FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT LEENDERT A. GEELHOED

föredraget den 19 januari 2006 [1]

1. Kommissionen har genom förevarande överklagande yrkat att förstainstansrättens dom av den 29 april 2004 i de förenade målen T-236/01, T-239/01, T-244/01–T-246/01, T-251/01 och T-252/01 [2] mellan Tokai Carbon Co. Ltd m.fl. och kommissionen (nedan kallad den överklagade domen) delvis skall undanröjas. Överklagandet avser endast mål T-239/01.

I — Tillämpliga bestämmelser

Förordning nr 17/62

2. I målet vid förstainstansrätten satte rätten ned det bötesbelopp som kommissionen påfört SGL i beslut 2002/271/EG av den 18 juli 2001 om ett förfarande enligt artikel 81 i EG-fördraget och artikel 53 i EES-avtalet (Ärende COMP/E-1/36.490 — Grafitelektroder). [3]

3. Kommissionens grunder gäller vissa delar av hur företags samarbete med kommissionen skall föregå mot bakgrund av kommissionens utredningsbefogenhet enligt förordning nr 17 respektive vid frivilligt samarbete enligt meddelandet om samarbete.

4. Artikel 15 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962: Första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 [4] (nedan kallad förordning nr 17) har följande lydelse:

”1. Kommissionen får ålägga företag eller företagssammanslutningar böter om lägst etthundra och högst femtusen beräknings-

1 — Originalspråk: engelska.

2 — REG 2004, s. II-1181.

3 — EGT L 100, 2002, s. 1.

4 — EGT P 13, s. 204; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 8.

enheter, om de uppsåtligen eller av oaktsamhet

...

b) lämnar oriktiga uppgifter till svar på en begäran enligt artiklarna 11.3, 11.5 ...

2. 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 uppsåtligen eller av oaktsamhet

a) överträda bestämmelserna i fördragets artikel 85.1 eller artikel 86 ...

...

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

Riktlinjerna

5. I skälen till meddelande från kommissionen — Riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget [5] (nedan kallade riktlinjerna) anges följande:

"De principer som anges ... bör göra det möjligt att säkerställa öppenheten och objektiviteten i kommissionens beslut, både i förhållande till företagen och i förhållande till EG-domstolen, samtidigt som de bekräftar det utrymme för skönsmässig bedömning som lagstiftaren har givit kommissionen för att fastställa böter på upp till 10 % av företagens totala omsättning. Detta utrymme bör emellertid utgöra ett led i en sammanhängande och icke diskriminerande politik som är anpassad efter de mål som eftersträvas vid bekämpningen av överträdelser av konkurrensreglerna.

Den nya metod som används för att fastställa bötesbeloppet kommer hädanefter att följa nedanstående schema. Detta bygger på ett grundbelopp som kan ökas för att beakta försvårande omständigheter och minskas för att beakta förmildrande omständigheter."

5 — EGT C 9, 1998, s. 3.

Meddelandet om samarbete

6. I kommissionens meddelande om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden [6] (nedan kallat meddelandet om samarbete) definierade kommissionen villkoren för att befria företag som samarbetar med kommissionen under dess undersökning av ett kartellärende från böter eller bevilja dem nedsättning av de böter som de annars skulle ha ålagts, enligt avsnitt A.3 i meddelandet.

7. Avsnitt A.5 i meddelandet om samarbete har följande lydelse:

"Ett företags samarbete med kommissionen är endast en faktor bland flera som kommissionen beaktar vid fastställande av ett bötesbelopp. ..."

8. Punkt D har följande lydelse:

"1. Om ett företag samarbetar utan att alla de villkor som anges i avsnitt B eller C är uppfyllda kommer det att beviljas en nedsättning med 10–50% av det bötesbelopp som det skulle ha ålagts om det inte hade samarbetat.

2. Detta kan ske i till exempel följande fall:

— Ett företag förser kommissionen med upplysningar, dokument eller annat bevismaterial som bidrar till att fastställa att överträdelsen har begåtts, innan ett meddelande om anmärkningar sänds ut.

— Ett företag informerar kommissionen om att det inte bestrider de faktiska omständigheter som kommissionen grundar sina anklagelser på, efter det att det har tagit emot ett meddelande om anmärkningar."

II — Faktiska omständigheter och bakgrund till det omtvistade beslutet

9. I den överklagade domen sammanfattade förstainstansrätten de faktiska omständigheterna i målet på följande sätt:

"1. Kommissionen konstaterade i beslut 2002/271/EG ... att ettflertal företag

6 — EGT C 207, 1996, s. 4.

hade medverkat i en rad avtal och samordnade förfaranden i den mening som avses i artikel 81.1 EG och artikel 53.1 i avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (nedan kallat EES-avtalet) inom sektorn för grafitelektroder.

2. Grafitelektroder används främst vid stålproduktion i elektriska ljusbågsugnar. Stålproduktionen i ljusbågsugnar är i princip en återvinningsprocess, varvid stålskrot omvandlas till nytt stål, till skillnad från den traditionella metoden för utvinning av råjärn ur malm i masugnar. Nio elektroder som sammankopplas till stavar om tre används i vanliga elektriska ljusbågsugnar för att smälta stålskrot. På grund av intensiteten i smältprocessen förbrukas en elektrod på ungefär åtta timmar. Tillverkningstiden för en elektrod är omkring två månader. Det finns inga produkter som kan ersätta grafitelektroder.

3. Efterfrågan på grafitelektroder är direkt kopplad till produktionen av stål i ljusbågsugnar. Kunderna är framför allt stålproducenter vilka står för omkring 85 procent av efterfrågan. År 1998 uppgick världens samlade råstålsproduktion till 800 miljoner ton, varav 280 miljoner ton producerades i ljusbågsugnar.

...

5. Under 1980-talet ledde teknikförbättringar till en avsevärd minskning av förbrukningen av elektroder per ton producerat stål. Stålindustrin genomgick också en större omstrukturering under denna period. Som ett resultat av den avmattade efterfrågan på elektroder inleddes en omstruktureringsprocess av den världsomspännande elektrodindustrin. Flera fabriker lades ned.

6. Nio producenter i västvärlden försåg under år 2001 europamarknaden med grafitelektroder, [nämligen SGL Carbon AG (nedan kallat SGL), Tyskland, och UCAR International Inc] ...

7. Med stöd i artikel 14.3 i rådets förordning nr 17 ... undersökte kommissionstjänstemän den 5 juni 1997 samtidigt och utan förvarning [lokalerna hos företagen SGL, Conradty och VAW] ...

8. Samma dag utförde tjänstemän vid Federal Bureau of Investigation (FBI)

husrannsakan i Förenta staterna hos ett antal producenter. Dessa undersökningar ledde till att åtal för kartellbildning väcktes mot ... SGL ... Alla de anklagade erkände sig skyldiga till åtalspunkterna och gick med på att betala de böter som fastställdes till ... 135 miljoner USD för SGL ...

...

