund av miss-tankarna vidtas mot honom *avsevärt påverkar hans situation*⁶².

101. På motsvarande sätt kan principen om en rimlig tidsfrist även i kartellrättsliga

60 — Se i detta hänseende artikel 15.4 i förordning nr 17.

61 — Domen i målet PVC II (ovan fotnot 56), punkt 182.

62 — På franska: "[L]a période à prendre en considération ... débute dès qu'une personne se trouve officiellement inculpée ou lorsque les actes effectués par les autorités de poursuite en raison des soupçons qui pèsent contre elle ont des répercussions importantes sur sa situation." Och på engelska: "[T]he period to be taken into consideration ... begins at the time when formal charges are brought against a person or when that person has otherwise been substantially affected by actions taken by the prosecuting authorities as a result of a suspicion against him." Se dom av Europadomstolen i stor sammansättning av den 17 december 2004, Pedersen och Baadsgaard mot Danmark i mål nr 49017/99, § 44. För ett liknande resonemang, se redan Europadomstolens dom av den 16 juli 1971, Ringeisen (serie A, nr 13, § 110), av den 22 maj 1998, Hozeev mot Nederländerna (*Recueil des arrêts et décisions*).

förfaranden tillämpas redan långt före meddelandet om anmärkningar som liknar en formell anklagelse. Frågan om och i förekommande fall när det före meddelandet om anmärkningar kan talas om en *officiell anklagelse* kan här lämnas därhän. I varje fall kan nämligen redan inom ramen för kommissionens inledande undersökningar såväl kommissionens kontroller enligt artikel 14 i förordning nr 17 som en begäran om upplysningar enligt artikel 11 i förordning nr 17 "avsevärt påverka" de berörda företagens situation⁶³.

102. Sådana undersökningsåtgärder väcker nämligen som regel hos de berörda intrycket att kommissionen hyser misstankar om att de har åsidosatt artikel 81 EG eller artikel 82 EG. Detta gäller så mycket mer när kommissionen, som i detta fall, ger till känna att tredje man har lämnat in besvär till den, och besvären har föranlett en misstanke som varit tillräcklig för att inleda undersökningar. Under sådana omständigheter är redan den begäran om upplysningar som görs hos det berörda företaget jämförbar med ett första förhör med den anklagade, och en kontroll hos de berörda företagen är jämförbar med en husrannsakan hos den anklagade.

63 — Domen i målet PVC II (ovan fotnot 56), punkt 182.

103. Som en följd av sådana undersökningsåtgärder kommer de berörda som regel redan att göra avsevärda ansträngningar för att förbereda sitt försvar och att framför allt försäkra sig om bistånd av advokat. I förekommande fall måste också redan fonder för eventuella böter bildas, och tänkbara reaktioner från affärspartner och allmänheten måste beaktas. Från denna tidpunkt står de berörda även inför den ovissa frågan när förfarandet mot dem skall upphöra och vilken utgång det kommer att få. De står med andra ord under ökad press. I denna situation ger principen om en rimlig tidsfrist för förfarandet dem ett starkare skydd än det som följer av preskriptionsreglerna⁶⁴.

104. Mot denna bakgrund inleds *den period* som är *avgörande* för frågan huruvida ett administrativt kartellförfarande har pågått orimligt länge inte först med meddelandet om anmärkningar, utan alltid med den första undersökningsåtgärd av kommissionen som avsevärt påverkade de berörda företagens situation⁶⁵.

64 — Beträffande preskription för förfaranden enligt konkurrensreglerna, se hittills rådets förordning (EEG) nr 2988/74 av den 26 november 1974 om preskriptionstider i fråga om förfaranden och verkställande av påföljder enligt Europeiska ekonomiska gemenskapens transport- och konkurrensregler (EGT L 319, s. 1; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 48) och för framtida fall artikel 25 i förordning nr 1/2003.

65 — Domen i målet PVC II (ovan fotnot 56), punkt 182. Av annan uppfattning är generaladvokaten Mischo, som i sitt förslag till avgörande av den 25 oktober 2001 inför domen i målet PVC II. (REG 2002, s. I-8375), punkt 40 och följande punkter, har hävdade att perioden före meddelandet om anmärkningar inte skall beaktas.

105. När det gäller *bedömningen av tidsåtgången* för det administrativa förfarandet skall åtskillnad göras mellan två på varandra följande perioder, nämligen en *första period* som börjar med att kommissionen utövar sin befogenhet att inleda en undersökning och varar fram till dess att meddelandet om anmärkningar skickas, och en *andra period* som varar från meddelandet om anmärkningar till antagandet av det slutliga beslutet⁶⁶.