10. En grupp köpare väckte i Förenta staterna talan om tredubbelt skadestånd ("triple damages") mot ... SGL.

11. I Kanada ... i juli 2000 erkände sig SGL också skyldigt och gick med på att betala böter på 12,5 miljoner CAD för samma överträdelse. Kanadensiska stålproducenter väckte i juni 1998 talan mot ... SGL för kartellbildning.

12. Kommissionen sände den 24 januari 2000 ett meddelande om anmärkningar till de berörda företagen. Det administrativa förfarandet avslutades genom att kommissionen den 18 juli 2001 fattade beslutet, i vilket den konstaterade att sökandeföretagen ... på global nivå hade fastställt priser och delat upp de nationella och regionala marknaderna för den aktuella produkten enligt principen om 'hemmaproducenten'. Denna princip innebar att UCAR ansvarade för Förenta staterna och vissa delar av Europa och SGL för resten av Europa. ...

13. I beslutet angavs vidare att följande grundprinciper gällde för samverkan:

— Priserna på grafitelektroder skulle sättas enligt samma principer i hela världen.

— Beslut om företagens respektive prissättning skulle endast fattas av företagens styrelseordförande eller verkställande direktörer.

— 'Hemmaproducenten' skulle sätta marknadspriset i sitt 'närområde' och övriga producenter skulle sedan 'följa efter'.

— På 'icke hemmamarknader', det vill säga marknader där det inte fanns någon 'hemmaproducent' skulle priserna sättas efter överenskommelse.

— Icke 'hemmaproducenter' skulle inte ägna sig åt aggressiv konkurrens och skulle lämna de övrigas hemmamarknader.

— Kapaciteten skulle inte ökas (japanerna skulle minska sin kapacitet).

— Ingen teknik skulle lämna den krets av producenter som deltog i kartellen.

14. I beslutet anges att dessa grundprinciper genomfördes genom kartellmöten på olika nivåer. Sålunda förekom 'toppmöten', 'arbetsmöten', möten mellan de europeiska producenterna (utan de japanska företagen), nationella och regionala möten avseende specifika marknader och bilaterala kontakter mellan företagen.

...

16. På grundval av de bedömningar av de faktiska omständigheterna och de bedömningar i rättsligt hänseende som kommissionen gjort i beslutet ålade denna de berörda företagen böter som fastställts enligt den metod som föreskrivs i riktlinjer för beräkning av böter som döms ut enligt artikel 15.2 i förordning nr 17 och artikel 65.5 i EKSG-fördraget, liksom enligt meddelandet om befrielse från eller nedsättning av böter i kartellärenden.

17. Företagen åläggs följande bötesbelopp i artikel 3 i beslutet:

SGL: 80,2 miljoner euro.

...

18. I artikel 4 föreskrivs att företagen skall betala böterna inom tre månader från beslutets tillkännagivande/delgivning vid äventyr av att de åläggs att betala ränta med 8,04 procent."

III — Förfarandet vid förstainstansrätten och den överklagade domen

10. Genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 20 oktober 2001 väckte SGL tillsammans med vissa andra företag till vilka det ifrågasatta beslutet var riktat talan mot beslutet.

11. I den överklagade domen fastslog förstainstansrätten bland annat följande:

"...

2) Mål T-239/01, SGL Carbon mot kommissionen:

— Det bötesbelopp som sökanden ålagts i artikel 3 i beslut 2002/271 fastställs till 69 114 000 euro.

— Talan ogillas i övrigt.

..."

12. Förstainstansrätten fann i punkterna 401–412 att SGL inte var skyldigt att besvara vissa av de frågor som ställts av kommissionen eller att förete vissa handlingar. Det faktum att SGL ändå lämnade den efterfrågade informationen måste ses som ett frivilligt samarbete som skall belönas enligt avsnitt D.2 i meddelandet om samarbete.

IV — Överklagandet

13. Kommissionen har yrkat att domstolen skall

— undanröja punkt 2 i domslutet i den överklagade domen,

— förplikta SGL att ersätta rättegångskostnaderna.

14. SGL har yrkat att domstolen skall

— ogilla överklagandet,

— förplikta klaganden att ersätta rättegångskostnaderna.

V — Grunder och huvudargument

15. Kommissionen har hävdat att vissa av förstainstansrättens konstateranden i punkterna 401–412 strider mot gemenskapsrätten, särskilt artikel 15 jämförd med artikel 11 i förordning nr 17 och meddelandet om samarbete. Förstainstansrätten har vidare motiverat sig felaktigt i den ifrågasatta delen av domen.

16. Kommissionen har åberopat en grund som delats i två delgrunder samt framfört en alternativ grund.

17. Huvudgrunden, genom vilken kommissionen har ifrågasatt om vissa svar på en begäran om upplysningar principiellt skall leda till en nedsättning av bötesbeloppet, avser

1) begäran om upplysningar av den 31 mars 1999 (punkterna 407–409 och de tre första meningarna i punkt 410 i den överklagade domen),

2) begäran om upplysningar av den 30 juni 1997 (punkt 412 i den överklagade domen).

18. Den andra, alternativa, grunden gäller hur mycket bötesbeloppet skall sättas ned när upplysningar lämnas efter en begäran om upplysningar (punkt 410).

19. De argument som framförts kan i korthet sammanfattas på följande sätt.

20. Inom ramen för grundens första del, som rör handlingarna, har kommissionen förklarat att den alltid har rätt att begära att få ta del av handlingar och att en sådan begäran inte innebär ett åsidosättande av rätten till försvar. Den omfattar inte frågor som kan inbegripa ett erkännande av att en överträdelse förekommit. Således uttalade sig förstainstansrätten i punkterna 408 och 409 i den överklagade domen i strid med fast rättspraxis, vilket dessutom är oförenligt med punkterna 403, 406 och 407, där förstainstansrätten hänvisade till ovannämnda rättspraxis.

21. Förstainstansrätten borde vidare ha utrett i vilken omfattning SGL faktiskt reagerade på kommissionens begäran att få ta del av de handlingar som kommissionen begärt att få ut. SGL har bestridit denna begäran vid domstolen. Det sätt på vilket svaret av den 8 juni 1999 är formulerat tyder på att det inte är fallet. SGL svarade att det inte hade alla de efterfrågade handlingarna. Följaktligen saknas anledning att sätta ned bötesbeloppet mer än vad som redan skett. Trots avsaknaden av handlingar försökte SGL att närmare förklara omständigheterna. Kommissionen tog hänsyn till att SGL sam-

arbetat. De enda svar som kommissionen inte tog hänsyn till, med avseende på meddelandet om samarbete, var svar med anledning av den formella begäran om upplysningar. Information som gick utöver skyldigheten att samarbeta har beaktats.

22. SGL anser att uttalandet i promemorian av den 8 juni 1999, liksom svaret på begäran om upplysningar av den 30 juni 1997, i sin helhet skall betraktas som ett uttryck för samarbetsvilja, eftersom det inte går att göra skillnad mellan ett uttryckligt medgivande av en överträdelse och delar av en sådan eller framläggande av handlingar som innehåller bevis. Enligt företagets uppfattning föreligger en absolut rätt att tiga.

23. För det fall att domstolen inte ansluter sig till denna ståndpunkt har SGL gjort gällande att den överklagade domen i alla händelser är förenlig med rättspraxis.

24. Beträffande den andra delgrunden som avser begäran om upplysningar av den 30 juni 1997 har kommissionen gjort gällande att även punkt 412 i den överklagade domen innehåller ett antal felaktigheter. Förstainstansrätten tycks tillskriva kommissionen en uppfattning som kommissionen inte själv gett uttryck för. Kommissionen betonade att den inte belönade SGL mindre därför att SGL inte nämnde alla företag som det förvarnat. Däremot belönades inte SGL mer, eftersom de svar som faktiskt lämnades av SGL inte gick utöver företagets samarbetsskyldighet enligt artikel 11 i förordning nr 17. Dessutom kan bara uppgifter som gör det lättare för kommissionen att fastställa överträdelsen leda till en nedsättning av bötesbeloppet.

25. SGL anser att förstainstansrättens slutsatser är korrekta. Enligt dess uppfattning saknas rättslig grund för en begäran om upplysningar eftersom förvarningar till andra kartellmedlemmar inte utgör en överträdelse av artikel 81.1 EG. Kommissionen har inte rätt att med stöd av artikel 11 i förordning nr 17 ställa sådana frågor. För det fall att en förvarning till andra kartellmedlemmar kan betraktas som en försvårande omständighet, måste medgivandet från SGL:s sida betecknas som samarbete. Förstainstansrätten fastslog i alla händelser med rätta att företaget inte hade någon skyldighet att svara på kommissionens begäran.

26. Kommissionen har slutligen förklarat att förstainstansrätten konstaterade att en uppgift som lämnas till svar på en begäran om upplysningar leder till samma nedsättning som ett spontant samarbete. I det avseendet fann förstainstansrätten enligt kommissionen att det inte enbart är möjligt att medge en nedsättning av bötesbeloppet i fråga om samarbete som underlättar kommissionens

arbete. Det är uppenbart att detta framför allt gäller om samarbetet är spontant, på så sätt att det äger rum i ett tidigt skede och därmed besparar kommissionen vissa utredningsåtgärder, såsom en begäran om upplysningar.

27. Förstainstansrättens jämförelse med punkt C i meddelandet om samarbete stöder inte dennas ståndpunkt, utan kommissionens. Uppfattningen att samarbete som föranleds av en begäran om upplysningar skall belönas på samma sätt som ett spontant samarbete är oförenlig med meddelandet om samarbete. Om förstainstansrätten finner att båda situationerna skall behandlas på samma sätt åsidosätter den artikel 15 i förordning nr 17 jämförd med meddelandet om samarbete.

VI — De relevanta delarna av domen

28. Förstainstansrätten påpekade inledningsvis följande:

— Förstainstansrätten påpekade att en absolut rätt att tiga inte kan medges, eftersom det skulle gå utöver vad som är nödvändigt för att skydda företagens rätt till försvar och på ett omotiverat sätt skulle hindra kommissionen från att utföra sin uppgift att övervaka att konkurrensreglerna efterlevs på den gemensamma marknaden. Förstainstansrätten erinrade vidare om att det berörda företaget endast har rätt att tiga om företaget annars skulle tvingas att lämna svar som innebär att företaget erkänner en överträdelse, vilket är kommissionens uppgift att bevisa (punkt 402).

— Förstainstansrätten erinrade om den rättspraxis enligt vilken kommissionen för att bevara den ändamålsenliga verkan av artikel 11 i förordning nr 17 har rätt att ålägga företagen att lämna alla nödvändiga upplysningar om de faktiska omständigheter som de kan ha kännedom om, och vid behov överlämna relevanta handlingar i deras besittning, även om handlingarna kan användas för att fastställa ett konkurrensbegränsande beteende och att kommissionens befogenhet att begära upplysningar varken strider mot artikel 6 i Europeiska konventionen om mänskliga rättigheter och de grundläggande friheterna (nedan kallad EKMR) eller mot rättspraxis från Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna (nedan kallad Europadomstolen) (punkterna 403 och 404).

— Förstainstansrätten påpekade därefter att även om domstolen i domen i målet

Limburgse Vinyl Maatschappij NV m. fl.[7] fastslog att det efter domen i målet Orkem[8] genom domarna i målen Funke, Saunders mot Förenade kungariket och J.B. mot Schweiz har skett en ny utveckling i rättspraxis från Europadomstolen, har inte domstolen ändat sin tidigare rättspraxis i domen i målet LVM (punkt 405).

— Förstainstansrätten konstaterade avslutningsvis att enbart det faktum att någon är skyldig att svara på kommissionens frågor av rent faktiskt slag, och att på kommissionens begäran tillhandahålla redan existerande handlingar, inte utgör något åsidosättande av de grundläggande principerna om rätten till försvar eller rätten till en opartisk rättegång, vilka på konkurrensrättsområdet ger ett skydd som motsvarar det skydd som säkerställs genom artikel 6 i EKMR (punkt 406).

29. Förstainstansrätten konstaterade vidare:

— Beträffande frågan om SGL enligt ovannämnda rättspraxis var skyldigt att besvara nämnda begäran om upplysningar av den 31 mars 1999, konstaterar förstainstansrätten att kommissionen, utöver frågorna av rent faktiskt slag och begäran att tillhandahålla redan existerande handlingar, begärt att SGL skulle redogöra för syftet med flera av de möten företaget deltagit i, hur dessa möten förlöpte liksom resultatet/slutsatserna av mötena. Kommissionen agerade på detta sätt trots att det var klart att kommissionen misstänkte att mötena hade ett konkurrensbegränsande syfte. Av detta följer att en sådan begäran kunde leda till att SGL var tvunget att erkänna sin medverkan i en överträdelse av gemenskapens konkurrensregler (punkt 407).

30. I följande punkter i domen, som överklagandet avser, fastslog emellertid förstainstansrätten följande:

"408 Detta gäller även begäran om att utfå protokollen från dessa möten, arbetsdokument och förberedande handlingar rörande mötena, handskrivna anteckningar från dem, anteckningar och sammanfattningar avseende mötena, planeringar och diskussionsdokument liksom förslag till genomförande av de prishöjningar som skett mellan åren 1992 och 1998.

409 SGL var inte skyldigt att besvara de frågor av detta slag som ställdes i

7 — 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 NV m.fl. (REG 2002, s. I-8375).

8 — Dom av den 18 oktober 1989 (374/87, REG 1989, s. I-3283).

begäran om upplysningar av den 31 mars 1999. Att företaget likväl lämnat upplysningar i dessa avseenden skall betraktas som ett frivilligt samarbete, som kan motivera en nedsättning av böterna i enlighet med meddelandet om samarbete.