106. Som framgår av domen i målet PVC II⁶⁷ är principen om en rimlig tidsfrist visserligen tillämplig på båda perioderna av förfarandet. Var och en av dessa perioder följer emellertid sin egen inre logik. Perioden före meddelandet om anmärkningar, som börjar med att kommissionen utövar sin befogenhet att inleda undersökningar, skall göra det möjligt för kommissionen att när dessa har avslutats ta ställning till det fortsatta förfarandet, medan följande period skall göra det möjligt för kommissionen att efter att ha hört de berörda slutgiltigt ta ställning till den påstådda överträdelsen. Dessa olika syften påverkar den konkreta bedömningen av om tidsåtgången för respektive period av förfarandet har varit rimlig. För detta ändamål skall det alltid ske en bedömning med hänsyn till de särskilda omständigheterna i varje enskilt ärende⁶⁸.

107. Vid bedömningen av den första perioden av förfarandet måste det vederbörligen beaktas att kommissionen behöver tillräcklig tid för sina inledande undersökningar för att kunna göra en ändamålsenlig prövning av misstanken om överträdelser av artikel 81 EG eller artikel 82 EG. I annat fall skulle det finnas risk för att kommissionen i egenskap av kartellmyndighet vid tillämpningen av fördragets konkurrensregler alltid skulle inta en försvagad ställning. Kommissionen måste också kunna prioritera olika administrativa förfaranden⁶⁹. Detta gäller framför allt när de behöriga avdelningarna är tillfälligt överbelastade, men inte enbart då.

108. När det gäller den andra perioden av förfarandet måste vid bedömningen hänsyn tas till att kommissionens undersökningar i normalfallet är avslutade i och med att meddelandet om anmärkningar avsänds och att det därefter endast gäller att vid beslutets antagande beakta vad som har framkommit vid hörandet av de berörda företagen. I detta skede har kommissionen redan drivit förfarandet så långt framåt att det därefter skulle vara oskäligt att låta de berörda företagen vara ovissa om förfarandets utgång längre än vad som är oundgängligen nödvändigt. I

66 — Domen i målet PVC II (ovan fotnot 56), punkterna 181–183.

67 — Ibidem, punkterna 182 bis 184.

68 — Beträffande tillämpliga kriterier se domarna i målen PVC II (ovan fotnot 56), punkterna 187 och 188, och Baustahlge-webe (ovan fotnot 16), särskilt punkt 29.

69 — Se, för ett liknande resonemang, även förstainstansrättens dom av den 18 september 1992 i mål T-24/90, Automec mot kommissionen (REG 1992, s. II-2223; svensk specialutgåva, volym 13, s. II-61), punkt 77, och dom av den 4 mars 1999 i mål C-119/97 P, Ufex m.fl. mot kommissionen (REG 1999, s. I-1341), punkt 88.

motsvarande grad strängare blir då de kriterier som skall tillämpas vid prövningen av tidsåtgången för förfarandet.

109. TU:s påstående att det var felaktigt av förstainstansrätten att vid bedömningen av tidsåtgången för det administrativa förfarandet indela förfarandet i två perioder kan därför inte godtas. TU:s kritik grundas också på den felaktiga uppfattningen att förstainstansrätten har tillämpat principen om en rimlig tidsfrist enbart i fråga om den andra perioden av förfarandet, det vill säga den som löpte efter meddelandet om anmärkningar. Förstainstansrätten har nämligen uttryckligen fastställt att även tidsåtgången för kommissionens undersökningar var orimligt stor med hänsyn till att kommissionen under en period av tre år underlåtit att vidta åtgärder⁷⁰.

110. I förevarande fall är det ostridigt att tidsåtgången för det administrativa förfarandet under var och en av de två perioder som förstainstansrätten angett⁷¹ — den som löpte före meddelandet om anmärkningar och den som löpte mellan sammanträdet med parterna och antagandet av det ifrågasatta beslutet — var orimligt stor.

111. Det som vid närmare betraktande är tvistigt är egentligen inte heller *huruvida* förfarandet kunde indelas i två perioder och *hur* varaktigheten av dessa båda delar av

förfarandet skulle bedömas. Tvisten gäller i slutändan i stället frågan vilka *konsekvenser* som skulle dras av den orimligt stora tidsåtgången. Det gäller att utreda om förstainstansrätten, utan att göra sig skyldig till en felaktig rättstillämpning, hade fog för sin uppfattning att den orimligt stora tidsåtgången för det administrativa förfarandet såväl före som efter meddelandet om anmärkningar inte behövde medföra vare sig en ogiltigförklaring eller en nedsättning av bötesbeloppet. Dessa frågor uppkommer inom ramen för såväl den andra och den tredje delgrunden i den första grunden som den femte grundens andra delgrund och skall därför också behandlas i samband med dessa.