410 Denna slutsats vederläggs inte av kommissionens påstående att de aktuella upplysningarna inte lämnades spontant utan som svar på en begäran om upplysningar. Enligt avsnitt D.2 första strecksatsen i meddelandet om samarbete krävs nämligen inte alls att det berörda företaget handlar spontant helt på eget initiativ utan endast att det lämnar upplysningar som bidrar till att fastställa att överträdelsen begåtts. Enligt avsnitt C, som rör en mer betydande nedsättning än avsnitt D, är det dessutom möjligt att belöna ett samarbete som ägt rum efter det att kommissionen har beslutat om och genomfört en undersökning hos de företag som deltar i kartellen. Den omständigheten att kommissionen enligt artikel 11.1 i förordning nr 17 sände en begäran om upplysningar till SGL kan inte i sig innebära att företagets samarbete är mindre värdefullt, i synnerhet som en begäran om upplysningar är en mindre tvingande åtgärd än en undersökning som genomförts på grundval av ett beslut.

411 Av detta följer att kommissionen felbedömt värdet av SGL:s samarbete i detta sammanhang."

31. Med avseende på begäran om upplysningar angående förvarningarna konstaterade förstainstansrätten:

"412 Kommissionen har gjort gällande att SGL ofullständigt besvarat frågan om vilka företag som SGL hade förvarnat om kommissionens kommande undersökningar i juni 1997. Det är riktigt att SGL i skrivelse av den 30 juli 1997 endast medgav att det informerat VAW och ett annat företag och inte uppgav att även UCAR informerats. Kommissionen själv har emellertid framhållit att SGL:s förvarning, som gjorde överträdelsen än allvarligare, medförde att företaget ålades böter vars avskräckande verkan var starkare än vanligt och att den skulle anses som en försvårande omständighet. SGL:s beteende hade nämligen skapat de förutsättningar som var nödvändiga för att kartellens verksamhet skulle kunna fortsätta och för att dess skadliga verkningar skulle förlängas. SGL var alltså inte skyldigt att uppge för kommissionen att det hade förvarnat andra företag. Dessa upplysningar kunde nämligen leda till att kommissionen ålade SGL en strängare påföljd. Kommissionen felbedömde följaktligen även i detta avseende SGL:s beteende då den kritiserade företaget för att ha givit ett ofullständigt svar."

VII — Rättslig bedömning

32. Som nämnts ovan avser kommissionens överklagande särskilt punkterna 408, 409, 410 och 412.

33. I sitt beslut medgav kommissionen SGL, med stöd av avsnitt D.2 första strecksatsen i meddelandet om samarbete, en nedsättning med 30 procent av det bötesbelopp som SGL annars skulle ha påförts. Som påpekades i den överklagade domen anser kommissionen att "[e]tt företag förtjänar ... en nedsättning av böterna endast om dess samarbete är frivilligt och ligger utanför alla undersökningsbefogenheter". Kommissionen ansåg att en stor del av de upplysningar som SGL lämnat i själva verket var SGL:s svar på kommissionens formella begäran om upplysningar och att SGL:s redogörelse skall betraktas som ett frivilligt bidrag inom ramen för meddelandet om samarbete endast till den del de lämnade upplysningarna gick utöver vad kommissionen begärt med stöd av artikel 11. Dessutom lämnade SGL redogörelsen av den 8 juni 1999 först efter en påminnelse från kommissionen, i vilken kommissionen förbehöll sig rätten att anta ett formellt beslut enligt artikel 11.5. [9]

34. Under förfarandet vid förstainstansrätten gjorde SGL gällande att kommissionen underskattade dess samarbete med avseende på meddelandet om samarbete. Företaget ansåg inte att det hade någon skyldighet att besvara vissa av frågorna i kommissionens begäran om upplysningar, eftersom det skulle innebära ett erkännande av överträdelser. Företaget förklarade att det mot bakgrund av rättspraxis från Europadomstolen hade rätt att motsätta sig allt samarbete som kunde bidra till att fastställa dess egen skuld.

35. Förstainstansrätten konstaterade att kommissionen i en rad avseenden underskattat betydelsen av SGL:s samarbete och satte därför ned bötesbeloppet.

36. Efter att ha erinrat om fast rättspraxis (punkterna 402, 403 och 404), behandlade förstainstansrätten först begäran om upplysningar av den 31 mars 1999 (punkterna 407, 408 och 409) och därefter begäran om upplysningar av den 30 juni 1997 (punkt 412).

37. Begäran om upplysningar av den 31 mars 1999 innehöll frågor om de möten som hållits av konkurrenter inom grafitelektrodsektorn. Kommissionen begärde bland annat en redogörelse för syftet med en rad av de möten som SGL deltog i, hur det förlöpt och

9 — Se skäl 173 till kommissionens beslut, som delvis citeras i punkt 401 i domen.

resultaten/slutsatserna av mötena. Kommissionen frågade vidare efter vissa handlingar, bland annat kopior av kallelser, dagordning, deltagarförteckningar, handskrivna anteckningar, arbetsdokument, förberedande handlingar, planeringsdokument och förslag till prisökningar under en viss period. [10]

38. I begäran om upplysningar av den 30 juni 1997 meddelade kommissionen att den av ett annat företag fått kännedom om att det företaget förvarnats om en eventuell kommande undersökning av SGL, och frågade därefter om SGL hade fått denna information från ett företag som var verksamt inom den berörda sektorn, och vad det företaget i så fall hette. Genom en andra fråga begärde kommissionen att få namnen på de företag som SGL hade förvarnat. [11]

Begäran av den 31 mars 1999

39. Under förfarandet vid förstainstansrätten medgav kommissionen att frågan om syftet med en rad möten och vad som ägt rum vid dessa möten gick utöver vad kommissionen hade rätt att fråga med stöd av artikel 11 i förordning nr 17. Denna omständighet omfattas inte av förevarande överklagande.

40. Förstainstansrätten konstaterade således i punkterna 407–409 och i punkt 412 i den överklagade domen att SGL:s svar på den begäran om upplysningar som tillställts företaget med stöd av artikel 11.2 i förordning nr 17 — tvärtemot den ståndpunkt som kom till uttryck i kommissionens beslut — gav företaget rätt till en nedsättning av bötesbeloppet i enlighet med meddelandet om samarbete.

41. Förstainstansrätten godtog inte heller kommissionens argument att en eventuell nedsättning på grund av SGL:s svar i alla händelser måste bli mindre än den skulle ha blivit om företaget lämnat uppgifterna frivilligt (se punkt 410).

42. Kommissionen har gjort gällande att det som uttalats i de citerade punkterna ovan utgör en felaktig rättstillämpning och att domen i det avseendet strider mot artikel 15 jämförd med artikel 11 i förordning nr 17 och mot meddelandet om samarbete. Vidare är även motiveringen felaktig (självmotsägande) och den utgör därmed ytterligare ett exempel på felaktig rättstillämpning.

10 — SGL svarade genom skrivelse av den 25 maj 1999 (frågorna 8–10 om omsättningssiffror och försäljningssiffror) och genom en redogörelse av den 8 juni 1999 (där företaget förklarade att det inte var skyldigt att besvara frågorna 1–7 helt och hållet och att besvarandet därför skulle anses ske frivilligt. I redogörelsen lämnades en beskrivning av mötena och till denna fogades befintliga handlingar som företaget hade i sin besittning).

11 — SGL svarade genom skrivelse av den 30 juli 1997. Innan SGL besvarade den andra frågan bestred företaget den rättsliga grunden och hänvisade till sin rätt till försvar.

43. Denna grund har visserligen åberopats med avseende på tillämpningen av meddelandet om samarbete, men den gäller särskilt förstainstansrättens konstateranden angående räckvidden av företagens rätt att inte lämna uppgifter som är till men för dem.

44. Det är allmänt känt att det ankommer på kommissionen att utreda och bestraffa överträdelser av EG-fördragets konkurrensregler. För att fullgöra denna uppgift kan kommissionen enligt artikel 11.1 i förordning nr 17 inhämta alla nödvändiga upplysningar. Först skall detta ske genom en enkel begäran om upplysningar (artikel 11.2), och när ett företag inte lämnar de begärda upplysningarna skall kommissionen begära upplysningarna genom ett formellt beslut (artikel 11.5). [12]

45. I den kända domen i målet Orkem, [13] där domstolen prövade kommissionens undersökningsbefogenheter mot bakgrund av rätten till försvar, fastslog domstolen att företag har en skyldighet att samarbeta aktivt i undersökningsåtgärderna.

46. Skyldigheten att samarbeta aktivt med kommissionen innebär dock inte att företag måste vittna mot sig själva, genom att medge överträdelser av konkurrensreglerna.

47. I det avseendet gjorde domstolen skillnad mellan att besvara frågor å ena sidan och att tillhandahålla handlingar å andra sidan. I det förstnämnda avseendet gjorde domstolen ytterligare en gränsdragning. Domstolen fastslog att kommissionen har rätt att ålägga ett företag att lämna alla nödvändiga upplysningar om de faktiska omständigheterna, men att den inte kan tvinga ett företag att tillhandahålla svar genom vilka företaget tvingas erkänna en överträdelse. I det senare avseendet kan företaget åberopa rätten att tiga, som en del av rätten till försvar. Domstolen begränsade inte kommissionens undersökningsbefogenheter i fråga om handlingar. Det berörda företaget är skyldigt att på begäran lämna ut befintliga handlingar som är relevanta för undersökningen, även om handlingarna kan användas för att fastställa ett konkurrensbegränsande beteende. [14]

48. Kommissionen utarbetade en samarbetspolicy för att spåra vissa av de mest allvarliga kartellerna. Denna policy har formulerats i

12 — Detta tvåstegsförfarande har övergetts i förordning nr 1/2003. Enligt artikel 18 i förordning nr 1/2003 kan kommissionen från början välja att begära information från företag genom ett beslut.

13 — Dom av den 18 oktober 1989 i mål 374/87, Orkem mot kommissionen (REG 1989, s. 3283; svensk specialutgåva, volym 10, s. 217), punkterna 22 och 27.

14 — Se punkterna 34 och 35.

meddelandet om samarbete. I utbyte mot samarbete (tillhandahållande av relevanta uppgifter, bevis) kan en nedsättning av bötesbeloppet — beroende på samarbetets omfattning — beviljas.

49. Det skall noteras att samarbetspolicyn inte rymmer något inslag av tvång, utan tvärtom bygger på frivilligt samarbete. Således är nedsättningen av bötesbeloppet i utbyte mot samarbete förenligt med rätten till försvar och i synnerhet med rätten att inte erkänna sig skyldig till en överträdelse. [15]

50. En nedsättning av böterna på grund av ett samarbete under det administrativa förfarandet är vidare endast befogad om samarbetet medfört att kommissionen lättare har kunnat fastställa att det föreligger en överträdelse och i förekommande fall har fått den att upphöra. [16]

51. I förevarande överklagande har kommissionen gjort gällande att de upplysningar som inhämtades med stöd av artikel 11.2 i förordning nr 17 uppfyllde kriteriet i domen i målet Orkem och inte kan betraktas som ett samarbete i den mening som avses i meddelandet om samarbete.

52. Rättsfrågan är således om SGL:s svar på kommissionens begäran skall betecknas som frivilligt samarbete eller som fullgörelsen av en skyldighet. [17] Inledningsvis är det således nödvändigt att pröva karaktären hos den fråga som ställts av kommissionen. Kunde kommissionen med andra ord ha inhämtat de begärda upplysningarna med stöd av artikel 11.5 i förordning nr 17? Om frågan besvaras jakande svarar de uppgifter som lämnats av det berörda företaget bara mot dess skyldighet att fullgöra sina förpliktelser enligt artikel 11 i förordning nr 17. Ett sådant "samarbete" räknas inte som samarbete i den mening som avses i meddelandet om samarbete. Om frågan däremot skall besvaras nekande och det berörda företaget ändå lämnar uppgifterna, skall företagets handlande betraktas som ett samarbete i den mening som avses i meddelandet om samarbete.

53. Som en sidoreflexion kan nämnas att om ett företag tar kontakt med kommissionen och förklarar sig villigt att samarbeta, kan det hända att kommissionen behöver information utöver den som det berörda företaget

15 — Dom av den 14 juli 2005 i mål C-57/02 P, Acerinox (REG 2005, s. I-6689), punkterna 97–99.

16 — Se dom av den 16 november 2000 i mål C-297/98 P, SCA Holding Ltd mot kommissionen (REG 2000, s. I-10101), punkt 36. Se beträffande meddelandet om samarbete, 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 A/S (REG 2005, s. I-5425), punkterna 395 och 396.

17 — I rättslig bemärkelse är ett företag inte skyldigt att besvara en begäran enligt artikel 11.2, men om företaget vägrar att svara skall kommissionen genom ett beslut enligt artikel 11.5 begära att upplysningarna tillhandahålls. Det finns sanktionspåföljder för en underlåtenhet att efterkomma ett sådant beslut. Slutresultatet innebär således en skyldighet att följa kommissionens begäran.

redan lämnat. Kommissionen kan inhämta denna information genom en skriftlig begäran. En sådan begäran och svaret på denna skall naturligtvis beaktas vid den samlade bedömningen av det berörda företagets samarbetsvilja enligt meddelandet om samarbete.

54. Förstainstansrätten använde ovannämnda test för att bedöma om en nedsättning var tänkbar. Förstainstansrätten prövade om SGL var skyldigt att tillhandahålla de begärda handlingarna.

55. Vid granskningen av om begäran om upplysningar innehöll frågor som kommissionen inte hade rätt att ställa med stöd av artikel 11.5 i förordning nr 17 noterade förstainstansrätten först helt riktigt att frågan om syftet med och resultatet av vissa möten var otillåten. Att besvara sådana frågor skulle oundvikligen vara detsamma som att vittna mot sig själv. Som nämnts ovan medgav kommissionen detta inför förstainstansrätten. Konstaterandet omfattas inte av förevarande överklagande.

56. Förstainstansrätten noterade därefter att detsamma gäller vissa handlingar. Förstainstansrätten konstaterade att en begäran att tillhandahålla sådana handlingar kunde leda till att SGL var tvunget att erkänna sin medverkan i en överträdelse av gemenskapens konkurrensregler. Förstainstansrätten förefaller således ha gjort en skillnad mellan "tillåtna" och "icke tillåtna" handlingar. Eftersom kommissionen, med andra ord, inte kunde tvinga SGL att besvara frågan om mötenas syfte och resultat, kunde den inte heller begära in handlingar om mötena.