2. Huruvida ett förfarande som pågått orimligt länge skall medföra ogiltigförklaring (den andra och den tredje delgrunden i den första grunden)

112. Den andra och den tredje delgrunden i den första grunden ägnas frågan under vilka omständigheter ett beslut av kommissionen skall ogiltigförklaras när tidsåtgången för ett administrativt förfarande har varit orimligt stor.

a) Ogiltigförklaring endast när möjligheterna till försvar påverkas (den första grundens andra delgrund)

113. Genom den första grundens andra delgrund har TU hävdatt att förstainstans-

70 — Punkt 77 i den överklagade domen.

71 — Se i detta hänseende punkt 86 i förevarande förslag till avgörande.

rätten har gjort en felaktig rättstillämpning eller i varje fall en bristfällig motivering genom att inte utan vidare ha ogiltigförklarat det ifrågasatta beslutet trots att den har fastställt att tidsåtgången för förfarandet var orimligt stor.

114. Utgångspunkt för övervägandena bör vara att varje orimlig fördröjning av förfarandet från kommissionens sida utgör ett åsidosättande av de berörda företagens principiellt skyddade rätt till ett rättvist förfarande. För att ett sådant åsidosättande skall antas ha förekommit krävs det inte heller något bevis om att tidsutdräkten har medfört någon form av skada⁷².

115. Varje fel i förfarandet medför emellertid inte nödvändigtvis samma konsekvenser⁷³. En *ogiltigförklaring* av ett beslut av kommissionen på grund av de berördas rätt till ett rättvist förfarande är tvärtom påkallad endast om förfarandet överhuvudtaget skulle

ha gett ett annat resultat om åsidosättandet inte hade förekommit^{74 75}.

116. Inom konkurrensrätten påverkar ett åsidosättande av rätten till ett rättvist förfarande enligt fast rättspraxis alltid resultatet av förfarandet när åsidosättandet har försvårat de berörda företagens försvar⁷⁶.

117. Varje fel i förfarandet medför dock inte nödvändigtvis samma konsekvenser. En *ogiltigförklaring* av ett beslut av kommissionen på grund av att förfarandet pågått orimligt länge kommer alltså endast i fråga om de berörda företagen genom anförande av faktiska omständigheter har kunnat visa att den orimligt stora tidsåtgången för förfarandet har påverkat deras försvar⁷⁷. Även om

72 — Se till exempel domarna i målen PVC II (ovan fotnot 56), punkterna 191–200, och Baustahlgewebe (ovan fotnot 16), punkterna 26–48. I båda fallen var uteslutande rimligheten av den tid rättegången pågick föremål för bedömning. När det gäller Europadomstolens praxis se bland annat domen i målet Corigliano (ovan fotnot 54), § 31.

73 — Även Europadomstolen (dom av den 9 december 1994 i målet Schouten och Meldrum mot Nederländerna (serie A, nr 304, § 75), har i princip godtagit att den rimliga sanktionen för ett åsidosättande av principen om en rimlig tidsfrist skall avgöras enligt respektive rättssystem. På franska: "...il appartient en principe aux juridictions nationales de juger ce que doit être, en vertu de leur système juridique, la sanction appropriée pour une violation, imputable à l'une des parties, de l'exigence d'un 'délai raisonnable' ..." Och på engelska: "...it is in principle for the national courts to decide what the appropriate sanction should be under their legal system for a breach attributable to one of the parties of the 'reasonable time' requirement ...".

74 — Ett sådant annat resultat skulle till exempel kunna vara att överträdelserna betraktas som mindre allvarliga, att bötesbeloppet blir lägre eller också i att åsidosättandet inte längre påtalas.

75 — Se bland annat dom av den 10 juli 1980 i mål 30/78, Distillers mot kommissionen (REG 1980, 2229), punkt 26 (beträffande hörande av den rådgivande kommittén), av den 14 februari 1990 i mål C-301/87, Frankrike mot kommissionen (REG 1990, s. I-307; svensk specialutgåva, volym 10, s. 303), punkt 31 (avseende åsidosättande av rätten att yttra sig domstol), av den 25 oktober 2005 i de förenade målen C-465/02 och C-466/02, Tyskland och Danmark mot kommissionen (REG 2005, s. I-9115), punkterna 36–40 (avseende bestämmande av en generisk beteckning i en föreskrivande kommitté), och domen i målet PVC II (ovan fotnot 56), punkterna 315–328 (avseende rätten till tillgång till handlingar). Se även, beträffande valet av korrekt rättslig grund och lagstiftningsförfarande, dom av den 11 september 2003 i mål C-211/01, kommissionen mot rådet (REG 2003, s. I-8913), punkt 52, och mitt förslag till avgörande av den 26 maj 2005 inför domen i mål C-94/03, kommissionen mot rådet (dom af den 10 januari 2006, REG 2006, s. I-1, s. I-4), punkt 53.

76 — Se för ett liknande resonemang, såvitt avser åsidosättande av rätten att få tillgång till handlingar, endast dom av den 8 juli 1999 i mål C-51/92 P, Hercules Chemicals mot kommissionen, (REG 1999, s. I-4235), punkterna 77 och 82, och domen i målet PVC II (ovan fotnot 56), punkterna 315–317 och 321–323.

77 — Se, för ett liknande resonemang, såvitt avser åsidosättande av rätten till tillgång till handlingar bland annat domen i målet PVC II (ovan fotnot 56), punkterna 318 och 324, och Cementdomen (ovan fotnot 13), punkterna 73–75 och 131.

domstolen ännu inte uttryckligen har fastslagit detta i en *kartellrättslig* tvist⁷⁸, kan man dock finna motsvarande tankegångar i dess rättspraxis avseende jämförbara förfaranden beträffande vilka den redan har konstaterat ett sådant samband mellan principen om en rimlig tidsfrist och rätten till försvar⁷⁹.

118. Av detta kan man motsatsvis dra slutsatsen att en ogiltigförklaring av ett beslut av kommissionen *inte* heller vid ett orimligt långt förfarande *är rättsligt påkallad* när det inte har förebragts några faktiska omständigheter som visar att de berörda företagens möjligheter till försvar har påverkats och det därför inte finns något stöd för att den orimligt stora tidsåtgången för förfarandet har kunnat påverka innehållet i kommissionens beslut⁸⁰. I sådana fall är det dock alltid tänkbart att bötesbeloppet sätts ned av skälighetshänsyn⁸¹ eller att ett rimligt

skadestånd beviljas⁸², förutsatt att yrkande därom har framställts.

119. TU misstar sig följaktligen när företaget påstår att en ogiltigförklaring av det ifrågasatta beslutet hade varit påkallad automatiskt och redan enbart på grund av den orimligt långa varaktigheten av förfarandet, oberoende av om företagets möjligheter till försvar hade påverkats eller ej. Den första grundens andra delgrund kan alltså inte godtas.

b) Huruvida möjligheterna till försvar i förevarande fall har påverkats (den första grundens tredje delgrund)

120. Det återstår emellertid att pröva om förstainstansrätten i förevarande fall, utan att göra sig skyldig till en felaktig rättstillämpning, hade fog för sin uppfattning att TU:s möjligheter till försvar inte har påverkats. Denna fråga behandlas i den tredje delgrunden i TU:s första grund genom vilken TU i detta hänseende har hävdad att förstainstansrätten har gjort en felaktig rättstillämpning eller i varje fall motiverat domen otillräckligt. TU:s huvudsakliga argument är

78 — Se emellertid generaladvokaten Mischos förslag till avgörande av den 25 oktober 2001 inför domen i mål C-250/99 (ovan fotnot 65), punkterna 76, 80 och 83.

79 — Se i detta hänseende dom av den 15 juli 2004 i mål C-501/00, Spanien mot kommissionen (REG 2004, s. I-6717), punkterna 52, 57 och 58, avseende exportstöd till företag inom Europeiska kol- och stålgemenskapen, dom i mål om fördragsbrott av den 21 januari 1999 i mål C-207/97, kommission mot Belgien (REG 1997, s. I-275), punkterna 25–27, och dom av den 16 maj 1991 i mål C-96/89, kommissionen mot Nederländerna (REG 1991, s. I-2461), punkterna 15 och 16.

80 — Se, för ett liknande resonemang, även domen i målet Baustahlgewebe (ovan i fotnot 16), punkt 49, där domstolen funnit att en dom av förstainstansrätten inte skulle upphävas trots att rättegången hade pågått orimligt länge, när det inte fanns något som tydde på att rättegångens varaktighet hade påverkat tvistens lösning. Se dessutom generaladvokaten Mischos förslag till avgörande (ovan fotnot 65), punkterna 75–78 och 84–85.