57. Förstainstansrättens bedömning är emligt min uppfattning felaktig eller åtminstone bristfällig av tre skäl.

58. Eftersom den information som behandlas i punkterna 408 och 409 gäller "handlingar" och inte en begäran om "svar" underlät förstainstansrätten, för det första, att göra den skillnad som följer av rättspraxis mellan handlingar å ena sidan och svar på frågor å andra sidan. Den tillämpade i alla händelser inte de principer som lagts fast i rättspraxis på omständigheterna i målet.

59. För det andra är förstainstansrättens resonemang, som kommissionen med rätta har påpekat, motsägelsefullt. Först återgav förstainstansrätten uttryckligen de principer som fastställdes i domen i målet Orkem och i förstainstansrättens dom i målet Mannesmannröhren-Werke.[18] I punkterna 403, 406 och 407 hänvisade förstainstansrätten såle-

18 — Dom av den 20 februari 2001 i mål T-112/98, Mannesmannröhren-Werke mot kommissionen (REG 2001, s. II-729).

des till fast rättspraxis, för att därefter i punkt 408 avvika från rättspraxis. Denna rättspraxis har därefter bekräftats vid flera tillfällen, senast i de så kallade legeringspåslagsmålen. [19]

60. Domstolen noterade faktiskt i domen i målet Limburgse Vinyl Maatschappij NV m. fl. [20], även kallat PVC II, att det efter domen i Orkem genom domarna i målen Funke, Saunders mot Förenade kungariket och J.B. mot Schweiz har skett en ny utveckling i rättspraxis från Europadomstolen. Domstolen fann dock ingen anledning att ändra sin tidigare rättspraxis, vilket förstainstansrätten påpekade. [21] Förstainstansrättens konstateranden är således uppenbart oförenliga med gällande rättspraxis. Dessutom saknas en särskild motivering för denna i sig anmärkningsvärda omständighet i de berörda punkterna i domen.

61. Således kom förstainstansrätten, trots att den konstaterat att rättspraxis inte ändrats i domen i målet LVM, ändå till en annan slutsats. Någon grund för detta finns inte i den överklagade domen. Domen är som nämnts ovan dessutom motsägelsefull. Redan av det skälet skall förstainstansrättens konstaterande i punkt 408 lämnas utan avseende.

62. Domstolen fäster stort avseende vid rättspraxis från Europadomstolen. Det är också riktigt att domstolen, mot bakgrund av överklagandegrunden avseende åsidosättandet av rätten att inte vittna mot sig själv, egentligen inte var tvingad att behandla den frågan i det målet. [22] Mer allmänt kan man fråga sig om det finns någon som helst anledning att, mot bakgrund av senare rättspraxis från Europadomstolen, ändra den rättspraxis som fastställdes i domen i målet Orkem och som hittills följts. Jag skall nedan ange varför det enligt min uppfattning saknas bärande skäl för en ändring.

63. Det skall för det första påpekas att nämnda rättspraxis gällde fysiska personer i samband med "klassiska" brottmålsförfaranden. Konkurrensrätten gäller för företag. Kommissionen har bara rätt att påföra företag och företagssammanslutningar böter för överträdelser av artiklarna 81 EG och 82 EG. Europadomstolens slutsatser kan inte utan vidare överföras till juridiska personer eller företag. [23] Jag hänvisar härvid till andra rättsordningar, där rätten att inte vittna mot sig själv är förbehållen fysiska personer och inte kan åberopas av juridiska personer. [24] Företag i Förenta staterna kan följaktligen inte åberopa femte tillägget till den amerikanska konstitutionen. Femte tillägget

19 — Domen i mål C-57/02 P, punkt 86, och i mål C-73/02 P, punkt 49.

20 — 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 NV m.fl. (REG 2002, s. I-8375).

21 — Se punkt 405.

22 — Domen i målet LVM, punkterna 274–276.

23 — I vissa medlemsstater kan domstolarna enligt nationell lagstiftning även utdöma andra typer av påföljdssanktioner, som exempelvis frihetsberövande för verkställande direktörer eller chefer som är ansvariga för företagets överträdelser av artiklarna 81 EG och 82 EG. Man kan räkna med att motsvarande starkare processuella rättigheter och garantier är tillämpliga i de fallen.

24 — Supreme Court United States mot Whit 322 U.S 694 (s. 1944).

har följande lydelse: "no person shall be compelled to be a witness against himself in any criminal case" [ingen skall tvingas vittna mot sig själv i ett brottmål]. Rätten eller privilegiet att inte tvingas att vittna mot sig själv är personlig. Den gäller endast enskilda individer. Ett företag kan inte tiga med hänvisning till femte tillägget. Med andra ord har ett företag en skyldighet att på begäran tillhandahålla handlingar.

64. Europadomstolen har dock, för det andra, obestridligen utvidgat vissa rättigheter och friheter till bolag och andra företagsenheter. Situationen är densamma enligt gemenskapsrätten och enligt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Då detta konstaterats bör det även framhållas att Europadomstolen gör skillnad mellan den skyddsnivå som tillerkänns fysiska personer å ena sidan och juridiska personer å andra sidan. Detta framgår i fråga om andra grundläggande rättigheter i konventionen, som exempelvis artikel 8. I domen i målet Niemietz [25] fastslog Europadomstolen exempelvis att skyddet för affärslokaler kan vara lägre än det som gäller för bostäder. Domstolen fastslog att begreppet bostad kan utvidgas till att omfatta en yrkesverksam persons kontor och att den tolkningen inte skulle begränsa konventionsstaterna på ett oönskat sätt, eftersom de har kvar sin rätt att ingripa om det är tillåtet enligt artikel 8.2. Domen bekräftades senare i domen i målet Colas Est. [26] I domen i målet Colas Est konstaterade Europadomstolen, liksom i domen i målet Niemietz, att de rättigheter som garanteras genom artikel 8 under vissa omständigheter kan tolkas så att de omfattar en rätt till respekt för ett företags säte, filialer eller andra affärslokaler. I linje med denna rättspraxis uttalade domstolen i domen i målet Roquette Frères [27] att "[f]ör att fastställa vilken räckvidd denna princip har när det gäller skyddet för bolagens näringslokaler bör Europadomstolens rättspraxis efter domen i de ovannämnda förenade målen Hoechst mot kommissionen beaktas. Av denna rättspraxis framgår för det första att skyddet för hemmet, som behandlas i artikel 8 EKMR, under vissa omständigheter kan utsträckas till att omfatta dessa lokaler [se bland annat domen av den 16 april 2002 i målet Colas Est m.fl. mot Frankrike, ännu ej publicerad i *Reports of judgements and decisions*, 41 §]. För det andra framgår det av ovannämnda rättspraxis att den rätt att ingripa som är tillåten enligt artikel 8.2 EKMR "mycket väl skulle kunna vara mer långtgående när det gäller näringsverksamhet eller näringslokaler än i andra fall" [domen i det ovannämnda målet Niemietz mot Tyskland, 31 §].

65. Det avgörande är dock för det tredje att en begäran om handlingar inte strider mot

25 — Dom av den 16 december 1992, Serie A nr 251-B.