81 — Se, för ett liknande resonemang, även domen i målet Baustahlgewebe (ovan fotnot 16), punkterna 48 och 141–143. Se även punkterna 130–146 i förevarande förslag till avgörande.

82 — Se även generaladvokaten Mischos förslag till avgörande inför domen i mål C-250/99 P (ovan fotnot 65), punkt 79. Beträffande möjligheten att föra talan om skadestånd, se förstainstansrättens dom av den 20 april 1999 i de förenade målen T-305/94, T-306/94, 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 (REG 1999, s. II-931), punkt 122, bekräftad genom domstolens dom i målet PVC II (ovan fotnot 56), punkterna 173–178.

att dess rätt till försvar påverkades redan genom den orimligt långa varaktigheten av den perioden av det administrativa förfarandet, det vill säga tiden mellan de inledande undersökningarna eller kommissionens varning och meddelandet om anmärkningar. Dessutom har TU gjort gällande att förstainstansrätten har bortsett från de konkreta svårigheter inför vilka ett företag står när det skall förbereda sitt försvar.

genom att begära upplysningar, är det fråga om en ren undersökningsåtgärd, inte om ett förhör. I detta skede av förfarandet föreligger av närliggande skäl inte heller rätten till tillgång till handlingarna, eftersom en sådan tillgång skulle kunna allvarligt äventyra framgången med undersökningarna och bidra till att förfarandet fördröjs i stället för påskyndas

121. I den överklagade domen har förstainstansrätten med rätta utgått från att de berörda företagen i ett kartellförfarande kan försvara sig mot de av kommissionen framställda anklagelserna först *efter* meddelandet om anmärkningar. Först under denna (andra) period av förfarandet, när kommissionens undersökningar har avslutats och det administrativa förfarandet har antagit en kontradiktorisk karaktär, blir rätten till försvar överhuvudtaget aktuell⁸³. Framför allt får de berörda företagen först då tillfälle att ta del av handlingarna. De kan också först då ta ställning till kommissionens anmärkningar. Den första perioden av förfarandet omfattar däremot endast kommissionens undersökningar, och de berörda företagen har därför då ännu ingen rätt till försvar. Om kommissionen under denna del av förfarandet vänder sig till de berörda företagen, t.ex.

122. Även om de berörda företagens rätt till försvar alltså utan tvivel uppstår först *från och med* meddelandet om anmärkningar, det vill säga uteslutande under den *andra* perioden av förfarandet, är den första perioden av det administrativa förfarandet dessförinnan likväl inte utan betydelse för de berörda företagens *möjligheter* till försvar.

123. Ju längre tid som förflyter mellan de första åtgärderna för att inleda undersökningar och meddelandet om anmärkningar, desto mera sannolikt är det nämligen att det endast med svårighet går att skaffa fram eventuella bevis för att fria de berörda företagen från de anklagelser som anmärkningarna avser. Företag kan visserligen mycket väl bevara ändamålsenlig information i böcker och arkiv för att på så sätt vara väl förberedda inför eventuella administrativa eller rättsliga åtgärder⁸⁴. Som TU med

83 — Ett liknande resonemang förs i fast rättspraxis. Se endast domarna i målen Hercules Chemicals (ovan fotnot 76), punkt 75, och PVC II (ovan fotnot 56), punkterna 315 och 316.

84 — Se, för ett liknande resonemang, punkt 87 i den överklagade domen.

rätta har påpekat kan det emellertid ju längre tiden går — oavsett om tidsutdräkten sker före eller efter meddelandet om anmärkningarna — bli svårare att skaffa fram friande vittnesmål, särskilt på grund av att det sker ett naturligt utbyte av ledande personer och andra medarbetare i företag. Detta har förstainstansrätten inte behandlat tillräckligt utförligt i den överklagade domen.⁸⁵

124. Redan den orimligt långa första perioden av det administrativa förfarandet kan påverka de berörda företagens senare möjligheter till försvar och i slutändan göra deras rätt till försvar under den andra perioden värdelös. Detta har förstainstansrätten bortsett från när den har konstaterat att den omständigheten att den första delen av förfarandet pågick orimligt länge ”i sig inte [kan] innebära” ett åsidosättande av de berörda företagens rätt till försvar⁸⁶.