26 — Dom av den 16 april 2002, Colas Est m.fl. mot Frankrike, nr 37971/97, Europadomstolen 2002-III.

27 — Dom av den 22 oktober 2002 i mål C-94/00, Roquette Frères (REG 2002, s. I-9011), punkt 29.

rätten att tiga enligt artikel 6 i konventionen. Europadomstolen har inte medgett en absolut rätt att tiga. Europadomstolen konstaterade i domen i målet Saunders att "[r]ätten att inte vittna mot sig själv avser dock i första hand respekten för en misstänkt persons önskan att tiga. Det anses allmänt i konventionsstaternas rättsordningar, och på andra håll, att den inte omfattar användningen av material i brottmål som kan utfås från den misstänkte genom de tvångsmedel som kan tillämpas oberoende av den misstänktes vilja, som exempelvis *handlingar* som erhållits med stöd av ett domstolsbeslut, prover av utandningsluft, blod och urin och vävnad för DNA-tester." [28] Detta uttalande bekräftades nyligen i domen i målet J.B. mot Schweiz.

66. Rätten att inte vittna mot sig själv omfattar således inte information som förekommer oberoende av den misstänktes vilja, såsom exempelvis handlingar. Det är tillåtet att begära att sådana handlingar skall tillhandahållas och de kan även användas som bevis. I det avseendet hänvisar jag särskilt till dokumenterad information om ett företags interna drift och beslutsfattande, som används i dessa avseenden, som exempelvis strategier för marknadsföring och prissättning. Information av den typen, som finns för internt bruk, kan efterfrågas. Informationen kan eventuellt påvisa en sannolikhet för en kartell eller samordnade förfaranden, men detta är i sig inte detsamma som att vittna mot sig själv. Det är fortfarande möjligt att vederlägga denna presumtion. [Att gå längre skulle eliminera den objektiva aspekten i domstolens rättspraxis och störa balansen i tillämpningen.]

67. Det skall slutligen påpekas att växelspelet mellan juridiska personers grundläggande rättigheter och tillämpningen av konkurrensreglerna är och förblir en balansakt mellan skyddet för grundläggande rättigheter och en effektiv tillämpning av gemenskapens konkurrenslagstiftning. Som domstolen fastslog i domen i målet Eco Swiss [29] är artikel 81 EG en grundläggande bestämmelse som är oundgänglig för att de uppgifter som gemenskapen har anförtrotts skall kunna utföras och, i synnerhet, för att den inre marknaden skall kunna fungera. Artikel 81 EG hänför sig till grunderna för rättsordningen. Om kommissionen inte längre hade befogenhet att begära in handlingar skulle kommissionens möjlighet att tillämpa konkurrensreglerna i gemenskapens rättsordning i hög grad bli beroende av antingen frivilligt samarbete eller användningen av andra tvångsmedel, såsom exempelvis gryningsräder. Det är uppenbart att det bör förbli möjligt att tillämpa grundprinciperna i gemenskapens rättsordning effektivt med rimliga medel, på samma sätt som det även är uppenbart att rätten till försvar skall respekteras. Jag anser att så också är fallet. Enligt nu gällande rättspraxis har svaranden fortfarande möj-

28 — Punkt 69, min kursivering.

29 — Se dom av den 1 juni 1999 i mål C-126/97, Eco Swiss China Time Ltd och Benetton International NV (REG 1999, s. I-3055).

lighet att antingen under det administrativa förfarandet eller vid förfarandet inför gemenskapens domstolar göra gällande att de handlingar som presenterats har en annan innebörd än den som kommissionen tillskriver dem.

68. I förevarande mål var de berörda handlingarna befintliga handlingar som i sista hand kunde ha begärts in genom ett beslut med stöd av artikel 11.5 och som ett företag är skyldigt att tillhandahålla om handlingarna är i företagets besittning.

69. Eftersom förstainstansrätten gjorde sig skyldig till en felaktig rättstillämpning saknas enligt min uppfattning även anledning att göra en nedsättning med hänvisning till meddelandet om samarbete. Som kommissionen klargjorde i det omtvistade beslutet kompenserade kommissionen inte för de upplysningar som den ansåg att SGL hade en skyldighet att tillhandahålla till svar på begäran om upplysningar. Kommissionen tog hänsyn till de uppgifter från SGL som gick utöver de uppgifter som efterfrågades med stöd av artikel 11.2 i förordning nr 17. Genom att sätta ned SGL:s böter tog förstainstansrätten dock även hänsyn till frågan om syftet med och resultaten av en rad möten. Eftersom kommissionen medgav att den delen av frågan var otillåten, kunde den inte ta hänsyn till den delen av frågan när bötesbeloppet fastställdes.

Begäran om upplysningar av den 30 juni 1997

70. Beträffande begäran om upplysningar av den 30 juni 1997, det vill säga den andra frågan genom vilken SGL anmodades att namnge företag som förvarnats, är följande anmärkningar på sin plats.

71. Kommissionen har gjort gällande att förstainstansrätten, enligt punkt 412 i den överklagade domen, tycks anse att kommissionens syfte var att säkra ett erkännande av en överträdelse och att SGL därmed, i linje med domen i målet Orkem, var skyddat av rätten till försvar och följaktligen hade rätt till en nedsättning av bötesbeloppet med tillämpning av meddelandet om samarbete.

72. Kommissionen har hävdat att den fråga som ställdes inte gick utöver dess undersökningsbefogenheter och att svaret således inte gick utöver vad som efterfrågats med stöd av artikel 11 i förordning nr 17. Således saknas anledning att göra en nedsättning med tillämpning av meddelandet om samarbete. Ett andra argument mot en nedsättning enligt meddelandet om samarbete är att SGL:s svar var ofullständigt och vilseledande.

73. Kommissionen anser att den berörda frågan inte är sådan att den leder till ett medgivande av en överträdelse. I det avseendet har kommissionen noterat att förstainstansrätten fastslog att förvarningarna inte utgjorde en överträdelse av artikel 81 EG. Enligt kommissionen är frågan om svaret kan leda till slutsatsen att det förelåg en överträdelse, på ett sådant sätt att företaget riskerade en sanktionspåföljd enbart på grund av svaret. Enligt kommissionen skall den frågan besvaras nekande. Omständigheten att förvarningarna betraktas som en försvårande omständighet påverkar inte denna slutsats. För att komma fram till detta måste kommissionen först slå fast att en överträdelse föreligger, ett krav som inte kan ersättas av uppgifterna om förvarningarna.

74. Förstainstansrätten gjorde sig, fortfarande enligt kommissionen, vidare skyldig till ett logiskt felslut. Den omständighet att kommissionen betraktade förvarningarna som en försvårande omständighet utgör inte ett led i att fastställa överträdelsens beståndsdelar, utan är ett led i kommissionens rätt att göra skönsmässiga bedömningar när den fastställer böter. Om förstainstansrättens resonemang skulle godtas, skulle följden bli att om kommissionen hade beslutat att inte justera bötesbeloppet på grund av en försvårande omständighet, så hade den kunnat ställa frågan.