125. Förstainstansrätten har alltså gjort en felaktig rättstillämpning när den under punkterna 86 – 93 i den överklagade domen

har begränsat omfattningen av sin prövning till frågan ”om rätten till försvar har påverkats av den tid som denna del av förfarandet pågick”⁸⁷. Förstainstansrätten skulle därutöver också ha prövat om den orimligt långa första period av förfarandet som föregick meddelandet om anmärkningar, kunde påverka de berörda företagens senare möjligheter till försvar, och särskilt om TU hade företett en övertygande bevisning för en sådan påverkan.

126. En sådan prövning innebär för övrigt ingalunda detsamma som att rätten till försvar uppkommer tidigare. Förhören med de berörda företagen och rätten för dessa att få tillgång till handlingarna är och förblir även i fortsättningen förbehållna den andra perioden av förfarandet, det vill säga tiden efter meddelandet om anmärkningar. Detta utesluter dock inte att en påverkan på *möjligheterna* till försvar och därmed också ett åsidosättande av *rätten* till försvar kan orsakas redan av orimligt långa undersökningar eller av att kommissionen en längre tid under den första perioden av förfarandet har underlåtit att vidta åtgärder.

127. Eftersom den överklagade domen inte innehåller något fastställande i denna del och domstolen saknar tillräckliga uppgifter för att själv avgöra tvisten skall domen upphävas och enligt artikel 61 första stycket i stadgan för Europeiska domstolen återförvisas till förstainstansrätten.

85 — Problemet med ombyte av personal hade TU berört redan under förfarandet vid förstainstansrätten (mål T-6/00) i punkterna 213 och 214 i sin ansökan och i punkterna 235 och 237–239 i sin replik. Förstainstansrätten har emellertid inte med ett ord berört i den överklagade domen, inte heller indirekt under punkterna 86–93.

86 — Punkterna 78 och 79 i den överklagade domen.

87 — Punkt 86 i den överklagade domen. Beträffande omfattningen av prövningen se även punkt 93 i den överklagade domen.

3. Nedsättning av bötesbeloppet (avslutande anmärkning beträffande den första och den andra delgrunden i den femte grunden)

128. Eftersom redan den första grunden enligt det ovan anförda skall leda till att den överklagade domen upphävs i sin helhet behandlar jag i det följande endast i andra hand frågan om en eventuell nedsättning av böterna i enlighet med vad som anförts i den femte grundens andra delgrund och i den avslutande anmärkningen i den första grunden.

129. TU har gjort gällande att förstainstansrätten såvitt avser uttalandena om storleken av bötesbeloppet har gjort en felaktig rättstillämpning eller i vart fall motiverat domen otillräckligt. Enligt TU hade förstainstansrätten varit skyldig att nedsätta böterna med hänsyn till den alltför stora tidsåtgången för det administrativa förfarandet. Förstainstansrätten har enligt TU framför allt bortsett från att ansvaret för den orimligt stora tidsåtgången för förfarandet åvilar kommissionen ensam och inte, som kommissionen har antagit, är delat mellan kommissionen och de berörda företagen⁸⁸.

130. Som jag redan har påpekat ankommer det visserligen inte på domstolen att i ett

överklagande göra en egen skälighetsbedömning av ett bötesbelopps storlek som ändrar den bedömning som förstainstansrätten med stöd av sin fulla prövningsrätt har gjort⁸⁹. Domstolen kan emellertid pröva om förstainstansrätten har gjort ett *uppenbart fel* eller har åsidosatt proportionalitetsprincipen eller likhetsprincipen⁹⁰.

131. I praktiken skall ett sådant *uppenbart fel* för det första antas ha skett när förstainstansrätten har tolkat omfattningen av sin behörighet att göra en skönmässig bedömning enligt artikel 229 EG jämförd med artikel 17 i förordning nr 17 felaktigt. För det andra föreligger det också ett *uppenbart fel* när förstainstansrätten har underlåtit att utförligt behandla alla faktiska omständigheter och argument som i det konkreta fallet är av betydelse för dess beslut innan den fastställde bötesbeloppets storlek⁹¹.

132. Vad till en början angår *omfattningen av förstainstansrättens behörighet* inom ramen för artikel 229 EG skall det erinras

88 — Skäl 152 i det ifrågasatta beslutet.

89 — Se i detta hänseende den rättspraxis som åberopats i fotnot 38 och domen i målet PVC II (ovan fotnot 56), punkt 614.

90 — Cementdomen (ovan fotnot 13), punkt 365.