75. Som jag redan påpekat i mitt förslag till avgörande inför domen i mål C-308/04 P konstaterade förstainstansrätten med rätta att den omständigheten att SGL hade förvarnat andra företag om de kommande undersökningarna inte utgjorde en bestämd och självständig överträdelse, utan ett agerande som bidrog till allvaret i de ursprungliga överträdelserna och därför kunde beaktas som en försvårande omständighet vid fastställelsen av bötesbeloppet.

76. Det stämmer alltså att handlandet inte i sig utgjorde en överträdelse och det är korrekt att kommissionen, innan den kan beakta detta som en försvårande omständighet, måste styrka den ursprungliga överträdelsen. Handlandet är fortfarande en omständighet som kan leda till en höjning av bötesbeloppet och kommissionen skall därför lägga fram vägande argument för en höjning. Att kommissionen har en skönsmässig befogenhet att fastställa bötesbeloppet påverkar inte detta. Den skönsmässiga befogenheten föreligger också i förhållande till den ursprungliga överträdelsen, men det påverkar inte frågan om en viss fråga är av sådan art att svaret skulle innebära att den tillfrågade vittnar mot sig själv.

77. Följaktligen var SGL, som förstainstansrätten med rätta konstaterade i punkt 412 i domen, inte skyldigt att upplysa kommissionen om att företaget hade förvarnat andra företag. Kommissionen kunde visserligen ställa en fråga angående förvarningarna,

men inte tvinga SGL att besvara den. Tvärt emot vad kommissionen har förklarat gäller den frågan inte objektiva omständigheter.

78. Noteras bör dock att även om SGL inte var skyldigt att besvara frågan, så gjorde företaget detta, dock på ett ofullständigt och vilseledande sätt. Det agerandet kan inte sägas utgöra ett tecken på samarbetsvilja och domen är i det avseendet felaktig. I det avseendet räcker det att jag hänvisar till domstolens rättspraxis, enligt vilken en nedsättning på grundval av meddelandet om samarbete endast är motiverad när de uppgifter som lämnats och mer allmänt när det berörda företagets beteende visar att företaget verkligen samarbetat. Det följer nämligen av själva begreppet samarbete, såsom det framställts i meddelandet om samarbete, särskilt i inledningen och avsnitt D punkt 1, att en nedsättning endast kan beviljas på grundval av nämnda meddelande när det berörda företagets beteende visar på sådan samarbetsvilja. [30]

79. Därför saknas skäl för en nedsättning med tillämpning av avsnitt D punkt 1 i meddelandet om samarbete.

Avslutande anmärkningar och lösning

80. Beträffande relationen mellan "samarbete" enligt förordning nr 17 och frivilligt samarbete i den mening som avses i meddelandet om samarbete, samt konsekvenserna för bötesbeloppet, följer det av mina kommentarer ovan och av rättspraxis,

— att ett företag i princip har en skyldighet att samarbeta med kommissionen enligt förordning nr 17 (se domen i målet Orkem),

— när ett företag inskränker sitt samarbete till vad som krävs enligt förordning nr 17 (nu förordning nr 1/2003), kan detta aldrig utgöra en försvårande omständighet och därmed läggas till grund för en justering uppåt av bötesbeloppet, [31]

— när ett företag svarar på en begäran om upplysningar enligt artikel 11 i förordning nr 17, som sträcker sig utöver

30 — Se i detta avseende domen i målet Dansk Rørindustri, (ovan fotnot 14), punkterna 388–403.

31 — Se domen i de förenade målen C-189/02 P, Dansk Rørindustri (ovan fotnot 14), punkt 352.

kommissionens undersökningsbefogenheter (när frågorna är sådana att kommissionen inte kan tvinga företaget att besvara dem), kan svaret betraktas som ett samarbete enligt meddelandet om samarbete, och att

— ett företag kan behandlas förmånligt enligt meddelandet om samarbete om det visar samarbetsvilja och samarbetet gör det lättare för kommissionen att fastställa en överträdelse och i förekommande fall bringa överträdelsen att upphöra.

81. Av ovannämnda skäl framgår att den överklagade domen är felaktig i rättsligt avseende. Enligt artikel 61 första stycket i domstolens stadga skall domstolen upphäva förstainstansrättens avgörande om överklagandet är välgrundat. Domstolen kan då själv slutligt avgöra målet, om detta är färdigt för avgörande, eller återförvisa målet till förstainstansrätten för avgörande.

82. Enligt min uppfattning är förutsättningarna för ett slutligt avgörande uppfyllda. Förstainstansrätten tillerkände i huvudsak SGL en extra nedsättning med tio procent med stöd av avsnitt D.2 första och andra strecksatsen i meddelandet om samarbete, vilket den även gjorde i fråga om andra kartellmedlemmar, [32] men satte därefter ned böterna med två till åtta procent på grund av SGL:s attityd. [33] Således skall en del av de tio procenten tillskrivas avsnitt D.2 andra strecksatsen. Det följer av domen att även nedsättningen med två procent sammanhänger med den delen. Den andra delen av nedsättningen var avsedd som en belöning för SGL:s svar på den fråga från kommissionen som ansågs gå utöver kommissionens befogenheter och därmed av förstainstansrätten betecknades som ett samarbete inom ramen för meddelandet om samarbete. Som nämnts tidigare, se punkt 69 ovan, gick endast en mindre del av kommissionens frågor utöver vad den kunde ha ålagt de berörda företagen att besvara. Detta motsvarar omkring en femtedel av den begärda informationen. Därför anser jag att en sammanlagd nedsättning med 4 procent utöver de 30 procent som beviljades av kommissionen är berättigad. Det innebär att bötesbeloppet skall fastställas till 75,7 miljoner euro.

32 — Enligt kommissionens beslut (se skäl 41) bestred ingen av producenterna de omständigheter som utgjorde grunden för kommissionens meddelande om invändningar. Den nedsättning som beviljades SGL, UCAR, C/G och VAW baserades dock enbart på avsnitt D.2 första strecksatsen. Kommissionen förklarade vid förstainstansrätten att även om den medgav att den felaktigt underlåtit att nämna andra strecksatsen i avsnittet, så avsåg den beviljade nedsättningen båda strecksatserna i avsnitt D.2. Förstainstansrätten fastslog att strecksatsen skulle ha nämnts i beslutet (se punkt 415 i domen). Således beviljade förstainstansrätten ytterligare nedsättningar med 10 procent, 10 procent respektive 20 procent (VAW överklagade inte), vilket innebar en korrigering med stöd av både första och andra strecksatsen i avsnitt D.2 i meddelandet om samarbete. Det vill säga en omvärdering av samarbetet enligt första strecksatsen och en belöning för att omständigheterna inte ifrågasatts enligt andra strecksatsen.

33 — Punkt 418 i den överklagade domen.

VIII — Förslag till avgörande

83. Mot bakgrund av ovanstående överväganden föreslår jag att domstolen skall

— undanröja förstainstansrättens dom av den 29 april 2004 i mål T-139/01,

— fastställa bötesbeloppet till 75,7 miljoner euro, samt

— förplikta SGL att ersätta rättegångskostnaderna.