91 — Se, för ett liknande resonemang, domarna i målen Dansk Rorindustri (ovan fotnot 24), punkterna 244 och 303, och Baustahlgewebe (ovan fotnot 16), punkt 128.

om att kriterierna för den obegränsade behörigheten att göra en skönsmässig bedömning inte är desamma som kriterierna för exempelvis ogiltigförklaring av det ifrågasatta beslutet. Den obegränsade behörigheten till en skönsmässig bedömning avser inte enbart en kontroll av huruvida kommissionens beslut var rättsenligt. Vid kontrollen kan tvärtom även synpunkter om ändamålsenlighet och skälighet beaktas. I än högre grad skall förstainstansrätten beakta sådana fel under förfarandet, exempelvis ett åsidosättande av principen om en rimlig tidsfrist, vilka — som jag redan har påpekat⁹² — innebär ett åsidosättande av en grundläggande rättighet, även om de innehållsmässigt inte har påverkat kommissionens beslut och följaktligen inte medför att detta skall ogiltigförklaras.

133. Förstainstansrätten har i förevarande fall med rätta konstaterat detta och anført att den skulle kunna ytterligare sätta ned bötesbeloppet enbart på grund av den orimligt stora tidsåtgången för vilken kommissionen bar ansvaret⁹³. Förstainstansrätten har följaktligen inte gjort något uppenbart fel i detta hänseende.

134. Annorlunda förhåller det sig däremot med förstainstansrättens skyldighet att *beakta alla faktiska omständigheter* och *argument* av betydelse för avgörandet.

135. Till de faktiska omständigheter som inom ramen av den skönsmässiga bedömningen var av betydelse för avgörandet hörde i förevarande fall framför allt kommissionens ansvar för den orimligt stora tidsåtgången för *två* perioder av det administrativa förfarandet, alltså inte endast för överskridandet av den tid som normalt behövs från sammanträdet med parterna till antagandet av beslutet, utan också för mer än tre års överksamhet under undersökningarna *före* meddelandet om anmärkningar.

136. Trots att förstainstansrätten i början av den överklagade domen har fastslagit att kommissionen bar ansvaret för den orimligt stora tidsåtgången för *båda* perioderna av det administrativa förfarandet⁹⁴ har den senare inom ramen för sin obegränsade behörighet att göra en skönsmässig bedömning endast beaktat kommissionens ansvar för den orimligt stora tidsåtgången enbart för *den ena* av de båda perioderna, nämligen den som löpte från sammanträdet med parterna till antagandet av det ifrågasatta beslutet. Detta framgår särskilt tydligt under punkt 436 i den överklagade domen som inleder förstainstansrättens överväganden beträffande bötesbeloppets storlek. Under denna punkt hänvisar förstainstansrätten enbart till punkt 85 i den överklagade domen, det vill säga till den passus som rör kommissionens ansvar för tidsutdräkten *efter* meddelandet om anmärkningar. Däremot saknas det helt någon hänvisning till punkt 77 i den överklagade domen av vilken det

92 — Se punkterna 114–118 i förevarande förslag till avgörande.

93 — Se punkt 436 i den överklagade domen.

94 — Se punkterna 77 och 85 i den överklagade domen.

framgår att kommissionen var ansvarig för tidsutdräkten *före* meddelandet om anmärkning.

137. Eftersom förstainstansrätten vid prövningen av en eventuell ytterligare nedsättning av bötesbeloppet sålunda har underlåtit att beakta även den orimligt långa tid som förfarandet pågick *före* meddelandet om anmärkningar har den uppenbart gjort en felaktig rättstillämpning av sin obegränsade behörighet att göra en skönsmässig bedömning enligt artikel 229 EG jämförd med artikel 17 i förordning nr 17.

138. Även om den överklagade domen — i strid med nämnda uppfattning⁹⁵ — inte upphävs helt redan på den första grunden skall den i vart fall upphävas till den del förstainstansrätten har ogillat TU:s yrkande om nedsättning av det bötesbelopp som har påförts företaget. I detta fall skulle tvisten vara färdig för avgörande och domstolen skulle med tillämpning av artikel 61 första stycket i stadgan för EG-domstolen själv kunna avgöra den. Framför allt skulle domstolen själv kunna slutligt avgöra frågan om nedsättning av det av kommissionen påförda bötesbeloppet⁹⁶.

95 — Se i detta hänseende vad jag har anført om den första grunden under punkterna 120–127 i förevarande förslag till avgörande.

96 — Så gjorde domstolen till exempel i Cementdomen (ovan fotnot 13), punkterna 384 och 385.

139. I förevarande fall har kommissionen i det ifrågasatta beslutet vid beräkningen av bötesbeloppets storlek redan själv gjort en minskning med 100 000 euro. Kommissionen har emellertid inte gjort någon åtskillnad mellan de olika oegentligheter under förfarandet som nämns i beslutet. Det går därför inte att urskilja vilken del av beloppet 100 000 euro som faller på den orimligt stora tidsåtgången för förfarandet. Inte heller har kommissionen gjort någon åtskillnad mellan de två perioderna av det administrativa förfarandet. Den har inte heller beaktat att den så som förstainstansrätten har fastslagit ensam var ansvarig för den orimligt stora tidsåtgången under båda perioderna⁹⁷. Vid detta förhållande synes åsidosättandet av TU:s rätt till ett rättvist förfarande inte ha beaktats tillräckligt genom den av kommissionen själv företagna minskningen vid beräkningen av bötesbeloppet.

140. Mot denna bakgrund skulle en ytterligare nedsättning av bötesbeloppet vara motiverad. Utgångspunkt skulle då kunna vara beloppet 25 000 euro, det vill säga hälften av det belopp med vilket domstolen nedsatte böterna i domen i målet Baustahlgewebe⁹⁸. I nämnda mål var nämligen det av kommissionen ursprungligen påförda bötesbeloppet ungefär dubbelt så stort som det som i förevarande fall har påförts TU.

97 — Skäl 151–153 i det ifrågasatta beslutet.

98 — Domen i målet Baustahlgewebe (ovan fotnot 16), särskilt punkt 141.

141. I förevarande fall bör dessutom särskilt avseende fästas vid att förstainstansrätten har fastslagit att kommissionen är ansvarig för ett skede av överksamhet under mer än tre år. Det förefaller därför rimligt att för varje helt år av denna överksamhet under perioden *före* meddelandet om anmärkningar minska bötesbeloppet med det nämnda beloppet 25 000 euro vilket alltså skulle innebära en sammanlagd minskning med 75 000 euro. Vidare bör den orimligt stora tidsåtgången under den andra perioden *efter* meddelandet om anmärkningar skäligen gottgöras med ytterligare 25 000 euro. Detta blir sammanlagt ett belopp om 100 000 euro med vilket domstolen alltså skulle kunna reducera det påförda bötesbeloppet 2,15 miljoner euro.

D — Slutsats såvitt avser den första grunden och den femte grundens andra delgrund

142. Enligt den här föreslagna utgången avseende den första grundens tredje delgrund⁹⁹ skall den överklagade domen upphävas i sin helhet och målet återförvisas till förstainstansrätten.

143. Om domstolen, i strid med nämnda uppfattning, finner att överklagandet inte

kan bifallas på den första grundens tredje delgrund skall den överklagade domen i vart fall upphävas till den del TU:s yrkande om nedsättning av de företaget påförda böterna har ogillats¹⁰⁰. I detta fall skall domstolen sätta ned böterna och i övrigt ogilla överklagandet.

VI — Rättegångskostnader

144. I artikel 122 första stycket i rättegångsreglerna föreskrivs att domstolen, när överklagandet avvisas eller domstolen slutligt avgör målet, skall besluta om rättegångskostnaderna.

145. Eftersom målet enligt mitt förslag på den första grunden i sin helhet skall återförvisas till förstainstansrätten skall emellertid beslutet om rättegångskostnaderna anstå¹⁰¹.

100 — Se i detta hänseende slutanmärkningarna avseende den första grunden och den femte grundens andra del under punkterna 128–141 i detta förslag.

101 — Se i detta hänseende till exempel dom av den 16 november 2000 i mål C-279/98 P, Cascades mot kommissionen REG 2000, s. I-9693), punkt 82, av den 3 juli 2003 i de förenade målen C-83/01 P, C-93/01 P och C-94/01 P, Chronopost m. fl. mot Ufex m.fl. (REG 2003, s. I-6993), punkt 45, och av den 29 april 2004 i mål C-111/02 P, parlamentet mot Reynolds (REG 2004, s. I-5475), punkt 3 i domslutet.

99 — Punkterna 120–127 i förevarande förslag till avgörande.

VII — Förslag till avgörande

146. På grund av vad jag har anfört i det föregående föreslår jag att domstolen skall meddela följande dom:

- 1) Europeiska gemenskapernas förstainstansrätts dom av den 16 december 2003 i de förenade målen T-5/00 och T-6/00 upphävs.
- 2) Målet återförvisas till förstainstansrätten.
- 3) Beslut om rättegångskostnader kommer att meddelas senare.